

Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung

Christoph Engel

Arbeitspapier Nr. 47

Christoph Engel

Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung

I. FRAGESTELLUNG.....	1
II. UNTERNEHMERISCHES HANDELN ZUR VERMEHRUNG DER STAATLICHEN EINNAHMEN	7
1. EINLEITUNG.....	7
2. UNTERNEHMERISCHES HANDELN DES STAATS SELBST.....	9
(a) Ungünstige Struktur der Verfügungsrechte.....	10
(b) Abgeschwächte Kontrolle durch die Produktmärkte.....	14
(c.) Einwirkungen der Politik auf unternehmerische Entscheidungen.....	16
(d) Rückwirkungen auf die öffentlichen Haushalte.....	18
(e) Allokative Wirkungen.....	20
(f) Wettbewerbsverzerrungen.....	20
(g) Verteilungswirkungen.....	22
(e) Hindernisse für den Binnenmarkt.....	24
3. ANPASSUNGEN DER ORGANISATIONSSTRUKTUR AN DIE KAUFMÄNNISCHE AUFGABE.....	24
(a) Vorzüge.....	25
(b) Gefahren.....	26
4. BESCHAFFUNG STATT PRODUKTION.....	28
(a) Vorzüge.....	28
(b) Gefahren.....	30
5. AUFNAHME PRIVATER MITUNTERNEHMER.....	33
(a) Erleichterter Zugang zu Vorprodukten und Produktionsfaktoren.....	34
(b) Verbesserung der Steuerung im öffentlichen Unternehmen.....	35
6. VERFASSUNGSVERTRAG ZWISCHEN STAAT UND PRIVATEN UNTERNEHMEN.....	39
7. DIE TRANSITORISCHE PERSPEKTIVE.....	41
(a) Gleitender Übergang.....	41
(b) Perpetuierung des Staatsanteils an der Wirtschaft.....	42
III. BESCHAFFUNG VON VORPRODUKTEN UND PRODUKTIONSFAKTOREN ZUR ERFÜLLUNG ÖFFENTLICHER AUFGABEN.....	44
IV. REGULIERUNGSZIELE.....	48
1. EINLEITUNG.....	48
1. EIGENHANDELN DES STAATS.....	54
3. GEBRAUCH DER SOUVERÄNEN BEFUGNISSE.....	60
4. ORGANISATORISCHE AUSGLIEDERUNG.....	63
5. BESCHAFFUNG STATT PRODUKTION.....	65

6. AUFNAHME PRIVATER MITUNTERNEHMER	65
a) <i>Verbesserung der technischen Effizienz?</i>	65
b) <i>Einsparen von Kapital?</i>	69
c) <i>Besserer Zugang zu Vorprodukten und Produktionsfaktoren</i>	69
d) <i>Innensteuerung privaten Handelns</i>	69
e) <i>Schutz vor souveränem Opportunismus</i>	71
7. ZWEISTUFIGKEIT	74
8. ÖFFENTLICH-RECHTLICHER ODER PRIVATRECHTLICHER WETTBEWERB	76
V. SCHLUß	80

I. Fragestellung

Ideen sind auf die Dauer stärker als physische Gewalt oder wirtschaftliche Macht. Über den wirtschaftlichen Erfolg eines Landes hat im historischen Vergleich deshalb meist weder der natürliche Reichtum des Landes an Bodenschätzen noch der Reichtum seiner Bürger entschieden. Viel bedeutsamer waren regelmäßig die Mentalität der im Lande lebenden Menschen und das Geschick von Rechtsordnung und Bürgern bei der Wahl von Institutionen¹, in denen sie ihr Zusammenleben organisieren². Im Ansatz verdient der Erfahrungsreichtum deshalb Sympathie, den die öffentliche Hand bei der Suche nach hybriden Formen zwischen Innen- und Außensteuerung an den Tag legt. Vorläufig sollen ein paar illustrative Stichworte genügen: Konzern-Stadt³, Outsourcing⁴, Public Private Partnership⁵, Betriebsführungs-, Betreiber-, Betriebsüberlassungs- oder Managementmodell⁶, Kommunalleasing⁷,

-
- 2 Anregend vor allem *Douglass C. North: Theorie des institutionellen Wandels. Eine neue Sicht der Wirtschaftsgeschichte (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 56) Tübingen 1988; ders.: Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 76) Tübingen 1992.*
 - 3 *Jochen Dieckmann: KonzernKommunalverwaltung. Zwischen Diversifizierung und Einheit der Verwaltung, in: Verwaltung und Management 2 (1996), 340-343.*
 - 4 *Frank P. Zundel: Ourt-sourcing in der öffentlichen Verwaltung, in: Computer und Recht 1996, 763-768; Harald Johannes Boysen: Kommunales Out-sourcing. Rechtsprobleme der privatrechtlich verselbständigten Erfüllung kommunaler Aufgaben, in: Verwaltungsrundschau 42 (1996), 73-80.*
 - 5 *Peter J. Tettinger (Hrsg.): Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung. Stuttgart 1994; Peter Eichhorn: Public Private Partnership. Praxis, Probleme, Perspektiven, in: Sozialpolitik und öffentliche Wirtschaft *** 1995, 173-184; Herrmann Hill (Hrsg.): Dialoge über Grenzen. Kommunikation bei Public Private Partnership (Staatskommunikation 3) Köln 1996; Wolf Gottschalk: Praktische Erfahrungen und Probleme von Private-Public-Partnership (PPP) in der Versorgungswirtschaft, in: Recht der Energiewirtschaft 1996, 125-130; Peter J. Tettinger: Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, in: DÖV 1996, 764-770; Werner Heinz: Public Private Partnership im Städtebau. Erfahrungen aus der kommunalen Praxis (Difu-Beiträge zur Stadtforschung 23) Berlin 1996.*
 - 6 *Peter J. Tettinger: Privatisierungskonzepte für die Abfallwirtschaft, in: FS Karl Heinrich Friauf *** 1996, 569-590, 571f., die dort zusammengestellte Liste von Modellen ist noch deutlich länger.*

geschlossene kommunale Immobilienfonds⁸, Gebühren-Factoring⁹. Begreifen kann man all das auch als Formen der partiellen Privatisierung¹⁰.

Wenn man nach Gründen für diese verwirrende Vielfalt sucht, stößt man zuerst auf taktische Überlegungen. Die hybride Gestaltung kann ein Instrument sein, um politische Blockaden zu überwinden. Der Rest an direktem öffentlichen Einfluß mag das politische Trostpflaster sein. Den Pflichtaufgaben können sich die Gemeinden zwar nicht vollständig entziehen, weil die Regelungszuständigkeiten beim Bund oder den Ländern liegt. Die hybride Form kann dann aber so nah als möglich an die politisch von der Kommune eigentlich gewollte volle Privatisierung heranführen¹¹. Die organisatorische Innovation wird nicht selten auch von dem Wunsch beflügelt, gewerkschaft-

⁷ *Hannes Rehm*: Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, in: *Jörn Ipsen (Hrsg.)*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44) Köln 1994, 93-114 (99-102).

⁸ *Ebd.* 103-105.

⁹ *Ebd.* 107-109; *ebd.* 105-107 u. 110f. weitere Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen aus der Sicht einer beteiligten Bank; vgl. auch die Typologie der Modelle zur Finanzierung bei *Tettinger* FS Friauf (FN 6) 573 und die ausführliche Formenlehre bei *Gottschalk* (FN 5) RdE 1996, 128 und passim. Umfangreiche Formenlehre für Österreich bei *Bruno Binder*: Wirtschaftsrecht. Systematische Darstellung. Wien 1992, R 0624-0636.

¹⁰ Das Schrifttum zur Privatisierung ist kaum noch zu übersehen. Verwiesen sei stellvertretend auf die folgenden monographischen Untersuchungen und Sammelbände: *Andreas Wellenstein*: Privatisierungspolitik in der Bundesrepublik Deutschland (Beiträge zur Politikwissenschaft 51) Frankfurt 1992; *Wolfgang Harms*: Zwischen Privatisierung, Wettbewerb und Kommunalisierung (Berliner Beiträge zum Wirtschaftsrecht 8)*** 1992; *H. Jörg Thieme (Hrsg.)*: Privatisierungsstrategien im Systemvergleich (Schriften des Vereins für Socialpolitik 223), Berlin 1993; *Fritz Knaus (Hrsg.)*: Privatisierungs- und Beteiligungspolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 1993; *Jörn Ipsen (Hrsg.)*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung, kommunaler Investitionen (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44) 1994; *Karl F. Kreuzer (Hrsg.)*: Privatisierung von Unternehmen (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 167) Baden-Baden 1995; *Johannes Hengstschläger/Lerke Osterloh/Hartmut Bauer/Tobias Jaag*: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 54 (1995) 165-355; *Hans-Herbert von Arnim*: Rechtsfragen der Privatisierung. Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsgebote. Wiesbaden 1995; *Fritz Sack (Hrsg.)*: Privatisierung staatlicher Kontrolle. Befunde, Konzepte, Tendenzen (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat 3) Baden-Baden 1995; *Christine Völmicke*: Privatisierung öffentlicher Leistungen in Deutschland. Potential, Umsetzung, Auswirkungen (Europäische Hochschulschriften V/1880), Frankfurt 1996; *Wolfgang Hoffmann-Riem/Jens-Peter Schneider (Hrsg.)*: Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht (Forum Umweltrecht 17) Baden-Baden 1996; *Rolf Stober*: Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Zur Deregulierungsdebatte in Deutschland (Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht 32) Köln 1997.

¹¹ *Rolf Stober*: Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Stuttgart ³ 1996 § 22 bei FN 100.

lichen Einfluß zurückzudrängen, der im Kernbereich des öffentlichen Dienstes unüberwindlich scheint. Viele Kommunen glauben auch, die Kommunalaufsicht sei bei der Genehmigung von Kommunalkrediten zu restriktiv, und suchen nach Substituten¹². Bei der an sich gewünschten Privatisierung sollen öffentlich-rechtliche Privilegien erhalten werden. So möchten die Kommunen ungern darauf verzichten, die Verluste aus dem öffentlichen privaten Nahverkehr zur steuerlichen Neutralisierung der Gewinne bei Energie und Wasser zu nutzen¹³. Die öffentlichen Unternehmen werden mit der Begründung nicht als Gewerbe im Sinne des öffentlichen Wirtschaftsrechts angesehen, daß ihnen die Gewinnerzielungsabsicht fehle¹⁴. Die Kommunalabgabengesetze gestatten den Gemeinden, kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen in die Abfallgebühren einzurechnen, die deutlich oberhalb des Schuldendienstes liegen. Darin liegt eine wichtige Einnahmequelle¹⁵. In England mißtraut der Gesetzgeber häufig den Regulatory Bodies, die zur Aufsicht über private Unternehmen berufen wären, und beläßt es deshalb lieber bei einer hybriden Organisationsform¹⁶.

All solche Überlegungen stehen dem Manager eines öffentlichen Unternehmens wohl an. Er kann über die rechtlichen oder politischen Restriktionen regelmäßig nicht disponieren, unter denen er agieren muß. Verständlich sind solche Überlegungen auch bei Politikern und Ministerialbeamten. Sie könnten die rechtlichen oder politischen Hindernisse auf dem Weg zur optimalen Organisationsform an sich oft zwar aus dem Weg räumen. Sie werden dabei aber nicht wie ein wohlwollender Diktator handeln, sondern Gesichtspunkte wie den Erhalt ihrer Stellung und Macht, vielleicht auch die Mehrung ihres persönlichen Vorteils im Auge behalten¹⁷.

Im folgenden soll es im Sinne der ökonomischen Terminologie aber nicht um eine positive Analyse gehen. Das Ziel ist also nicht, das Auftauchen der vie-

¹² *Rehm* in: *Ipsen* (FN 7) 95.

¹³ *Gertrud Witte*: Der Deutsche Städtetag warnt vor Privatisierungseuphorie, in: FAZ 29.11.1996, 47.

¹⁴ *Werner Frotscher*: Gewerberecht, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.): Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil 1. Berlin 1995, 1-110, R 22.

¹⁵ *Susanne Reichstein*: Private Finanzierung von Investitionen in der kommunalen Praxis, in: *Jörn Ipsen* (Hrsg.): Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44) Köln 1994, 115-126 (122).

¹⁶ *Anthony Ogus*: Regulation. Legal Form and Economic Theory. Oxford 1994, 267.

¹⁷ *Näher Christoph Engel*: Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente, in: *ders./Martin Morlock* (Hrsg.): Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Tübingen 1997***.

len Zwischenstufen zwischen Innen- und Außensteuerung zu erklären. Vielmehr geht es um die in ökonomischer Terminologie normative Frage, welche Organisationsform der jeweiligen staatlichen Aufgabe angemessen ist¹⁸. Es geht also um die vergleichende Analyse von Institutionen¹⁹. Die Entscheidung der öffentlichen Hand zwischen Innen- und Außensteuerung steht dabei in einem engen konzeptionellen Zusammenhang zur Entscheidung eines privaten Unternehmens zwischen Kaufen und Selbermachen²⁰. Die Volkswirtschaftslehre würde stattdessen formulieren: Es geht um die Entscheidung über den optimalen Grad an vertikaler Integration oder Desintegration²¹. In die privatrechtliche Diskussion hat das Problem als die Unterscheidung zwischen Vertrag und Organisation Eingang gefunden²². Deshalb ist es kein Zufall, daß viele der hybriden Formen zwischen staatlicher Innen- und Außensteuerung eine enge privatrechtliche Parallele haben. Vielfach sind sie unmittelbar der privaten Vertragspraxis entlehnt. Manchmal zeigt sich das sogar an den Begriffen. Erinnerung sei an das Kommunalleasing oder das Gebührenfactoring.

Die Parallele beschränkt sich dabei nicht auf Vorprodukte, die der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Vielmehr läßt sich in den gleichen Kategorien auch die Frage diskutieren, wie der Staat ein Regulierungsziel am besten erreicht. Soll er etwa eine eigene Armee unterhalten, selbst Straßen bauen oder staatliche Schulen unterhalten? Soll er stattdessen all diese Tätig-

¹⁸ Die gleiche Frage stellen: *Arnold Picot/Birgitta Wolff*: Zur ökonomischen Organisation öffentlicher Leistungen. „Lean management“ im öffentlichen Sektor? Gütersloh 1993; *Gunnar Volker Schuppert*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Staat, kommunale Gebietskörperschaften und Private, in: Jörn Ipsen (Hrsg.). Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44) Köln 1994, 17-36; *Andreas Hoffjan*: Zur Make-or-Buy-Problematik in der öffentlichen Verwaltung. Dargestellt am Beispiel der Trägerschaft der öffentlichen Jugendhilfe, in: *Die Verwaltung* 27 (1995) 389-401; *Birgitta Wolff*: Public-Private Partnerships, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 15 (1996) 243-275; *Dieter Bös/Friedrich Schneider*: Private public partnership. Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, in: *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1996, 515-543.

¹⁹ In der Ökonomie spricht man von institutional choice oder einem Comparative Institutions Approach, siehe etwa *Roland Vaubel*: Privatisierung als wettbewerbspolitische Aufgabe, in: *Ordo* 42 (1991) 253-271 (254).

²⁰ Im ökonomischen Jargon: Make or Buy, siehe etwa *Hoffjan* (FN 18) DV 1995, 389.

²¹ *Wolff* (FN 18) JbNPÖ 1996, 254.

²² *Terrance Daintith/Gunther Teubner* (Hrsg.): *Contract and Organisation*. Berlin 1987; Umfassende Zusammenfassung gerade bei *Joachim Jickely*: *Der langfristige Vertrag. Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung auf institutionen-ökonomischer Grundlage* (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 141) Baden-Baden 1996, 17-139.

keiten privater Initiative überlassen und seine souveränen Befugnisse nur dazu einsetzen, deren Handeln zu steuern? Oder empfiehlt sich auch hier eine Zwischenstufe zwischen reiner Innen- und reiner Außensteuerung? Denn prinzipiell kann jede staatliche Tätigkeit auch von privaten Unternehmen übernommen werden. Das gilt sogar für Normsetzung und Normanwendung, wie die Standesregeln von Berufsverbänden und die Schiedsgerichte zeigen. Wenn sich der Staat für die eigene Erfüllung der Aufgabe entscheidet, wählt er also einen höheren Grad an vertikaler Integration. Der Staat hat dabei nur eine Option mehr: er braucht nicht nur zwischen Organisation und Vertrag zu wählen, sondern kann stattdessen auch auf souveränen Zwang zurückgreifen.

Das einfache Recht entscheidet diese Frage regelmäßig ausdrücklich. Gegenstand heftiger Diskussion war die Entscheidung über die Organisationsform für die Entsorgung des Hausmülls²³. Andere Normen des einfachen Rechts enthalten zumindest dichte Vorgaben für die Entscheidung. Das bekannteste Beispiel ist das differenzierte kommunale Wirtschaftsrecht²⁴. Sogar die Verfassung enthält Privatisierungsverbote und -gebote²⁵. Das sind in Normen gegossene Präferenzen für Institutionen. Daß es solche Präferenzen gibt, wird sich schwerlich bestreiten lassen. Wessen Herz eher links schlägt, der traut dem Staat meistens mehr zu, und umgekehrt. Für die normative Analyse dürfen solche Präferenzen jedoch keine Rolle spielen²⁶. Denn rationale Argumentation würde dabei durch Ideologie ersetzt. Anders gesagt: Institutionen sind Instrumente. Aus normativer Perspektive müssen sie sich durch das Ziel legitimieren, dem sie dienen. Auf Präferenzen für Institutionen könnte es deshalb nur ankommen, wenn und so lange normativ die Entscheidung zwischen Institutionen in der Schwebelage bleibt. Auch dann wird die normative

²³ Aus der umfangreichen Literatur siehe nur *Friedrich Schoch*: Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, in: DVBl. 1994, 1-12; *Christoph Engel*: Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung. Ein Lehrstück zur Verschränkung des Abfallrechts mit Kartellrecht, Kommunalrecht, dem Recht der öffentlichen Aufträge und Wirtschaftsverfassungsrecht (Schriften zum deutschen und europäischen Umweltrecht 6) Köln 1995; *Tettinger* FS Friauf (FN 6).

²⁴ Zusammenfassend gerade aus der Perspektive unserer Frage *Stober* Kommunalrecht (FN) § 22.

²⁵ Zusammenfassend *Hartmut Bauer*: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 54 (1995) 243-286 (263-266).

²⁶ Anders *Christoph Badelt*: Öffentliche Institutionen und marktliche Anreizmechanismen. Eine neoinstitutionalistische Perspektive, in der: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 6 (1987). 49-73 (54); erwogen auch von *David G. Davis/ P.F. Brucati*: Property Rights and Transaction Costs. Theory and Evidence on Privately-owned and Government-owned Enterprises, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 143 (1987) 7-22 (8).

Analyse aber zumindest eine Vielzahl von Lösungen als Inferior erkennen. Die nur noch durch das Entscheidungsverfahren legitimierte Wahl wird durch die normative Betrachtung also zumindest stark eingeengt.

Der anerzogene Reflex des Juristen gegenüber der Gestaltungsfreude der Praxis ist die Qualifikation. Er versucht, das neue Phänomen durch Auslegung oder Analogie in den Anwendungsbereich vorhandener Normen zu bringen. Bei den hybriden Formen zwischen Innen- und Außensteuerung ist das ein lohnendes Unterfangen. Bereits das Recht der klassischen öffentlichen Unternehmen enthält Maßstäbe im Übermaß²⁷. Weitere Vorgaben und Grenzen kann man den Grundrechten und dem Demokratieprinzip, dem Gesetzesvorbehalt und dem Funktionsvorbehalt zu Gunsten des Berufsbeamtentums, der Selbstverwaltungsgarantie und dem Haushaltsrecht, dem Recht der öffentlichen Aufträge und dem europäischen Gemeinschaftsrecht, dem Kartellrecht und dem Lauterkeitsrecht, dem Gesellschaftsrecht und dem Umwandlungsrecht entnehmen²⁸. Wir wollen im folgenden einen anderen Weg beschreiten. Bereits die Aufzählung macht nämlich deutlich, wie leicht hier bei handwerklicher juristischer Arbeit vor lauter Bäumen der Wald aus dem Blick gerät. Außerdem bleiben die Auslegungsspielräume bei vielen dieser Normen groß. Sie können sachgerecht nur gefüllt werden, wenn man sich klar macht, welchen Nutzen die verschiedenen Organisationsformen stiften und mit welchen Nachteilen und Gefahren dieser Nutzen erkauft werden muß. Dabei wird sich erweisen, daß das geltende Recht von den normativ entscheidenden Gesichtspunkten eher ablenkt. Es differenziert nur zum Teil nach dem verfolgten Zweck. Aussagen zu den komperativen Vorteilen von Innen- und Außensteuerung finden sich im geltenden Recht bestenfalls an versteckter Stelle. Das heißt allerdings nicht, daß sich die normative Analyse vom geltenden Recht ganz frei machen könnte oder sollte. Wie sonst ist nämlich auch hier Recht geronnene Erfahrung. Es benennt Belange, die aus der Sicht der ökonomischen Theorie übersehen werden könnten. Außerdem vermehrt es den Schatz möglicher Lösungen.

²⁷ S. nur die beiden Habilitationsschriften von *Volker Emmerich*: Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 9) Bad Homburg 1969 und *Günter Püttner*: Die öffentlichen Unternehmen. Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft. Stuttgart ² 1985; sowie *Jürgen Backhaus*: Öffentliche Unternehmen im Wirtschaftsrecht. Funktionen und Rechtsformen öffentlicher Unternehmen. Frankfurt ² 1980.

²⁸ Einzelheiten etwa bei *von Arnim*: Privatisierung (FN10) und *Boysen* (FN 4) VR 1996, 74-80.

Damit ist der Gang unserer Untersuchung vorgezeichnet. Da die Organisationsform ein Instrument ist, müssen wir nach Zwecken differenzieren. Am Beginn steht eine Aufgabe, der die Rechtswissenschaft heute meist nur geringe Aufmerksamkeit schenkt: unternehmerisches Handeln des Staats als ein Mittel, um ihm Einnahmen zu verschaffen (II). Hier will der Staat an sich also nichts anderes als jeder private Unternehmer auch. Dieser Abschnitt ist nicht nur die Gelegenheit, das ökonomische Konzept der vertikalen Integration vorzuführen. Vielmehr läßt die Identität der Aufgabe die Unterschiede zwischen Staat und Privatwirtschaft viel deutlicher hervortreten. Auf dieser Grundlage können wir uns dann einen Schritt weiter vom privatwirtschaftlichen Ausgangspunkt entfernen. Wenn der Staat eine öffentliche Aufgabe erfüllt, steht er oft vor der Frage, ob er alle Vorprodukte selbst herstellen oder ob er private Lieferanten in Anspruch nehmen soll (III). Der Staat verfolgt nunmehr zwar nicht mehr dasselbe Ziel wie ein Privatunternehmen²⁹. Wie ein privates Unternehmen bleibt er aber auf die Alternative Vertrag oder Organisation beschränkt. Das ist in der letzten Konstellation anders. Hier fragt sich der Staat, ob er ein Regulierungsziel überhaupt selbst verfolgen oder sich darauf beschränken soll, Private bei der Erreichung dieses Ziels zu steuern (IV). Nunmehr hat der Staat außer Organisation und Vertrag nämlich auch den einseitigen Befehl zu Gebote³⁰.

II. Unternehmerisches Handeln zur Vermehrung der staatlichen Einnahmen

1. Einleitung

Wenn ein Privatmann ein Unternehmen gründet, tut er das, weil er sich davon Einnahmen verspricht. Historisch war das das entscheidende Motiv für das Aufkommen öffentlicher Unternehmen. Am Ende des Dreißigjährigen Krieges standen die deutschen und österreichischen Mittelstaaten vor dem finanziellen Ruin. Besteuerungsobjekte waren kaum noch vorhanden. Der Steuerwiderstand der Bevölkerung war enorm. Höhere Steuern hätten den

²⁹ -genauer. wie ein privates Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht. Man kann also die Parallele zu privaten karitativen Unternehmen ziehen-

³⁰ Wiederum ist bei genauem Hinsehen eine Einschränkung notwendig. Auch Beschaffungswünsche kann der Staat letztlich mit Befehl und Zwang erfüllen. Er tut das etwa mit den Leistungsgesetzen für den Verteidigungsfall oder mit der Enteignung eines Grundstücks, über das eine Straße führen soll. Wegen des Eigentumsgrundrechts ist das aber der seltene, begründungsbedürftige und entschädigungspflichtige Ausnahmefall. Er kann im folgenden vernachlässigt werden.

Unternehmen die Kraft zum Wiederaufbau ihrer Länder genommen und damit die Steuerbasis nur noch stärker erodiert. In dieser Situation empfahlen die Kameralisten ihren Fürsten, selbst unternehmerische Wagnisse einzugehen und aus dem Gewinn die öffentlichen Haushalte zu sanieren³¹. Einen zweiten Schub zur Gründung öffentlicher Unternehmen brachte die Not nach dem Ende des Ersten Weltkriegs. Im Gemeindesozialismus gründeten die Kommunen alle Arten von Unternehmen zur Versorgung ihrer Bürger mit Gegenständen des täglichen Bedarfs. Der Neugründung solcher Unternehmen hat die Deutsche Gemeindeordnung des Jahres 1935 zwar ein Ende gesetzt³². Nach allen Gemeindeordnungen ist die Gründung eines Unternehmens heute nur noch zulässig, wenn die Gemeinde damit einen öffentlichen Zweck verfolgt³³. Auch § 7 I 2 BHO kann sich nur eine „öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeit“ des Bundes vorstellen. Der Versuch, eine entsprechende Vorschrift in § 6 HGrG aufzunehmen und damit auch für die Länder verbindlich zu machen, war allerdings einstweilen nicht erfolgreich. Auch in Bund und Gemeinden sind nicht wenige Unternehmen verblieben, die nur der Gewinnerzielung dienen. Denn eine durchsetzbare Privatisierungspflicht gibt es bisher nirgends³⁴. Überdies läßt sich im Einzelfall trefflich darüber streiten, ob nicht doch ein öffentlicher Zweck zu entdecken ist. Die Aufsichtsbehörden und Gerichte gestehen den öffentlichen Händen dabei eine beachtliche Einschätzungsprärogative zu³⁵. Deshalb ist die Frage auch für Deutschland nicht nur von theoretischer Bedeutung, ob dem Staat die unternehmerische Tätigkeit als Mittel zur Einnahmeerzielung zur Verfügung stehen sollte.

Auf diese Frage hatte bereits einer der Gründungsväter des deutschen Verwaltungsrechts, *Lorenz von Stein*, eine klare Antwort. Er hielt den Staat für einen „schwerfälligen, unwirtschaftlichen Apparat, der weder berufen noch

31 *Jürgen Backhaus/Richard E. Wagner*: Finanzpolitik in der Demokratie. Eine neocameralistische Einschätzung der zeitgenössischen Haushaltswirtschaft, abgedruckt in *Jürgen Backhaus*, Öffentliche Unternehmen (FN 27) 457-484.

32 *Schmied****, in: *Faiss****: Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg***, 461 f. m.w.N.; zur heutigen Rechtslage näher *J*** Hidi*: Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und „öffentlicher Zweck“ kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen (Schriften zum Öffentlichen Recht 402) Berlin 1981.

33 Zusammenstellung der Vorschriften bei *Stober* Kommunalrecht (FN 11) § 22 FN 31.

34 Auch § 7 I 2 BHO bestimmt nur: „diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, in wieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“.

35 BVerwGE 39, 329, 334.

fähig ist, Unternehmen zu leiten“³⁶. Unter empirisch arbeitenden Ökonomen ist die Frage seit Jahrzehnten im Streit. Es kann nicht die Aufgabe eines Juristen sein, dem eine eigene ökonometrische Untersuchung hinzuzufügen oder auch nur die Verlässlichkeit der vorliegenden Studien abzuschätzen. Gerade die jüngsten und zusammenfassenden Untersuchungen scheinen Lorenz von Stein aber Recht zu geben³⁷. Dafür gibt es übrigen erdrückende konzeptionelle Argumente. Um sie soll es im folgenden gehen.

Die Nachteile sind offensichtlich, wenn sich der Staat selbst unternehmerisch betätigt (2). Eine Reihe von Maßnahmen können die Effizienz zwar verbessern: die organisatorische Ausgliederung des Unternehmens (3), der Übergang zur Beschaffung von Vorprodukten anstelle der eigenen Produktion (4), die Aufnahme privater Mitunternehmer (5) oder der Abschluß von Verfassungsverträgen mit privaten Unternehmen (6). All diese Maßnahmen haben auch ihre spezifischen Probleme. Der komperative Nachteil zu Unternehmen in privater Trägerschaft wird dadurch bestenfalls gemindert, nicht aber beseitigt.

2. Unternehmerisches Handeln des Staats selbst

Daß der Staat weniger erfolgreich produziert als ein privates Unternehmen, liegt zunächst einmal an der weniger günstigen Struktur der Verfügungsrechte (a). Außerdem kann er sich der Kontrolle durch die Produktmärkte zum Teil entziehen (b). Er muß damit rechnen, daß ihn Wähler und Politik verpflichten, auch andere als kommerzielle Ziele in den Blick zu nehmen (c). Unternehmerisches Handeln kann nicht nur eine Wohltat, sondern auch eine Belastung für die öffentlichen Haushalte werden (d). Aus all diesen Gründen verhindert unternehmerisches Handeln des Staats, daß die knappen Produktionsfaktoren an den Ort ihrer produktivsten Verwendung wandern (e). Der Staat verzerrt den Wettbewerb (f). Sein unternehmerisches Handeln hat re-

³⁶ *Lorenz von Stein*: Lehrbuch der Finanzwissenschaft 2. Teil 1. Abt. *** ⁵ 1885, 208 f.

³⁷ Siehe im einzelnen *Anthony E. Boardman/Aidan R. Vining*: Ownership and performance in competitive environments. A Comparison of the Performance of Private, Mixed, and State-owned Enterprises, in: *Journal of Law and Economics* 32 (1989) 1-33, mit einer Zusammenstellung der bis dahin erschienenen Untersuchungen (6); *Arnold Picot/Thomas Kuhlmann*: Comparative Performance of Government-owned and Privately-owned Industrial Corporations. Empirical Results from Six Countries, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 145 (1989) 298-316, auf der Basis der Fortune 500 - outside the US; *James M. Ferris/Elisabeth Graddy*: Organisational Choices for Public Service Supply, in: *Journal of Law, Economics and Organisation* 10 (1994) 126-141, 129 FN 7; *Mary M. Shirley*: Privatisation and Performance, in: *Hastings International and Comparative Law-Review* 17 (1994) 669-687 (674f.).

gelmäßig Verteilungswirkungen (g). Die demokratische Kontrolle des Staats wird geschwächt (h). Schließlich wird der europäische Binnenmarkt gestört (i).

(a) Ungünstige Struktur der Verfügungsrechte

Der wichtigste Einwand gegen unternehmerisches Handeln des Staats liegt in der geringeren technischen Effizienz³⁸. Die in staatlichem unternehmerischen Handeln gebundenen Ressourcen arbeiten unterhalb ihrer Produktionsgrenze. Die Anreize zur möglichst effektiven Verwendung der Ressourcen sind zu klein³⁹. Das liegt an der ungünstigen Struktur der Verfügungsrechte (property rights)⁴⁰. Deshalb ist die Corporate Governance für die öffentliche Hand schwerer als für ein privates Unternehmen⁴¹.

Wenn die öffentliche Hand unternehmerisch tätig wird, fallen Eigentum und Kontrolle auseinander. Der wahre Eigentümer des Unternehmens sind die Bürger. Kontrolliert wird es dagegen von dem öffentlichen Angestellten, dem die Leitung dieser unselbständigen unternehmerischen Einheit anvertraut ist. Zwischen Eigentum und Kontrolle schiebt sich also eine Vielzahl von Zwischenstufen, angefangen von den gewählten Repräsentanten im Parlament über die Regierung, die Ministerien und die Untergliederungen der dezentralisierten oder dekonzentrierten öffentlichen Verwaltung. Das Verfügungsrecht der wahren Eigentümer an ihrem Unternehmen ist also stark verdünnt⁴².

Grundsätzlich haben allerdings auch private Unternehmen häufig mit demselben Problem zu kämpfen. Wenn sie einen angestellten Manager beschäftigen,

³⁸ Der gleiche Sachverhalt wird von anderen Autoren mit den Begriffen betriebliche Effizienz, Kosteneffizienz oder X-Effizienz belegt.

³⁹ Grundlegend zu diesem analytischen Instrument *Harvey Leibenstein*: Allocative efficiency vs. „X-efficiency“ in: *American Economic Review* 56 (1966) 392-415.

⁴⁰ Diesen Gedanken haben vor allem entwickelt *A. A. Alchian*: Some Economics of Property Rights, in: *Il Politico* 30 (1965) 816-829; *Louis de Alessi*: Implications of Property Rights for Government Investment Choices: in: *American Economic Review* 59 (1969) 13-24.

⁴¹ Siehe dazu vor allem *Hans Siekmann*, Corporate Governance und öffentlich-rechtliche Unternehmen, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 15 (1996) 282-313.

⁴² Siehe nur *Jean Jacques Laffont/Jean Tirole*: *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge 1993, 642. Grundlegend zur Theorie der Verfügungsrechte *Thrainn Eggertsson*: *Economic Behaviour and Institutions*. Cambridge 1990, insbesondere 33-58 und 157-246.

fällt nämlich auch bei ihnen Eigentum und Kontrolle auseinander⁴³. Im privaten Unternehmen treten aber zwei recht wirksame Substitute an die Stelle der direkten Kontrolle: der Eigentümer hat die Möglichkeit, seine Manager durch Abwanderung und durch Widerspruch zu disziplinieren⁴⁴. Beide Möglichkeiten hat zwar prinzipiell auch der Bürger. Sie sind aber so schwach ausgeprägt, daß dem Management unvermeidlich große kontrollfreie Spielräume bleiben.

Der Eigentümer eines privaten Unternehmens kann sein Recht auf Abwanderung wahr nehmen, indem er das Unternehmen verkauft. Wie bei anderen Tauschvorgängen auch wird sich dann ein Käufer finden, wenn er die Ertragskraft des Unternehmens höher bewertet als der bisherige Eigentümer. Das tut er in der Praxis vor allem dann, wenn er glaubt, daß es bisher schlecht geführt wurde. Daran liegt es, daß der Eigentümerwechsel den bisherigen Manager regelmäßig seine berufliche Stellung kostet. Weil er diesen Verlust fürchtet, hat er einen hohen Anreiz, so effektiv zu nutzen, daß der bisherige Eigentümer weiterhin mit ihm zufrieden ist. Die Manager privater Unternehmen werden also vor allem durch den Kapitalmarkt kontrolliert. Da Anteile am Staat nicht handelbar sind, fällt dieser Kontrollmechanismus bei der unternehmerischen Tätigkeit des Staats aus⁴⁵.

Dieser Unterschied bleibt auch dann bedeutsam, wenn man sich zwei Einschränkungen vor Augen führt. Zum einen ist auch für private Unternehmen der Kapitalmarkt in Deutschland ein viel weniger mächtiger Kontrolleur als etwa in den Vereinigten Staaten. Denn nur ein kleiner Unternehmen ist überhaupt an der Börse notiert. Auch bei diesen Unternehmen liegt die Mehrheit der Aktien in der Hand weniger Großaktionäre. Daran liegt es, daß feindliche Übernahmen in Deutschland bisher so außerordentlich selten gewesen sind⁴⁶. Auch in Deutschland erfährt der Eigner eines privaten Unternehmens aber zumindest, welche Rendite er für das eingesetzte Kapital erhält. Winkt an anderer Stelle eine deutlich höhere Rendite, wird das viele Eigentümer bewegen, ihr Kapital abzuziehen.

⁴³ Auf die Parallele machen aufmerksam: *Aidan R. Veining/Anthony Boardman: Ownership vs. Competition. Efficiency in Public Enterprise*, in: *Public Choice* 71 (1992) 205-239 (207-209).

⁴⁴ Der Gedanke ist entwickelt von *Albert O. Hirschmann: Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten* (Schriften zur Kooperationsforschung A 8) Tübingen 1974.

⁴⁵ *Paul J. J. Welfens: Grundlagen der Wirtschaftspolitik*. Berlin 1995, 246.

⁴⁶ Zusammenfassend etwa *Theodor Baums: Corporate Governance in Germany. System and Recent Developments*, in: ****Isaksson/** Skog (Hrsg.): Aspects of Corporate Governance*. Stockholm 1994, 31-***.

Auch die zweite Einschränkung ändert das Ergebnis des Vergleichs nicht. Sieht man genau hin, hat zwar auch der Bürger-Eigentümer die Möglichkeit der Abwanderung. Er kann die Staatsangehörigkeit aufgeben und das Land verlassen, im gegliederten Staat auch von einer Gebietskörperschaft in eine andere ziehen. Das ist aber gleich aus zwei Gründen ein stumpfes Schwert. Wer als Bürger abwandert, muß sein im Unternehmen Staat steckendes Kapital stehen lassen; er fällt künftig nur als Steuerzahler aus. Vor allem muß der Bürger aber eine hochaggregierte Entscheidung treffen. Wenn er auswandert, befreit er sich nicht nur vom unfähigen Management eines einzelnen staatlichen Unternehmens. Vielmehr betrifft die Entscheidung zugleich auch das Management aller anderen staatlichen Unternehmungen, die Regierung und Verwaltung des Landes, den eigenen Arbeitsplatz, das bisherige soziale Umfeld der Familie, oft auch den kulturellen Hintergrund, in den Bürger hineingeboren wurde. Dieses Bündel an Gesichtspunkten macht eine Abwanderungsentscheidung nicht nur sehr viel unwahrscheinlicher. Sie hat zugleich auch einen viel geringeren disziplinierenden Effekt für das Management. Es wird die Auswanderungsentscheidung kaum je auf sich selbst beziehen⁴⁷.

Die kaum vorhandene Kontrolle staatlicher unternehmerischer Tätigkeit durch Abwanderung wird auch nicht durch verbesserte Möglichkeiten zum Widerspruch wettgemacht⁴⁸. Im Gegenteil scheiden private Unternehmen auch bei diesem Vergleich besser ab. Die Kontrollrechte der Bürger-Eigentümer sind viel schwächer ausgestaltet. Zugleich sind die Anreize viel geringer, von diesen Instrumenten gerade in der Absicht zur Kontrolle des Managements öffentlicher Unternehmungen Gebrauch zu machen. Denn die Bürger haben auch zur Kontrolle der kommerziellen Tätigkeit des Staates nur das Instrument von Wahlen und Abstimmungen. Die Entscheidung, zur Wahl zu gehen, hat für den Einzelnen zwar viel geringere Opportunitätskosten als die Auswanderung. Er muß nur die halbe Stunde für den Weg zurück zum Wahllokal opfern und sich vorher leidlich informieren. Trotzdem ist auch dieses Kontrollmittel nicht sehr wirksam. Wiederum muß der Bürger eine ziemlich hoch aggregierte Entscheidung fällen. Bei einer Wahl muß er nicht nur über sämtliche staatliche Unternehmungen, sondern auch noch über alle

⁴⁷ Siehe zum Ganzen auch, zum Teil mit abweichenden Nuancen, Davis/Brucatu (FN 26) JITE 1987, 11-13; *Colin Lawson: The Theory of Stake-owned Enterprises in Market-Economies*, in: *Journal of Economic Service* 8 (1994) 283-309 (298); *Larry L. Kiser: A Constitutional Theory of Public Enterprise*, in: *Constitutional Political Economy* 5 (1994) 287-306 (293 f.).

⁴⁸ Das beide Instrumente in einem Substitutionsverhältnis zueinanderstehen, weshalb es auf ihre optimale Mischung ankommt, ist eine der zentralen Thesen von *Hirschmann* (FN 44) 102 und passim.

Politikfelder auf einmal entscheiden. Öffnet man sich entgegen der deutschen Tradition stärker für Abstimmungen, wird die Entscheidung zwar etwas weniger aggregiert. Daß Abstimmungen über die Unternehmungspolitik einzelner kommerzieller Aktivitäten des Staates funktionieren sollten, ist aber schwer vorstellbar. Auch dieses Instrument eignet sich nur für den politischen, nicht für den wirtschaftlichen Wettbewerb⁴⁹.

Selbst wenn all diese Schwierigkeiten überwunden wären, hätte der einzelne Bürger- Eigentümer überdies kaum einen vernünftigen Anreiz, sich um die Kontrolle der kommerziellen Aktivitäten des Staates zu kümmern. Geht es ihm nur darum, sein eigenes Einkommen zu vermehren, wäre es sogar irrational, für diese Tätigkeit Zeit aufzuwenden⁵⁰. Beim Staat potentiert sich nämlich ein Problem, das aus großen Kapitalgesellschaften bekannt ist. Der einzelne Gesellschafter hat zwar erhebliche Kontrollrechte, er hat aber kaum einen Anreiz, von diesen Rechten Gebrauch zu machen. Spürt er mit viel Einsatz ein Versagen des Managements auf, kann er nämlich bestenfalls eine kleine Erhöhung der Devidende oder eine Steigerung im Kurswert seiner Anteile erreichen⁵¹. Um weiviel geringer und zugleich unwahrscheinlicher ist noch die Chance, durch erfolgreiche Kontrolle des Managements öffentlicher Unternehmungen die eigene Steuerlast zu hindern!

Hat man sich diesen Zusammenhang klargemacht, fällt zusätzliches Licht auf die Bedeutung von Abwanderung. Sie beseitigt bereits in größeren Privatunternehmen das Anreizproblem beim Widerspruch. Nunmehr lohnt es sich, in die Kontrolle fremder Unternehmen zu investieren. Wer dabei erfolgreich ist, kann nämlich am Kapitalmarkt Anteile des Unternehmens erwerben und damit auch persönlich Nutzen aus seinem Informationsvorspruch ziehen. Weil die Anteile am Staat nicht handelbar sind, entfällt auch diese Möglichkeit zur Spezialisierung⁵²

⁴⁹ *Veining und Boardman (FN 43)* Public Choice 1992, 210-216 ist deshalb zuzustimmen: politischer Wettbewerb ist kein auch nur annähernd wirksamer Mechanismus zur Kontrolle kommerzieller Aktivitäten.

⁵⁰ *Hugh S. E. Gravelle: Incentives, Efficiency and Control in Public Firms*, in: Journal of Economics Supplement 2 (1982) 79-104 (80).

⁵¹ Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht hierzu demächst umfassend die Habilitationsschrift von *Michael Becker: Verwaltungskontrolle durch Gesellschaft per Rechte* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht).

⁵² *Thomas Romer/Howard Rosenthal: An Exploration in the Politics and Economics of Local Public Services*, in: Journal of Economics Supplement 2 (1982) 105-125 (124).

(b) Abgeschwächte Kontrolle durch die Produktmärkte

Das Management eines privaten Unternehmen ist nicht nur durch den Kapitalmarkt, sondern auch durch die Produktmärkte diszipliniert, auf denen das Unternehmen agiert. Bleibt der Erfolg eines Unternehmens deutlich hinter den Konkurrenten zurück, muß es zum Schluß aus diesem Markt sogar ausscheiden. Bereits zuvor ist der Mißerfolg für die Eigentümer aber ein deutliches Signal, dem Management stärker auf die Finger zu sehen, es vielleicht auch auszuwechseln. Auch in dieser Hinsicht schneidet der unternehmerisch tätige Staat im Vergleich schlechter ab. Denn die Manager seiner kommerziellen Unternehmungen haben gleich zwei Möglichkeiten, sich dem Druck der Produktmärkte zu entziehen: sie können in die tiefen Taschen der öffentlichen Haushalte greifen oder den Staat dazu bewegen, zugunsten des Unternehmens von seinen souveränen Befugnissen Gebrauch zu machen.

Die Steuern zu erhöhen, ist politisch nicht einfach⁵³. Auch die Staatsverschuldung stößt an rechtliche und politische Grenzen⁵⁴. Das Prinzip der Einheitlichkeit des Budgets führt aber dazu, daß diese Restriktionen für Politiker viel höheres Gewicht haben als für den Manager einer einzelnen staatlichen Unternehmung. Ob nun eine einzelne Unternehmung ohne Not einen staatlichen Zuschuß von ein paar Millionen erhalten hat, fällt am politischen Zahntag der nächsten Wahl kaum ins Gewicht. Man kann deshalb ohne allzu große Übertreibung davon sprechen, öffentliche Unternehmungen arbeiteten mit einer impliziten staatlichen Garantie⁵⁵. Der Griff in die öffentlichen Kassen fällt den Managern auch deshalb leicht, weil sie letztlich mit den Verwaltern dieser Kasse in einem Boot sitzen. Den Politikern fällt es mit anderen Worten leichter, nachträglich mangelnde Effizienz einer öffentlichen Unternehmung mit einer Subvention zu kaschieren, als die politische Verantwortung für die mangelnde Kontrolle des Unternehmens zu übernehmen⁵⁶. Der Konkurs einer kommerziellen Unternehmung des Staats wäre identisch mit dem Staatsbankrott und kommt deshalb nicht vor⁵⁷. Die Manager haben die

⁵³ In technischer ökonomischer Terminologie: Steuern haben hohe Schattenkosten: *Jean-Jacques Laffont/Jean Tirole: The Politics of Government Decision-making. Regulatory Institutions*, in: *Journal of Law, Economics and Organisation* 6 (1990) 1-31 (7).

⁵⁴ *Näher Wolfram Höfling**** in: *Christoph Engel/Martin Morlock (Hrsg.): Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung*. Tübingen 1997***:

⁵⁵ *A. Michael Froomkin: Reinventing the Government Corporation*, in: *University of Illinois Law Review* 3 (1995) 543-634 (558 f. und passim).

⁵⁶ *Brian Levy: A Theory of Public Enterprise Behaviour*, in: *Journal of Economic Behaviour and Organisation* 8 (1987) 75-96 (79).

⁵⁷ *Vgl. Laffont/Tirole (FN 42) 640.*

Chance, den Zuschußbedarf strategisch zu erhöhen, um sich dadurch Freiräume und Annehmlichkeiten zu sichern⁵⁸. Weil öffentliche Unternehmungen Ineffizienz länger abfedern oder verstecken können, treffen sie die schließlich unvermeidlichen Einschnitte dann viel schwerer als ein privates Unternehmen, daß laufend zur Anpassung gezwungen ist⁵⁹. Umgekehrt werden die Manager auch nicht ausreichend von übermäßig riskanten Entscheidungen abgehalten. Wenn sich das Risiko realisiert, können sie die Folgen nämlich den öffentlichen Haushalten anlasten.

Auch beim Griff in die öffentlichen Kassen verzerren Unternehmungen des Staats den Wettbewerb letztlich, indem sie dessen souveränen Befugnisse mißbrauchen. Denn letztlich muß sich der Staat bei seinen Bürgern mit Befehl und Zwang refinanzieren. Allzu schamloser staatlicher Begehrlichkeit können die Bürger aber vergleichsweise wirksamen Steuerwiderstand entgegensetzen. Außerdem sind Steuererhöhungen politisch riskant. Weil sie die Regierung die nächste Wahl kosten können. Deshalb kann es für die Regierung attraktiver sein, einer notleidenden öffentlichen Unternehmung mit anderen souveränen Befugnissen zu helfen. Besonders groß ist die Versuchung, durch Regulierung geschützte Märkte zu schaffen⁶⁰. Am leichtesten gelingt das, wenn einer an sich ausschließlich kommerziellen Tätigkeiten ein öffentlicher Zweck untergeschoben wird. Diese Gefahr ist deshalb so groß, weil bei der kommerziellen Tätigkeit des Staats die Gewaltenteilung zwischen Staat und Wirtschaft aufgehoben ist. Hoheitliche und unternehmerische Tätigkeiten liegen in einer Hand. Der Schiedsrichter spielt selbst auf dem Spielfeld mit⁶¹. Politisch ist es deshalb einfacher, eine Steuererhöhung durchzusetzen, weil davon unmittelbar nur die Konkurrenten der staatlichen Unternehmung betroffen. Selbst wenn es ihnen gelingen sollte, Arbeitnehmer, Lieferanten und Abnehmer zu mobilisieren, bleibt es ein verschwindender Teil der Wahbevölkerung. Bei diesem Instrument gelingt es der Politik mit anderen Worten

⁵⁸ Vgl. Jörg Finsinger: Wettbewerb und Regulierung (Law and Economics 16) München 1991, 98.

⁵⁹ Vgl. Bös/Schneider (FN 18) ZGR 1996, 531.

⁶⁰ Shirley (FN 37) *Hast* ICLR 1994, 674; *Froomkin* (FN 55) *Uill* LR 1995, 548; *Bös/Schneider* (FN 18) ZGR 196, 534; vgl. auch *Wolfgang Schön*: Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzung auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand. *Gesellschaftsrechtliche Analyse*, in: *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1996, 429-457 (456): Die „gesetzliche Begründung staatlicher Vorzugstellungen im Gesellschaftsrecht“.

⁶¹ *Ernst-Joachim Mestmäcker*: Macht - Recht - Wirtschaftsverfassung, in: *ders.*: *Recht und ökonomisches Gesetz* (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 50) Baden-Baden² 1984, 15-32 (23).

leichter, die Wähler über das wahre Ausmaß der Wohlfahrtsverluste zu betrogen.

(c.) Einwirkungen der Politik auf unternehmerische Entscheidungen

Die Nähe zur Politik ist für den Manager einer staatlichen Unternehmung nicht nur eine Wohltat. Wenn der Manager eines privaten Unternehmens eine neue profitable Geschäftschance entdeckt, hat er zwar noch nicht automatisch die dafür erforderlichen zusätzlichen Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit. Er darf aber damit rechnen, daß die Eigentümer vornehmlich am Ertrag des Unternehmens interessiert sind und einem aussichtsreichen neuen Projekt regelmäßig zustimmen werden. Die Eigentümer werden zunächst einmal überlegen, ob sie zusätzliches Kapital einwerben können und wollen. Wenn das ausscheidet, geben die Opportunitätskosten den Ausschlag, die entstehen, wenn Kapital und Arbeitskräfte an anderer Stelle abgezogen werden. Der unternehmerisch tätige Staat denkt ganz anders. Denn seine kommerziellen Abteilungen stehen bei Wünschen an den Staatshaushalt in Verwendungskonkurrenz zu den öffentlichen Aufgaben des Staats. Dem Gemeinderat ist schwer klar zu machen, daß die sozialen Dienste darben sollen, damit die kommunale Brauerei eine zukunftssträchtige Abfüllanlage installieren kann. Auch das Einwerben von zusätzlichem privaten Kapital fällt dem Staat viel schwerer. Auch ein privater Unternehmer, der einen Teilhaber aufnimmt, ist zwar nicht mehr allein Herr im Haus. Er darf aber damit rechnen, daß sein neuer Compagnon genauso am Profit interessiert ist, wie er selbst. Nimmt der Staat dagegen in eine seiner kommerziellen Unternehmungen einen privaten Teilhaber auf, muß er sie zumindest organisatorisch ausgliedern⁶² und es wird jedenfalls schwieriger, diese Unternehmung künftig auch „politisch auf Kurs zu halten“. Aus all diesen Gründen kommt es nicht selten vor, daß der Staat notwendige Investitionen lange hinauszögert⁶³. Deshalb besteht zugleich die Gefahr, daß der Staat Größenvorteile, Verbundvorteile, Lernkurven und die Möglichkeit der Risikostreuung nicht wahrnimmt.

Außerdem werden die Manager kommerzieller Unternehmungen des Staats unmittelbar von Politikern kontrolliert. Die Anreizmechanismen, denen Politiker unterliegen, schlagen deshalb auf das Marktverhalten kommerzieller Unternehmungen des Staats durch. Sie vertragen sich nur schlecht mit einer konsequent kommerziellen Ausrichtung. Denn ein Unternehmen muß häufig

⁶² Näher unten 3 und 5.

⁶³ Shirley (FN 37) *HastICLR* 1994, 670.

langfristig denken. Dazu ist es auch dann im Stande, wenn seine Anteile an der Börse gehandelt werden. Denn Aktien werden nicht nur wegen der Aussicht auf die periodische Dividende, sondern mehrnoch in der Hoffnung auf Kurssteigerungen gekauft. Der Aktienkurs spiegelt nicht nur die Aussicht auf den kurzfristigen, sondern auch auf den langfristigen Gewinn. Politiker müssen dagegen alle vier oder fünf Jahre wiedergewählt werden. In der Politik und deshalb auch bei den Unternehmungen des Staats kommt es folglich viel häufiger zu Entperiodenproblemen: um des kurzfristigen Erfolgs Willen nimmt die Unternehmung langfristigen Schaden in Kauf. Der schlimmste Schaden entsteht dabei aus verpaßten Chancen. Hieraus erklärt sich zugleich die verbreitete Risikoscheu jeglicher Unternehmungen.

Schließlich sind die Unternehmungen des Staats noch ganz handfesten Begehrlichkeiten der Politik ausgesetzt. Sie können direkt als Mittel zur Manipulation der nächsten Wahl eingesetzt werden⁶⁴. Ist der öffentliche Sektor groß genug, kann er insgesamt dazu angehalten werden, kurz vor der nächsten Wahl ein konjunkturelles Strohfeuer zu entfachen. Dann wird den Bürgern ein rosiges Bild vom Zustand der Volkswirtschaft vorgegaukelt⁶⁵. Einzelne öffentliche Unternehmungen können dadurch für den Wahlerfolg instrumentalisiert werden, daß sie zu künstlich niedrigen politischen Preisen gezwungen werden⁶⁶. Scheinbar läßt sich das allerdings rationalisieren. Denn die Bürger befinden sich ja in einer Doppelstellung. Sie sind nicht nur Eigentümer dieses Unternehmens, sondern zugleich auch Konsument seiner Produkte. Deshalb könnten sie geneigt sein, den unmittelbaren Vorteil als Konsument über den viel mittelbaren Vorteil als Eigentümer zu stellen⁶⁷. Dann stünden die kommerziellen Unternehmung des Staats auf einer Ebene mit Konsumgenossenschaften, gegen die aus volkswirtschaftlicher Perspektive wenig einzuwenden ist. Dieser Blickwinkel ist aber schief. Denn ein politischer Preis verwehrt nicht nur dem einzelnen Konsumenten die Wahl zwischen dem Wert seiner Anteile und der Ersparnis von Konsumaufwendungen. Vor allem sind Eigentümer in Wahrheit aber gar nicht personengleich. Jeder Bürger ist zwangsweise Miteigentümer der Unternehmung. Begünstigt werden dagegen nur die Personen, die das konkrete Produkt auch wirklich ver-

⁶⁴ *Bös/Schneider (FN 18) ZGR 1996, 529.*

⁶⁵ *Franz Wirl: Die Theorie der öffentlichen Firmen. Rahmenbedingungen für effiziente Versorgungsunternehmen (Schriften zur öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft 126) Baden-Baden 1991, 29.*

⁶⁶ *Gravelle (FN 50): Jec 1982, 8.*

⁶⁷ *So die Analyse von Charle Beat Blankert: Ökonomie der öffentlichen Unternehmen. Eine institutionelle Analyse der Staatswirtschaft. München 1980, 121.*

wenden. Aus der Sicht eines Politikers, der die nächste Wahl gewinnen will, ist es keineswegs naheliegend, die Wohltat des politischen Preises nach dem Gießkannenprinzip über das gesamte Volk auszuschütten. Vielmehr wird er versuchen, mit seinen Wohltaten gerade den Teil der Bevölkerung zu erreichen, der über den Wahlerfolg entscheidet. Typischerweise sind das die Wechselwähler in der Mitte des politischen Spektrums⁶⁸.

(d) Rückwirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Wenn der Staat unternehmerisch tätig wird, verspricht er sich davon zusätzliche Einnahmen. Diese Hoffnung kann trügen. Zunsächst einmal braucht man für jedes Gewerbe Kapital oder Arbeit, meist beides. anders als eine Natürliche Person verfügt der Staat nicht über eine gleichsam vorgreifliche Ausstattung mit Produktionsfaktoren. Die benötigten Personen muß er als Arbeitskräfte einstellen. Setzt sich die Geschäftsidee am Markt nicht durch, hat es der Staat viel schwerer als ein privates Unternehmen, diese Arbeitskräfte wieder loszuwerden. Kapital muß er sich entweder durch höhere Steuern von seinen Bürgern beschaffen, oder er nimmt er einen Kredit auf und bürdet damit künftigen Haushalten finanzielle Last auf. Vor allem kann eine staatliche Unternehmung für die öffentlichen Haushalte aber auch dann zu teuer sein, wenn sie für sich selbst profitabel scheint. Richtigerweise müßt der Staat die Opportunitätskosten bewerten. Steuergelder, die er für eine kommerzielle Unternehmung einsetzt, kann er für andere, insbesondere für öffentliche Zwecke nicht mehr verwerten. Wir hatten bereits gesehen, daß dieser Umstand nicht trivial ist, weil die Schattenkosten der staatlichen Einnahmen ausgesprochen hoch sind⁶⁹. Letztlich ist auch dieses Kalkül auch noch zu eng. Vielmehr müßte der Staat zumindest die Rückwirkungen ins Kalkül ziehen, die seine eigene Unternehmung auf das Steueraufkommen hat. Dabei sind zwei Wirkungspfade auseinanderzuhalten. Der erste ist durch die Diskussion um die Steuerreform bekannt geworden. Wenn der Staat seine eigene Unternehmung nur um den Preis betreiben kann, daß er zunächst die Steuern erhöht, kann er bei gleicher Gelegenheit die Steuerbasis so sehr beschädigen, daß er zum Schluß einschließlich der Gewinne aus seiner Un-

⁶⁸ Zu den konzeptionellen Grundlagen *Peter Bernholz/Friedrich Breyer: Grundlagen der Politischen Ökonomie II. Ökonomische Theorie der Politik. Tübingen* ³ 1994, 155-165 und passim.

⁶⁹ Siehe oben***.

ternehmung immer noch weniger Einnahmen zur Verfügung hat⁷⁰. Außerdem führen die geringe technische Effizienz der öffentlichen Produktion⁷¹ und die wettbewerbsverzerrenden Rückwirkungen auf die Produktmärkte⁷² dazu, daß die Volkswirtschaft insgesamt an Leistungskraft verliert. Damit singt notwendig auch das Steueraufkommen. Aus normativer Perspektive greift im übrigen auch diese Analyse noch zu kurz. Sie behandelt den Staat nämlich wie einen profitmaximierenden Akteur. Staatliches Handeln ist aber kein Selbstzweck, sondern muß sich als Dienst an den Bürgern legitimieren. Deshalb darf der Staat nicht nur die Rückwirkungen auf das Steueraufkommen abwälzen, sondern er muß die Folgen für die gesamte Volkswirtschaft in den Blick nehmen. Dann verschieben sich die Gewichte noch mehr zu Lasten seines unternehmerischen Handelns.

Das deutsche Haushalts- und Finanzverfassungsrecht hat sich diesen Überlegungen bisher erste zum Teil geöffnet. Traditionelle verpflichtet es die öffentliche Hand nur auf „Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“, § I HGrG. Traditionell wird das als bloßes Gebot zur technischen Effizienz verstanden. Opportunitätskosten spielen dabei keine Rolle. Mit dem erwähnten § 7 I BHO deutet sich nunmehr aber ein Wandel an. Die Vorschrift lautet:

„Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“.

Wichtig ist vor allem der Zusammenhang der beiden Sätze. Er gestattet es, das hergebrachte Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nunmehr weitergehend zu verstehen und zumindest auch die Rückwirkungen auf das Steueraufkommen zu berücksichtigen.

⁷⁰ Eine knappe Herleitung der Zusammenhänge findet sich bei *Goffrey Brennan/James M. Buchanan: Die Begründung von Regeln. Konstitutionelle politische Ökonomie (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 83) Tübingen 1993, 112-119.*

⁷¹ *Siehe oben a).*

⁷² *Siehe oben b).*

(e) Allokative Wirkungen

Unsere bisherigen Überlegungen begründen zugleich die Gefahr, daß kommerzielle Unternehmungen des Staats zu Verschwendung führen. Denn sie hindern knappe Recourcen daran, produktiver eingesetzt zu werden. Die Volkswirtschaft verfehlt deshalb das Ziel der allokativen Effizienz. Dazu kommt es einmal, weil öffentliche Unternehmungen typischerweise technisch weniger effizient sind⁷³. Außerdem haben wir gesehen, daß der Wettbewerbsdruck auf diese Aktivitäten gemindert ist⁷⁴. Der Wettbewerb ist aber gerade das Instrument, mit dem Recourcen von unsichtbarer Hand in ertragreichere Verwendungen gelockt werden. Noch klarer tritt die Verschwendung zutage, wenn öffentliche Unternehmungen von Politikern für den in der nächsten Wahl oder von Interessengruppen für ihren subjektiven Vorteil mißbraucht werden⁷⁵.

(f) Wettbewerbsverzerrungen

Öffentliche Unternehmungen schädigen nicht nur die Volkswirtschaft als Ganze, sondern auch spezifisch die aktuellen oder potentiellen Konkurrenten. Sie müssen oft schon mit einem Handicap in den Markt gehen. So sind etwa bisher alle Versuche gescheitert, auch die kommunalen Entsorgungsbetriebe mehrwertsteuerpflichtig zu machen. Da der Staat nicht konkursfähig ist, bekommt er billiger Kredite⁷⁶. Erst recht wird der Wettbewerb verzerrt, wenn es der öffentlichen Unternehmung gelingt, aus den öffentlichen Haushalten Zuschüsse zu erhalten, oder wenn der Staat seine hoheitlichen Befugnisse in den Dienst seines kommerziellen Interesses stellt⁷⁷. Schließlich verzerrt das öffentliche Angebot oft auch die Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten. So lag es lange Zeit etwa im Substitutionswettbewerb zwischen Straße und Schiene. Das staatliche Straßennetz konnten die Fuhrunternehmen als Ausfluß des öffentlich-rechtlichen Gemeingebrauchs kostenlos nut-

⁷³ *Siehe oben (a).*

⁷⁴ *Siehe oben (b).*

⁷⁵ *Siehe oben (c).*

⁷⁶ *Siehe etwa Wernhard Möschel: Privatisierung als Ordnungspolitische Aufgabe in: FS Gernhuber Tübingen 1993, 905-918 (909).*

⁷⁷ *Näher oben (c).*

zen. Die Deutsche Bundesbahn mußte dagegen auch den Schienenweg selbst erstellen und über Transportpreise refinanzieren⁷⁸.

Das deutsche öffentliche Recht ist aus der Perspektive des Rechtsschutzes gedacht. Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß gerade dieser Gesichtspunkt der Wettbewerbsverzerrung durch kommerzielles staatliches Handeln hohe Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat. Am weitesten geht Art. 89 II Bay-GemO. Danach dürfen gemeindliche Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung und kein Aufsaugen selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken. Die übrigen Gemeindeordnungen verlangen zumindest, daß die wirtschaftlichen Unternehmen der Kommune unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen. Außerdem enthalten die Gemeindeordnungen das sogenannte Subsidiaritätsprinzip. Was private Unternehmen besser, nach manchen Gemeindeordnungen auch nur gleich gut können, soll ihnen überlassen bleiben. Nach wie vor ist der Streit allerdings nicht ausgestanden, welche dieser Anforderungen im Sinne von § 42 II VwGO drittschützenden Charakter haben. Die Gegenansicht meint, geschützt sei nur der Kommunalhaushalt, und schließt damit Klagen der Konkurrenten gegen den Marktzutritt der Kommune aus⁷⁹. Ebenso umstritten ist die Frage, ob die privaten Konkurrenten Wettbewerbsverzerrungen der öffentlichen Hand mit der Hilfe Grundrechte abwehren können⁸⁰. Weite-

⁷⁸ Diese Wettbewerbsverzerrung ist durch die Reform des Eisenbahnschutzes beseitigt worden, Einzelheiten bei *Udo Steiner*: Recht der Verkehrswirtschaft, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg): Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil 2. Berlin 1996, 127-224 (R 60-75).

⁷⁹ Das umfangreiche Material ist zusammengetragen bei *Friedrich Schoch*: Übungen im Öffentlichen Recht II*** 1992, 207-236.

⁸⁰ Siehe aus dem umfangreichen Schrifttum nur *Winfried Kluth*: Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme (Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht 5) Köln 1988, 51-86; *Peter-Michael Huber*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung (JUS Publicum 1) Tübingen 1991, 312-330 und passim; *Albert Krölls*: Grundrechtliche Schranken der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: *Gewerbearchiv* 1992, 281-289; *Frank Nibuhr*: Die Wettbewerbsteilnahme gemischtwirtschaftlicher Unternehmen im Spannungsfeld der Grundrechte (Europäische Hochschulschriften II 1532) Frankfurt 1994.

re Schranken für den Marktzutritt enthalten Kartellrecht⁸¹ und das Lauterkeitsrecht⁸².

(g) Verteilungswirkungen

Der Staat setzt seine kommerziellen Unternehmungen manchmal offen als verteilungspolitisches Instrument ein. So ist es etwa, wenn er Produkte zu einem künstlich niedrigen, politischen Preis vertreibt. Aus normativer Perspektive kann man natürlich schon darüber streiten, ob überhaupt Umverteilung stattfinden soll, und wer die Nettozahler und wer die Empfänger sein sollen. Auch wenn man die normative Analyse nicht mit der Gemeinschaft sondern mit dem Individuum beginnt, lassen sich manche Formen der Umverteilung aber gut begründen⁸³. Auch dann bleibt aber die Frage, ob es nicht besser wäre, den wirklich Bedürftigen Geld zu geben, statt Produkte zu subventionieren.

Darauf beschränkt sich das verteilungspolitische Problem von kommerziellen Unternehmungen des Staats jedoch nicht. Im Gegenteil sind die versteckten und damit politisch auch regelmäßig nicht beantworteten Verteilungswirkungen viel bedeutsamer. Kommerzielle staatliche Unternehmungen sind mit anderen Worten für gut organisierte Interessengruppen eines der besten Instrumente zur Ausbeutung ihrer Mitmenschen. Sie werden in ökonomischer Terminologie gesprochen für das Streben nach Nichtleistungseinkommen oder Renten mißbraucht⁸⁴. Wegen des ungünstigen Zuschnitts der Verfügungsrechte gelingt es den Managern öffentlicher Unternehmungen nämlich relativ leicht, den Bürgern-Eigentümern, aber auch den politischen Kontrolleuren das wirkliche Leistungspotential der Unternehmung verborgen zu halten. Die asymmetrische Verteilung der Informationen erlaubt ihnen, eine

⁸¹ *Walter Odersky*: Kartellrechtliche Kontrolle des Handelns der öffentlichen Hand, in: FS Lerche. München 1993, 949- 963; *Jan-Bernd Nordemann*: Wettbewerbsverzerrung durch die öffentliche Hand. Die Entdeckung des Kartellrechts, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis* 1996, 383-385; *Siegfried Bross*: Ausgewählte Probleme des Wettbewerbs der öffentlichen Hand, in: *Verwaltungsarchiv* 87 (1996) 731-752.

⁸² *Peter Ulmer*: Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren und Dienstleistungen, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 142 (1982) 466-506 (insbesondere 494-506).

⁸³ Siehe etwa *John Rawls*: Eine Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt 1991; *Karl Hohmann/Ingo Pies*: Sozialpolitik für den Markt. Theoretische Perspektiven konstitutioneller Ökonomik, in: *Ingo Pies/Martin Leschke* (Hrsg.) *James Buchanans: Konstitutionelle Ökonomik*. Tübingen 1996, 203-239.

⁸⁴ Zusammenfassen *Robert D. Tollison*: Rent seeking. A Survey, in: *Kyklos* 35 (1982) 575-601.

„Informationsrente“ zu beziehen⁸⁵. Sie braucht nicht nur aus pekuniären Elementen, also einem überzogenen persönlichen Einkommen zu bestehen. Vielmehr können sich die Manager auch ein bequemes, mit Privilegien gut abgepolstertes Leben sichern⁸⁶. Renten können sich auch solche Gruppen sichern, die auf die Manager der öffentlichen Unternehmung Einfluß haben. Das vor allem die Arbeitnehmer, möglicherweise aber auch die Kreditgeber⁸⁷, die Zulieferer⁸⁸ und die Abnehmer. Ebenso aussichtsreich ist es für Rentensucher auch, die Politiker als die zwischengeschalteten Kontrolleure zum Griff in die öffentlichen Kassen oder zum Mißbrauch souveräner staattlicher Befugnisse zu bewegen⁸⁹.

Erfolgreiche Rentensuche ist zunächst einmal ungerecht. Sie führt regelmäßig nämlich zu Umverteilung von arm zu reich. Zugleich werden auch demokratische Kontrollen ausgehebelt und die Demokratie als Staatsform diskreditiert. Schließlich tritt auch gesamtwirtschaftlicher Schaden ein. Denn für den Einzelnen ist es zwar rational, für die Rentensuche Ressourcen aufzuwenden. Zwischen dem egoistischen Profitstreben am Markt und dem ebenso egoistischen Streben nach Renten gibt es aber einen wesentlichen Unterschied: Am Markt müsst der Wettbewerb in subjektiven Egoismus in objektive Wohltaten um. Aufwendungen zur Suche nach Renten sind dagegen unproduktiv und die dafür eingesetzten Ressourcen sind für die Volkswirtschaft verloren⁹⁰.

Öffentliche Unternehmungen zum Zwecke der Einnahmeerzielung belasten weiter das Demokratieprinzip. Die erklärte Absicht ist es, den Staat von Steuereinnahmen unabhängiger zu machen. Wenn der Staat dabei erfolgreich ist, verringern sich also die Schattenkosten zur Erlangung zusätzlicher öffentlicher Einnahmen⁹¹. Die gewählten Repräsentanten schwächen damit die wichtigste politische Restriktion für ihr Handeln. Zugleich verliert einer der

85 So etwa *Dieter Bös*: Gedanken zur Theorie öffentlicher Unternehmen, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 16 (1993) 133-151 (147).

86 Die Einzelheiten sind in der ökonomischen Theorie der Bürokratie durchdacht. Zusammenfassend etwa *Stefan Voigt*: Positive Constitutionale Economics. A Survey (Max-Planck-Institut zur Erforschung von Wirtschaftssystemen Diskussionsbeitrag 03-96).

87 *Froomkin (FN 55)* UIIILR 1995, 628.

88 *Blankart (FN ??)* 124.

89 *Laffont/Tirole (FN 42)* 644.

90 Näher *James Buchanan/Rod Tollison/Gordan Tullock* (Hrsg.) über Towards a Theory of the Rent-seeking Society. Texas 1980.

91 Vgl. oben***.

wichtigsten Indikatoren für den Erfolg einer Regierung an Wert. Das wird noch deutlicher, wenn die öffentlichen Unternehmungen in einer der geschilderten Weise gezielt zur Manipulation von Wahlen eingesetzt werden⁹². Schließlich wird die Gewaltenteilung zwischen Staat und Gesellschaft durchbrochen⁹³.

(e) Hindernisse für den Binnenmarkt

Das zentrale Anliegen der Europäischen Gemeinschaft ist ein Wirtschaftsraum ohne Binnengrenzen. Mit Hilfe der Grundfreiheiten zieht der EG-Vertrag deshalb gegen staatliche Marktzutritts Hindernisse zu Felde. Die Wettbewerbsregeln verhindern, daß die Unternehmen durch autonome Entscheidungen Märkte gegen die Konkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten abschotten. Weil kommerzielle staatliche Unternehmungen zwischen staatlichem und unternehmerischen Handeln oszillieren, stellen sie eine der größten Gefahren für den Binnenmarkt dar. An sich hätte es deshalb nahegelegen, daß der EG-Vertrag die strikte Trennung zwischen Staat und Wirtschaft anordnet. Dazu hat im Jahre 1957 wegen der vielen französischen und italienischen öffentlichen Unternehmen aber die öffentliche Kraft gefehlt. Art. 222 EGV läßt deshalb die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten ausdrücklich unberührt und meint damit die Frage der Unternehmensträgerschaft. Art. 90 EGV unterstellt die öffentlichen Unternehmen aber der besonders strengen Aufsicht der Gemeinschaft. Im Laufe der Jahrzehnte haben auch Kommission und Gerichtshof diese Vorschrift immer stärker ausgebaut. Sie ist heute die mit Abstand wichtigste Grenze für die Errichtung und das Marktverhalten öffentlicher Unternehmen⁹⁴.

3. Anpassungen der Organisationsstruktur an die kaufmännische Aufgabe

Bisher haben wir mit Vorbedacht von öffentlichen Unternehmungen gesprochen. Der ungewohnte Begriff sollte einem Mißverständnis vorbeugen. In der Rechtswirklichkeit führt der Staat seine kommerziellen Aktivitäten regelmäßig nicht als integralen Bestandteil der öffentlichen Verwaltung. Auf der Fo-

⁹² Dieter Bös/Wolfgang Peters: Privatisation, Internal Control, and Internal Regulation, in: Journal of Public Economics 36 (1988) 231-258 (240); siehe auch bereits oben (c).

⁹³ Siehe bereits oben***.

⁹⁴ Vorzüglich Zusammenfassung bei Andreas Heinemann: Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag (Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät 116) München 1996.

lie unserer bisherigen Überlegungen werden die Vorzüge (a) aber auch die Gefahren (b) deutlich, die die organisatorische Verselbständigung der kaufmännischen Aktivitäten mit sich bringt.

(a) Vorzüge

Die Vielfalt der Organisations- und Handlungsformen ist ein klassischer Gegenstand des Rechts der öffentlichen Unternehmen⁹⁵. Es geht um die Wahl der Organisations- und Handlungsform, die der jeweiligen Aufgabe adäquat ist. Die unkündbaren Lebensstellungen des öffentlichen Dienstrechts passen schlecht zur ständigen Veränderung der Märkte⁹⁶. Steht an der Spitze des Unternehmens ein Manager und kein Politiker, schärft das das Kostenbewußtsein⁹⁷. Nachdenkenswert ist es auch, das Einkommen und die Privilegien der Manager nach dem Vorbild der Privatwirtschaft zumindest zum Teil an den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu knüpfen⁹⁸.

Nützlich kann auch die teilweise oder auch vollständige organisatorische Verselbständigung sein. So hat das Profitcenter der Privatwirtschaft im rechtlich unselbständigen, aber organisatorisch separierten Eigenbetrieb eine Parallele. Wenn sich der Verwaltungsträger entschließt, eine kommerzielle Aktivität auch juristisch zu verselbständigen, wandelt er sich zum Konzern. In der Praxis geschieht das, genau wie in der Privatwirtschaft, regelmäßig durch die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Traditionelle sprach man im öffentlichen Recht dann von einer Eigengesellschaft. Neuerdings ist dafür der ziemlich mißverständliche Begriff der Organisationsprivatisierung modern geworden. Darunter fiel auch die Gründung einer abhängigen Aktiengesellschaft. Solange der Verwaltungsträger kein zusätzliches privates Eigenkapital aufnehmen möchte, ist diese Organisationsform aber regelmäßig zu schwerfällig. Die Gründung selbständiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts scheitert regelmäßig am Gesetzesvorbehalt. Die organisatorische Verselbständigung zwingt den Verwaltungsträger zunächst einmal den Unternehmenszweck zu definieren. Das erhöht die Tran-

⁹⁵ Zusammenfassend etwa *Backhaus* (FN 27) 211-276 (für Bund und Länder) und *Stober* (FN 11): Kommunalrecht § 22 III (für die Kommunen).

⁹⁶ *Hoffjan* (FN 18) DV 1995, 392; Die parallele Klage wird auch in den USA laut: *Froomkin* (FN 55) UIILR 1995, 582.

⁹⁷ In den USA hat man ein signifikant stärkeres Kostenbewußtsein in solchen Gemeinden beobachtet, die von einem Manager, nicht von einem Mayor geführt werden: *Ferris/Graddy* (FN ???) JLEO 1994, 13/138 f.

⁹⁸ *Nuancierend Gravelle* (FN 50): Jec 1982, 81-102.

sparenz sowie der damit regelmäßig verbundene Übergang zur kaufmännischen Buchführung⁹⁹. Das erleichtert den politische Kontrolleuren die Kostenkontrolle, erhöht also die Chancen auf technische Effizienz¹⁰⁰. Vor allem legt die organisatorische Verselbständigung aber einen Schnitt die unternehmerischen und die hoheitlichen Aufgaben des Staats. Das erschwert den wettbewerbsverzerrenden Zugriff des Unternehmens auf die Politik¹⁰¹ und den wahlbeeinflussenden Zugriff der Politik auf das Unternehmen¹⁰².

All diese Maßnahmen lindern die Nachteile öffentlicher Unternehmungen aber bestenfalls. Viele Nachteile bestehen sogar völlig unverändert fort. Nach wie vor unterliegt das Unternehmen nicht der Kontrolle des Kapitalmarkts. Den Bürgern-Eigentümern fallen Abwanderung und Widerspruch schwer. Die doppelt gebrochene Kontrolle der Politiker durch die Bürger und der Manager durch die Politiker bleibt erhalten¹⁰³. Die politischen Kontrolleure sind nach wie vor am unternehmerischen Erfolg nur nachrangig interessiert¹⁰⁴. Der Staat läßt auch seine verselbständigten Unternehmen nicht in Konkurs gehen. Auch sie arbeiten also mit einer impliziten staatlichen Garantie und sind dadurch der Kontrolle durch die Produktmärkte teilweise entzogen¹⁰⁵.

(b) Gefahren

Überdies bringen die geschilderten organisatorischen Veränderungen auch neue Gefahren mit sich. Das die Manager des öffentlichen Unternehmens gegen den unmittelbaren Durchgriff der Politik in das Tagesgeschäft abgeschirmt werden, erhöht zwar grundsätzlich die Chance zu größerer technischer Effizienz. Zuvor hätten die politischen Kontrolleure an sich aber jeder vorstellbare Befugnis zur Kontrolle des Managements gehabt. Fraglich war nur, wie stark der Anreiz war von diesen Befugnissen auch Gebrauch zu machen. Mit der organisatorischen Verselbständigung geht dagegen unvermeidlich ein Verlust an Kontrollbefugnissen einher. Die Folge kann leicht sein, daß die Manager den neuen Freiraum nicht zur Erhöhung des Profits, sondern zur

⁹⁹ Näher Picot/Wolff: (FN ???) 37 f.

¹⁰⁰ Vgl. oben 2. (a).

¹⁰¹ Siehe oben 2. (b).

¹⁰² Siehe oben 2. (c).

¹⁰³ Siehe im einzelnen oben 2 (a).

¹⁰⁴ Siehe oben 2 (c).

¹⁰⁵ Siehe oben 2 (b).

stärkeren Ausbeutung des Unternehmens und der öffentlichen Haushalte nutzen. Das braucht nicht nur durch Schlendrian, sondern kann auch das Eingehen unverantwortlich hoher Risiken geschehen. Zum Schutz der Gläubiger unterliegt im übrigen auch die öffentliche Hand zu Recht dem Konzernrecht. Wenn es sich dabei um einen Vertragskonzern oder um einen sogenannten qualifizierten faktischen Konzern handelt, kann die scheinbare Wohltat der beschränkten Haftung deshalb durch die Konzernhaftung überwunden werden¹⁰⁶.

Zu diesen Gefahren für die öffentlichen Haushalte treten Besorgnisse für die demokratische Kontrolle der Politik. Die organisatorische Verselbständigung führt nämlich regelmäßig dazu, daß im Haushalt des Verwaltungsträgers nur noch zwei Zahlen zur Tätigkeit des Unternehmens zu finden sind: die gesamten Einnahmen und die gesamten Ausgaben. Es entsteht also ein Nebenhaushalt¹⁰⁷. Was im Innern des Unternehmens geschieht, tritt nicht mehr ans Licht der Öffentlichkeit. Dadurch wird die parlamentarische Kontrolle der Regierung ebenso geschwächt wie die Kontrolle der Politik durch die öffentliche Meinung. Außerdem läßt sich zusätzliche Staatsverschuldung in solchen Nebenhaushalten vorzüglich verstecken¹⁰⁸. Auch die Verhinderung des direkten Einwirkens der Politik ist ein zweischneidiges Schwert. Man kann verstehen, daß das Management nicht erfreut ist, wenn jede Änderung der Stromtarife im Gemeinderat diskutiert wird¹⁰⁹. Die in Deutschland verbreitete Neigung, hinter dem Rücken der Bürger über die Verwendung ihrer Steuergelder zu entscheiden, ist aber aus der Sicht des Demokratieprinzips ausgesprochen problematisch. Hieraus erklärt sich die literarische Forderung nach einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage für die Errichtung von öffentlichen Unternehmen¹¹⁰.

¹⁰⁶ Näher Thorsten Koch: Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform^{***} 1993, 169-190; Thomas Raiser: Konzernverflechtungen unter Ein-schluß pünktlicher Unternehmen, in: Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1996, 458-480; Vgl. auch Gerold Betzenberger/Detlev Schuster: Die öffentliche Anstalt als abhäniges Konzernunternehmen, in: Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1996, 481-499 und Manfred J. Neumann/Johannes Rux: Einbindung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen in einen privatrechtlichen Konzern?, in: Der Betrieb 1996, 1659-1662.

¹⁰⁷ Froomkin (FN 55) UIILR 1995, 614.

¹⁰⁸ Umfassend gerade Thomas Puhl: Budget-Flucht und Haushaltsverfassung (JUS-Publicum 15) Tübingen 1996.

¹⁰⁹ Das plastische Beispiel stammt von Siegmann (FN ???) 42 f.

¹¹⁰ Willy Spannowsky: Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzung auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand. Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, in: Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1996, 400-428 (406 f. m.w.N.).

Die rechtliche Verselbständigung darf auch nicht dazu mißbraucht werden, die Zuständigkeitsordnung zu unterlaufen¹¹¹. Diese Erkenntnis ist vor allem für den Bund unangenehm. Die Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes kennt nämlich nur die drei staatlichen Funktionen: Legislative, Exekutive und Judikative. Unternehmen des Bundes können nur zur Exekutive, genauer zur Verwaltung gehören. Soweit sich in den Art. 86-90 nicht ausnahmsweise eine Zuständigkeitszuweisung findet, sind nach Art. 30 GG deshalb die Länder ausschließlich zuständig¹¹².

4. Beschaffung statt Produktion

Idealtypisch kann unternehmerisch tätige Staat Private auf zwei unterschiedliche Weisen beteiligen: indem man mit ihnen Verträge schließt und indem er sie zum Teilhaber macht. Hier begegnen uns also zum ersten Mal die Unterscheidungen zwischen Außen- und Innensteuerung, wenn auch einstweilen beschränkt auf die Erreichung kommerzieller Ziele. Schlicht Lieferverträge mit einer staatlichen Unternehmung mit privaten Anbietern unterscheiden sich konzeptionell praktisch nicht von den Beschaffungsentscheidungen privater Unternehmen. Sie taugen außerdem nur ganz am Rande zur Verbesserung der Steuerungsprobleme in öffentlichen Unternehmen. Trotzdem müssen unsere Überlegungen hier ihren Ausgang nehmen. Nur so läßt sich verhindern, daß wir die Aufnahme privater Mitunternehmer und den Abschluß von Verfassungsverträgen mit privaten Unternehmen einseitig nur als Remmedur gegen Steuerungsschwierigkeiten im öffentlichen Unternehmen deuten. Außerdem legen wir bei dieser Gelegenheit Grund für das Verständnis von staatlichem Eigenhandeln als einem Instrument zur Erreichung von Regulierungszielen. Es wird sich nämlich zeigen, daß auch für diese Frage das analytische Instrumentarium paßt, daß die Volkswirtschaftslehre ursprünglich zum Verständnis von Beschaffungsentscheidungen entwickelt hat. Auch hier beginnt unsere Analyse bei den Vorzügen (a) und wendet sich dann den spezifischen Gefahren zu (b).

(a) Vorzüge

Wir haben bereits vernommen, daß sich der Übergang von der Eigenproduktion zur Beschaffung nur sehr begrenzt eignet, die Steuerungsprobleme im öffentlichen Unternehmen zu mildern. Die Begründung ist einfach: juristisch

¹¹¹ Einzelheiten bei Koch (FN 106) 191-228.

¹¹² Michael Ronellenfitsch: Wirtschaftliche Betätigung des Staates in: Handbuch des Staatsrechts*** § 84, R 3 f. mit Nachweisen zum Streit.

wie wirtschaftlich bleiben die Sphären von Lieferant und Abnehmer getrennt. Immerhin zwingt der Abschluß von Kaufverträgen das öffentliche Unternehmen aber zur präziseren Formulierung der eignen unternehmerischen Ziele und zu einer genaueren Kostenrechnung. Da nunmehr auf Heller und Pfennig genau feststeht, was ein bestimmtes Vorprodukt kostet, ist der sparsamere Umgang mit diesem Produkt wahrscheinlich. Mittelbar kann das auch Rückwirkungen auf die selbstproduzierten Vorprodukte haben. Vielleicht liegt hier sogar der Anstoß, nach eleganteren Produktionsverfahren zu suchen oder ein unrentableres Produkt ganz aufzugeben. Schließlich verringert sich der absolute Bedarf nach interner Steuerung. Aus einem ehemals unüberschaubaren Moloch kann so ein schlank geführtes Unternehmen werden.

Der eigentliche Vorzug des Übergangs von Produktion und Beschaffung liegt aber an anderer Stelle. Das öffentliche Unternehmen nutzt auf diese Weise die Vorzüge der Arbeitsteilung und es profitiert vom Wettbewerbsdruck auf den Märkte für Vorprodukte. Manchmal wäre es sogar unmöglich, daß Vorprodukt selbst herzustellen. Die Lagerstätten eines Rohstoffs würden im Ausland liegen, die zur Herstellung benötigten Spezialisten mögen keine Neigung zum Wechsel des Arbeitgebers haben. Vor allem wäre es wirtschaftlich aber aberwitzig, wenn ein Unternehmen in jeder Hinsicht auf Autarkie setzen wollte. Es müßte dann noch die Bleistifte und Büroklammer selbst herstellen. Dann würde das öffentliche Unternehmen Größen- und Verbundvorteile verschenken¹¹³. Es könnte Lernkurveneffekte nicht ausschöpfen¹¹⁴. Es müßte auf die Vorzüge der Nachfragebündelung¹¹⁵ und der Risikostreuung verzichten¹¹⁶. Die externe Beschaffung eignet sich besonders, wenn der Bedarf nach einem Vorprodukt schwankt. Das öffentliche Unternehmen braucht dann nicht dauerhaft Personal und Arbeit zu binden¹¹⁷.

¹¹³ *Ferris/Grady (FN 3) JLEO 1994, 140.*

¹¹⁴ *Hoffjan (FN 18) DV 1995, 392.*

¹¹⁵ *Peter Niermann: Public-Private-Partnership als ein Modell für die kommunale Entsorgung: in: Peter J. Tettinger (Hrsg.): Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung. Stuttgart 1994, 19-23 (22).*

¹¹⁶ *Christoph Badelt: Öffentliche Institutionen und marktliche Anreizmechanismen. Eine neoinstitutionalistische Perspektive in: Jahrbuch für neue politische Ökonomie 6 (1987) 48-73 (56).*

¹¹⁷ *Jochen-Konrad Fromme: Private Finanzierung und Investitionen in der kommunalen Praxis, in: Jörn Ipsen (Hrsg.): Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44) Köln 1994, 127-148 (130).*

(b) Gefahren

Diese Vorzüge der Arbeitsteilung wirkten für die Volkswirte lange Zeit so überzeugend, daß sie vor einem Rätsel standen: warum schlugen die Wirtschaftssubjekte diese Vorzüge in der Wirklichkeit so häufig aus und stellen Vorprodukte lieber selbst her? Immerhin ersetzen sie dann konditionale durch finale Steuerung. Der Austausch punktueller Transaktionen auf einer Vielzahl von Märkten wird durch die Unterstellung von Kapital und Arbeit unter eine einheitliche Leitung ersetzt. Noch deutlicher: mitten in einer Marktwirtschaft entstehen planwirtschaftliche Inseln¹¹⁸. Lange Zeit galt vertikale Integration deshalb als ein offensichtlicher Fall der Wettbewerbsbeschränkung. Erst *Oliver Williamson* hat den Blick für grundsätzlich legitime Gründe geöffnet, auf diese Art Markt durch Organisation zu ersetzen¹¹⁹. Zu einer positiven ist nunmehr also auch eine normative Theorie des Unternehmens getreten¹²⁰

Analytisch verbergen sie dahinter an sich zwei Fragen: Warum kauft ein Unternehmen Vorprodukte nicht einzeln am Markt? Warum Beschränkt es sich nicht wenigsten darauf, Produktionsfaktoren gegen einen fixen Zins oder Lohn in sein Unternehmen zu integrieren.? An dieser Stelle können wir beide Fragen jedoch gemeinsam behandeln. Die gleich vorzustellenden analytischen Instrumente passen grundsätzlich nämlich für beide Fragen.

Daß sich ein Unternehmen zur vertikalen Integration entscheidet, kann zunächst einmal auf der strategischen Bedeutung des Vorprodukts oder Produktionsfaktors beruhen¹²¹. Je wichtiger dieses Element für den eigenen Geschäftserfolg ist, um so weniger möchte sich das Unternehmen von Preisschwankungen oder Versorgungsschwierigkeiten am Markt abhängig machen. Möglicherweise steht ein Produktionsfaktor auf andere Weise auch gar nicht zur Verfügung. Ein junges Unternehmen mit einer glänzenden Geschäftsidee hat etwa keine Sicherheiten und kann deshalb kein Fremdkapital

¹¹⁸ Grundlegend *Ernst-Joachim Mestmäcker*: Organisationen in spontanen Ordnungen, in: *ders.*: Recht in der offenen Gesellschaft (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 125) Baden-Baden 1993, 74-98.

¹¹⁹ *Oliver E. Williamson*: Die Ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperationen (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 64) Tübingen 1990, 97-149.

¹²⁰ Umfassend *Jean Tirole*: Industrieökonomik. München 1995, 31-139.

¹²¹ *Wolff (FN 18)* JbNPÖ 1996, 249.

erhalten¹²². Das Verkaufstalent will nur mitmachen, wenn es am Gewinn beteiligt ist.

Hinzu treten oft miteinander verschränkte Anreiz- und Überwachungsprobleme¹²³. Ein rational handelnder Unternehmer steht nämlich vor der Aufgabe, ein sequentielles Gleichgewicht herzustellen¹²⁴. Er muß im ersten Zeitpunkt antizipieren, wie sich sein potentieller Vertragspartner im zweiten Zeitpunkt verhalten wird oder wenigsten verhalten könnte. An sich ist der Abschluß von Verträgen ein ausgezeichnetes Mittel, solche Probleme zu lösen. Der Vertrag erlaubt einem Unternehmen gerade, solche Risiken auf einen Dritten auszugliedern, die es selbst Mühe hat zu beherrschen¹²⁵. Diese Sicherheit wird jedoch um so kleiner, je unvollständiger der Vertrag bleibt¹²⁶. Manchmal ist es bereits objektiv unmöglich, einen vollständigen Vertrag zu schreiben, weil keine der Vertragsparteien die für das Vertragsprogramm relevante Entwicklung der Umstände vorhersehen kann. Auch wo Vollständigkeit theoretisch möglich wäre, ist sie oft aber prohibitiv teuer. Die Ökonomen sprechen in diesem Zusammenhang von Transaktionskosten. Ein Unternehmen, daß einen vollständigen Vertrag abschließen möchte, muß vorher Informationen über das Produkt und den Vertragspartner einziehen. Kostspielig ist weiter die Verhandlung und Formulierung des Vertragstexts. Nach Vertragsschluß muß ein Überwachungssystem installiert werden, daß über die Vertragstreue Auskunft gibt. Kostspielig sind schließlich auch Sicherungen, mit denen die Vertragstreue erzwungen werden soll¹²⁷.

Je weniger vollständig der Vertrag schließlich bleibt, um so größer ist die Informationsasymmetrie zwischen Auftraggeber und Lieferant¹²⁸. Der Abneh-

122 ***Stieglitz: Incentives and Risksharing in Sharecropping, in: *Review of Economic Studies* 41 (1974) 219-257.

123 *Rudolf Richter*: Institutionen ökonomisch analysiert. Zur jüngeren Entwicklung auf einem Gebiet der Wirtschaftstheorie. Tübingen 1994, 35.

124 *Bös (FN 18)* ZögU 1993, 144.

125 Ein auf Ziel abgeschlossener Austauschvertrag enthält deshalb immer auch ein Versicherungselement. Näher *Christoph Engel*: „Effizienter Vertragsbruch“ - Eine juristische Antwort, in: *Homo Oeconomicus* 1994, 143-150.

126 Zusammenfassend zum ökonomischen Konzept des vollständigen Vertrags *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Berlin² 1995, 325-340.

127 Einen noch differenzierteren Überblick über die Arten von Transaktionskosten gibt *Williamson (FN 119)* 22-25.

128 In unserem Zusammenhang spielt auch die Möglichkeit nur eine geringe Rolle, daß die Rechtsordnung durch dispositives oder zwingendes Zivilrecht einspringt oder das Gerichte mit der Vertragsauslegung oder Vertragsfortbildung unter Rückgriff auf die Generalklauseln des Zivilrechts Abhilfe schaffen.

mer wird dann in ökonomischer Terminologie zum Prinzipal, der Lieferant zum Agenten.???????? hier Fußnote Ja/Nein

Solche Probleme sind dadurch gekennzeichnet, daß der Prinzipal nur das Ergebnis, nicht die Aktionen des Agenten beobachten kann. Das wird dann zum Problem wenn das Resultat keinen sicheren Schluß auf die Aktionen des Agenten zuläßt, sondern auch von der Umwelt beeinflußt sein kann¹²⁹. Am Beispiel des Angestellten Managers: Daß die Bilanz am Ende des Jahres schlecht aussieht, muß nicht auf seinem persönlichen Versagen beruhen. Das Unternehmen kann auch vor seiner Zeit versäumt haben, sich auf absehbare Entwicklungen einzustellen. Es kann auch unvorhersehbare Schocks zu verkrakten haben. Andererseits kann die Bilanz nur deshalb unverdächtig aussehen, weil sich ein Vorprodukt verbilligt hat. Dann hat der Manager größere Gewinnchancen nicht wahrgenommen. Bei der Entscheidung, ein Vorprodukt selbst herzustellen, spielt vor allem die Frage eine Rolle, wie leicht die Qualität des Produkts zu kontrollieren ist ¹³⁰. Kann der Abnehmer zu hohen Kosten verhindern, daß ihm sein Vertragspartner schlechte Qualität liefert, wird die Eigenproduktion oft billiger sein. Auch in diesem Zusammenhang geht es richtigerweise um einen Institutionenvergleich¹³¹. Denn auch bei der Eigenproduktion entstehen Steuerungs- und Überwachungsprobleme. Nach einer bahnbrechenden Einsicht von *Ronald Coase* hängt der Integrationsgrad deshalb vom Vergleich der Transaktions- mit den Delegationskosten (Agency-Costs)¹³². Oliver Williamson hat noch einen zweiten, ebenso wichtigen Grund für vertikale Integration entdeckt. Vielfach benötigt ein Unternehmen nicht-standardisierte Vorprodukte. Sie müssen für diese spezifische Verwendung eigens hergestellt oder jedenfalls angepaßt werden. Im Moment der Entscheidung über Eigenproduktion oder Bezug mag es eine ganze Reihe von Lieferanten geben, die dazu bereit oder imstande sind. Nachdem sich Lieferant und Abnehmer geeinigt haben, kommen sie aber häufig in gegenseitige Abhängigkeit. Dazu kommt es, wenn der Liefervertrag eine oder beide Seiten zu Investitionen veranlaßt, die für diese Geschäftsbeziehung spezifisch sind. Der Hersteller des Vorprodukts richtet eine eigene Produktionslinie ein. Der Hersteller des Endprodukts spezifiziert sein Produkt so, daß er ohne gerade dieses Vorprodukt nicht mehr auskommt. Dadurch werden beide Parteien gegenseitig erpreßbar. Wenn einer damit droht, den Vertrag zu

¹²⁹ Richter (FN 123) 16 f.

¹³⁰ *Davis/Brucato* (FN 26) JIT 1987, 10.

¹³¹ *Williamson* (FN 119) 25; vgl. bereits oben***

¹³² *Ronald H. Coase*: The Nature of the Firm, in: *Economica* 4 (1937) 386-405.

verletzen, bleibt dem anderen wirtschaftlich gar nichts anderes übrig, als Zugeständnisse zu machen. Wie hoch das Erpressungspotential ist, hängt dabei von den sog. versunkenen Kosten ab. Mit diesem Begriff charakterisiert Williamson den Verlust, der einer Partei aus dem Wechsel des Vertragspartners entstände. Je leichter der Hersteller des Vorprodukts seine Produktion also auf alternative Abnehmer oder der Hersteller des Endprodukts sein Produkt auf einen alternativen Lieferanten umstellen kann, um so geringer ist das Problem. *Williamson* hat für solche erpresserischen Handlungen den Begriff des Opportunismus geprägt. Damit kennzeichnet er die Gefahr, daß sich der Vertragspartner vorsätzlich über die Vereinbarung hinwegsetzt um seinen eigenen Vorteil zu mehren¹³³. Dieses Problem wird durch vertikale Integration beseitigt. Denn nun stehen sich keine zwei verschiedenen juristischen Personen mehr gegenüber. Die eine Abteilung eines integrierten Unternehmens kann ihr Einkommen nicht dadurch mehren, daß sie die andere Abteilung in erpresserischer Weise ausbeutet¹³⁴.

5. Aufnahme privater Mitunternehmer

Mit den Überlegungen zu den Nachteilen von Lieferverträgen haben wir zugleich Grund für die Analyse gemischtwirtschaftlicher Unternehmen gelegt¹³⁵. Die Formen sind dabei ebenso vielfältig wie in der Privatwirtschaft. Der Staat kann Anteile an einem privaten Unternehmen kaufen¹³⁶. Umgekehrt kann der Staat einem privatem Unternehmen auch Geschäftsanteile an einem Unternehmen verschaffen, das bisher vollständig in seinem Eigentum stand. Der Private kann nur als Geldgeber und Kontrolleur des Managements tätig werden. Dann spricht die Ökonomie von einer Port-Folio-?????Investition. Er kann stattdessen auch Einfluß auf die Geschäftspolitik nehmen. Dann spricht die Ökonomie von einer Direktinvestition. Ein Beispiel für die erste Gestaltung ist das Kommunalleasing, ein Beispiel für die zweite das sogenannten Betreibermodell¹³⁷. Der Einfluß muß nicht notwendig auf

¹³³ Siehe im einzelnen *Williamson (FN119)* 97-149.

¹³⁴ Hier liegt im übrigen ein weiteres Risiko von organisatorischen Verselbständigungen vor. Je weiter die Selbständigkeit geht, um so mehr lohnt sich Opportunismus wieder, vgl. oben 3 (b).

¹³⁵ Zusammenfassend zur ökonomischen Literatur *Bös/Schneider (FN18)* ZGR 1996, vor allem 524-527; Die Parallele zur ökonomischen Theory of the Firm zieht auch *Larry Kiser (FN 47)* CPE 1994, 287.

¹³⁶ *Catherine C. Eckel/Aidan R. Veining*: Elements of a Theory of Mixed Enterprise, in: *Scottish Journal of Political Economies* 32 (1985) 82-94 (85).

¹³⁷ Einzelheiten etwa bei *Stober (FN 11)*: Kommunalrecht, § 22 bei FN 110.

Anteile am Kapital beruhen. Vielmehr kann die gleiche Wirkung durch die Präsenz von Personen in den Leitungsorganen¹³⁸. Und durch einen Beherrschungsvertrag erreicht werden¹³⁹. Der unternehmerische Einfluß braucht auch nicht notwendig in den Formen des Privatrechts zu geschehen. Vielmehr gestattet das öffentliche Recht inzwischen auch die stille Beteiligung privater Unternehmen in Organisationsformen des öffentlichen Rechts¹⁴⁰. Ja, die Integration kann sogar ganz in der Ebene des öffentlichen Rechts verbleiben. Das bekannteste Beispiel sind die kommunalen Zweckverbände.

Die Aufnahme fremder Mitunternehmer ist zunächst einmal ein Instrument, um gerade die Steuerungsprobleme von Lieferbeziehungen zu bewältigen, die wir gerade kennengelernt haben (a). In Theorie und Praxis knüpft sich an die Aufnahme privater Teilhaber in öffentliche Unternehmen aber häufig auch die Hoffnung, die Steuerungsprobleme in diesen Unternehmen abzumildern und dadurch zu ihrer höheren technischen Effizienz beizutragen (b).

(a) Erleichterter Zugang zu Vorprodukten und Produktionsfaktoren

Warum es schwierig sein kann, Vorprodukte oder Produktionsfaktoren am Markt zu erwerben, haben wir gerade gesehen¹⁴¹. Wenn der Staat dem fraglichen Vertragspartner die Stellung eines Mitunternehmers anräumt, kann das im Ergebnis billiger sein. Dafür gibt es zwei miteinander zusammenhängende Gründe. Die Kontrolle der Leistungstreue ist im Unternehmen einfacher. Einem Teilhaber stehen nicht nur bessere Informationsquellen zur Verfügung. Vielmehr hat er auch wirksamere Einflußmöglichkeiten auf seinen Partner. Insbesondere braucht ein Fehlverhalten nicht gerichtsfest zu beweisen. Zugleich ist der Anreiz zu opportunistischem Verhalten geringer. Weil der Mitunternehmer Anteil am Residualgewinn erhält, schädigt er sich dadurch nämlich selbst. Weil die Steuerung einfacher und sicherer ist, kann der Vertragspartner auf hohe Risikoprämien verzichten. Manchmal käme es auf andere Weise sogar überhaupt nicht zur Kooperation.

Zwischen Privatunternehmen ist die Aufnahme eines Teilhabers nicht nur das Instrument, um den Zugang zu spezifischen Inputs zu erleichtern. Vielmehr geht es in der Praxis regelmäßig zumindest auch, bei der Portfolio-Investition

¹³⁸ Beispiele bei *Froomkin (FN 55)* UIILR 1995, 535.

¹³⁹ Die Breite der Gestaltungsmöglichkeiten illustriert der Zusammenschlußbegriff in „ 23 Abs. 2 GWB

¹⁴⁰ § 4 DSL-Bank-G; § 42 III SparkassenG Baden-Württemberg für die südwestdeutsche Landesbank; diesen Hinweis verdanke ich Siekmann (FN 41) FN 137.

¹⁴¹ Siehe oben 4 (b).

sogar ausschließlich um die Verbreiterung der Kapitalbasis. Auch öffentliche Unternehmen sind häufig von diesem Motiv getrieben¹⁴². Dabei sind die Absichten des öffentlichen Unternehmens aber nicht immer lauter. Vielmehr kann die private Kapitalbeteiligung auch dazu mißbraucht werden, die haushaltsrechtlichen Grenzen für die Aufnahme von Krediten zu umgehen¹⁴³. Der Verdacht liegt auch deshalb nahe, weil die öffentliche Hand de facto Konkursunfähig und damit praktisch unbegrenzt kreditwürdig ist. Damit entfällt der wichtigste Grund, der Privatunternehmen zur Aufnahme neuen Eigenkapitals bewegt: die Erschöpfung der Kreditquellen.

(b) Verbesserung der Steuerung im öffentlichen Unternehmen

Gerade solcher Kritik halten die öffentlichen Unternehmen gern entgegen, daß private Kapital diene nicht nur der Finanzierung, sondern mehr noch der Verbesserung der Effizienz¹⁴⁴. Das klingt zunächst plausibel. Das Eigentum am Unternehmen liegt nicht mehr ausschließlich in der Hand der Bürger. Ein Teil der Anteile kann vielmehr am Kapitalmarkt gehandelt werden. Anders gesagt: die privaten Anteilseigner können das Kapital abziehen, wenn sich an anderer Stelle die Möglichkeit auftut, mehr zu verdienen. Nunmehr ist es also möglich, sich auch auf die Kontrolle öffentlicher Unternehmen zu spezialisieren¹⁴⁵. Das öffentliche Unternehmen wird privates Kapital nur erhalten, wenn es die Unternehmensziele zuvor klar fixiert. Das Kapital wandert ab, wenn die Politik nachträglich versucht, dem Unternehmen einen kommerziell nachteiligen Zweck aufzuzwingen¹⁴⁶. Aus dem gleichen Grunde hat es das Unternehmen leichter, auf die kommerziell hinderliche politische Rücksichtnahme zu verzichten¹⁴⁷. Schließlich wird das private Kapital häufig auch die Unternehmenskultur verändern und die Unternehmensangehörigen stärker auf Profitmaximierung ausrichten.

¹⁴² *Shirley (FN 37)* HastICLR 1994, 675.

¹⁴³ *Näher Rudolf Wendt: Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater an öffentlichen Infrastrukturinvestitionen*, in: *Jörn Ipsen (Hrsg.): Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44)* Köln 1994, 37-62..

¹⁴⁴ *Nierhaus in Tettinger (FN6)* 21 f.; *Eckel/Veining (FN 136)* ScJPE 1985, 82/92; vgl. auch *Ferris/Graddy (FN 37)* JLEO 1994, 128.

¹⁴⁵ Vgl. oben 2 (a).

¹⁴⁶ *Lawson (FN 47)* JES 1994, 298.

¹⁴⁷ Vgl. oben 2 (c).

Ein Schuß privates Kapital scheint also wie die Impfung eines öffentlichen Unternehmens gegen den Schlendrian der Bürokratie zu wirken¹⁴⁸. Tatsächlich belegen empirische Untersuchungen das Gegenteil. Im Vergleich mit gänzlich privaten und gänzlich öffentlichen Unternehmen schneiden die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen am schlechtesten ab¹⁴⁹. Dafür gibt es auch gewichtige konzeptionelle Gründe:

Zunächst wird die erhoffte Verbesserung der Kontrollanreize durch eine Verschlechterung der Kontrollinstrumente erkaufte. Die Aufnahme eines privaten Teilhabers setzt nämlich nicht nur die organisatorische, sondern auch die rechtliche Verselbständigung der öffentlichen Unternehmung voraus. Das führt zu den zusätzlichen Steuerungsproblemen, die wir beim selbständigen öffentlichen Unternehmen kennengelernt haben¹⁵⁰. Sie haben hier sogar noch größeres Gewicht, weil die private Minderheit gesellschafts- und konzernrechtlichen Schutz beanspruchen kann¹⁵¹. Zwischen die politischen Kontrolleure und das Unternehmen schieben sich die privaten Anteilseigner deshalb wie eine Art Informationsbarriere¹⁵². Dadurch werden die öffentlich-rechtlichen Kontrollmechanismen, wie Rechnungshof, Haushaltsrecht oder öffentliches Dienstrecht geschwächt¹⁵³. Deshalb besteht die ernstliche Gefahr, daß im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen schließlich wirtschaftliche Macht ohne Kontrolle entsteht, weder durch den Markt noch durch das öffentliche Recht.

Außerdem muß der Staat damit rechnen, daß private Kapitalgeber aus wenig lauterer Motiven Anteile an öffentlichen Unternehmen kaufen. Denn sie wissen ja vorher, daß das öffentliche Unternehmen weniger effizient arbeiten und deshalb unter seiner Produktionsgrenze bleiben wird¹⁵⁴. Außerdem läßt sich eine kommerziell schädliche Weisung der politischen Kontrolle nie vollstän-

¹⁴⁸ So in der Tat die Erwartung von *Eckel/Veining* (FN 136) ScJPE 1985,84.

¹⁴⁹ *Boardman/Veining* (FN 43) JLE 1989, 6, 11 und 13-26; siehe auch *Lawson* (FN 47) JES 1994, 297; *Froomkin* (FN 55) UIILR 1995, 548 f.; *Bös/Schneider* (FN 18) ZGR 1996, 527.

¹⁵⁰ Siehe oben 3 (b).

¹⁵¹ Siehe im einzelnen *Schön* (FN 50) ZGR 1996, 429; *Habersack* (FN ????) ZGR 1996, 544.

¹⁵² *Bös* (FN 35) ZögU 1993, 146.

¹⁵³ *Wolff* (FN 18) JbNPÖ 1996, 256.

¹⁵⁴ Siehe oben 2 (a).

dig ausschließen¹⁵⁵. Beides vermindert die Rendite des eingesetzten Kapitals. Daß der Staat in der Praxis trotzdem keine Schwierigkeiten hat, private Anteilseigner zu finden, deutet auf andere Motive. Die privaten Gesellschafter können ihre Investition nicht nur amortisieren, indem sie das öffentliche Unternehmen zu höheren technischer Effizienz zwingen. Profitabler kann vielmehr der Zugriff auf die öffentlichen Privilegien sein. Hochriskante Geschäfte werden möglich, weil die Verluste schließlich von der Staatskasse getragen werden, wenn sich das Risiko realisiert¹⁵⁶. Anteile an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen eröffnen also die Chance, die Gewinne zwar zu privatisieren, die Verluste aber zu sozialisieren¹⁵⁷. Ebenso attraktiv ist die Aussicht, als Mitunternehmer eines öffentlichen Unternehmens Zugriff auf die wettbewerbsverzerrenden souveränen Privilegien des Staats zu erhalten¹⁵⁸. Der Zusammenhang kann auch weniger unmittelbar sein. Der Anteilseigner will sein Kerngeschäft gegen staatlichen Substitutionswettbewerb absichern. Er sucht für sein übriges Geschäft die institutionalisierte Nähe zum Regulator. Er braucht für eine Übergangszeit Verluste, um die Gewinne aus anderen Geschäftszweigen steuerlich zu neutralisieren¹⁵⁹.

Aus all diesen Gründen führt die Mitgliedschaft in einem öffentlichen Unternehmen regelmäßig zur Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen auf den Produktmärkten. Sie wirft deshalb zu recht erhebliche kartellrechtliche Pro-

¹⁵⁵ Vgl. Leffont/Tirol (FN 42) 645 f.: wenn der Staat im öffentlichen Interesse kommerziell schädliche Entscheidungen erzwingt, ist das eine Form, den privaten Anteilseignern Kapitalrendite im Weg der Enteignung zu entziehen. Auch das Gesellschafts- und Konzernrecht kann vor solchen nachteiligen Weisungen nicht vollständig schützen. Regelmäßig erzwingt es bestenfalls nachträgliche Ausgleichszahlungen in die Gesellschaftskasse.

¹⁵⁶ Vgl. *Eckel/Veining* (FN 136) ScJPE 1985, 86: schon eine kleine staatliche Beteiligung schützt das Unternehmen vor Konkurs; vgl. *Picot/Kaulmann* (FN ????) JITE 1989, 301: Gemischtwirtschaftliche Unternehmen sind durch den Kapitalmarkt kaum kontrolliert, weil die berechtigte Erwartung besteht, daß der Staat einem in Not geratenen öffentlichen Unternehmen helfen wird.

¹⁵⁷ Vgl. *Wirl* (FN 55) 115: Das Management gemischtwirtschaftlicher Unternehmen verhält sich in der Praxis oft so, als sei das Unternehmen subventioniert. Es produziert also auch noch dann, wenn der Preis die Grenzkosten nicht mehr deckt.

¹⁵⁸ Näher oben 2 (b).

¹⁵⁹ *Fromme* (FN 117) in Ipsen, 164: aus diesem Grund drängen die Elektrizitätsversorger in die gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen.

bleme auf¹⁶⁰. Außerdem muß man die Aufnahme in ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen als einen öffentlichen Auftrag ansehen. Die öffentliche Hand darf diese Gewinnchance deshalb nicht nach Gutdünken vergeben, sondern muß den Gleichheitssatz und die Verfahrensvorschriften des öffentlichen Auftragsrechts beachten¹⁶¹.

Wenn es dem privaten Anteilseigner gelingt, auf dem Umweg auf das öffentliche Unternehmen staatliches Geld locker zu machen oder auf die souveränen staatlichen Befugnisse zuzugreifen, hat die Mitgliedschaft außerdem Verteilungswirkungen. Der private Anteilseigner sichert sich eine Rente. Es kommt zur Umverteilung von den ärmeren Steuerzahlern hin zu den wohlhabenderen Anteilseignern¹⁶².

Schließlich sind gemischtwirtschaftliche Unternehmen auch aus der Perspektive des Demokratieprinzips und der Zuständigkeitsordnung ausgesprochen problematisch. Die Probleme, die bereits bei einer organisatorischen Verselbständigung des öffentlichen Unternehmens entstehen¹⁶³, stellen sich verschärft. Das Haushalts- und Kommunalrecht verlangen aus diesem Grunde zwar, daß der Staat die Mehrheit der Anteile an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen hält¹⁶⁴. Auch die öffentlich-rechtlichen Fachgesetze erlegen dem Staat manchmal eine Einwirkungspflicht auf¹⁶⁵. Das Aktienrecht räumt einem staatlichen Anteilseigner Privilegien ein¹⁶⁶. All diese Vorschriften mindern das zusätzliche Steuerungsproblem aber bestenfalls. Beseitigen könnten sie es nur um den Preis, der privaten Minderheit jeden gesellschaftsrechtlichen Schutz zu nehmen. Das wäre schon mit dem Grundrechtsschutz ihres Gesellschaftskapitals vereinbar. Aus all diesen Gründen berührt die Richtung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens das Demokratieprinzip noch

¹⁶⁰ Zu den Einzelheiten siehe einerseits *Burkhard Richter*: Zur Anwendung des § 1 GWB auf Public-Private-Partnerships, in: *Peter J. Tettinger* (Hrsg.): Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung. Stuttgart 1994, 47-66 und *Rainer Bechtold*: Public-Private-Partnerships in der Fusionskontrolle, ebd. 67-72 sowie andererseits *Christoph Engel*: Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung. Ein Lehrstück zur Verschränkung des Abfallrechts mit Kartellrecht, Kommunalrecht, dem Recht der öffentlichen Aufträge und Wirtschaftsverfassungsrecht (Schriften zum deutschen und europäischen Umweltrecht 6) Köln 1995, 31-78.

¹⁶¹ Näher *Engel*: Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung (vorige FN) 17-30, dort auch zu den Gründen, warum das keinen sonderlich wirksamen Schutz vermittelt.

¹⁶² Vgl. oben 2 (g).

¹⁶³ Näher oben 3 (b).

¹⁶⁴ §§ 43 f. HGfG.

¹⁶⁵ Einzelheiten bei *Stober Kommunalrecht* (FN 11) 3 22 bei FN 104.

¹⁶⁶ §§ 394 f. AktE.

stärker als die rechtliche Verselbständigung eines öffentlichen Unternehmens. Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitstheorie greift der Parlamentsvorbehalt aber erst recht ein. Die Gründung bedarf einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage¹⁶⁷.

Problematisch ist aus der Sicht des Demokratieprinzips erst recht die jedem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen inherente Gefahr, daß die privaten Anteilseigner an den Parlamentswahlen vorbei auf den öffentlichen Haushalt und die souveränen Befugnisse des Staats zugreifen. Schließlich wird auf diese Weise die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft und die Gewaltenteilung zwischen Staat und Wirtschaft noch stärker verwischt als ohnehin schon bei jeder kommerziellen Unternehmung des Staats¹⁶⁸. Es kommt zu einer Art Mischverwaltung zwischen Staat und Gesellschaft.

6. Verfassungsvertrag zwischen Staat und privaten Unternehmen

Die Privatwirtschaft hat die scharfe Grenze zwischen Vertrag und Organisation längst durch geschickte Vertragsgestaltung beweglich gemacht¹⁶⁹. Soziologisch kann man das als die Entstehung von Netzwerken deuten¹⁷⁰. Juristisch verläuft zwischen der immer stärkeren Abschwächung der gesellschaftsrechtlichen und immer größeren Aufladung der vertragsrechtlichen Steuerung eine Grenze¹⁷¹. Der erste Sachverhalt gehört ins Konzernrecht¹⁷². Hier interessiert dagegen der zweite Ansatz. Unter den Juristen besteht hier nach wie vor erhebliche Unsicherheit¹⁷³. Richtigerweise ist das entscheidende die Zweistufigkeit. Die einzelnen Transaktionen von Waren oder Dienstleistungen sind eingebettet in einen übergreifenden vertraglichen Rahmen. Pla-

¹⁶⁷ Vgl. oben 3 (b).

¹⁶⁸ Vgl. oben 2 (h).

¹⁶⁹ *Prägnant Erich Schanze: Symbiotic Arrangements*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993) 691-697.

¹⁷⁰ Zu recht skeptisch gegenüber dem rechtlichen Gehalt des Begriffs aber *Richard M. Buxbaum: Is „Network“ a Legal Concept?*, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993) 698-705.

¹⁷¹ *Christian Kirchner: Unternehmensorganisation und Vertragsnetz. Überlegungen zu den rechtlichen Bedingungen bei den Institutionwahl zwischen Unternehmensorganisation und Vertragsnetz*, in: *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*. Heidelberg 1993, 196-215.

¹⁷² *Näher Christian Kirchner: Ansätze zu einer ökonomischen Analyse des Konzernrechts*, in: *Jahrbuch für neue politische Ökonomie* 3 (1984) 223-251.

¹⁷³ Eine knappe Zusammenfassung der unterscheidlichen Zugänge findet sich bei *Jickeli (FN22)* 23-30.

stisch kann man davon sprechen, daß Einzelverträge auf der Grundlage eines Verfassungsvertrags abgeschlossen werden.

Damit ist zugleich auch das dogmatische Spezifikum all der vielen Modelle für Public-Private-Partnerships gefunden, die wir uns Eingangs vor Augen geführt haben ¹⁷⁴. Ob die Zusammenarbeit gleichzeitig durch eine kleine Beteiligung gesichert wird, gibt dabei nicht den Ausschlag. Entscheidend ist vielmehr, worauf der gegenseitige Einfluß der Vertragsparteien beruht. Hierher gehören alle Erscheinungen, bei denen der Einfluß seinen Grund im Verfassungsvertrag, nicht oder bestenfalls am Rande im Gesellschaftsrecht hat.

Zur Lösung der Steuerungsprobleme in öffentlichen Unternehmungen trägt diese Gestaltung ebenso wenig bei, wie der Übergang von der Produktion zur Beschaffung. Bestenfalls marginale Verbesserung sind als eine Art Abfallprodukt zu erwarten. Wie zwischen privaten Unternehmen auch liegt die eigentliche Bedeutung dieses Instruments vielmehr im Zugriff auf Vorprodukte und Produktionsfaktoren. Der Verfassungsvertrag beseitigt das Alles oder Nichts zwischen Mitunternehmerschaft und diskretem Liefervertrag. In dem Verfassungsvertrag können die Parteien das konkrete Überwachungs- oder Opportunismusproblem isolieren. Die übermäßige Sicherung der Mitunternehmerschaft kann vermieden werden, wo sie in der Sache nicht erforderlich ist. Noch einmal anders: Außensteuerung kann gerade in dem erforderlichen Ausmaß durch Elemente der Innensteuerung ergänzt werden. Das Ziel ist, ökonomisch gesprochen, ein sich selbst durchsetzender Vertrag¹⁷⁵. Aus normativer Sicht ist gegen solche innovativen und eleganten Lösungen nichts einzuwenden. Der Wettbewerb bringt nämlich nicht nur Produkt- und Prozeßinnovationen, sondern auch Organisationsinnovationen hervor. Damit leistet er für das gemeine Wohl nicht weniger. Denn auf diese Art werden Transaktionen eingespart. Das ist im Gegenteil sogar besonders wertvoll, weil Transaktionskosten unproduktiver Aufwand und überdies immer versunken sind. Die normativ entscheidende Frage liegt an anderer Stelle: auch wenn es durch solche eleganten Organisationsformen gelingt, die Kosten für den Zugriff auf Vorprodukte und Produktionsfaktoren zu mindern, bleibt der kommerziell tätige Staat immer noch deutlich weniger produktiv als die privat Wirtschaft. An der grundsätzlichen Bewertung des staatlichen Wirtschaftens ändert sich also auch auf diese Weise nichts.

¹⁷⁴ Siehe die Praxisübersicht oben I.

¹⁷⁵ Vgl. zum ganzen *Möschel* (FN 76). FS Gernhuber, 909 f.; *Lawson* (FN 47) JES 1994, 298; *Ferris/Graddy* (FN37) JLEO 1994, 128.

7. Die transitorische Perspektive

Rechtspolitik findet nicht am grünen Tisch statt. Wer Regeln vorschlägt, darf sich deshalb nicht darauf beschränken, einen konzeptionell stimmigen Entwurf vorzulegen. Vielmehr muß er zugleich die Verhältnisse bedenken, auf die dieser Vorschlag trifft. Der Entwurf darf deshalb nicht ahistorisch sein, sondern muß die transitorische Perspektive mitbedenken.

All das hat für unsere Frage erhebliche Bedeutung. Offen wird in Deutschland seit vielen Jahren nur über Privatisierung, nicht über den spielgelbildlichen Vorang der Nationalisierung diskutiert. Sind die Zwischenformen zwischen Innen- und Außensteuerung ein Instrument, um die Privatisierung zu erleichtern (a)? oder dienen sie umgekehrt dazu, den Staatsanteil an der Wirtschaft auch durch eine unglückliche politische Konjunktur zu steuern (b)? Beide Fragen sind im übrigen nicht auf solche Maßnahmen beschränkt, die öffentliche Hand offen in transitorischer Absicht ergreift. Man muß also zwischen dem transitorischen Zweck und transitorischen Effekten unterscheiden. Solche Effekte sind insbesondere auch mit solchen staatlichen Entscheidungen verbunden, die mit dem Zugang des unternehmerisch tätigen Staatsvorprodukten oder Produktionsfaktoren motiviert sind¹⁷⁶.

(a) Gleitender Übergang

In optimistischer Lesart sind Zwischeformen zwischen Innen- und Außensteuerung Instrumente, um den gleitenden Übergang in die vollständige Privatisierung zu gestalten¹⁷⁷. Die Änderung der Organisationsstruktur, die Aufnahme privater Mitunternehmer oder der Abschluß von Verfassungsverträgen mit Privatpersonen sind aus dieser Sicht also der Einstieg in den Ausstieg. Bei manchen Elementen trifft das zu. So ist ein erfolgreiches Unternehmen als lebende Einheit mehr wert als die Summe der Gegenstände des Anlagevermögens. Der Markt für ganze Unternehmen kapitalisiert mit anderen Worten die prognostizierte Ertragskraft. Da der Staat keine Anteile an sich selbst an private Anleger verkaufen kann, kann die juristische Verselbständigung die Vorbereitung zur Privatisierung sein. Dann braucht im nächsten Schritt nämlich nur noch der Unternehmensträger ausgetauscht werden¹⁷⁸. Ausnahmsweise kann der Wert eines bisher staatlichen Unternehmens auch so groß sein, daß der Kapitalmarkt mit der vollständigen Privatisierung

¹⁷⁶ Siehe im einzelnen oben 4 (a) und 5 (a).

¹⁷⁷ So etwa *Ferris/Graddy* (FN 37) JLEO 1994, 127 FN 2.

¹⁷⁸ *Froomkin* (FN 55) UIILR 1995, 582.

auf einen Schlag überfordert wäre. Selbst wenn der Staat an sich genug anlagebereites Kapital vermutet, kann er sich außerdem mit dem Ziel zurückhalten, Verwerfungen am Kapitalmarkt zu vermeiden. Beide Argumente haben bei der Entscheidung eine Rolle gespielt, die Telekom nur in Tranchen zu privatisieren. Das ist gleichbedeutend mit der Umwandlung der Telekom in ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen mit privaten Portfolio-Investitionen. Man sollte diese Argumente jedoch nicht überbewerten. Es gibt nicht viele Privatisierungsobjekte dieser Größenordnung. Würde die Politik langfristiger denken, läge es ohnehin nahe, solche Giganten vor der Privatisierung in selbständige Bereiche aufzuspalten, die sich künftig Konkurrenz machen können. Dann erledigt sich das Größenproblem von selbst. Im Vordergrund dürfte deshalb eher die Absicht gestanden haben, den Gesamterlös für die Staatskasse durch eine Privatisierung in Tranchen zu vermehren¹⁷⁹. Das ist auch aus der Sicht eines profitmaximierenden Staats eine problematische Entscheidung. Dabei sind nämlich wiederum die Opportunitätskosten außer acht gelassen, die aus der Quasi-Privatisierung eines Monopols für die Volkswirtschaft und damit auch für die künftigen Steuereinnahmen resultieren¹⁸⁰. Der Finanzminister hätte dann allerdings kurzfristig weniger Geld, um Löcher in der Staatskasse zu stopfen und den Gewinn der nächsten Wahl wahrscheinlicher zu machen.

(b) Perpetuierung des Staatsanteils an der Wirtschaft

Mit den vermeintlichen Vorzügen von Zwischenstufen zwischen Innen- und Außensteuerung für die Senkung des Staatsanteils an der Wirtschaft ist also nicht weit her. Diese Zwischenformen eignen sich im Gegenteil dafür, den Staatsanteil gegen ökonomische und politische Anfeindungen zu verteidigen, ja ihn sogar auszuweiten.

Wir haben uns einleitend klargemacht, daß dem kommerziell handelnden Staat eine Reihe von natürlichen Grenzen gesetzt sind. Die wichtigste liegt in der Schwierigkeit, bei den Bürger-Eigentümern durch höhere Steuern zusätzliches Kapital aufzutreiben. Deshalb muß der Staat häufig auf wirtschaftlich an sich angezeigte Ausweitungen seines Geschäfts verzichten. Hinderlich wirkt außerdem der kurze Draht zur Politik¹⁸¹. Beide Grenzen können auf den beschriebenen Wegen überwunden werden. Die organisatorische und

¹⁷⁹ Börs/Schneider (FN 18) ZGR 1996, 522.

¹⁸⁰ Vgl. oben ***.

¹⁸¹ Näher 2 (c).

rechtliche Verselbständigung immunisiert gegen politische Kontrolle und erleichtert den Zugang zu Fremdkapital. Die Aufnahme privater Mitunternehmer erlaubt überdies die Aufnahme von privatem Eigenkapital. Das gleiche Instrument oder der Abschluß von Verfassungsverträgen erleichtert den Zugang zu Vorprodukten und Produktionsfaktoren und ermöglicht Spezialisierungsgewinne. Kurz: die Zwischenformen zwischen Innen- und Außensteuerung erweitern den Möglichkeitsraum des kommerziell tätigen Staats ganz erheblich. Dieser Umstand sollte auch in die Auslegung der Rechtsgrenzen für unternehmerisches staatliches Handeln einfließen¹⁸². Sie könnten dem Staat, mit dem, was er aus eigener Kraft könnte, eine äußerste Grenze für sein unternehmerisches Handeln gezogen haben. Soweit durch diese Regeln zumindest auch die private Konkurrenz geschützt werden soll¹⁸³, könnte die Ausweitung des Möglichkeitsraums durch die Wahl innovativer Instrumente zumindest einer besonderen Rechtfertigung bedürfen.

Auch politisch sind die Zwischenformen zwischen Innen- und Außenteuerung ein elegantes Verteidigungsinstrument staatlicher Unternehmungen gegen Privatisierungs- und Deregulierungsdruck. Dafür eignet sich vor allem die Aufnahme privater Mitunternehmer. Ein öffentliches Unternehmen kann dadurch nicht nur Privatisierungsdruck die Spitze abrechen???. Es geht also nicht bloß darum, mit einem blauen Auge davonzukommen. Vielmehr immunisieren private Teilhaber vorzüglich gegen weitergehende politische Absichten. Das wird gerade am Beispiel der Telekom schmerzhaft bewußt. Netzwettbewerb in der Fläche ist deswegen nicht leicht künstlich herzustellen, weil beim Betrieb eines Telekommunikationsnetzes der größte Teil der Kosten fix und versunken ist. Sie müssen direkt beim Markteintritt erbracht werden, wenn das Unternehmen die Marktchancen nur schwer abschätzen kann. Deshalb ist die dichte Versorgung der alten Bundesländer mit Fernsehverteilkabeln an sich ein wettbewerbspolitischer Glücksfall. Diese Netze können mit vergleichsweise geringem Aufwand so aus- und umgebaut werden, daß sie dem Telefonnetz wirksam Konkurrenz machen. Die EG-Kommission hat deswegen allen Mitgliedstaaten vorgeschrieben, diese Form der Netzkonzurrenz zuzulassen. In der Bundesrepublik läuft diese Richtlinie praktisch aber leer, weil auch das Fernsehkabelnetz der Telekom gehört. Der Geschäftsbereich Fernsehkabel hätte also vor der Privatisierung ausgegliedert und selbständig verkauft werden müssen. Diesen Schritt hat das Telekom-Management verhindern können. Die EG-Kommission verfolgt zwar im Au-

182 Siehe oben ***.

183 Vgl. oben ***.

genblick die Absicht, die Bundesrepublik nachträglich zur Entflechtung der Telekom zu zwingen. Da mittlerweile 20 % des Kapitals der Telekom an der Börse plazierte worden sind, ist aber sehr unwahrscheinlich, daß die Eg-Kommission mit ihrem Vorhaben Erfolg haben wird. Denn der Wert der Telekom-Aktien würde durch diese Maßnahme sinken. Im Emissionsprospekt stand davon natürlich auch nichts. Die privaten Aktionäre pochen deshalb nicht ohne Recht auf Schutz, zumindest aber Entschädigung¹⁸⁴.

Paradoxe Weise schützen Anstrengungen eines öffentlichen Unternehmens zur Verbesserung seiner technischen Effizienz das Unternehmen dagegen nicht unbedingt vor drohender Privatisierung. Denn Politiker verkaufen Privatisierungsentscheidungen zwar gern als langfristige Maßnahme zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland. Sie entschließen sich dazu aber jedenfalls nur sehr schwer, wenn der Privatisierungserlös nicht zugleich auch Haushaltsnöte lindert und damit Wahlchancen verbessert. Privatisiert werden in der Wirklichkeit deshalb nur profitable öffentliche Unternehmen. Die transitorische Perspektive erschließt damit zugleich aber ein zusätzliches normatives Argument gegen die kommerzielle Tätigkeit des Staats. Weil ein Eigentümerwechsel die Manager ihrer Aufgabe und viele andere Personen ihren Vorteil kosten kann¹⁸⁵, ist technische Effizienz noch unwahrscheinlicher. Noch einmal anders: das öffentliche Unternehmen deutlich unterhalb seiner Produktionsgrenze zu halten, ist für die Verantwortlichen auch ein Mittel, ihre eigenen Nichtleistungseinkommen zu sichern.

III. Beschaffung von Vorprodukten und Produktionsfaktoren zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Wenn der Staat sich unternehmerisch betätigt, um Einnahmen zu erzielen, unterscheidet er sich nur zwei Besonderheiten von privaten Unternehmen: durch die Struktur der Verfügungsrechte und durch die institutionelle Nähe zur Politik. Entfernen wir uns nun einen Schritt weiter von der Privatwirtschaft. Wie sollte der Staat entscheiden und welche Institutionen sollte er wählen, wenn er zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe Vorprodukte oder Produktionsfaktoren benötigt? Diese Frage hat zwei Implikationen. Sie setzt zunächst voraus, daß auch zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben Vorprodukte und Produktionsfaktoren benötigt werden. So verwunderlich ist das aber

¹⁸⁴ Zum Sachverhalt näher *Christoph Engel: Kabelfernsehen (Law and Economics of International Telecommunications 29)* Baden-Baden 1996, 109-132.

¹⁸⁵ Näher oben 2 (g).

nicht. Hatten wir doch einleitend bereits festgehalten, daß potentiell jedes staatliche Handeln auch von Privaten übernommen werden könnte. Auch der Staat tut deshalb nichts anderes, als Güter zu produzieren. Meist sind es nur keine Waren, sondern Dienstleistungen. Auch bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind deshalb Knappheitsprobleme zu bewältigen. Handelt der Staat selbst, kann auch bei dieser Tätigkeit mehr oder minder technisch effizient sein. Die hierfür eingesetzten Ressourcen fehlen der Volkswirtschaft dann an anderer Stelle. Auch hierbei stellt sich dann also die Frage der allokativen Effizienz¹⁸⁶.

Die zweite Implikation liegt im Begriff der öffentlichen Aufgabe. Hier wird etwas vorausgesetzt, was wir im folgenden Abschnitt dann in Zweifel ziehen werden. Daß die Produktion eines Guts im öffentlichen Interesse liegt, heißt noch nicht, daß deshalb auch die Produktionstätigkeit beim Staat selbst liegen müßte. Anders formuliert: An dieser Stelle ist zweierlei vorausgesetzt: im konkreten Fall ist nicht nur die souveräne Intervention des Rechts in den Markt gerechtfertigt. Vielmehr ist staatliches Eigenhandeln auch ein angemessenes Instrument, dieses regulatorische Ziel zu verfolgen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, steht auch der regulierende Staat vor der Entscheidung über den richtigen Grad der vertikalen Integration¹⁸⁷. Dafür sind prinzipiell die gleichen Gesichtspunkte ausschlaggebend wie bei einem Handeln zum Zwecke der Einnahmeerzielung. Weil der Staat nunmehr eine öffentliche Aufgabe erfüllt, wird der Zugriff auf das Vorprodukt oder den Produktionsfaktor für ihn viel häufiger strategische Bedeutung haben. Da er nunmehr offen ein politisches Ziel verfolgt, müssen politische Gremien und Organe außer dem direkten Zugriff auf die Produktion des Guts erhalten. Das macht die staatliche Nachfrage konstitutionell unsicher. Außerdem wird sich ein kaufmännisch geschulter privater Vertragspartner typischerweise sehr viel eher ein Urteil über die künftige Entwicklung von Märkten zutrauen, als über die Veränderung politischer Stimmungen. Weil die Sicherung des Absatzes für jedes Unternehmen von so hoher Bedeutung ist, setzen diskrete Lieferverträge mit der öffentlichen Hand außerdem einen Anreiz zur Rentensuche. Für einen Hoflieferanten der öffentlichen Hand ist erfolgreicher Lobbyismus wichtiger als die Verbesserung seiner Produkte. Dieser Punkt wird von der Rüstungsindustrie und den ehemaligen Lieferanten der -Deutschen Bundespost zur Genüge illustriert. Schließlich hat sich der Staat in unserer

¹⁸⁶ Vgl. II 2 (a) und (e).

¹⁸⁷ Näher oben II 4 (b) und 5 (a).

Konstellation gerade dafür entschieden, die öffentliche Aufgabe selbst zu erfüllen. Damit ist er regelmäßig der einzige Anbieter, dieser Dienstleistung. Anders ist es nur im gegliederten Staat, wenn die Glieder selbständige Produktions- oder zumindest Nachfrageentscheidungen fällen können. Der private Lieferant steht also einer monopolistischen oder zumindest oligopolistischen Nachfrage gegenüber. Schon aus diesem Grunde kommt es bei der öffentlichen Beschaffung viel häufiger als in der Privatwirtschaft zu der beschriebenen fundamentalen Transformation¹⁸⁸. Voraussetzung ist allerdings auch hier, daß der Lieferant beziehungspezifische Investitionen tätigt. Zwei Beispiele mögen das belegen. Im ersten Fall beliefert ein Buchhändler regelmäßig eine öffentliche Bibliothek. Im zweiten Fall produziert ein Rüstungsbetrieb einen Panzer. Als Abnehmer der Panzer kommt nur die Armee in Betracht. Das Kriegswaffenkontrollgesetz setzt auch dem Export von Panzern enge Grenzen. Außerdem kaufen viele Armeen aus industriepolitischen Gründen lieber im eigenen Land. Mit einer Produktionsstraße für Panzer kann man regelmäßig kein anderes Produkt herstellen. Der Hersteller muß deshalb entweder einen hohen Risikoaufschlag oder den Schutz vor der späteren Ausbeutung verlangen. Der Buchhändler erhält seine Bücher von den Verlagen dagegen regelmäßig auf Kommission. Zu beziehungspezifischen Investitionen kommt es allenfalls, wenn er sein Personal und seine technischen Einrichtungen ausweitet, um die Universitätsbibliothek beliefern zu können. Selbst wenn die Bibliothekauftrag später ausbleiben sollten, muß das nicht zu versunkenen Kosten führen. Dem Buchhändler mag es gelingen, die größeren Kapazitäten mit anderen Aufträgen auszulasten. Mißlingt auch das, kann er notfalls Leute entlassen.

Spiegelbildlich setzt sich auch der Staat bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben häufig dem Risiko opportunistischer Erpressung aus. Hat er die Herstellung eines Vorprodukts einmal aufgegeben, kann er diese Entscheidung kurzfristig meist nämlich nicht revidieren. Die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe kann oft aber nicht so lange warten, bis der Staat sich die eigene Abteilung neu aufgebaut hat. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Drohung mit dem Wechsel des Lieferanten häufig stumpf. Je mehr beziehungspezifische Investitionen der erste Lieferant nämlich erbracht hat, um so mehr Zeit wird vergehen müssen, bevor ein potentieller Konkurrent den Auftrag übernehmen kann.

¹⁸⁸ Siehe oben 4 (b).

Hinzu kommt ein weiteres Problem, daß ich souveränen Opportunismus nennen möchte. Ein privater Abnehmer kann einen Lieferanten nur dadurch erpressen, daß er seine Produkte künftig nicht mehr kauft. Der Staat kann dagegen auch auf seine souveränen Befugnisse zurückgreifen, um einen Lieferanten gefügig zu machen. Im extremen Fall ändert er das Recht in einer Weise, die den Lieferanten ausbeutet. Dieses Problem ist vor allem aus den Verträgen zwischen Unternehmen der Industriestaaten und Entwicklungsländern bekannt. Es hat die Bundesrepublik Deutschland zum Abschluß völkerrechtlicher Investitionsschutzabkommen mit praktisch allen Entwicklungsländern veranlaßt¹⁸⁹. Dem Staat stehen aber auch weniger offensichtliche Mittel zu Gebote, die gleiche Wirkung zu erzielen. Denn von einem privaten Vertragspartner kann man sich ganz abwenden, wenn man den Eindruck gewonnen hat, er sei ein unzuverlässiger Patron. Dem Zugriff des Staats kann sich ein Unternehmen dagegen nur um den Preis entziehen, daß es Sitz- und Betriebsstätten ins Ausland verlegt. Um seinen Lieferanten auszubeuten, kann der Staat deshalb auch an ganz anderen Politikbereichen ansetzen. Er kann es plötzlich mit der Gewerbeaufsicht kleinlich nehmen, die gewünschte Befreiung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften verweigern oder ein Genehmigungsverfahren verzögern.

Daß der Staat ein Vorprodukt oder einen Produktionsfaktor für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe einsetzt, erschwert häufig also den Abschluß einfacher Lieferverträge. Es ist deshalb gerade bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben besonders wichtig, daß der Staat von den Erfahrungen der privaten Wirtschaft mit dem Abschluß von Verfassungsverträgen lernt¹⁹⁰. Der Abschluß solcher Verträge erlaubt maßgeschneiderte Sicherungen und verhindert dadurch einen unnötig hohen vertikalen Integrationsgrad des Staats. Die mit jeder staatlichen Produktion verbundenen Effizienz Nachteile können mit diesem Instrument deshalb viel stärker vermindert werden, als das bisher möglich war.

¹⁸⁹ Umfassend *Uwe Kischel*: Statecontracts. Völker-, Schieds- und internationalprivatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts (Marburger Schriften zum öffentlichen Recht 6) Stuttgart 1992.

¹⁹⁰ Siehe oben II 6.

IV. Regulierungsziele

Einleitung

Unsere Überlegungen zur öffentlichen Beschaffung enthielten eine Annahme, die wir nunmehr aufheben wollen. Regulierungsziele kann der Staat nicht dadurch erreichen, daß er selbst handelt. Vielmehr kann man auch hier eine hoheitliche und eine unternehmerische Seite unterscheiden. In Ausübung seiner Hohheitsbefugnisse entscheidet der Staat, welche Regulierungsziele er verfolgen und mit welchen Instrumenten er diese Ziele erreichen will. Staatliches Eigenhandeln ist nur eines von vielen möglichen Instrumenten. Unsere Überlegungen zum kommerziell handelnden Staat haben für die Auswahl der Instrumente doppelte Bedeutung. Sie machen die Probleme deutlich, die mit staatlichem Eigenhandeln verbunden sind. Vor allem läßt sich die Wahl zwischen staatlichem Eigenhandeln und der bloßen Regulierung privaten Handelns aber in den analytischen Kategorien diskutieren wie die Wahl zwischen Beschaffung und Produktion.

Auch diese letzte Stufe unserer Analyse enthält noch eine Annahme: das sich der Staat für die Verfolgung eines bestimmten Regulierungsziels entschieden hat. Für eine normative Analyse ist auch das eine erhebliche Verkürzung. Die normative ökonomische Theorie war ursprünglich gerade angetreten, das Dickicht der staatlichen Regulierung zu durchforsten. Ob der Staat in das Marktgeschehen eingreift, sollte gerade nicht politisch entschieden, der Eingriff sollte also gerade nicht nur Verfahren legitimiert sein. Im historischen Vergleich verhält sich der deutsche Staat unserer Tage nicht viel anders als der Fürst im aufgeklärten Absolutismus. Der deutsche Staat hat sich vor allem in den 60er und 70er Jahren wie ein Wohlfahrtsstaat gebärdet. Er tat das allerdings, im Gegensatz zum aufgeklärten Absolutismus, ohne eine durchdachte Staatsaufgabenlehre. Inzwischen ist Ernüchterung eingeekehrt. Trotzdem, ja gerade wegen des Rufs nach Deregulierung, ist die normative Durchdringung des staatlichen Handelns dringlicher denn je geworden. Das heißt nicht, daß der Staat nur bei nachgewiesenem Marktversagen intervenieren dürfte. Wenn er aus anderen Gründen interveniert, muß er diese Gründe aber zumindest offenlegen. Auch muß er sich bewußt sein, daß er damit notwendig Verschwendung in Kauf nimmt und auf möglichen Wohlstand verzichtet.

An dieser Stelle interessieren zunächst einmal nur solche Regulierungszwecke, die durch Eigenhandeln des Staats überhaupt gefördert werden können. Damit scheidet vor allem solche Regulierungszwecke aus, die der gesamten Bevölkerung oder zumindest einer Vielzahl von Einwohnern und Unterneh-

men Produktionsbeträge abverlangen. So liegt es insbesondere beim Schutz der Umweltmedien Luft, Wasser und Boden. Bisher ist es keinem Staat der Welt gelungen, an diesen Gütern Verfügungsrechte zu schaffen¹⁹¹. Deshalb kommt es zu negativen externen Effekten. Produzent und Abnehmer mehren ihren persönlichen Nutzen, wenn sie ein Produktionsverfahren wählen, das diese Medien in hohem Maße in Anspruch nimmt. Daß sie diese Medien dabei möglicherweise irreversibel schädigen, in ihrer Regenerationskraft beeinträchtigen oder nützlichere Verwendungen vereiteln, ziehen sie nicht ins Kalkül. Die Gewinne werden also privatisiert, die Nachteile nach dem Gemeinlastprinzip sozialisiert. Dieses Ergebnis kann der Staat nach dem augenblicklichen Stand der Technik nur verhindern, indem er jedermann zur Zurückhaltung bei der Nutzung der Umweltmedien als Aufnahmemedium für Schadstoffe zwingt. Staatliches Eigenhandeln kommt allenfalls dann in Betracht, wenn eine spezifische Umweltgefahr von einer kleinen Zahl von Quellen ausgeht. So liegt es am ehesten bei den Strahlengefahren der Kernkraftwerke¹⁹². Die Nationalisierung aller Kernkraftwerke liegt aber schon wegen der nach Art. 15 GG geschuldeten Entschädigung so fern, daß negative externe Effekte im folgenden vernachlässigt werden können.

Bei anderen Zwecken hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß jede staatliche Intervention letztlich mehr Schaden als Nutzen anrichtet. Das prominenteste Beispiel steht ironischerweise im Grundgesetz. Vom Glauben an die Lehren des englischen Nationalökonomen *Caynes* beseelt hat Karl Schiller die antizyklische Haushaltspolitik nämlich nicht nur im Stabilitäts- und Wachstumsgesetz¹⁹³, sondern auch im Grundgesetz verankert. Nach Art. 109 und 115 GG haben Bund und Länder seither in ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. In den 60er Jahren glaubte man, das Ei des Columbus gefunden zu haben. Zeichnet sich eine Rezession ab, gibt die öffentliche Hand uns stabilisiert dadurch die Konjunktur. In der sich zyklisch anschließenden Hochphase hält sich die öffentliche Hand übermäßig zurück und verhindert dadurch insbesondere Inflationen. Der erste Teil hat gut funktioniert, der zweite Teil scheiterte jedoch an den Eigengesetzlichkeiten der Politik. Deshalb ist es inzwischen auch ruhig um die Forderung nach einem großen öffentlichen

¹⁹¹ Zum Konzept der Verfügungsrechte vgl. oben II 2 (a).

¹⁹² *Ogus (FN 16)* 268.

¹⁹³ Gesetz vom 8.6.1967, BGBl. I 582.

Sektor geworden, der zu diesen konjunkturpolitischen Zwecken eingesetzt werden könnte¹⁹⁴.

Bei anderen Zwecken ist öffentliches Eigenhandeln zwar möglich, hat aber offensichtlich so viele Nachteile, daß es ernstliche nicht in Betracht kommt. Wenn sie Eigenhandeln in der Praxis doch findet, muß das dann aus den verzerrenden Wirkungen politischer Entscheidungen erklärt werden. So liegt es vor allem bei der Verteilungspolitik. Es gibt nicht den geringsten konzeptionellen Zweifel, daß direkte Transferzahlungen an die wirklich Bedürftigen besser sind als die Subventionierung von Produkten. Welches Ausmaß an Verzerrungen und Streuverlusten eine Sachsubvention mit sich bringt, belegt die europäische Agrarpolitik. Es wäre immer noch billiger, jedem Bauern das Gehalt eines Regierungsrats zu zahlen. Ebenso schädlich sind politische Preise für Gegenstände des täglichen Bedarfs. Die Wirkungen ließen sich lange Zeit in Frankreich gut studieren. Dort war der Brotpreis von der Regierung traditionell so niedrig festgesetzt worden, daß die Bauern sogar ihr Vieh mit Brot gefüttert haben. Der Einkauf des schon gebackenen Brots war nämlich billiger, als wenn sie dazu ihr eigenes Getreide verwendet hätten.

Wieder eine andere Gruppe umfaßt Motive, die bei näherem Hinsehen gar keine Ziele, sondern ihrerseits bereits Instrumente sind. Ziel und Mittel stehen nämlich in einem hierarchischen Zusammenhang. Noch einmal anders: zwischen das eigentliche Ziel und das schließlich verwendete Instrument schiebt sich häufig eine Vielzahl von Zwischenzielen. Den Juristen ist dieser Zusammenhang aus der Anwendung des Übermaßverbots vertraut. Dort fehlt bisher bekanntlich allerdings ein durchdachtes dogmatisches Konzept, um mit diesem Problem fertigzuwerden. Vielfach machen die Gerichte das Übermaßverbot in der Praxis deshalb stumpf, indem sie ein Zwischenziel akzeptieren, aus dem sich die staatliche Maßnahme gleichsam von selbst ableitet. Bei der hier gewählten normativen Betrachtungsweise darf der Rekurs auf den eigentlichen Zweck aber nicht abgeschnitten werden. Staatliches Eigenhandeln darf deswegen nicht damit begründet werden, daß der Produzent mit einer Tätigkeit kein Geld verdienen soll¹⁹⁵. Vielmehr wäre zu begründen, warum die Profitmaximierung zugleich die Erreichung eines Regulierungsziels gefährdet. Vor allem kann aus diesem Grunde aber vernachlässigt werden, was die Ökonomen meritorische Güter nennen. Mit diesem Begriff bezeichnen sie Güter, die von Politik höher bewertet werden als vom Markt¹⁹⁶. Wiederum

¹⁹⁴ Bös/Schneider (FN 18) ZGR 1996, 530.

¹⁹⁵ Vgl. Lawson (FN 47) JES 1994, 302.

¹⁹⁶ ***Musgrave aus Manuskript Gemeinschaftsgüter übernehmen***.

kommt es nämlich auf den Grund an, warum eine größere Ausbringungsmenge erforderlich erscheint.

Auch nachdem wir auf diese Weise eine Art Flurbereinigung vorgenommen haben, bleiben aber noch genügend Zwecke, bei denen der Staat zwischen Eigenhandeln und Außensteuerung entscheiden muß. Um die Schwerpunkte nicht zu verzeichnen, sollen jeweils kurze Andeutungen genügen. Vollständigkeit ist dabei nicht beabsichtigt¹⁹⁷. In der folgenden Liste finden sich dagegen bewußt auch Zwecke, die man aus normativer ökonomischer Sicht mit guten Gründen bezweifeln kann. Die Entscheidung zwischen Innen- und Außensteuerung liegt nämlich ganz auf der Instrumentenebene. Es besteht kein direkter Zusammenhang zwischen den dafür maßgeblichen Gesichtspunkten und dem Ausmaß der Legitimität des verfolgten Zwecks.

Der härteste Fall des Marktversagens sind reine öffentliche Güter. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß dem Gut die beiden folgenden Eigenschaften zugleich anhaften: Dritte können von der Nutzung des Guts nicht ausgeschlossen werden. Durch den Gebrauch wird das Gut nicht verbraucht. Ein Standardbeispiel der Ökonomie ist ein Leuchtturm. Fast alle Leuchttürme der Welt werden vom Staat gebaut und betrieben.

Die meisten Ökonomen halten auch ein sogenanntes natürliches Monopol für einen Fall des Marktversagens. Damit sind Güter gemeint, die im nachfragerrelevanten Bereich beständig fallende Durchschnitts- und Grenzkosten aufweisen. Es handelt sich also um Güter mit extremen Größenvorteilen. Bei statischer Betrachtung hat die Freiheit des Marktzutritts dann gesamtwirtschaftlich schädliche Folgen. Denn funktionsfähiger Wettbewerb zwingt alle Anbieter, ihre Preise nach den Grenzkosten auszurichten. Da die Grenzkosten bei einem natürlichen Monopol unter den Durchschnittskosten liegen, kommt es zur ruinösen Konkurrenz. Kein Anbieter kann seine Investitionskosten mehr finanzieren. Er wird schließlich in den Konkurs getrieben. Vor allem bei der leitungsgebundenen Versorgung der Haushalte mit Strom, Wasser, Gas und Telekommunikationsdiensten glauben viele, diese Voraussetzungen seien erfüllt. Darauf berufen sich die kommunalen Versorgungsunternehmen. Die Gemeindeordnungen lassen regelmäßig sogar zu, daß die Kommune ihrem Unternehmen durch einen Anschluß- und Benutzungszwang die Kunden ins Haus zwingt.

Kein Marktversagen, vielleicht aber eine Marktschwäche findet sich bei den Netzwerkütern. Um die angemessene konzeptionelle Erfassung dieser Güter

¹⁹⁷ Eine dichte Zusammenstellung findet sich auch bei *Ogus* (FN ***) 267 - 270.

und ihre Binnendifferenzierung konkurrieren im Augenblick eine Vielzahl ökonomischer Modelle¹⁹⁸. An dieser Stelle muß eine mögliche Deutung genügen. Sie stellt darauf ab, daß ein Gut für alle Nachfrager um so wertvoller wird, je mehr das Gut nachfragen. Das klassische Beispiel ist ein Telekommunikationsnetz mit Sternstruktur. Diese Struktur macht es möglich, daß jeder Teilnehmer mit jedem anderen kommuniziert. Das galt lange Zeit als ausreichende Begründung für das Monopol der Telekom.

Bei der regionalen Strukturpolitik geht es dagegen um Marktkorrektur. Wirtschaftlich zurückgebliebene Regionen sollen mit staatlicher Hilfe wettbewerbsfähig gemacht werden. Zu diesem Zweck kann der Staat natürlich auch auf der Grundlage eines Bescheides oder öffentlich-rechtlichen Vertrages Subventionen an Unternehmen vergeben. Er kann sich statt dessen an dem geförderten Unternehmen aber auch mit neuem Eigenkapital beteiligen¹⁹⁹ oder Infrastrukturleistungen ganz in eigene Hand übernehmen.

Im letzten Beispiel verfolgt der Staat schließlich einen nichtökonomischen Zweck. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Grundversorgung der Bevölkerung mit publizistischen Inhalten sicherstellen. Das Gericht verfolgt damit einen doppelten Zweck. Der Prozeß der freien und individuellen Meinungsbildung soll durch die möglichst ausgewogene Abbildung der in der Gesellschaft vorhandenen Meinungen gefördert werden. Außerdem soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk ein kulturelles Gegengewicht gegen die Sogkraft der Kommerzialisierung bilden, die das Bundesverfassungsgericht beim privaten Fernsehen beobachtet²⁰⁰.

Als wir unternehmerisches Handeln des Staats zur Erzielung von Einnahmen untersucht haben, war die Unterscheidung von Vertrag und Organisation unser Ausgangspunkt. Daß der Staat seine souveränen Befugnisse in den Dienst seines Unternehmens stellen könnte, haben wir zwar immer wieder bedacht. Solches Handeln galt uns aber stets als mißbräuchlich. Diese Mißbrauchsmöglichkeit war das wichtigste Argument gegen kommerzielles staatliches Handeln. Auch durch die Zwischenstufen zwischen Innen- und Außensteuerung konnte dieses Mißbrauchspotential bestenfalls gemildert werden. Bei der Aufnahme von privatem Kapital in ein öffentliches Unter-

¹⁹⁸ Zusammenfassend *Manfred J. Holler*: ***, in: Jahrbuch für neue politische Ökonomie 16(1997) ***.

¹⁹⁹ *Ogus* (FN ***) 269.

²⁰⁰ Näher *Christoph Engel*: Medienordnungsrecht (Law and Economics of International Telecommunications 28) Baden-Baden 1996, 113 - 129.

nehmen ist die Mißbrauchsgefahr sogar noch größer, als wenn der Staat allein bleibt.

Sucht der Staat dagegen nach dem richtigen Instrument zur Verfolgung eines Regulierungsziels, ändert sich der Ausgangspunkt. Wir setzen nunmehr im Gegenteil voraus, daß der Staat sein Regulierungsziel verfolgen darf. Es geht also nicht mehr darum, ob er überhaupt von seinen souveränen Befugnissen Gebrauch machen darf. Vielmehr geht es um eine andere Art von Institutionenvergleich: Ist die Außensteuerung, in ihrer einfachsten Variante also Befehl und Zwang, dem staatlichen Eigenhandeln vorzuziehen? Damit erweitert sich zugleich das Spektrum der Instrumente, die wir in Betracht ziehen müssen. Es geht nicht mehr bloß um den Vergleich von Organisation und Vertrag einschließlich aller Zwischenstufen. Vielmehr tritt eine dritte Kategorie hinzu: der offene Gebrauch der souveränen Befugnisse. Noch einmal anders: Der Abschluß eines Vertrages mit einem Privatrechtssubjekt war beim kommerziellen staatlichen Handeln das eine Extrem, dem das Eigenhandeln gegenüberstand. Bei der Verfolgung von Regulierungszwecken ist der Abschluß von Verträgen mit Privaten dagegen seinerseits eine Zwischenstufe zwischen den Extremen Organisation und Gebrauch der souveränen Befugnisse.

Damit ist zugleich der weitere Gang unserer Überlegungen vorgezeichnet. Wir werden zunächst fragen, welche Vorzüge und Nachteile das Eigenhandeln des Staats hat (2). Dieser reinen Form der Organisation werden wir dann den ebenso reinen Fall der Außensteuerung, also den Gebrauch der souveränen Befugnisse gegenüberstellen (3). Die organisatorische Ausgliederung einer weiterhin vom Staat selbst erfüllten Aufgabe bleibt dem Prinzip der Organisation noch sehr nahe (4). Auch zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann sich der Staat Vorprodukte durch Vertrag verschaffen (5). Er kann auch zu diesem Zweck private Mitunternehmer in öffentliche Unternehmen aufnehmen (6). Die von den kommerziellen Unternehmen her vertraute Möglichkeit des Verfassungsvertrags erweitert sich hier um andere Formen der Zweistufigkeit (7). Schließlich tritt als letzte Möglichkeit noch die Gründung öffentlicher Unternehmen hinzu, die nicht den ganzen Markt bedienen, sondern in Wettbewerb zu privaten Anbietern treten (8). Denn der Staat verfolgt nunmehr ja kein Einnahmziel mehr. Daß der Großteil, vielleicht sogar alle Gewinne bei privaten Unternehmen anfallen, während dem Staat nur wirtschaftlich nachteilige Geschäfte verbleiben, braucht ihn im Ansatz also nicht zu stören.

1. Eigenhandeln des Staats

Staatliches Eigenhandeln wird in Deutschland häufig als Regulierungsinstrument eingesetzt. Das gilt nicht nur für Armee und Polizei, sondern genauso für die Stromversorgung und die Abfallentsorgung in den Kommunen, für Straßen und Wälder, für Schulen und Universitäten. Die Staatsquote, also der Anteil der staatlichen Ausgaben am Bruttosozialprodukt, liegt seit Jahren über 50%. Viele dieser unternehmerischen Aktivitäten sind rechtlich gar nicht und organisatorisch nur schwach verselbständigt.

Die Nachteile, die wir für unternehmerisches staatliches Handeln ausgemacht haben, zeigen sich hier genauso, ja mit besonderer Schärfe. Die technische Effizienz ist normalerweise gering²⁰¹. Hier lag in England der wichtigste Grund für die Entscheidung zur Privatisierung vieler ehemals staatlicher Tätigkeiten in Regulierungsabsicht. Denn zuvor waren die engagierten Versuche im Sande verlaufen, ohne Änderung der Eigentümerstruktur mehr Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit durchzusetzen²⁰². Der Grund liegt in der beschriebenen ungünstigen Struktur der Verfügungsrechte. Hinzu kommt, daß die Nachfrage der öffentlichen Hand nach Leistungen für ihre Bürger regelmäßig nicht sehr preiselastisch ist²⁰³. Höhere Kosten führen also meist nicht dazu, daß die öffentliche Hand ganz darauf verzichtet, ihren Bürgern einen bestimmten Dienst zu erweisen, oder daß sie auch nur die nachgefragte Menge einschränkt. Anders gewendet: Von der Nachfrageseite geht kaum ein Druck auf die Kosten aus.

Auch von konkurrierenden Anbietern geht meist nur eine geringe disziplinierende Wirkung aus. Gerade wenn die öffentliche Hand durch Eigenhandeln einen Regulierungszweck verfolgt, schützt sie sich oft durch rechtliche Marktzutritts Hindernisse vor Wettbewerb. Im gar nicht so seltenen Extrem-

²⁰¹ Vgl. oben II 2 a).

²⁰² S. den Bericht bei *Ogus* (FN ***) 276 - 281.

²⁰³ *Ferris/Graddy* (FN ***) JLEO 1994, 127 FN 3.

fall hat die öffentliche Hand ein rechtlich geschütztes Monopol²⁰⁴. Oft nimmt ein Anschluß- und Benutzungszwang den Abnehmern sogar noch die letzte Möglichkeit zum Druck auf das Angebot. Sie können sich dann dem Produkt nicht einmal mehr ganz verweigern oder auf Substitutionsprodukte übergehen.

Das äußerste Extrem ist erreicht, wenn die Leistung der öffentlichen Hand nicht einmal mehr gegen ein spezifisches Entgelt erbracht wird²⁰⁵. So liegt es, wenn die öffentliche Hand ihr unternehmerisches Handeln weder über ein privatrechtliches Entgelt noch über eine öffentlich-rechtliche Gebühr, sondern direkt aus dem öffentlichen Haushalt finanziert. Auch dann müssen die Bürger zwar schließlich die Zeche bezahlen. Im finanzpolitisch sauberen Fall geschieht das durch Steuern. Wir hatten uns ja aber bereits klargemacht, daß auch die Staatsverschuldung oder der Betrieb öffentlicher Unternehmen in der Absicht der Einnahmeerzielung letztlich nur andere Formen sind, die Bürger zur Kasse zu bitten²⁰⁶. Das sagt aber nur etwas darüber aus, ob die gewählte Finanzierungsform Verteilungseffekte hat. Das ist immer dann der Fall, wenn die Nutznießer der öffentlichen Tätigkeit mit den Personen nicht identisch sind, die zur Finanzierung der öffentlichen Haushalte belastet werden. Wer kein Boot fährt, nützt die Bundeswasserstraßen jedenfalls nicht unmittelbar. Wer ein höheres Einkommen hat, trägt wegen der Progression im Einkommensteuertarif zur Finanzierung der öffentlichen Haushalte überproportional bei. Die Nettogewinner dieser Finanzierungsform erhalten unvermeidlich einen verzerrten Anreiz. Das öffentliche Handeln ist für sie zu billig und wird deshalb übermäßig in Anspruch genommen.

²⁰⁴ In der ökonomischen Literatur ist ein im Grunde verwunderlicher Streit zweier Schulen entstanden. Während die eine vor allem die ungünstige Struktur der Verfügungsrechte für die geringe technische Effizienz der öffentlichen Hand verantwortlich macht, verweist die Gegenansicht auf das Fehlen von Wettbewerb. S. etwa *Werner W. Pommerehne*: Private versus öffentliche Müllabfuhr - nochmals betrachtet, in: *Finanzarchiv* 41 (1983) 466 - 475 (466 - 470). Natürlich spielen beide Elemente eine Rolle. Sieht man genauer hin, geht es sogar in beiden Fällen um die disziplinierende Wirkung von Märkten. Die zweite Ansicht verweist auf die Produktmärkte, die erste auf den Kapitalmarkt. Auch wenn auf dem Produktmarkt wirksamer Wettbewerb herrscht, ist die Struktur der Verfügungsrechte am einzelnen Unternehmen für dessen technische Effizienz aber nicht irrelevant. Gerade wenn Wettbewerb am Produktmarkt ausgeschlossen ist oder aus politischen Gründen verhindert wird, spielt die ungünstige Struktur der Verfügungsrechte in öffentlichen Unternehmungen eine um so bedeutsamere Rolle.

²⁰⁵ Vgl. *Jörg Schimmelpfennig*: Theorien öffentlicher Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung der institutionellen Arrangements (*Ökonomische Theorie der Institutionen* 5) Münster 1994, 9.

²⁰⁶ Vgl. oben ***.

Selbst wenn die Finanzierung aus dem öffentlichen Haushalt ausnahmsweise keine Verteilungswirkungen hätte, verringert sie aber die technische Effizienz. Denn die Nutznießer bekommen kein Preissignal mehr. Alle auf diese Art finanzierten öffentlichen Leistungen sind mit anderen Worten ein gekoppeltes Produkt. Die Nutznießer haben deshalb keinen Anreiz, diese Güter nach ihrer relativer Bedeutung zu ordnen.

Spiegelbildlich fehlt typischerweise auch eine auf die konkrete Leistung bezogene Kostenrechnung. Das ist an einem Beispiel aus der Telekommunikation besonders augenfällig geworden. Mobilfunk nutzt für die Langstreckenverbindungen sinnvollerweise das fest verlegte Netz. Die privaten Mobilfunkanbieter wollten für diesen Zweck Leitungen der Telekom mieten. Das ist ordnungspolitisch deshalb eine heikle Angelegenheit, weil die Telekom auch selbst Mobilfunk anbietet. Das Telekommunikationsrecht befürchtete deshalb, die Telekom werde ihr einstweilen aufrechterhaltenes Monopol für das fest verlegte Netz zum Schutz vor ihren Wettbewerbern im Mobilfunkbereich mißbrauchen. Die Tarife der Telekom für die Mietleitungen bedurften deshalb der Genehmigung. Die Telekom hat der Genehmigungsbehörde Kostenrechnungen vorgelegt, die zu über 90% aus Gemeinkosten bestanden.

Im übrigen wird natürlich auch der Wettbewerbsdruck auf öffentliche Unternehmen mit Regulierungsaufgaben durch die Chance zum Zugriff auf die öffentlichen Haushalte gemindert. Wiederum macht die Regulierungsaufgabe das Problem noch größer. Denn anders als bei kommerziell tätigen öffentlichen Unternehmen gehen öffentliche Zwecke in die Zielfunktion dieser Unternehmen ein und sind nicht bloß Restriktionen. Deswegen haben es öffentliche Unternehmen mit Regulierungsaufgaben relativ leicht, Ansprüche auf staatliche Zuschüsse zu begründen. Sie können nämlich vorgeben, das staatliche Ziel schaffe ein meritorisches Gut²⁰⁷, während sie in Wahrheit nur dem Druck der Konkurrenz auf die Kosten ausweichen wollen.

Schließlich erleichtert der Regulierungszweck dem Unternehmen auch den Zugriff auf die souveränen Befugnisse des Staats²⁰⁸. Bei der Verfolgung von Regulierungszielen ist also die Vermischung der unternehmerischen mit den hoheitlichen Funktionen des Staats noch viel wahrscheinlicher. Es besteht deshalb die Gefahr, daß solche Unternehmen in kommerzieller Absicht ein Monopol auf benachbarte Märkte erstrecken²⁰⁹. Sie können den Gesetzgeber

²⁰⁷ Vgl. oben ***.

²⁰⁸ Vgl. o. II 2 b).

²⁰⁹ *Emmerich* (FN ***) 75.

dazu bewegen, die monopolistische Marktstruktur erst zu schaffen, mit der ihre Existenz begründet wird²¹⁰. Auf der anderen Seite gelingt es öffentlichen Unternehmungen viel leichter, sich unter Berufung auf ihre öffentliche Aufgabe der Anwendung anderer öffentlich-rechtlicher Vorgaben zu entziehen. So liegt etwa der Vollzug von Umweltrecht gegenüber öffentlichen Unternehmungen im Argen²¹¹. Da die Durchführung des Umweltrechts für die Unternehmen regelmäßig teuer ist, verzerrt das den Wettbewerb zu den privaten Konkurrenten. Umgekehrt ist auch für die Konkurrenten der Anreiz groß, den Wettbewerb mit öffentlichen Unternehmungen nicht auf den Märkten, sondern vor dem Regulator zu führen. Ein plastisches Beispiel stammt aus den USA. Auf Betreiben der Konkurrenten hat die amerikanische Regierung die öffentlichen Rüstungsunternehmen angewiesen, nicht in die benachbarten Märkte für zivile Güter einzudringen, selbst wenn sie das know how und freie Kapazitäten hätten²¹².

Öffentliche Unternehmungen, mit denen der Staat Regulierungsabsichten verfolgt, unterscheiden sich vor allem in einer Hinsicht von öffentlichen Unternehmungen mit kommerzieller Aufgabe: Die Schonung der öffentlichen Haushalte oder gar die Erzielung von Einnahmen ist bei ihnen nur Nebenzweck. Hauptzweck ist das jeweilige öffentliche Interesse. Solche Unternehmungen stehen deshalb vor einem konstitutiven Dilemma. Je mehr Erfolg das Management bei der Verbesserung der technischen Effizienz hat, um so größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß der öffentliche Zweck dabei verfehlt wird²¹³. Gerade ein Management, das die vorrangige politische Aufgabe ernst nimmt, steht deshalb in der Gefahr, der Unternehmung utopische Produktionsziele zu setzen²¹⁴. Das Problem hat auch eine psychologische Komponente. Personen werden von einer Aufgabe im öffentlichen Dienst oft gerade deshalb angezogen, weil sie ihr Leben hier nicht allein dem schnöden Mammon widmen müssen. Das verstärkt die Tendenz, zu sehr auf die öffentliche Aufgabe und zu wenig auf das Knappheitsproblem zu sehen²¹⁵. Diese Tendenz braucht sich nicht notwendig in einem hohen moralischen Anspruch zu äußern. Dies mag erneut ein Beispiel aus der Telekommunikation belegen.

²¹⁰ Ebd. 74.

²¹¹ Näher *Gertrude Lübbe-Wolff*: Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit - Deregulierung - Effizienz. Bonn 1996, 8 und 64 - 66.

²¹² *Laffont/Tirole* (FN ***) 644.

²¹³ *Froomkin* (FN ***) UIILR 1995, 549.

²¹⁴ *Eckel/Vining* (FN ***) ScJPE 1985, 89.

²¹⁵ *Lawson* (FN ***) JES 1994, 287.

Solange die Deutsche Bundespost auch das Monopol für die Endgeräte hatte, waren die Pflichtenhefte für die Hersteller technikverliebt. So mußte ein Telefon den freien Fall aus 10 Meter Höhe auf einen Steinboden ohne jede Beeinträchtigung seiner Funktion aushalten.

Daß eine öffentliche Unternehmung nicht nur technisch effizient arbeiten, sondern zugleich eine Regulierungsaufgabe erfüllen soll, erweitert den diskretionären Spielraum der Manager. Sie können nun nämlich Mißerfolge bei der Erreichung des einen mit der Verfolgung anderer Ziele erklären²¹⁶. Aus dem gleichen Grunde muß auf den Einsatz von Managementtechniken verzichtet werden, die die Kontrolle verbessern würden. So kann man das Gehalt der Manager etwa nicht an den cash flow binden, weil dann das Ziel der technischen Effizienz die Oberhand über das Regulierungsziel gewinnen würde.

Sieht man näher hin, haben öffentliche Unternehmungen außerdem in der Regel nicht ein einziges, klar konturiertes politisches Ziel. Vielmehr ist ihnen ein Zielbündel aufgegeben, das sich auch noch vergleichsweise häufig ändert²¹⁷. So soll ein staatliches Versorgungsunternehmen regelmäßig seine Kunden nicht nur zu günstigen Preisen beliefern. Vielmehr soll es bedürftigen Personen Sozialtarife gewähren. Es soll seine Dienste im ganzen Land anbieten, auch wenn Leitungen in entlegene Regionen prohibitiv teuer sind. Oft sollen die Leistungen sogar im ganzen Land zu einheitlichen Preisen angeboten werden. Das Unternehmen soll nur bei bestimmten Kreditgebern Fremdkapital aufnehmen und es soll inländische Lieferanten begünstigen²¹⁸.

Oft bleiben die politischen Ziele sogar bewußt diffus²¹⁹, oder sie werden ad hoc verändert. Das braucht nicht einmal Ausdruck von Managementversagen zu sein. Denn eine öffentliche Unternehmung hat im Regelfall nicht nur einen einzigen politischen Kontrolleur²²⁰. Im Gegenteil konkurrieren verschiedene Ministerien, andere Regierungsstellen und Verwaltungsbehörden sowie die verschiedenen Ausschüsse des Parlaments um den Einfluß auf die öffentliche Unternehmung²²¹.

²¹⁶ *Bös/Schneider* (FN ***) ZGR 1996, 534.

²¹⁷ *Bös/Schneider* (FN ***) ZGR 1996, 533.

²¹⁸ *Lawson* (FN ***) JES 1994, 293.

²¹⁹ *Siekmann* (FN ***) JwNPÖ 1996 *** [39 f.].

²²⁰ *Laffont/Tirole* (FN ***) 655.

²²¹ *Shirley* (FN ***) HastICLR 1994, 670.

Diese vielen Prinzipale tragen auf diese Weise nicht nur ihre politischen Konflikte miteinander aus. Vielmehr kann es aus politischer Sicht durchaus rational sein, an eine öffentliche Unternehmung einander widersprechende Ziele zu richten. Denn politische Parteien müssen eine Vielzahl divergierender Interessen bündeln, wenn sie die Wahl gewinnen und politische Macht ausüben wollen. Deshalb kann es politisch hilfreich sein, wenn jede Interessengruppe den Eindruck erhält, die Politik habe mit der Unternehmung etwas für ihr Anliegen getan²²². Die vage Formulierung der politischen Ziele ist zugleich ein Instrument, um Politikfreiräume zu erhalten²²³. Reizvoll ist für die Politik dabei nicht nur die Möglichkeit, überhaupt kurzfristig das Ziel des Unternehmens zu ändern. Vielmehr erlauben plurale und diffuse Zielvorgaben, solch eine Änderung stillschweigend vorzunehmen²²⁴. Das schwächt die politische Kontrolle und erweitert die Möglichkeiten, widersprüchliche Wünsche von Interessengruppen zu befriedigen.

Daraus folgt zugleich, daß der Einsatz öffentlicher Unternehmungen als Regulierungsinstrument erhebliche Probleme für die demokratische Kontrolle der Regierung mit sich bringt. Wie bei kommerziellen staatlichen Unternehmungen wird zunächst die Gewaltenteilung zwischen Staat und Gesellschaft durchbrochen. Welche Absichten der Staat mit welchen Instrumenten und zu welchen Kosten verfolgt, kann auf diese Weise der Aufmerksamkeit der öffentlichen Meinung entzogen werden. Zugleich eignen sich öffentliche Unternehmungen gut dafür, politische Macht über das Ende der Legislaturperiode zu erstrecken. Die nächste Regierung wäre rechtlich zwar frei, das Regulierungsziel aufzugeben. Die von der alten Regierung für diesen Zweck eingestellten öffentlichen Bediensteten kann sie meist aber nicht einfach entlassen. Die sächlichen Aufwendungen lassen sich oft gar nicht oder nur mit erheblichem Wertverlust für andere Zwecke einsetzen. Es fallen also hohe versunkene Kosten an.

222 *Brian Levy: A Theory of Public Enterprise Behaviour*, in: *Journal of Economic Behaviour and Organization* 8 (1987) 75 - 96 (77)
Levy (FN ***) EBO 1987, 77.

Die Politikwissenschaft spricht dann von symbolischer Politik. Das Konzept geht zurück auf *Murray Edelman: Politik als Ritual. Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns*. Frankfurt 1976.

223 *Laffont/Tirole* (FN ***) 644.

224 *Lawson* (FN ***) JES 1994, 301.

3. Gebrauch der souveränen Befugnisse

Wer Institutionen kritisiert, darf nicht Äpfel mit Birnen vergleichen²²⁵. Solange man das politische Ziel als solches nicht hinterfragt²²⁶, besteht deshalb ein fundamentaler Unterschied zu Unternehmungen, die ausschließlich der Erzielung von Einnahmen dienen. Dort kann der Staat seinen eigenen Nutzen und das gemeine Wohl einfach dadurch mehren, daß er auf jegliches Handeln verzichtet. Regulierungsziele sind dagegen gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie gegen den Markt durchgesetzt werden müssen. Wenn der Staat das nicht durch eigenes unternehmerisches Handeln tut, muß er deshalb ein anderes Regulierungsinstrument wählen.

Der klassische Gegenpol ist Befehl und Zwang. Auch dieses Instrument ist niemals ohne Nebenwirkungen. Der Staat muß also verschiedene Bündel von Wirkungen und Nebenwirkungen miteinander vergleichen²²⁷. Da staatliches Eigenhandeln nur zur Erreichung bestimmter Regulierungszwecke geeignet ist²²⁸, geht es auch nicht allgemein um den Vergleich von Eigenhandeln und Regulierung. Vielmehr geht es spezifischer darum, ob Regulierung dann besser geeignet ist, wenn die Nachteile für das gemeine Wohl gerade aus einem Unterlassen, nicht einem Tun des Markts herrühren. Die Begriffe des amerikanischen Wirtschaftsrechts sind dabei plastischer als die deutschen Pendanten. Es geht um den „trade-off between a public enterprise and a private regulated firm“²²⁹.

Die Nachteile von staatlichem Eigenhandeln sind spiegelbildlich die Vorteile von Regulierung. Wegen der günstigeren Struktur der Verfügungsrechte an privaten Unternehmen ist ihre technische Effizienz höher. Soweit der Regulierungszweck Wettbewerb nicht ausschließt, tritt zur Kontrolle durch den Kapitalmarkt auch noch die Kontrolle durch die Produktmärkte. Regulierte Unternehmen und die politischen Entscheidungsträger sind besser gegeneinander abgeschottet. Deshalb fällt es auch regulierten Unternehmen deutlich

²²⁵ Die Ökonomen verwenden für solch einen Vorgang den plastischen Ausdruck Nirwana-Approach.

²²⁶ Dazu unten V.

²²⁷ *Scott W. Atkinson/Robert Halvorsen: The Relative Efficiency of Public and Private Firms in a Regulated Environment. The Case of U.S. Electric Utilities*, in: *Journal of Public Economics* 29 (1986) 281 - 294 (288 und passim).

²²⁸ Näher oben 1.

²²⁹ *Laffont/Tirole* (FN ***) 637; s. auch *Pierre Pestieau /Henry Tolken: Assessing and Explaining the Performance of Public Enterprises*, in: *Finanzarchiv* 50 (1993) 292 - 323 (306 - 313).
Pestieau/Tolken (FN ***) *FinArch* 1993, 306 - 313.

schwerer als den Managern staatlicher Unternehmungen, auf die öffentlichen Haushalte oder die souveränen Befugnisse des Staats zuzugreifen. Umgekehrt hat es auch die Politik sehr viel schwerer, regulierte private Unternehmen in den Dienst der nächsten Wahl oder politischer Machtkämpfe zu stellen. Weil der Staat bei regulierten Unternehmen nur noch die Möglichkeit der Außensteuerung hat, muß er die Regulierungsziele in Normen und Einzelakten ausdrücklich formulieren. Damit werden nicht nur Zielbündel aufgeschnürt und vage Ziele konkretisiert. Zugleich verbessert sich vielmehr auch die politische Kontrolle der staatlichen Entscheidungsinstanzen.

Diesen Steuerungsvorteilen stehen allerdings auch Steuerungsnachteile gegenüber. Staatliches Eigenhandeln zur Verfolgung von Regulierungszwecken ist deshalb nicht von vornherein illegitim. Vielmehr kommt es auf die Besonderheiten des jeweiligen Steuerungsziels an²³⁰. Für die Entscheidung sind dabei genau die gleichen Gesichtspunkte maßgeblich, die ein Unternehmen dazu bewegen, ein Vorprodukt oder einen Produktionsfaktor in das Unternehmen zu integrieren²³¹. Das kann uns nicht verwundern, haben wir Regulierung doch eingangs als die staatliche Nachfrage nach Maßnahmen zur Erfüllung öffentlicher Zwecke interpretiert²³². Genauso wie bei der Entscheidung zwischen Beschaffung und Integration geht es auch hier nicht bloß darum, Regulierungszwecke zu geringeren Kosten zu verfolgen. Vielmehr können manche Regulierungszwecke überhaupt nur durch staatliches Eigenhandeln erreicht werden.

Daß ein Regulierungsziel auch wirklich erreicht wird, hat für den Staat oft strategische Bedeutung²³³. Erinnerung sei nur an Armee oder Polizei. Es liegt auch nicht nur am mißbräuchlichen Einfluß von Politikern²³⁴, daß Regulierungsziele häufig komplex sind und überdies unter erheblicher Unsicherheit erfüllt werden müssen²³⁵. Beide Elemente werden vor allem dann zum Problem, wenn die Informationen zwischen der steuernden politischen Instanz und den gesteuerten Unternehmen asymmetrisch verteilt ist. Regulierung kann mit anderen Worten genauso unvollständig sein wie der Vertrag zwi-

²³⁰ Vgl. aus dem juristischen Schrifttum *Osterloh* (FN ***) VVDS_{StRL} 1994, 235 - 237.

²³¹ Die Parallele ziehen *Picot/Wolff* (FN ***) 21 und *Lawson* (FN ***) JES 1994, 286.

²³² S. o. 1.

²³³ *Hoffjan* (FN ***) DV 1995, 390 (ODER 319 ???); *Wolff* (FN ***) JbNPÖ 1996, 249.

²³⁴ Dazu gerade 2.

²³⁵ *Badelt* (FN ***) JbNPÖ 1987, 56; R *** *W Fraser*: Uncertainty and the Positive Theory of Public Enterprise, in: Bull Economic Research 41 (1989) 147 - 155.

schen einem Unternehmen und seinen Lieferanten²³⁶. Auch wenn vollständige Regeln prinzipiell möglich wären, können sie außerdem prohibitiv teuer sein²³⁷. Ja, der schlichte Übergang von der Innen- zur Außensteuerung zieht gleichsam automatisch höhere Transaktionskosten nach sich.

Der Umstand hat bei den Deregulierungsanstrengungen der vergangenen Jahre immer wieder Verblüffung ausgelöst. So war das Fernmelderecht eine ausgesprochen langweilige Rechtsmaterie, solange die Deutsche Bundespost ein geschlossenes Fernmeldemonopol hatte. Was der Bundespostminister bisher durch interne Weisung erreichen konnte, muß er seit der Zulassung privater Wettbewerber dagegen in Normen niederlegen. Diese Normen und seine Einzelakte müssen der gerichtlichen Überprüfung standhalten. Daß die Kosten einer flächendeckenden Überwachung prohibitiv wären, ist auch der wichtigste Grund für das häufig beklagte Vollzugsdefizit²³⁸. Je unvollständiger die Regulierung oder ihre Durchsetzung bleibt, um so größer sind regelmäßig überdies die Chancen für die regulierten Unternehmen, sich eine Rente zu verschaffen. Denn der Staat kompensiert die Last der Regulierung oft durch Zahlungen aus der Staatskasse oder durch öffentlich-rechtliche Privilegien.

Außerdem ist auch bei der Erfüllung von Regulierungszielen das Opportunismusrisiko zu bedenken. Je bedeutsamer die Erfüllung des Regulierungsziels für Staat oder Gesellschaft ist, um so leichter können die regulierten Unternehmen mit der Drohung der Schlechterfüllung vom Staat Vergünstigungen erpressen. Spiegelbildlich besteht außerdem die Gefahr des souveränen Opportunismus²³⁹. Je größer diese Gefahr ist, um so mehr kann der Staat schon allein deshalb zum Eigenhandeln gezwungen werden, weil sich kein privater Anbieter findet.

Schließlich können manche Steuerungsziele nur dadurch erreicht werden, daß im Unternehmen eine bestimmte Unternehmenskultur entsteht. Staatliche wird in diesem Fall durch gesellschaftliche Steuerung ersetzt. Das Steuerungsziel soll erreicht werden, indem die Unternehmensangehörigen zu einer Art peer group werden. Sich über bestimmte Normen hinwegzusetzen, wird für die Unternehmensangehörigen dann undenkbar, unabhängig davon, wie

²³⁶ Vgl. *Laffont/Tirole* (FN ***) 642.

²³⁷ Vgl. *Ferris/Graddy* (FN ***) JLEO 1994, 129.

²³⁸ Seine Entdecker waren *Gert Winter*: Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht. *** 1975 und *Renate Mayntz*: Vollzugsprobleme der Umweltpolitik. Stuttgart 1978; aus neuerer Zeit siehe vor allem *Lübbe-Wolff* (FN ***) .

²³⁹ Zu dem Begriff s.o. ***.

sehr es den Gewinn des Unternehmens oder das persönliche Einkommen steigert²⁴⁰. Bereits diese Beschreibung macht deutlich, daß es sich dabei um einen ziemlich grobschlächtigen Mechanismus handelt. Man kann aber zum Beispiel nicht neben jeden Mülleimer einen Polizisten stellen. Wenn man also erreichen will, daß Abfälle getrennt sortiert werden, geht das nur auf dem Wege der gesellschaftlichen Steuerung. Ebenso wenig kann die Polizei dafür sorgen, daß die Journalisten bei der Recherche die Wahrheitspflicht ernst nehmen. Das Beispiel macht zugleich deutlich, daß gesellschaftliche Steuerung sehr wohl auch in privaten Unternehmen vorstellbar ist, die im Wettbewerb stehen. Wettbewerbsparameter muß dann die Reputation des Unternehmens sein. So muß eine Zeitung den Verlust von Ansehen, das Versiegen ihrer Informationsquellen und einen Einbruch der Auflage befürchten, wenn ruchbar wird, daß sie ihre Leser belügt. Weil sich der Staat nicht am Markt finanzieren muß, fällt es ihm manchmal aber leichter, seine Unternehmungen so zu organisieren, daß unternehmensinterne gesellschaftliche Steuerung wahrscheinlich wird. Mit diesem Argument läßt sich etwa die Existenz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten noch am ehesten begründen.

4. Organisatorische Ausgliederung

Eine erste Möglichkeit, den harten Gegensatz zwischen Eigenhandeln des Staats und Regulierung abzumildern, besteht in der organisatorischen Ausgliederung der unternehmerischen Aktivität. Sie kann in der nächsten Stufe mit der juristischen Verselbständigung in einer Rechtsperson des öffentlichen oder privaten Rechts verbunden werden, deren Anteile sämtlich beim Staat liegen. Die Vorzüge und Nachteile solch einer „inneren Privatisierung“²⁴¹ ändern sich kaum, wenn der Staat kein kommerzielles, sondern ein Regulierungsziel verfolgt²⁴². Der wichtigste Vorzug liegt auch hier in der größeren Chance auf technische Effizienz. Hier ist die Trennung zwischen den unternehmerischen und hoheitlichen Funktionen des Staats eher noch wichtiger. Wenn der Staat nämlich eigentlich nur Geld verdienen will, treten die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen eines Zugriffs auf die öffentlichen Haushalte oder die souveränen Befugnisse des Staats klarer zu Tage. Hier braucht

²⁴⁰ Zur konzeptionellen Struktur gesellschaftlicher Steuerung s. etwa *Siegwart Lindenberg*: Contractual Relations and Weak Solidarity. The Behavioural Basis of Restraints on Gain-Maximization, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144 (1988) 39 - 58; plastisch auch *Robert C. Ellikson*: Order without Law. How Neighbours Settle Disputes. Cambridge, Mass. 1991.

²⁴¹ *Badelt* (FN ***) *JbNPÖ* 1987, 50.

²⁴² S.o. II 3.

der Staat dagegen nur einen Regulierungszweck um einen zweiten zu ergänzen, um ein wettbewerbsverzerrendes Privileg zu rechtfertigen. Hilfreich ist schließlich, daß die organisatorische Verselbständigung gleichzeitig dazu zwingt, die Regulierungsziele von vornherein klarer zu bestimmen.

Die organisatorische Trennung erlaubt außerdem, im Staatsinneren marktähnliche Steuerungselemente einzusetzen. Nach dem Vorbild der Privatwirtschaft können etwa interne Verrechnungspreise bestimmt²⁴³ oder Wettbewerbselemente aufgenommen werden. In der deutschen Rechtswirklichkeit wird das Regulierungsziel häufig im Bundes- oder Landesrecht niedergelegt. Dieses Ziel zu erfüllen, ist dagegen Sache der Kommunen. Dann gibt es, wettbewerbspolitisch gesprochen, regionale Vergleichsmärkte. Krasse Unterschiede bei Preis und Qualität werden sich im Normalfall nicht mit regionalen Besonderheiten erklären lassen. Das erleichtert die politische Kontrolle²⁴⁴.

Gerade wenn staatliches Eigenhandeln dazu dienen soll, ein Regulierungsziel zu erreichen, sind aber auch die Gefahren einer organisatorischen Verselbständigung ernst zu nehmen. Denn das Eigenhandeln ist ja ohnehin nur zu rechtfertigen, wenn Außensteuerung zu schwierig oder zu kostspielig wäre. Je weiter die organisatorische Ausgliederung geht, um so mehr treten aber auch innerhalb des Staats die gleichen Steuerungsschwierigkeiten auf. Außerdem ist die technische Effizienz in diesen Fällen immer nur Nebenziel. Gerade in der Verbesserung der technischen Effizienz liegt aber am ehesten ein Vorteil der organisatorischen Ausgliederung. Dieser Vorteil darf nicht damit erkaufte werden, daß das vorrangige Regulierungsziel verfehlt wird. Wenn etwa das berufliche Schicksal der Manager eines öffentlichen Unternehmens von der Erfüllung einfacher Kennzahlen abhängt, wird ihre Aufmerksamkeit notwendig auf die Verbesserung dieser Kennzahlen gerichtet. Technische Effizienz läßt sich aber regelmäßig viel einfacher in Kennzahlen auflösen als das Ausmaß, in dem das Regulierungsziel erreicht wird.

Schließlich führt die organisatorische Verselbständigung notwendig dazu, daß das öffentliche Unternehmen stärker gegen politische Kontrolle und politische Steuerung abgeschirmt wird. Da andererseits öffentliche Unterneh-

²⁴³ Näher Böß (FN ***). ZögU1993, 147 - 150.

²⁴⁴ An sich könnte sogar ein echter Wettbewerb der Institutionen in Betracht kommen. Er setzt aber voraus, daß ein nennenswerter Anteil der Bürger bereit ist, wegen der unterschiedlichen Qualität öffentlicher Leistungen den Wohnort zu wechseln. Wir haben uns bereits vor Augen geführt, warum das nicht sehr wahrscheinlich ist, s.o. ***.

men kaum vom Markt diszipliniert werden, wenn sie Regulierungszwecke verfolgen, kann leicht Herrschaft ohne jede Kontrolle entstehen.

Schließlich ist gerade bei Unternehmen mit Regulierungsabsicht die Besorgnis ernst zu nehmen, daß die öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsordnung und Aufsicht ausgehebelt wird. Durch organisatorische Verselbständigung wird nämlich das Band der sachlichen demokratischen Legitimation durchschnitten. Auch die mit der Zuständigkeitsordnung gewollte Gewaltenbalance kann auf diese Weise aus dem Gleichgewicht geraten.

5. Beschaffung statt Produktion

Der Staat benötigt auch dann Vorprodukte und Produktionsfaktoren, wenn er zur Erreichung von Regulierungszielen unternehmerisch tätig wird. In welchem Ausmaß er sich zu diesem Zweck vertikal integriert, hängt von den gleichen Gesichtspunkten ab wie beim Streben nach Einnahmen²⁴⁵. Ein geringer Integrationsgrad hat bei der Verfolgung von Regulierungszielen noch einen weiteren Vorzug. Der Staat kann auf diese Weise den Bereich isolieren, in dem Effizienz Nachteile um des Steuerungsziels willen hingenommen werden müssen.

6. Aufnahme privater Mitunternehmer

Die Aufnahme von privatem Kapital in ein öffentliches Unternehmen ist kein sinnvolles Instrument, um die technische Effizienz dieses Unternehmens zu verbessern (a) oder staatliches Kapital zu sparen (b). Dieses Vorgehen kann dagegen erforderlich sein, um dem Staat den Zugang zu Vorprodukten oder Produktionsfaktoren zu sichern (c). Darüber hinaus kann der Staat auch beabsichtigen, vormals ausschließlich private Unternehmen nunmehr auch von innen zu steuern (d). Andererseits kann die staatliche Beteiligung ein privates Unternehmen vor souveränem Opportunismus schützen (e). Schließlich ist es erwägenswert, diese Lösung übergangsweise einzusetzen, um eine ehemals staatliche Aktivität in private Hände übergehen zu lassen (f).

a) Verbesserung der technischen Effizienz?

Bei den öffentlichen Unternehmen mit fiskalischer Ausrichtung hatte die Hoffnung getrogen, die Aufnahme privater Mitunternehmer könne die technische Effizienz verbessern²⁴⁶. Daran ändert sich nichts, wenn das Unter-

²⁴⁵ S.o. II 4.

²⁴⁶ S.o. II 5 b).

nehmen vorrangig einen Regulierungszweck erfüllen soll. Auch dann werden vor allem solche Anteilseigner angezogen, die nach Renten streben. Die Gefahr vergrößert sich also, daß das Unternehmen über das Maß hinaus auf die öffentlichen Haushalte und auf die souveränen Befugnisse des Staats zugreift, das zur Erreichung des Regulierungszwecks unvermeidlich ist. Zugleich wird es für den Staat schwieriger, das Verhalten des Unternehmens zu steuern²⁴⁷. Die privaten Anteilseigner haben nämlich kein Eigeninteresse an der Erreichung des Regulierungsziels. Ihnen geht es vielmehr ausschließlich um die angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals²⁴⁸. Diese Interesse wird auch rechtlich geschützt. Die privaten Anteilseigner können jedenfalls einen gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutz beanspruchen²⁴⁹. Unter welchen Voraussetzungen sich ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen oder zumindest die privaten Anteilseigner des Unternehmens auf Grundrechte berufen können, ist bekanntlich streitig²⁵⁰. Tendenziell wandelt sich die technische Effizienz in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vom nachrangigen Nebenziel zumindest zum gleichrangigen, wenn nicht sogar zum vorrangigen Ziel.

Diese Unsicherheit über das Unternehmensziel verschafft dem Management zusätzliche Freiräume. Es empfindet die unterschiedlichen Anforderungen der verschiedenen Anteilseignergruppen als eine Art kognitiver Dissonanz²⁵¹. Es erhält dadurch die Chance, die verschiedenen Anteilseignergruppen gegeneinander auszuspielen. Leicht entsteht Macht ohne Kontrolle, weder durch den Kapitalmarkt noch durch die Politik.

Denn auch die demokratische Kontrolle gemischtwirtschaftlicher Unternehmen ist schwieriger. Den Unternehmenszweck kann die Politik nun nicht mehr ohne weiteres ändern, sondern muß die legitimen Rechte der privaten Anteilseigner respektieren²⁵². Die eigentlichen Entscheidungen werden aus den demokratischen Organen herausgelöst und in die Gesellschaftsorgane

²⁴⁷ *Froomkin* (FN ***) UIILR 1995, 548.

²⁴⁸ Das ist auch dann richtig, wenn ein privater Anteilseigner ausnahmsweise auch an der Leitung des Unternehmens beteiligt wird. Der von ihm beanspruchte Unternehmerlohn ist nämlich nichts anderes als die Verzinsung des eingesetzten Humankapitals.

²⁴⁹ Nachweise o. ***.

²⁵⁰ Zusammenfassend etwa *Josef Isensee*: Anwendung der Grundrechte auf Juristische Personen, in: *ders./Paul Kirchhof* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts V ***, 563 - ***.

²⁵¹ *Boardman/Vining* (FN ***) JLE 1989, 26.

²⁵² *Laffont/Tirole* (FN ***) 643 f.

verlagert. Damit sind die Entscheidungen zugleich der Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit entzogen. Im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist die demokratische Legitimation deshalb abgeschwächt²⁵³. Zugleich ist die Aufnahme privaten Kapitals deshalb ein vorzügliches Instrument, die Handlungsfreiheit der Folgeregierung zu beschränken.

Privates Kapital kann von der Politik auch strategisch eingesetzt werden, um politische Kontrolle abzuschwächen²⁵⁴ und öffentlich-rechtliche Beschränkungen auszuhebeln. Das gilt für die materielle öffentlich-rechtliche Funktionenbindung²⁵⁵ ebenso wie für das Verfahren der Staatsaufsicht²⁵⁶, für die öffentlich-rechtliche Preis- oder Tarifaufsicht²⁵⁷ ebenso wie für öffentlich-rechtliche Lieferpflichten²⁵⁸, für den Vorbehalt aus Art. 33 IV GG für das öffentliche Dienstrecht²⁵⁹ ebenso wie öffentlich-rechtliche Ansprüche der Normadressaten auf Partizipation²⁶⁰. Juristisch scheinen all diese Besorgnisse mit dem Gedanken des Verwaltungsprivatrechts zerstreut²⁶¹. Weder die Wahl einer privaten Organisationsform noch die Aufnahme privater Anteilseigner läßt all diese öffentlichen Bindungen nämlich verschwinden. In der Rechtswirklichkeit ist das aber eine Lebenslüge. Wenn der Staat privates Kapital aufnimmt, muß er akzeptieren, daß sich die Steuerung des Unternehmens verändert und daß dort andere Anreize wirken als zuvor.

253 *Boysen* (FN ***) VR 1996, 74; *Froomkin* (FN ***) UIILR 1995, 558 spricht plastisch von „political insulation“.

254 Vgl. *Picot/Wolf* (FN ***) 38.

255 Dazu näher *Willy Spannowsky*: Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand. Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, in: *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1996, 400 - 428; *ders.*: Öffentlich-rechtlich Bindungen für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 160 (1996) 560 - 592.

256 Näher *Winfried Brohm*: Das Verhältnis von mittelbarer Staatsverwaltung und Staatsaufsicht im Wirtschaftsrecht, in: *Ernst-Joachim Mestmäcker* (Hrsg.): *Kommunikation ohne Monopole II* (Law and Economics of International Telecommunications 23) Baden-Baden 1995, 253 - 290; *Frank Engelland*: Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Kommunalaufsicht und der Kommunalparlamente in Gesellschaftsverträgen kommunaler Unternehmen, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 1996, 71 - 74.

257 Umfassend am Beispiel der Energieaufsicht *Ulrich Büdenbender*: Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft (Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln 76) Baden-Baden 1995.

258 Das bekannteste Beispiel ist der gemeinderechtliche Anspruch der Einwohner auf Nutzung von Einrichtungen der Gemeinde.

259 Dazu näher *Zundel* (FN ***) CR 1996, 766; *Boysen* (FN ***) VR 1996, 75.

260 Das bekannteste Beispiel ist die vorgezogene Bürgerbeteiligung im Bauplanungsrecht.

261 Vgl. *Boysen* (FN ***) VR 1996, 74.

Das Ergebnis muß dabei nicht einmal notwendig die Abschwächung des Regulierungsziels sein. Vielmehr bewirkt die Aufnahme privater Anteilseigner manchmal im Gegenteil sogar, daß dem Regulierungsziel im Übermaß Aufmerksamkeit zukommt. Dazu kann es kommen, wenn sich ein Markt für die Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen herausbildet. Konkurrieren mehrere Anbieter um die Beteiligung an einer größeren Zahl von Unternehmen mit Regulierungsaufgaben, kann es sich für diese Unternehmen nämlich lohnen, eine Reputation als effiziente Verwirklicher öffentlicher Interessen aufzubauen.

Ein Beispiel stammt aus dem Bereich des Rundfunks. Die Europäische Fernsehrichtlinie enthält eine kultur- und industriepolitisch gedachte Regelung über den Anteil europäischer Sendungen an den Programmen der von Europa aus sendenden Rundfunkveranstalter. Diese Regelung ist nach zähem Ringen bewußt weich formuliert worden. Ob sie überhaupt vollstreckbar sein würde, hat man mit Vorbedacht in der Schwebe gelassen²⁶². Deswegen war vor allem in Deutschland das Erschrecken groß, als bekannt wurde, daß die Europäische Kommission eine private Unternehmensberatungsgesellschaft mit der Überwachung dieser Vorschrift beauftragt habe²⁶³; dieselbe Wirkung hätte es gehabt, wenn die EG-Kommission statt dessen ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen geschaffen hätte.

Diese Besorgnis ist auch dann berechtigt, wenn die Entscheidung über die Aufnahme privater Anteilseigner in einem politisch besetzten Gremium getroffen wird. Auf den ersten Blick sollte man dann zwar annehmen, daß die Politiker wissen, was sie tun. Wenn sie mehrere politische Ziele fein austarieren oder gar nur symbolische Regelungen schaffen wollen, werden sie keinen privaten Anteilseigner auswählen, der den Ruf des scharfen Hundes hat. Diese Sicht auf politische Entscheidungen ist aber zu einfach. Wer im ersten Anlauf die politische Partie verloren hat, wird oft nach einem anderen Forum oder Verfahren suchen, sein Ziel schließlich doch zu erreichen. Das Kalkül mit dem Interesse des privaten Anteilseigners an seiner Reputation bietet hier eine elegante zusätzliche Möglichkeit. Was für den rational handelnden Politiker erfreulich ist, ist aus der Perspektive der demokratischen Legitimation aber problematisch. Die Sachentscheidung wird auf diese Art nämlich ver-

²⁶² Einzelheiten bei *Martin Hoffmann*: Programmquoten und Werbebegrenzungen als Gegenstand des Aufsichtsrechts im Rundfunk, in: *Ernst-Joachim Mestmäcker* (Hrsg.): *Kommunikation ohne Monopole II* (Law and Economics of International Telecommunications 23) Baden-Baden 1995, 607 - 638.

²⁶³ Das Beispiel verdanke ich *Martin Bullinger*.

dunkelt. Dem eigentlich zur Entscheidung zuständigen Gremium wird politische Macht entzogen.

b) Einsparen von Kapital?

Unsere bisherigen Überlegungen lassen auch ein Urteil über ein zweites Motiv zur Aufnahme privater Anteilseigner zu. Der Staat verschafft sich auf diese Weise Zugang zu privatem Eigenkapital. Scheinbar wird der öffentliche Zweck also zu geringeren Kosten erreicht²⁶⁴. Dieser scheinbare Vorzug wird jedoch, wie wir gerade gesehen haben, teuer erkaufte. Die politische Steuerung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens ist nämlich viel schwieriger. Es besteht die Gefahr, daß die privaten Anteilseigner das politische Ziel schleichend oder offen verändern und sich durch den Griff in die öffentlichen Kassen und den Mißbrauch souveräner Befugnisse auch noch bereichern. Überdies hat es der Staat, wie wir bereits gesehen haben, auch viel leichter als private Unternehmen, seine Aktivitäten durch Fremdkapital zu finanzieren. Weil er nicht in Konkurs gehen kann, ist er nämlich praktisch unbegrenzt kreditwürdig²⁶⁵. Auch Geldmangel wäre deshalb regelmäßig kein Grund, private Mitunternehmer aufzunehmen.

c) Besserer Zugang zu Vorprodukten und Produktionsfaktoren

Dagegen paßt auch bei öffentlichen Unternehmen mit Regulierungszweck der zentrale Grund, der bei fiskalisch tätigen öffentlichen Unternehmen die Aufnahme privater Mitunternehmer rechtfertigt. Auch zur Verfolgung von Regulierungszwecken benötigt der Staat nämlich Vorprodukte und Produktionsfaktoren. Je weniger die Information im Einzelfall symmetrisch verteilt ist und je größer das Ausmaß der beziehungspezifischen Investitionen ist, um so eher wird die Mitunternehmerschaft die bessere oder sogar die einzige Lösung darstellen²⁶⁶.

d) Innensteuerung privaten Handelns

Wenn der Staat Geld verdienen will, muß er bei jeder Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen darauf achten, daß der wesentliche Anteil der Wertschöpfung bei ihm verbleibt. Verfolgt er dagegen ein Regulierungsziel, ist er in dieser Hinsicht freier gestellt. Er könnte grundsätzlich nicht nur einzelne

²⁶⁴ So *Eckel/Vining* (FN ***) ScJPE 1985, 85.

²⁶⁵ S. bereits oben ***.

²⁶⁶ Näher oben II 5 a.

Vorprodukte oder Produktionsfaktoren zukaufen, sondern die gesamte Leistung. Letztlich ist auch das ein Rechenexempel. Denn Befehl und Zwang sind oft nur scheinbar billiger. Der Staat muß dann zwar kein Geld für die Leistung zahlen. Auch die Überwachung von privatem Handeln und die Durchsetzung des geltenden Rechts sind aber nicht kostenlos. Vor allem ändert der Abschluß eines Liefervertrags für das private Unternehmen jedoch die Anreize. Es ist nun nicht mehr Regelungsadressat. Es kann seinen eigenen Vorteil also nicht mehr am meisten dadurch mehren, daß es ihm gelingt, dem Regelungsdruck auszuweichen. Vielmehr verdient es mit der Erfüllung der Regelungsaufgabe Geld. Je besser es seine Sache macht, um so größer sind die Chancen, auch in der nächsten Periode oder von anderen öffentlichen Händen beauftragt zu werden. Das setzt zugleich die Innovationskraft privaten Handelns frei. Auf mittlere Sicht darf der Staat deshalb damit rechnen, daß viel elegantere und damit billigere Formen gefunden werden, den Regulierungszweck zu erreichen.

Von diesem Ausgangspunkt her wird verständlich, warum es sinnvoll sein kann, daß sich der Staat an privaten Unternehmen beteiligt, die Regulierungszwecke erfüllen sollen. Denn bei der Erfüllung solcher Zwecke sind Informationsasymmetrien und beziehungspezifische Investitionen die Regel. Durch seine Stellung als Mitunternehmer verbindet der Staat also zwei Vorteile miteinander. Es bleibt bei der Anreizkompatibilität, zu der auch ein Liefervertrag führen würde. Außensteuerung wird aber durch Innensteuerung ersetzt oder ergänzt²⁶⁷. Ein Beispiel aus dem Subventionsrecht mag die Zusammenhänge illustrieren. Aus arbeitsmarkt- oder regionalpolitischen Gründen entschließt sich der Staat manchmal, in Not geratene Unternehmen durch eine Subvention am Leben zu erhalten. Gewährt er die Subvention als verlorenen Zuschuß, erhält das Unternehmen einen Anreiz zur Vergrößerung des Defizits. Dem kann der Staat entgegenwirken, wenn er dem Unternehmen stattdessen Eigenkapital zuwendet, also Anteile an dem Unternehmen erwirbt. Dann erhält er nämlich Einblick ins Unternehmensinnere und Einfluß auf die Entscheidung des Managements²⁶⁸.

Die staatliche Mitunternehmerschaft ist aber beileibe kein Allheilmittel. Im Gegenteil bestehen all die Gefahren auch hier, die wir an kommerziell ausgerichteten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen kennengelernt haben. Die

²⁶⁷ Im Schrifttum kommt dieser Punkt meist nicht ganz klar heraus. Vgl. *Eckel/Vining* (FN ***) ScJPE 1985, 84; *Bös/Peters* (FN ***) JPE 1988, 232 und 240 und vgl. ebd. 231 und 254 f.

²⁶⁸ *Ogus* (FN ***) 269.

technische Effizienz kann leiden. Die privaten Mitunternehmer können ihr Ziel vor allem im Zugriff auf die öffentlichen Haushalte oder die souveränen Befugnisse des Staats sehen²⁶⁹. Manchmal macht es die Präsenz des Staats im Unternehmen sogar schwerer, den Regulierungszweck zu erreichen. Das ist insbesondere dann zu besorgen, wenn das Regulierungsziel den Aufbau einer Unternehmenskultur voraussetzt²⁷⁰. Die Aufnahme des Staats als Mit-eigentümer kann dann nämlich eine Entwicklung auslösen, die aus der Verschmelzung von Unternehmen bekannt ist. Zwei unterschiedliche Unternehmenskulturen prallen aufeinander. Bisher funktionsfähige peer groups werden zerstört, neue müssen erst langsam und mühsam aufgebaut werden. Ob die staatliche Mitunternehmerschaft das richtige Instrument ist, um ein Regulierungsziel zu erreichen, hängt also ganz vom Charakter des Ziels und der Umweltbedingungen ab, unter denen es erreicht werden soll.

e) **Schutz vor souveränem Opportunismus**

Im letzten Abschnitt haben wir uns eine staatliche Direktinvestition vorgestellt. Der Staat braucht nicht notwendig die Mehrheit an dem gesteuerten privaten Unternehmen zu erwerben. Auch wenn er sich auf eine Minderheitsbeteiligung beschränkt, möchte der Staat damit aber die Chance sichern, von innen auf unternehmerische Entscheidungen einzuwirken. Aus dieser Perspektive scheint es schwer vorstellbar, daß sich der Staat auf eine bloße Portfolioinvestition beschränkt. Denn um die gewinnbringende Anlage staatlicher Überschüsse oder um die bessere Streuung unternehmerischer Risiken kann es dem Staat dabei ja nicht gehen. Das sind die klassischen Motive für private Portfolioinvestitionen. Auch an dieser Stelle hilft die Parallele zu den Untersuchungen von *Oliver Williamson* über Märkte und Hierarchien aber weiter. In der Praxis ergänzen zwei Unternehmen eine langfristige Lieferbeziehung nämlich gern dadurch, daß jedes Unternehmen einen kleinen Anteil am Kapital des Vertragspartners erwirbt. *Williamson* erklärt das als einen Mechanismus zur Absicherung der Vertragsbeziehung. Wenn ein Vertragspartner versuchen würde, auf Kosten des anderen seinen subjektiven Vorteil zu suchen, schädigt er sich nunmehr nämlich auch selbst. Die Minderheitsbeteiligung soll aus dem Liefervertrag also einen sich selbst durchsetzenden Vertrag machen. Sie signalisiert Vertragstreue. Dafür Kapital zu binden, kann für beide Vertragspartner ein gutes Geschäft sein. Besteht nämlich an sich ein Ausbeutungsrisiko, müßten sie andernfalls Aufwand für die Überwa-

²⁶⁹ S.o. II 5 b).

²⁷⁰ S.o. ***.

chung der Vertragstreue des Partners treiben. Dieser Aufwand wäre, wie alle Transaktionskosten, unproduktiv. Für den Anteil erhalten sie dagegen eine Dividende. Sie können außerdem darauf hoffen, ihn nach dem Ende der Vertragsbeziehung mit Gewinn zu verkaufen²⁷¹.

Wir hatten uns bereits klargemacht, daß Regulierungsadressaten vor allem souveränen Opportunismus fürchten müssen²⁷². Was sich aus der Sicht der Politik als die Ausnutzung von Politikfreiräumen darstellt, kann für die Regelungsadressaten nämlich die Vernichtung spezifischer Investitionen bedeuten. Man muß bei der Analogie wiederum nur bedenken, daß der Staat nicht nur zwischen Vertrag und Organisation wählen kann, sondern auch einseitig von seinen souveränen Befugnissen Gebrauch machen kann²⁷³. Beziehungsspezifisch sind dann auch solche Investitionen, die ein Regulierungsadressat vornimmt, um den Anforderungen des öffentlichen Rechts zu genügen.

Diese Situation tritt etwa im Umweltrecht häufig auf. So verfolgt das deutsche Recht das Ziel der Luftreinhaltung vornehmlich, indem es den Unternehmen vorschreibt, Abgase nach Maßgabe des Stands der Technik von Schadstoffen zu reinigen. Auf dieser Grundlage sind etwa die Großfeuerungsanlagen mit Rauchgasentschwefelungsanlagen ausgestattet worden. An sich könnte man das gleiche Ziel auch mit anderen Mitteln erreichen. Man könnte den Kohlekraftwerken etwa vorschreiben, schwefelärmere Kohle zu verwenden. Dann entsteht viel weniger Schwefeldioxyd. Wenn der Gesetzgeber solch einen Schwenk vollzöge, würde er zugleich die Investitionen der Anlagenbetreiber in die bisherige end of the pipe-Technologie entwerten. Je länger die Lebensdauer solch einer Reinigungstechnologie ist, um so verletzlicher werden die Unternehmen gegenüber Regeländerungen. Sie müssen nämlich befürchten, daß in der Zwischenzeit neue Konkurrenten auf den Markt treten, die diese Reinigungskosten nicht mehr aufwenden müssen und

²⁷¹ Einzelheiten bei *Williamson* (FN***) 187 - 232.

²⁷² S.o. ***.

²⁷³ Näher oben 1.

deshalb billiger produzieren können²⁷⁴. Der Staat muß den Unternehmen also glaubwürdig signalisieren, daß er die Investitionen in die Reinigungstechnologie nicht entwerten wird, bevor sie sich amortisiert haben²⁷⁵. Sonst werden sie die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht verzögern oder hintertreiben. Die Unternehmen werden mit Informationen über das wahre Ausmaß der Umweltbelastungen ebenso sehr hinter dem Berg halten wie mit Aussagen über die Leistungsfähigkeit der Umwelttechnologie. Da sich Verbesserungen der Umwelttechnologie aus der Sicht der Unternehmen nicht lohnen, wird hier auch keine Forschung stattfinden.

Wie zwischen Vertragspartnern kann auch im Verhältnis von Staat und Unternehmen der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung ein glaubwürdiges Signal setzen. Wenn der Staat nämlich vor der Amortisation der Investitionen die Regeln ändert, entwertet er zugleich seine eigene Beteiligung. Daß der Staat zumindest weniger gewinnorientiert ist als private Unternehmen, bereitet dabei kein prinzipielles Hindernis. Denn wir haben uns schon mehrfach klargemacht, wie schwer es für den Staat ist, zusätzliche Einnahmen zu erlangen²⁷⁶. Wenn er seine Beteiligung entwertet, verliert er damit folglich an anderer Stelle politische Handlungsmöglichkeiten. Das umweltpolitische Beispiel macht zugleich aber auch deutlich, in welchem größeren Zusammenhang eine staatliche Portfolioinvestition steht. Vor souveränem Opportunismus kann der Staat die Unternehmen nämlich auch auf andere Weise schützen. Er kann ihnen mit den Mitteln des Rechtsstaats Planungssicherheit geben. Das wichtigste Instrument ist der begünstigende Verwaltungsakt²⁷⁷. Wenn er Investitionen entwertet, die er zuvor durch Regulierung selbst veranlaßt hat, könnte man das auch als entschädigungspflichtigen Eigentumseingriff ansehen²⁷⁸. Wenn der Staat statt dessen zu Portfolioinvestitionen grei-

²⁷⁴ Dem Beispiel liegt ein amerikanischer Sachverhalt zugrunde, der allerdings etwas anders gelagert war. Dort gab es nämlich eine Koalition zwischen den Umweltverbänden und den amerikanischen Kohleförderern. Durch die Verpflichtung zur Verwendung der Reinigungstechnik wollten sie verhindern, daß die Kraftwerksbetreiber das umweltpolitische Ziel durch den Einsatz schwefelärmerer ausländischer Kohle erreichen. Einzelheiten bei *Robert W. Hahn: The Political Economy of Environmental Regulation. Towards a Unifying Framework*, in: *Public Choice* 65 (1990) 21 - 47 (24); *Susan Rose-Ackerman: Umweltrecht und -politik in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland* (Frankfurter Schriften zum Umweltrecht 10) Baden-Baden 1995, 64.

²⁷⁵ Vgl. zum ökonomischen Konzept des Signaling *Jickeli* (FN***) 65 f.

²⁷⁶ S.o. ***.

²⁷⁷ Einzelheiten bei *Christoph Engel: Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*. Tübingen 1992.

²⁷⁸ Einzelheiten bei *Christoph Engel: Eigentumsschutz für Unternehmen*, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts* 1993, 169 - 236.

fen muß, ist das letztlich der Preis für die zu starke Einschränkung rechtsstaatlicher Sicherungen.

7. Zweistufigkeit

Bei der Betrachtung von staatlichem Handeln zur Erzielung von Einnahmen haben wir den Verfassungsvertrag als das Instrument der Feindifferenzierung zwischen Vertrag und Organisation kennengelernt²⁷⁹. Das gleiche Instrument kann der Staat auch einsetzen, um Regulierungsziele eleganter zu verfolgen. Die Verwaltungspraxis spricht dann gern modisch vom outsourcing, von public private partnerships, von Betriebsführungs-, Betreiber-, Betriebsüberlassungs- oder Managementmodellen²⁸⁰. So können Private nach § 6 BauGBMaßnG als Projektentwickler mit der Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen beauftragt werden. Nach §§ 57 IV und 63 III SächsWasserG können Dritte mit der öffentlichen Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung beauftragt werden. § 15 BFStrG sieht das gleiche für die Nebenbetriebe zu Bundesfernstraßen vor, § 9 a III 2 AtG für die Verwertung radioaktiver Reststoffe und die Beseitigung radioaktiver Abfälle, § 4 I 2 TierkörperbeseitigungsgG für die Abdeckerei und § 29 II LuftVG für die Tätigkeit der Fluglotsen²⁸¹. In all diesen Fällen bedient sich die Verwaltung, öffentlich-rechtlich gesprochen, des Privaten als eines Verwaltungshelfers. Nach außen bleibt die Verantwortung für die Erfüllung des Regulierungsziels beim Verwaltungsträger. Im Innenverhältnis steuert die Verwaltung sein Handeln durch einen Verfassungsvertrag.

Einleitend hatten wir uns bereits vor Augen geführt, daß die öffentliche Hand bei der Verfolgung von Regulierungszielen nicht auf die Alternative Vertrag oder Organisation beschränkt ist. Da sie als dritte Möglichkeit ihre souveränen Befugnisse einsetzen kann, erweitert sich auch der Spielraum für Zwischenlösungen. Das gilt zunächst einmal für die Rechtstechnik. Der Verfassungsvertrag kann nunmehr seine Grundlage auch im öffentlichen Recht haben²⁸². Das Ergebnis des Konsenses zwischen der Verwaltung und ihrem

²⁷⁹ S.o. II 6.

²⁸⁰ Nachweise zur Praxis oben FN 4 - 6.

²⁸¹ Vgl. die Zusammenstellungen bei *Stober* Kommunalrecht (FN ***) § 10 bei FN 39 und *ders.* Deregulierung (FN ***) 29 FN 154.

²⁸² In der Praxis ist in solchen Fällen manchmal kaum zu entscheiden, ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen oder einen privatrechtlichen Vertrag handelt. Ein Musterbeispiel sind die Verträge, die die damalige Deutsche Bundespost mit privaten Kooperationspartnern über die Errichtung und den Betrieb von Fernseekabelnetzen abgeschlossen hat. S. dazu näher *Christoph Engel*: *Kabelfernsehen* (Law and Economics of International Telecommunications 29) Baden-Baden 1996, 132 - 137.

privaten Partner kann auch in einem der Form nach einseitigen Verwaltungsakt niedergelegt sein. Die Verwaltung kann den Konsens auch dadurch herbeigeführt haben, daß sie auf den Gebrauch souveräner Befugnisse verzichtet. Die öffentlich-rechtlichen Befugnisse werden dann zum Drohpotential oder zur Tauschmasse, um vergleichsähnliche Absprachen zustande zu bringen²⁸³.

Wichtig ist aber vor allem die Erkenntnis, daß der Verfassungsvertrag nur eine Erscheinungsform von Zweistufigkeit ist. Die öffentliche Hand kann ganz vergleichbare Wirkungen dadurch erzielen, daß sie durch Verwaltungsakt eine Sonderverbindung zu einzelnen Bürgern schafft. Die Verwaltungsrechtsdogmatik spricht dann von statusbegründenden Verwaltungsakten. Genauso wie beim Verfassungsvertrag kann dabei auch bei der Ausgestaltung des statusbegründenden Verwaltungsakts die Governance structure begründet werden, die der jeweiligen Regelungsaufgabe angemessen ist. Extrem weit gehen die Wirkungen etwa bei der Beamtenernennung. Dadurch verschreibt sich der Beamte mit Wohl und Wehe, als Polizist oder Soldat sogar mit Leib und Leben dem Staat. Umgekehrt verpflichtet sich der Staat, den Beamten und seine Familie zu alimentieren. An der anderen Seite der Skala stehen manche öffentlich-rechtlichen Genehmigungen. Sie beschränken sich oft nämlich nicht darauf, das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu beseitigen und die Rechtmäßigkeit des beantragten Vorhabens verbindlich festzustellen. Vielmehr erhält die Verwaltung auch Einwirkungsbefugnisse, etwa die Möglichkeit, den Betrieb ohne Voranmeldung zu überwachen. Zwischen beiden Extremen steht etwa die Subvention. Sie wird im Subventionsbescheid normalerweise an die Einhaltung von Subventionsbedingungen geknüpft. Oft ist dort auch geregelt, wie die Einhaltung der Subventionsbedingungen überwacht wird.

Bei der Privatisierung ehemals öffentlicher Unternehmen bedient sich die öffentliche Hand manchmal gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten der Zweistufigkeit. Sie begrenzt vor der Privatisierung etwa den Unternehmenszweck oder behält sich eine golden share vor, die auch nach dem vollständigen Verkauf die Innensteuerung des Unternehmens erlaubt. Die gleiche Wirkung kann der Staat auch mit den Mitteln des öffentlichen Rechts erreichen. So liegt es etwa, wenn er die Aufnahme staatlich gebundener Berufe von einer Genehmigung abhängig macht und in das zugrundeliegende Gesetz oder den

²⁸³ Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*: Konfliktmittler in Verhandlungen (Forum Rechtswissenschaft 22) Heidelberg 1989, 36 - 46 zu Aushandlungsprozessen zwischen Verwaltung und Normadressaten.

Genehmigungsbescheid Möglichkeiten zur nachträglichen Einwirkung aufnimmt²⁸⁴. Hierher gehört systematisch auch der von liberalen Ökonomen häufig empfohlene Wettbewerb um den Markt. Auch öffentliche Güter oder natürliche Monopole²⁸⁵ zwingen nämlich noch nicht zu staatlichem Eigenhandeln. Bei einem öffentlichen Gut kann der Staat den Anreizmangel vielmehr dadurch beheben, daß er periodisch Subventionen auslobt. Deshalb braucht der Staat zum Beispiel Leuchttürme nicht selbst zu betreiben. An die Stelle der staatlichen Universitätsausbildung könnte ein System treten, bei dem jeder Student einen vom Staat finanzierten Ausbildungsgutschein erhält. Mit diesem Gutschein kann er selbst die private Universität auswählen, an der er studieren möchte. Bei einem natürlichen Monopol kann es genügen, daß der Staat den Marktzutritt weiterer Wettbewerber verhindert und die Befugnis zum Betrieb auf Zeit versteigert.

8. Öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Wettbewerb

Schließlich gibt es noch eine letzte Zwischenstufe zwischen Innen- und Außensteuerung zur Erreichung von Regulierungszielen. Der Staat wird nunmehr zwar selbst unternehmerisch tätig, tut das aber im Wettbewerb mit anderen öffentlich-rechtlichen oder privaten Anbietern²⁸⁶. Man kann das zunächst als ein Instrument begreifen, um die technische Effizienz von staatlichem Eigenhandeln zu verbessern. Anders als bei der Aufnahme privaten Kapitals soll die disziplinierende Wirkung nun nicht vom Kapitalmarkt²⁸⁷, sondern von den Produktmärkten ausgehen. Funktioniert der sachlich und räumlich relevante Markt, läßt sich staatliches Handeln in einer Marktwirtschaft aber überhaupt nicht rechtfertigen. Es fehlt dann am Bedarf für eine Intervention in den Markt. Versagt der Produktmarkt, versagt dagegen zugleich auch dieses Disziplinierungselement. Es kommt immerhin aber dann in Betracht, wenn der Staat Marktergebnisse korrigieren oder Marktschwächen abhelfen will. Praktische Beispiele finden sich vor allem in der Verteilungspolitik. So stehen die vielen öffentlichen Bildungseinrichtungen etwa im Wettbewerb zu einem vergleichsweise schmalen privaten Bildungssektor.

²⁸⁴ Einzelheiten bei *Rainer Pitschas*: Recht der Freien Berufe, in: *Rainer Schmidt* (Hrsg.): Öffentliches Wirtschaftsrecht. Besonderer Teil 2. Heidelberg 1996, 1 - 126, R 123 f.

²⁸⁵ Zu den Begriffen s. o. ***.

²⁸⁶ *Froomkin* (FN ***) UIILR 1995, 618 - 632; vgl. auch *Ferris/Graddy* (FN ***) JLEO 1994, 126 und 130 FN 8.

²⁸⁷ Vgl. oben II 5 b).

Das Beispiel belegt zugleich aber den wichtigsten Einwand. So können private Schulen in Deutschland etwa nur mit hohen staatlichen Zuschüssen überleben. Bei den privaten Ersatzschulen erreichen sie fast 90% der Kosten. Dieser Kontrollmechanismus ist also zumindest recht teuer. Außerdem ist die Gefahr verzerrter Anreize in dieser Konstellation wahrscheinlich sogar noch größer als bei der Aufnahme privater Mitunternehmer. Denn der private Mitunternehmer profitiert von der höheren technischen staatlichen Effizienz wenigstens unmittelbar. Ein privater Konkurrent, der im wesentlichen von staatlichen Zuschüssen lebt, hat dagegen kein nachvollziehbares Interesse daran, dem Staat lebhaften Wettbewerb zu liefern. Er könnte damit nämlich bestenfalls seinen eigenen Zuschußbedarf senken. Viel wahrscheinlicher ist es, daß er sein Augenmerk vor allem auf die Sicherung der Zuschüsse, vielleicht auch auf die souveränen Befugnisse des Staats richtet.

Etwas besser schneidet Wettbewerb zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Anbietern ab. Ein Beispiel sind die öffentlichen Gymnasien. In vielen Städten können die Schüler bekanntlich zwischen verschiedenen Gymnasien wählen. Hier könnte der Staat ansetzen, indem er die Ausstattung der Schule mit Personal- und Sachmitteln davon abhängig macht, wieviel Schüler sich für die jeweilige Schule entscheiden. Ein begrenzter disziplinierender Effekt tritt sogar ein, wenn das sachlich gleiche Produkt von verschiedenen öffentlich-rechtlichen Anbietern auf verschiedenen räumlichen Märkten erbracht wird. Hier liegt der wichtigste Grund, warum die Kommunalisierung von Aufgaben die Effizienz erhöhen kann. Denn nunmehr gibt es, ordnungspolitisch gesprochen, wenigstens Vergleichsmärkte. Stellt eine benachbarte Gemeinde dasselbe Produkt zu erheblich höheren Kosten her, entsteht ein Erklärungszwang für die Manager. Das begrenzt ihre diskretionären Spielräume.

Unsere bisherigen Überlegungen gingen davon aus, daß die öffentliche Hand an sich Grund zum Eigenhandeln hat. Begrenzter Wettbewerb soll dann zur Feinsteuerung, nämlich zur Abmilderung der Effizienz Nachteile öffentlichen Handelns dienen. Anders ist es, wenn schon die Präsenz der öffentlichen Hand mit einem begrenzten Marktanteil genügt, das Steuerungsziel zu erreichen. Das kommt vor allem dann in Betracht, wenn das staatliche Eigenhandeln die Sicherheit der Versorgung mit einem Gut garantieren soll. Der Staat hält dann im Grunde Reservekapazitäten für den Fall vor, daß sich unerwartet private Anbieter aus dem Markt zurückziehen. Das mildert zugleich das Erpressungspotential. Weil die privaten Anbieter nicht mehr mit einem Versorgungsnotstand drohen können, fällt es ihnen schwerer, öffentliche Zuschüsse oder Privilegien zu erzwingen.

Nach diesem Grundmodell ist man etwa bei der Privatisierung der Abfuhr des Hausmülls in Montreal verfahren²⁸⁸. Eine andere Variante wird für den Wohnungsbau vorgeschlagen. Staatliches Eigenhandeln soll sich auf die Mieter konzentrieren, die für ein privates Angebot keine ausreichende Zahlungsbereitschaft haben²⁸⁹. Ein letztes Beispiel stammt aus dem Rundfunk. Die vom Bundesverfassungsgericht verordnete duale Rundfunkordnung denkt den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dabei beide Funktionen zugleich zu. Sie sollen die Inhalte abdecken, die am Markt keine Chance haben. Zugleich sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aber auch das publizistische Gegengewicht zum privaten Rundfunk. Die Existenz dieses Gegengewichts soll es rechtfertigen, an die Programminhalte und die Ausgewogenheit privater Rundfunkprogramme geringere Anforderungen zu stellen²⁹⁰.

Zum einen gilt es aber auch in solchen Fällen, alternativ andere Institutionen in Betracht zu ziehen. Versorgungssicherheit kann man prinzipiell etwa auch durch eine öffentlich-rechtliche Betriebspflicht sicherstellen. Staatliches Eigenhandeln hat also auch hier nur Vorteile, wenn die Einhaltung solcher öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen schwer sicherzustellen ist. Zum anderen unterstreicht das Beispiel der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die wichtigste Schwierigkeit. Von Ausnahmen von Radio Bremen oder dem Deutschlandradio abgesehen haben alle öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Zulassung privaten Rundfunks mit der Selbstkommerzialisierung beantwortet. Überdies haben sie ihre Privilegien bei der Finanzierung und beim Zugang zu Übertragungswegen häufig dazu mißbraucht, den Wettbewerb mit ihren privaten Konkurrenten zu verzerren. Dafür waren ihnen die Privilegien aber gerade nicht gewährt worden. Vielmehr rechtfertigen sie sich ausschließlich aus der besonderen öffentlichen Aufgabe²⁹¹.

Solche Verhaltensweisen sind zwar schwer zu bekämpfen, aber leicht zu erklären. Wenn sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nämlich auf ihre gesetzliche Aufgabe beschränken würden, würden sie Einschaltquoten von bestenfalls 5 % erzielen. Auf Dauer würden sich die hergebrachten Pri-

288 *Vaubel* (FN ***) *Ordo* 1991, 266 m.w.N.

289 *Schuppert* in *Ipsen* (FN ***) 31.

290 Einzelheiten bei *Engel* *Medienordnungsrecht* (FN ***) 113 - 129.

291 Näher *Christoph Engel*: Die Konkurrenz zwischen den deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Anbietern, in: *Jörg Peter/Kay-Uwe Rhein* (Hrsg.): *Wirtschaft und Recht*, Osnabrück 1989, 244 - 281; *ders.*: *Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme. Beihilfeaufsicht, Wettbewerbsregeln, Grundfreiheiten*. Berlin 1996.

vilegien politisch dann kaum halten lassen. Insbesondere wäre die Rundfunkgebühr in Gefahr. Allgemeiner gesprochen: Der Wettbewerb auf den Produktmärkten setzt auch für den öffentlichen Anbieter so kraftvolle Signale, daß der öffentliche Zweck schnell in den Hintergrund gerät, dem er seine Existenz verdankt.

Der Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern kann schließlich in transitorischer Absicht genutzt werden. Der Marktzutritt öffentlicher Anbieter kann etwa eingesetzt werden, um monopolistische oder oligopolistische Märkte aufzubrechen²⁹². Die Aufhebung rechtlicher Sicherungen für öffentliche Monopole ist der erste Schritt im Übergang zu privaten Angeboten²⁹³. Auch diese beiden Maßnahmen haben aber ihre Probleme. Private Monopole bricht man an sich durch Entflechtungsmaßnahmen schneller und wirksamer auf. Der Marktzutritt eines öffentlichen Unternehmens ist also bestenfalls eine zweitbeste Lösung, wenn die Entflechtung politisch nicht durchzusetzen sein sollte oder auf unüberwindlich scheinende rechtliche Hindernisse stößt²⁹⁴. Wegen der typischen geringen technischen Effizienz öffentlicher Angebote fragt sich außerdem, ob das eingesetzte Kapital nicht in Investitionsbeihilfen für private Konkurrenten besser angelegt wäre²⁹⁵. Und die Erfahrungen mit der Deregulierung der Telekommunikation machen deutlich, daß die bloße Aufhebung rechtlicher Marktzutrittsschranken noch nicht notwendig zu wirklichem Wettbewerb führt. Das neue Telekommunikationsgesetz ergänzt die Zulassung privaten Wettbewerbs deshalb um eine asymmetrische Regulierung zu Lasten des ehemaligen Monopolisten²⁹⁶.

²⁹² *Backhaus* (FN ***) 27 - 29.

²⁹³ *Schuppert* in *Ipsen* (FN ***) 31.

²⁹⁴ Erhellend aber *Rupert Scholz*: *Entflechtung und Verfassung* (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 68) Baden-Baden 1981.

²⁹⁵ Auch das ist natürlich eine ausgesprochen problematische Angelegenheit. Auch bei solchen industriepolitischen Eingriffen hat der Staat in der Vergangenheit meist keine glückliche Hand gehabt. Zusammenfassend etwa *Manfred Streit*: *Europäische Industriepolitik nach Maastricht. Eine ordnungspolitische Analyse*, in: FS Hoppmann (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 133) Baden-Baden 1994, 189 - 210.

²⁹⁶ Umfassend *Brigitte Haar*: *Marktöffnung in der Telekommunikation. Zum Verhältnis zwischen Wirtschaftsaufsicht und Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen im US-amerikanischen Recht, im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht* (Law and Economics of International Telecommunications 25) Baden-Baden 1995.

V. Schluß

Wenn die öffentliche Hand selbst unternehmerisch tätig werden will, um dabei Einnahmen zu erzielen, ist die rechtspolitische Empfehlung klar und einfach: Sie sollte es sein lassen. Sie schadet damit nämlich nicht nur der Volkswirtschaft, sondern sogar ihrem eigenen Interesse an Einnahmen. Aus dem gleichen Grunde sollte sie auch auf alle Zwischenformen zwischen Innen- und Außensteuerung verzichten²⁹⁷.

Verfolgt der Staat dagegen ein Regulierungsziel, fällt die Antwort differenzierter aus. Das Eigenhandeln der öffentlichen Hand wird nunmehr zwar nicht effizienter. Im Gegenteil ist sogar mit noch größerer Verschwendung von Steuergeldern zu rechnen²⁹⁸. Regulierungszwecke sind aber begrifflich dadurch gekennzeichnet, daß der Markt das erstrebte Ergebnis nicht von selbst zustande brächte. Wer auch in dieser Konstellation dem Staat Enthaltbarkeit anrät, wird von den Politikern gefragt werden, wie das Regulierungsziel denn dann erreicht werden soll. Die Antwort unterscheidet sich notwendig von Regulierungsziel zu Regulierungsziel. Bei manchen Zielen ist unternehmerisches Handeln des Staats von vornherein ungeeignet, bei anderen im Instrumentenvergleich offensichtlich unterlegen²⁹⁹. Es bleiben aber eine ganze Fülle von Zwecken, bei denen staatliches Eigenhandeln jedenfalls nachdenkenswert ist. Es geht dann immer um die Wahl zwischen Lösungen, die alle ihre Nachteile haben³⁰⁰.

Für die Entscheidung sind die gleichen Gesichtspunkte maßgeblich, mit denen ein privates Unternehmen entscheidet, ob es ein Vorprodukt oder einen Produktionsfaktor lieber am Markt kaufen oder lieber in das Unternehmen integrieren möchte. Es kommt also auf die strategische Bedeutung des Regulierungsziels an; auf das erkennbare Ausmaß der Unsicherheit; auf das Ausmaß, in dem die Information zwischen Staat und Regelungsadressaten asymmetrisch verteilt wäre; schließlich auf das Ausmaß der beziehungspezifischen Investitionen. Dabei bleibt allerdings nur der eine Fixpunkt gleich. Wenn der Staat ein Regulierungsziel durch Eigenhandeln erfüllt, ist das eine Form der vertikalen Integration. Der Staat löst das Regulierungsziel also durch Organisation. Ein privates Unternehmen hat aber nur die Alternative

²⁹⁷ S.o. II.

²⁹⁸ S.o. IV 2.

²⁹⁹ S.o. IV 1.

³⁰⁰ Programmatisch *Charles Wolf*: *Markets or Governments. Choosing Between Imperfect Alternatives*. Cambridge, Mass. 1988.

des Vertrages. Der Staat kann dagegen auch von seinen souveränen Befugnissen Gebrauch machen. Das erweitert die alternativ zu bedenkenden institutionellen Möglichkeiten. Die Parallele zu den Beschaffungsentscheidungen privater Unternehmen weist dabei zugleich den Weg zu einer Vielzahl von Zwischenstufen zwischen Innen- und Außensteuerung.

Damit scheint die moderne Institutionenökonomik staatlichem Eigenhandeln zur Verfolgung von Regulierungszwecken ein vergleichsweise günstiges Zeugnis auszustellen. Das Ergebnis wird sogar noch günstiger, wenn man von einer ökonomisch-theoretischen zu einer juristisch-pragmatischen Betrachtungsweise übergeht. Denn die institutionenökonomische Analyse zwingt immer wieder zu Abwägungsentscheidungen. Natürlich ist das Ergebnis dieser Abwägungen häufig deutlich genug. Es verbleibt aber eine nicht geringe Zahl von Konstellationen, in denen sich, wie die Juristen sagen, die eine wie die andere Lösung vertreten läßt. Dann bleibt Rechtswissenschaft und Juristen wenig anderes übrig, als dem Gesetzgeber einen Prognose- und Entscheidungsspielraum einzuräumen.

Dabei ist aber eine entscheidende Prämisse des institutionenökonomischen Nachdenkens vernachlässigt. All diese Überlegungen setzen erst auf der Instrumentenebene an. Zu der Frage, ob es gerechtfertigt ist, daß der Staat in den Markt interveniert, sagen sie nichts aus. Bevor aus dieser Analyse rechtspolitische Empfehlungen abgeleitet werden, gilt es folglich zwei Einschränkungen zu bedenken. Regulierungsentscheidungen werden nicht im luftleeren Raum gefällt. Wenn sich die institutionenökonomischen Einsichten verbreiten sollten, die dieser Untersuchung zugrunde liegen, ist folglich auch eine Anpassung des taktischen Verhaltens von Politikern und Managern öffentlicher Unternehmungen zu erwarten. Sie werden versuchen, Regulierungsziele in einer Weise zu definieren, die eine hohe Staatsquote als richtige Lösung erscheinen läßt. Diese Gefahr ist beim geltenden Zustand des deutschen Verfassungsrechts besonders groß. Bekanntlich zwingt das Bundesverfassungsgericht, anders als etwa Art. 190 EGV, den Gesetzgeber nämlich nicht, den Zweck von Gesetzen von vornherein und auf Dauer verbindlich festzulegen. Das ist gleichbedeutend mit der Einladung an die öffentliche Hand, den bisherigen öffentlichen Unternehmungen Zwecke unterzuschieben, die mit der Institutionenökonomik kompatibel sind.

Ein weiteres kommt hinzu. Daß Märkte versagen oder Schwächen haben, kann für sich allein staatliche Interventionen noch nicht rechtfertigen. Es besteht nämlich die Gefahr, daß mit Kanonen auf Spatzen geschossen wird. Im schlimmsten Fall gefährdet der staatliche Eingriff sogar das Regulierungsziel

selbst. Im häufigeren und nicht weniger beruhigenden Fall sind die Kosten der staatlichen Intervention viel höher als der Ertrag. Die institutionenökonomischen Erkenntnisse kann man rechtspolitisch deshalb auch in ganz anderer Weise lesen. Sie machen deutlich, wie hoch die Kosten jeglicher staatlichen Intervention sind. Das gilt regelmäßig auch dann, wenn es dem Gesetzgeber gelingt, für den jeweiligen Regulierungszweck Zwischenlösungen zwischen Innen- und Außensteuerung maßzuschneidern. Die eigentliche rechtspolitische Entscheidung darf deshalb nicht auf der Instrumentenebene stehenbleiben. Sie muß vielmehr auch die Möglichkeit in Betracht ziehen, die Marktschwäche lieber auszuhalten³⁰¹. Schließlich gibt es auch zwischen dem Nichthandeln und der perfektionistischen Marktkorrektur eine Fülle von Zwischenstufen. Sie sind das zentrale Anliegen des wissenschaftlichen Denkens von *Richard A. Epstein*. Eine staatliche Intervention ist erst dann gerechtfertigt, wenn die damit unvermeidlich verbundenen zusätzlichen Transaktionskosten durch eine noch größere Verbesserung der Anreize aufgewogen werden. Unsere komplexe Welt wird deshalb am besten mit einfachen Regeln regiert³⁰².

301 *Laffont/Tirole* (FN***) 638.

302 So der programmatische Titel seines Buchs: *Richard A. Epstein: Simple Rules for a Complex World*. Cambridge, Mass. 1995.