

Auf die möglichen Erscheinungsformen dieser Auffangverantwortung soll an späterer Stelle⁵⁵¹ exemplarisch unter Berücksichtigung der für den Bereich der stationären Langzeitpflege gefundenen Erkenntnisse eingegangen werden. Weil aber all den geäußerten Bedenken Zweifel an der Effektivität der dem Gewährleistungsstaat zur Verfügung stehenden Instrumentarien zugrunde liegen, bedarf es hierzu zunächst eines weiteren gedanklichen Schrittes, der vom Gewährleistungsstaat zum „Steuerungsstaat“ führt. Indem die oben dargelegte Typologie der abgestuften Verantwortungsintensität die vom Staat wahrgenommene Rolle in einem bestimmten, gemeinsam mit Privaten bedienten Aufgabenbereich zu beschreiben versucht, lenkt sie den Blick notwendigerweise auch auf die „Steuerungsebene“,⁵⁵² weil sie versucht, „verschiedene Verantwortungsmodalitäten [...] sowie verschiedene Instrumente, derer sich Staat und Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Verantwortung bedienen“⁵⁵³, zu unterscheiden. Mit der Steuerungsebene ist damit jene Ebene angesprochen, auf der sich die staatliche Verantwortung in Form bestimmter Instrumentarien konkretisiert, mittels derer der Staat Einfluß auf die verantwortungsteilend mit ihm zusammenwirkenden privaten Akteure zu nehmen versucht. Diese Steuerungsebene, an der sich die vom Staat konkret übernommene Verantwortung mit am deutlichsten ablesen läßt, soll im Folgenden näher dargelegt werden, weil sie auch den Zugang zur Beschreibung der staatlichen Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in den Länderberichten bilden wird.

IV. Steuerung

1. Vorbemerkungen

Die wissenschaftlichen Auseinandersetzungen um die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private wurden von Beginn an begleitet von der Mahnung, man dürfe bei ihrer Einbeziehung „den Schutz der Allgemeinheit nicht außer Acht lassen. Wo der Staat Tätigkeiten an private Unternehmen oder Einrichtungen überläßt, muß er auf der anderen Seite durch eine strenge Aufsicht dafür sorgen, daß die Interessen [...] der betroffenen Bürger [...] gesichert bleiben.“⁵⁵⁴ Diese Forderung nach einer „strengen Aufsicht“ steht exemplarisch für zwei Aussagen: zum einen verweist sie auf die Notwendigkeit, private Leistungserbringer bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen „an die fortbestehende staatliche Gemeinwohlverantwortung zurückzukoppeln und sicherzustellen, daß auch eine nicht-staatliche Aufgabenwahrnehmung gemeinwohlorientierte

551 Siehe etwa S. 212 ff.

552 Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 430 f.; zur Verknüpfung der Perspektive der Verantwortungsteilung mit der Diskussion um die staatliche Steuerungsfähigkeit s. auch Trute, Verantwortungsteilung, S. 15 ff.

553 Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 27, sowie ders., Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 768.

554 Scheuner, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971), S. 249.

Aufgabenwahrnehmung ist und bleibt.“⁵⁵⁵ Indem sie nach der staatlichen Gewährleistungsverantwortung verlangt, steht die Forderung in unmittelbarem Bezug zu den Ausführungen zur Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten.

Zum anderen aber spricht sie mit der staatlichen Aufsicht ein Instrumentarium an, mit dem der Staat der ihm verbliebenen Verantwortung gerecht werden soll. Denn während bei der Erfüllungsverantwortung des auf das Gemeinwohl verpflichteten Staates ein komplexes Arrangement von Regelungen über Organisation, Aufgaben, Handlungsmaßstäbe, Handlungsinstrumente und Verfahren für eine bestimmte rechtsstaatliche und demokratische Qualität der Ergebnisse sorgt,⁵⁵⁶ muß der moderne, auf die verantwortungsteilende Aufgabenwahrnehmung setzende Verwaltungsstaat notwendig auch Regulierungsstaat sein, also ein Staat, dessen zentrale Staatsaufgabe in der Regulierungsaufgabe besteht.⁵⁵⁷ Die „Regulierungsaufgabe fungiert als Scharnier des Übergangs von der staatlichen Erfüllungs- zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung, vom rudernden zum steuernden Staat“⁵⁵⁸, weil jede arbeitsteilige Gemeinwohkkonkretisierung notwendig einer wie auch immer gearteten Koordination der Akteure und ihrer Handlungsbeiträge bedarf. Deshalb stellt sich die Deregulierung, von der im Zusammenhang mit Privatisierungsvorhaben oftmals die Rede ist, in Wirklichkeit häufig als „Re-Regulierung“ dar,⁵⁵⁹ und Vorstellungen vom „schlanken Staat“ entpuppen sich als nicht realisierbare politische Illusion.⁵⁶⁰ Augenfällig wird der untrennbare Zusammenhang zwischen der Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und der Regulierung etwa am Beispiel der großangelegten englischen Privatisierungspolitik, die mit der Errichtung einer Vielzahl an Regulierungsbehörden⁵⁶¹ einherging.⁵⁶²

Die Steuerungs- und Regulierungsansätze reichen freilich weit über die eingangs erwähnte „strenge Aufsicht“ hinaus. Die oben aufgezeigten Verantwortungsmodalitäten, die jenseits der vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung liegen, sind auf verschiedene Instrumentarien angewiesen, die die in den einzelnen Verantwortungsarten angelegten Steuerungsintensitäten übersetzen.⁵⁶³ Auf den folgenden Seiten wird deshalb die Steuerung Privater durch staatliche Akteure genauer erörtert.

555 Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 425.

556 Trute, Verantwortungsteilung, S. 22.

557 Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 426 m.w.N.; vgl. auch ders., Gewährleistungsstaat, S. 18; Grande, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, S. 583 ff.; Ruffert, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 349.

558 Schuppert, Privatisierung als Veränderung, S. 575; zum Zusammenhang von Privatisierung und Regulierung vgl. auch ders., Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 767.

559 S. Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 51.

560 Statt vieler etwa Voßkuhle, Regelungsstrategien, S. 85.

561 Vgl. die Zusammenstellung bei Beesley/Littlechild, Regulation of Privatised Monopolies, S. 42. Allgemein zum sog. *Regulatory State* s. Moran, The British Regulatory State, S. 12 ff.

562 Zum Zusammenhang von Regulierung und Privatisierung in England s. Hogwood, Developments in Regulatory Agencies in Britain, International Review of Administrative Sciences 56 (1990), S. 595 ff.

563 Vgl. Schmidt-Aßmann, Reform, S. 422.

2. Begrifflichkeiten

a. Steuerung

Um den Steuerungsbegriff rankt sich eine Vielzahl von Definitionsversuchen unterschiedlichster Provenienz.⁵⁶⁴ In der Soziologie knüpfen einige Darstellungen an *Luhmann*⁵⁶⁵ und die neueren Entwicklungen⁵⁶⁶ der Systemtheorie an, die in der Steuerung eine systemische, vom Handeln konkreter Akteure abgelöste Funktion sehen. Teilweise wird Steuerung allgemein im Sinne von Handlungskoordination⁵⁶⁷ oder sozialer Ordnung gebraucht. Auch der Gesetzgeber spricht neuerdings von „Steuerung“,⁵⁶⁸ ohne diesen Begriff freilich näher darzulegen.

Der Steuerungsbegriff, der dieser Untersuchung zugrunde gelegt wird, ist jedoch enger gefaßt. Er knüpft an das handlungszentrierte sozialwissenschaftliche Verständnis von Steuerung an und lässt sich etwa mit *Mayntz* definieren als eine intentionale und kommunikative Handlungsbeeinflussung mit dem Ziel der gemeinwohl-orientierten Gestaltung.⁵⁶⁹ Ähnlich angelegte Definitionen beschreiben Steuerung als Hinwirken auf die Erzeugung erwünschter oder auf die Vermeidung unerwünschter Wirkungen in einem bestimmten Problemfeld,⁵⁷⁰ oder – speziell aus der Perspektive der Policy-Forschung – als „die fachspezifische Präzisierung staatlicher Interventionen in die Gesellschaft.“⁵⁷¹ Staatliche Steuerung in diesem Sinne lässt sich auch definieren als „jede Gestaltung der Lebensverhältnisse durch einen Träger öffentlicher Gewalt“⁵⁷². Dieses Verständnis von Steuerung eignet sich deshalb für die Zwecke dieser Arbeit, weil es mit der Koppelung an die Akteursperspektive⁵⁷³ und dem damit bewirkten handlungstheoretischen Ansatz⁵⁷⁴ mit dem Ausgangspunkt dieser Arbeit korreliert, die zur Analyse der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege die Steuerung privater Einrichtungsträger durch den Steuerungsakteur Staat untersucht. Darüber hinaus kann aus einer akteursbezogenen Perspektive anders als etwa aus der Systemperspektive⁵⁷⁵

564 Zur Einführung des Begriffs in der deutschen Soziologie in den 1970-er Jahren s. *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 91 f.

565 *Luhmann*, Soziale Systeme, 2006.

566 Etwa *Willke*, Entzauberung des Staates, S. 117 ff.; *ders.*, Kontextsteuerung, S. 3 ff.; *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, ZfRSoz 6 (1984), S. 4 ff.

567 Etwa *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht. S. 76 f.

568 Vgl. das Gesetz über den Deutschen Wetterdienst vom 10. September 1998, BGBl. I S. 2871, § 2 S. 2: „Im Rahmen der Fachaufsicht erfolgt die Steuerung des DWD durch das Bundesministerium für Verkehr durch Zielvorgaben und Erfolgskontrollen.“

569 *Dose*, Politische Steuerungstheorie, S. 20 f.; *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 190 ff.

570 *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 32 f.

571 *Burth/Görlitz*, Politische Steuerung, S. 7.

572 *Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, VVDStRL 56 (1997), S. 163.

573 Zur Bedeutung der Akteursperspektive vgl. *Braun*, Steuerbarkeit funktionaler Teilsysteme, S. 199 ff.

574 *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 92.

575 Vgl. etwa *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 76, der unter sozialer Steuerung die „erfolgreiche Handlungskoordination“ versteht.

auch dann noch von Steuerung gesprochen werden, wenn der angestrebte Zielzustand nicht erreicht wurde oder die Steuerungsmaßnahmen im Extremfall gänzlich ohne Wirkung blieben.⁵⁷⁶ Dies kommt der Anlage dieser Arbeit ebenfalls entgegen, die weder das Ziel hat noch die hierfür erforderliche Methodik aufweisen kann, im Einzelnen empirische Belege für Steuerungserfolge nachzuweisen.

In Schwierigkeiten gerät der akteurszentrierte Steuerungsbegriff allerdings im Umfeld des „kooperativen Staates“⁵⁷⁷, weil bei dieser Form der politischen Steuerung unter Mitwirkung gesellschaftlicher Akteure die Regelungssadressaten selbst am Entwerfen der Regeln und ihrer Durchsetzung beteiligt sind. Aus diesem Grund kann die Perspektive des Steuerungsakteurs nicht mehr eindeutig ausgemacht werden, und auch Steuerungssubjekt und -objekt lassen sich nicht mehr eindeutig voneinander unterscheiden.⁵⁷⁸ Obgleich die sogleich zu beschreibende Governance-Perspektive hier Vorteile hat, verfügt der akteursbezogene Steuerungsansatz aber trotzdem auch dort über Aussagekraft, wo es um vertragliche Beziehungen zwischen dem Staat und privaten Leistungserbringern geht. Dies gilt insbesondere dann, wenn für die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung gesetzliche Vorgaben existieren, die das Vertragshandeln prädeterminieren. Daß an der vertraglichen Aktualisierung dieser Bindung auch Private maßgeblich beteiligt sind, soll darüber hinaus nicht unbeachtet bleiben. Ein gewisses Maß an Selbstbindung schließt allerdings das Vorliegen von Fremdsteuerung nicht vollkommen aus. Es gibt aber Anlaß, sich genauer mit der Reichweite der im Einzelfall bestehenden externen Steuerung auseinanderzusetzen. Erst bei der freiwilligen Handlungskoordination *gleichberechtigter* Akteure durch horizontale Abstimmung dürfte der Bereich verlassen sein, in dem noch sinnvoll von einer von außen kommenden Steuerung aus einer bestimmten Akteursperspektive gesprochen werden kann.⁵⁷⁹

b. Regulierung

Ein weiterer Begriff, der im Zusammenhang mit der staatlichen Einflußnahme auf gesellschaftliche Vorgänge insbesondere der Leistungserstellung häufig Verwendung findet, ist der der Regulierung. Als Beispiel sei das Telekommunikationsgesetz⁵⁸⁰ genannt, das die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Regulierungsbehörde bezeichnet.⁵⁸¹ Exemplarisch ist auch die Bezeichnung „*regulatory watchdogs*“⁵⁸², die die Literatur im Zusammenhang mit den

576 Mayntz, Politische Steuerung, S. 94.

577 Siehe hierzu oben, S. 61.

578 Mayntz, Governance Policy, S. 15.

579 Mayntz, Politische Steuerung, S. 95.

580 TKG, Gesetz v. 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190, zuletzt geändert durch Urt. des BVerfG vom 2. März 2010 (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08), BGBl. I S. 272.

581 § 116 TKG.

582 Veljanovski, The Regulation Game, S. 11; Beesley/Littlechild, Regulation of Privatised Monopolies, S. 42.

englischen Wirtschaftsaufsichtsbehörden verwendet. Auch der Terminus „Regulierung“ weist jedoch keinen klaren Bedeutungsgehalt auf.⁵⁸³

In einem physikalischen, kybernetisch verstandenen Sinn verweist der Begriff der Regulierung bzw. der Regelung im Gegensatz zur Steuerung auf eine iterative, rückgekoppelte Einflußnahme auf ein System in Richtung eines bestimmten Zielzustandes.⁵⁸⁴ Im juristischen Schrifttum werden die Termini „Steuerung“ und „Regulierung“ teilweise gleichgesetzt.⁵⁸⁵ Im deutschen Sprachgebrauch wird Regulierung häufig auch mit einem Begriffsverständnis verwendet, das eine Konnotation zur traditionellen, auf unmittelbarer rechtlicher Bindung und Zwang beruhenden hoheitlichen Steuerung aufweist, mit der spezifische öffentliche Bindungen von bestimmten Wirtschaftstätigkeiten geltend gemacht werden.⁵⁸⁶ Dies kommt auch dann zum Ausdruck, wenn der „Regulierungsstaat“ dem „kooperativen Staat“ gegenübergestellt wird. Regulierung in diesem Sinne, d.h. verstanden als hoheitliches Einwirken auf Wirtschaftssektoren zur Schaffung oder Sicherung von Wettbewerbsbedingungen und zur Gemeinwohlsicherung,⁵⁸⁷ stellt eine „Subkategorie von Wirtschaftsaufsicht“⁵⁸⁸ dar.

Der Begriff „Regulierung“ ist primär der Verwendung des Terminus „regulation“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis entlehnt.⁵⁸⁹ In den USA wird dieser Ausdruck abweichend vom deutschen Begriffsverständnis vorwiegend⁵⁹⁰ in einem engeren Sinn zur Umschreibung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen gegenüber monopolartigen Privatunternehmen gebraucht.⁵⁹¹ Auch in England gehen die Assoziationen, die mit dem Terminus „regulation“ verbunden werden, auseinander. Ein enges Begriffsverständnis versteht unter *regulation* die Summe autoritativer Verhaltensgebote und -verbote („command and control“), die zur Sicherstellung der Befolgung mit bestimmten

583 Vgl. *Ogus*, Regulation, S. 1: „unfortunately it has acquired a bewildering variety of meanings“; s. auch *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 334 ff.

584 So unterscheidet etwa auch die DIN 19226 zwischen Steuerung und Regelung: „Das Steuern – die Steuerung – ist der Vorgang in einem abgegrenzten System, bei dem eine oder mehrere Größen als Eigenschaftsgrößen andere Größen als Ausgangsgrößen aufgrund der dem abgegrenzten System eigentümlichen Gesetzmäßigkeit beeinflussen. [...] Das Regeln – die Regelung – ist ein Vorgang, bei dem eine Größe, die zu regelnde Größe (Regelgröße), fortlaufend erfaßt, mit einer anderen Größe, der Führungsgröße, verglichen und abhängig vom Ergebnis dieses Vergleichs im Sinne einer Angleichung an die Führungsgröße beeinflußt wird. Der sich hierbei ergebende Wirkungsablauf findet in einem geschlossenen Kreis, dem Regelkreis, statt.“ Hierzu auch *König/Dose*, Klassifizierungsansätze, S. 16 f.; aus sozialwissenschaftlicher Sicht ähnlich *Moran*, The Regulatory State, S. 5 und 13, der im Zusammenhang mit *regulation* von *balancing* und *cybernetic control* spricht.

585 Regelung hingegen weiter versteht als Steuerung etwa *Mayntz/Scharpf*, Steuerung und Selbstorganisation, S. 16.

586 Vgl. *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, S. 37; s. auch *König/Dose*, Klassifizierungsansätze, S. 128.

587 So *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 359

588 *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 352.

589 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 479 f.

590 Zum daneben auch in den USA existierenden weiten Begriffsverständnis, das unter Regulierung jegliche legislative oder administrative Regelung der sozial-ökonomischen Bedingungen versteht, vgl. *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 337 ff. m.w.N.

591 Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 479 f.

Überwachungs-, Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen versehen sind.⁵⁹² Inzwischen wohl verbreiteter ist ein moderneres und breiteres Verständnis von *regulation*, das alle von staatlichen Stellen unternommenen Bemühungen zur Steuerung des Wirtschaftslebens unter diesem Terminus zusammenfaßt und diesen nicht auf ge- und verbotsbasierte Regime beschränkt.⁵⁹³ Mit diesem Bedeutungsgehalt und in diesem Sinne zugleich synonym zum oben dargelegten Steuerungsbegriff soll „Regulierung“ auch in dieser Arbeit verwendet werden.

Schließlich existiert in der englischsprachigen Literatur noch eine dritte Konzeption von *regulation*, die, weil sie die akteurszentrierte Perspektive verläßt, jedenfalls für die Zwecke dieser Arbeit zu breit ist: dieses Verständnis faßt unter Regulierung alle Mechanismen sozialer Steuerung, unabhängig davon, ob diese von staatlichen Organen ausgehen und ob sie intendiert sind oder nicht.⁵⁹⁴ Dieser Sinngehalt, der die Gesamtheit steuernder Impulse in den Vordergrund rückt, von wem und auf welche Weise auch immer veranlaßt, wird zunehmend auch mit dem Begriff „Governance“ zum Ausdruck gebracht, der im Folgenden beschrieben werden soll.

c. Governance

In den Sozial- und Politikwissenschaften ist mittlerweile wohl häufiger von „Governance“ als von Steuerung die Rede,⁵⁹⁵ das Begriffsverständnis ist allerdings auch hier nicht einheitlich.⁵⁹⁶ Bisweilen dient der Begriff lediglich als „modische“ Übersetzung von Steuerung,⁵⁹⁷ manchmal bezeichnet er nicht-hierarchische Arten des Regierens.⁵⁹⁸ Häufig aber liegt ihm ein Verständnis zugrunde, das ihn vom Steuerungsbegriff unterscheidet. Dieser mit dem Leitbegriff Governance arbeitende analytische Ansatz repräsentiert im Vergleich zur Steuerungstheorie eine andere, nämlich institutionalistische Perspektive: im Vordergrund steht nicht mehr das Steuerungshandeln von Akteuren, sondern die mehr oder weniger fragmentierte und nicht länger auf das nationale Gefüge beschränkte⁵⁹⁹ *Regelungsstruktur* als der institutionelle Rahmen, der das Handeln der ihm unterworfenen Akteure lenkt.⁶⁰⁰ In der Governance-Perspektive resultiert die Koordination der Handelnden aus dem Zusammenwirken von institutionellen Regelsyste-

592 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 2; *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 3.

593 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 2; *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 3 f.

594 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 2; *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 4.

595 Etwa *Messner*, Das „Global-Governance“-Konzept, S. 243 ff.; s. auch die Beiträge in *Benz* u.a. [Hrsg.], Governance, 2004, sowie die in *Schuppert* [Hrsg.], Governance-Forschung, 2005, zu diesem Thema zusammengestellten Abhandlungen.

596 Zur Begriffsgeschichte s. etwa *Benz*, Governance, S. 15 ff.

597 Vgl. hierzu die Nachweise bei *Mayntz*, Governance Theory, S. 11.

598 *Rhodes*, Understanding Governance, S. 15 f., 52 f.; vgl. auch *Rosenau*, Governance, Order, and Change in world politics, S. 4.

599 Vgl. zum Aspekt der Lösung der Perspektive vom Nationalstaat als Steuerungsakteur auch *Rosenau*, Governance, order, and change in world politics, S. 1 ff., sowie *Holsti*, Governance without government, S. 30 ff.

600 *Mayntz*, Governance Theory, S. 13 f.

men (in diesen können Elemente von Hierarchie, Wettbewerb und Verhandlungssystemen verbunden sein) und der Selbststeuerung der beteiligten Akteure.⁶⁰¹

Über den unterschiedlichen Ansätzen der Steuerungs- und der Governance-theorie darf jedoch nicht vergessen werden, daß sich beide Konzepte keineswegs gegenseitig ausschließen, sondern daß es sich lediglich um verschiedenartige Akzentuierungen handelt.⁶⁰² Auch der akteurszentrierte und handlungsorientierte Steuerungsbegriff, dem in dieser Arbeit aus den oben genannten Gründen der Vorzug gegenüber der Governance-Perspektive gegeben wird, ist keineswegs auf einen einzelnen Steuerungsakteur beschränkt. Insofern kann es auch mit ihm gelingen, komplexe Steuerungsprozesse zum Untersuchungsgegenstand zu machen. Allein werden die komplexen Interaktionszusammenhänge jeweils selektiv auf die Handlungsebene eines einzelnen Steuerungsakteurs „heruntergebrochen“ und aus dessen Perspektive dargelegt.⁶⁰³

3. Systematisierung

Steuerung im handlungstheoretischen Sinne setzt zunächst ein Steuerungssubjekt (also einen Steuerungsakteur) voraus, ferner ein Steuerungsobjekt (dessen Handeln beeinflußt werden soll) und ein Steuerungsziel. Des weiteren bedarf es Steuerungsinstrumente sowie eines bestimmten Steuerungswissens über die Wirkzusammenhänge zwischen den Steuerungsmaßnahmen sowie deren Ergebnissen. Schließlich ist Steuerung auf die Steuerungsfähigkeit des Akteurs sowie auf die grundsätzliche Steuerbarkeit des Objekts in Richtung des intendierten Steuerungsziels angewiesen.⁶⁰⁴ Demgegenüber stellt der Eintritt eines Steuerungserfolgs beim handlungsbezogenen Steuerungsbegriff anders als aus Sicht der Systemtheorie keine Rolle.⁶⁰⁵

a. Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt

Steuerungssubjekt können Personen sowie handlungsfähige soziale Kollektive sein. „Der Markt“ etwa scheidet hingegen als Steuerungsakteur aus, Marktmechanismen wie der Wettbewerb können aber als Steuerungsinstrumente betrachtet werden.⁶⁰⁶

Diese Arbeit nimmt spezifisch den Steuerungsakteur „Staat“ in den Blick. Wie oben dargelegt, handelt es sich dabei um eine Sammelbezeichnung, hinter der eine Vielzahl von staatlichen Handlungsträgern steht. Diese Fokussierung führt zwar dazu, daß diese Arbeit strenggenommen diejenigen Bereiche ausklammern muß, die ohne staatliche

601 Benz, Governance, S. 20.

602 Mayntz, Governance Theory, S. 17.

603 Mayntz, Politische Steuerung, S. 93, mit dem zutreffenden Hinweis, man müsse der mit dieser hoch selektiven Betrachtungsweise verbundenen Ausblendungen bewußt sein.

604 Vgl. zu den genannten Strukturen der Steuerung s. Mayntz, Politische Steuerung, S. 93 ff.

605 Siehe oben, S. 98.

606 Mayntz, Politische Steuerung, S. 93.

Intervention der gesellschaftlichen Selbststeuerung überlassen sind.⁶⁰⁷ Die Erscheinungsformen der (staatlich) regulierten gesellschaftlichen Selbstregulierung⁶⁰⁸ lassen sich mit ihr jedoch ohne weiteres beleuchten.

Steuerungsobjekte sind existente soziale (Teil-)Systeme, deren autonome Dynamik oder Entwicklung durch das Steuerungshandeln in eine bestimmte Richtung gerückt werden soll.⁶⁰⁹ Das zum Steuerungssubjekt „Staat“ Ausgeführte gilt analog, wenn verkürzend von den Steuerungsobjekten „Gesellschaft“ oder „Private“ die Rede ist.

b. Steuerungsbedürftigkeit

Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben hat gegenüber einer rein staatlichen Aufgabenerfüllung zunächst den Nachteil, daß Private anders als der Staat keine mit einer grundsätzlichen Ausrichtung am Gemeinwohl⁶¹⁰ agierenden, grund- bzw. menschenrechtsverpflichteten Akteure sind. Gesellschaftliche Akteure an einer gemeinwohlorientierten Handlungsausrichtung zu messen, ist jedoch dort gerechtfertigt, wo diese in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen sind. Weil auch die Privatrechtsordnung, die das Verhältnis zwischen den Leistungserbringern der gesellschaftlichen Sphäre und den Leistungsempfängern regelt, nicht per se auf die Umsetzung spezifischer Gemeinwohlanforderungen ausgerichtet ist,⁶¹¹ ist mit der Steuerungsbedürftigkeit die Frage angesprochen, ob es zur Verwirklichung der politisch gewünschten Ziele in bestimmten Bereichen einer zusätzlichen staatlichen Intervention bedarf, oder bereits die Selbststeuerung gesellschaftlicher Teilsysteme zu einer hinreichenden Gemeinwohlgewährleistung führt.

Zur Beantwortung dieser Frage werden verschiedene Theorien vertreten. Der ökonomisch orientierte Ansatz innerhalb der *public interest theory* erklärt regulierende Intervention als eine Reaktion auf Marktversagen, die erforderlich ist, um die Öffentlichkeit vor den negativen Folgen von Monopolen, destruktivem Wettbewerb, dem Ausnutzen überlegener privater Marktmacht oder von externen Effekten⁶¹² zu schützen,⁶¹³ die einer gesamtgesellschaftlichen Wohlstandsoptimierung entgegenstehen. Auf die Verteilung des Wohlstands innerhalb der Gesellschaft oder auf andere soziale Gesichtspunkte wie die Verhinderung sozialer Ausgrenzung oder das Verhindern von Nachteilen für künftige Generationen geht die ökonomisch orientierte *public interest theory* allerdings

607 Der akteursbezogene Steuerungsbegriff schließt es nicht aus, auch dort von Steuerung zu sprechen, wo der Steuerungsakteur selbst Teil des gesteuerten Systems ist, *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 94.

608 Siehe hierzu unten, S. 123.

609 *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 93 f.

610 Praktisch betrachtet führten allerdings beispielsweise im Bereich der englischen *nationalized industries* gerade auch deren undurchsichtige und nicht immer am Gemeinwohl, sondern oftmals eher an partikulären Interessen orientierten Strukturen zur Privatisierung. Vgl. hierzu etwa *Moran*, British Regulatory State, S. 99 f., 109.

611 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 42.

612 Bei externen Effekten handelt es sich um unkomensierte Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte. Siehe hierzu etwa *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 20 f.

613 *Ogus*, Regulation, S. 29 ff.

nicht ein.⁶¹⁴ Derartige nicht rein ökonomische Aspekte wie etwa die Verteilungsgerechtigkeit werden hingegen von „politisch“⁶¹⁵ orientierten Ansätzen der *public interest theory* berücksichtigt. Nach ihr können – vereinfacht ausgedrückt – all diejenigen Staatsaufgaben, die über den Bereich des klassischen Sicherheitszwecks hinausreichen, letztlich darauf zurückgeführt werden, daß das freie Spiel der gesellschaftlichen Kräfte auf der Grundlage formaler Gleichheit und Freiheit die in der Gesellschaft vorhandenen Gerechtigkeits- und Wohlfahrtsvorstellungen nicht verwirklichen konnte, wodurch staatliche Aktivitäten auf den Plan gerufen wurden.⁶¹⁶ Übertragen auf die Einschaltung privater Leistungserbringer in die Erstellung von Leistungen von öffentlichem Interesse bedeutet dies, daß staatliche Steuerung grundsätzlich in dem Maße geboten ist, in dem die zwischen den Leistungserbringern und Leistungsempfängern wirkenden Marktmechanismen nicht zu verteilungs- oder sozialpolitisch gewollten Ergebnissen führen. Ausdruck hiervon sind in der stationären Langzeitpflege etwa die in England laut gewordenen Befürchtungen, mit dem steten Zuwachs des Anteils der Betreiber, die ihr Engagement als reines Finanzinvestment betrachten, könnte die Pflegequalität stärker von Profitmargen als von den Bedürfnissen der zu Pflegenden abhängen.⁶¹⁷

Im Gegensatz zu den *public interest theories* sehen *private interest theories* Regulierung als vom Eigeninteresse einzelner Individuen oder Gruppen von Individuen veranlaßt an.⁶¹⁸ Auf sie soll an dieser Stelle zwar nicht näher eingegangen werden, allerdings zeigen sie, daß es – was vor allem die *public choice*-Theorie betont – keine einfachen kausalen Zusammenhänge zwischen Marktversagen und Regulierung gibt. Vielmehr kann es etwa durch den Einfluß von Partikularinteressen auf die Entscheidungsfindung auch zu einem Staatsversagen in Gestalt von Steuerungsfehlreizen kommen, die letztlich höhere Kosten produzieren als das konstatierte Marktversagen.

c. Steuerungsfähigkeit

Während des wirtschaftlichen Aufschwungs nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs erschien das „Wirtschaftswunder“ als Beleg für die staatliche Plan- und Steuerbarkeit gesellschaftlicher Vorgänge. Bald stellte sich jedoch heraus, daß die ökonomische Prosperität weder dauerhaft noch ohne weiteres im Sinne der Keynes'schen Politikansätze staatlich beeinflußbar war. Weil gleichzeitig die gestiegene Komplexität gesellschaftlicher Vorgänge den Anspruch an die staatliche Steuerung wachsen ließ,⁶¹⁹ folgte der kurzen Phase des Steuerungsoptimismus rasch die Ernüchterung. Dies drückte sich nicht nur in der politischen Rhetorik aus, sondern der Vorwurf des staatlichen Steuerungsversagens fand – wie oben beschrieben – Einzug auch in die wissenschaftliche

614 Morgan/Yeung, *An Introduction into Law and Regulation*, S. 26 f.

615 Vgl. Morgan/Yeung, *An Introduction into Law and Regulation*, S. 26.

616 Hermes, *Infrastrukturverantwortung*, S. 158.

617 Ridout, *Care Standards*, S. 1.

618 Ausführlich dazu Morgan/Yeung, *An Introduction into Law and Regulation*, S. 43 ff.

619 Dazu Voigt, *Recht als Instrument*, S. 14.

Diskussion.⁶²⁰ Vertreter der Systemtheorie sprachen dem Staat die Fähigkeit, auf gesellschaftliche Einflüsse steuernd einzuwirken, mitunter sogar gänzlich ab.⁶²¹ Im Kern des Paradigmas des Steuerungsversagens stand dabei die Behauptung, der Staat sei aufgrund inhärenter Schranken seines traditionell-regulativen, also mit Geboten, Verboten, Genehmigungsvorbehalten und Strafandrohungen arbeitenden Interventionsinstrumentariums nicht mehr in der Lage, die Gesellschaft bezüglich ihrer sozialen und ökonomischen Probleme in die staatlich erwünschte Richtung zu steuern.⁶²²

Die Gründe für das behauptete Versagen der politischen Steuerung wurden in zwei Bereichen gesucht: einerseits im „Binnenbereich“ des Staates in dem Sinne, daß die mit dem Normvollzug vertrauten Instanzen nicht zur Durchsetzung der Regelungen in der Lage sind; andererseits im „Außenbereich“ der Steuerungsobjekte, nämlich dergestalt, daß diese die Normbefolgung verweigern.⁶²³ Bezogen auf den Binnenbereich setzte sich die Erkenntnis durch, daß aufgrund der Vielschichtigkeit und Komplexität des Staates als Steuerungsakteur der staatsinterne Implementationsprozeß seinerseits der steuerungstheoretischen Aufarbeitung bedurfte. Es zeigte sich, daß eine partielle Dezentralisierung zu nachgeordneten Vollzugsträgern in Verbindung mit dem Einräumen größerer Ermessensspielräume und dem Setzen bestimmter Zielvorgaben die Anpassung des Behördenhandelns an situative Besonderheiten verbessern und eine effektivere Aufgabenerfüllung bewirken kann.⁶²⁴ Verwaltungswissenschaftliche Studien des New Public Management⁶²⁵ nahmen Anleihen in der Wirtschaft (was sich nicht zuletzt in Schlagworten wie „*Entrepreneurialism*“⁶²⁶, „*Managerialism*“⁶²⁷ und „*Lean Govern-*

620 Zu Nachweisen s. oben, Fn. 23.

621 Nach Luhmann, Wirtschaft der Gesellschaft, S. 345 ff., kann wegen der unterschiedlich konstruierten Realitäten und Informationen und der für jedes Teilsystem spezifischen Steuerungscodes, also wegen der selbstreferentiellen Geschlossenheit der verschiedenen Funktionssysteme eine erfolgreiche Steuerung über Systemgrenzen hinweg nicht stattfinden. Eine derartige Steuerung über die Systemgrenzen hinweg sei lediglich als Veränderung der Bedingungen für die Selbststeuerung des Systems zu verstehen. Skeptisch gegenüber staatlicher Steuerung ebenfalls unter Hinweis auf die selbstreferentielle Autonomie autoponetischer Teilsysteme auch Teubner/Willke, Reflexives Recht, ZfRSoz 6 (1984), S. 5. Dagegen Mayntz, Politische Steuerung, S. 100 ff., mit dem zutreffenden Hinweis, daß die Geschlossenheit der Teilsysteme nicht auf deren Steuerbarkeit, sondern nur auf ihre Selbstreproduktion bezogen ist und damit lediglich einer zentralen, von außen erfolgenden Erzeugung derartiger Systeme entgegensteht.

622 Vgl. Mayntz, Politische Steuerung, S. 90.

623 Mayntz, Politische Steuerung, S. 96, bezeichnet ersteres als „Implementationsproblem“, letzteres als „Motivationsproblem“. Zu *circumvention*, *perversity* und *negative feedback* als mit der fehlenden Motivation in Zusammenhang stehenden Gründen für die mangelnde Steuerungsfähigkeit überkommener interventionistischer Regulierung s. Moran, British Regulatory State, S. 22.

624 Mayntz, Politische Steuerung, S. 97 f.

625 Lewis, Reviewing Change in Government, PL 1994, S. 105 ff; Broadbent/Laughlin, Evaluating the „New Public Management“ Reforms in the UK, Public Administration 75 (1997), S. 487 ff.; Barberis, The New Public Management, Public Administration 76 (1998), S. 451 ff.; Reichard/Röber, Konzept und Kritik des New Public Management, S. 371 ff.

626 Grundlegend Osborne/Gaebler, Reinventing Government, 1992.

627 Zur „*managerialisation*“ der britischen öffentlichen Verwaltung s. Greenwood/Pyper/Wilson, New Public Administration in Britain, S. 9 ff.

ment“⁶²⁸ ausdrückte) und versuchten, deren Managementprozesse für die staatliche Verwaltung nutzbar zu machen. So erlebt der Verwaltungsbinnenbereich seit einigen Jahren die Neugestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation unter dem Stichwort des *Neuen Steuerungsmodells*⁶²⁹ (NSM). Diesem auf dem Gedanken des New Public Management basierenden Konzept der Erledigung von Verwaltungsaufgaben geht es grundsätzlich darum, in Gestalt dezentraler und teilautonomer Einheiten eine stärkere Verantwortungsabgrenzung zwischen Politik und (Dienstleistungs-)Verwaltung, also zwischen strategischer und operativer Verantwortung herzustellen.⁶³⁰ Die politischen Organe sollen sich hierbei auf die Festlegung der Unternehmensphilosophie, der Führungsstruktur und der Rahmenbedingungen für Verwaltungsleistungen beschränken, auf Basis entsprechender Produktbeschreibungen Ziele setzen, konkrete Leistungsaufträge erteilen, Produktbudgets und Handlungsspielräume zur Verfügung stellen sowie die Erfüllung der Leistungsaufträge kontrollieren und gegebenenfalls korrigierend eingreifen. Demgegenüber wird die Verwaltung darauf beschränkt, die Leistungsaufträge durchzuführen, hierüber zu berichten und die Verantwortung für das konkrete Ergebnis zu tragen.⁶³¹

Parallel dazu richtete die Implementationsforschung ihr Augenmerk auf Befolgsdefizite⁶³² auf Seiten der zu steuernden Akteure. Die Kritik beruhte im Wesentlichen auf der Erkenntnis, daß eine hoheitlich regulative Normierung prinzipiell nicht zu einer Motivation von Verhalten führt, bei dem es auf Eigeninitiative, Innovation, Kreativität und positives Engagement ankommt.⁶³³ Die Brisanz lag dabei darin, daß der Wohlfahrtsstaat aufgrund des abgeschwächten und nur noch unsteten Wirtschaftswachstums sowie der zunehmenden Arbeitslosigkeit mittlerweile an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit geraten war und mehr und mehr gerade auf die Nutzbarmachung der gesellschaftlichen Potentiale für seine eigenen Zwecke angewiesen war. Eben mit diesem Ziel, sich durch die Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben deren Know-how und Innovationskraft zunutze zu machen, schien eine restriktive Verhaltensnormierung nicht in Einklang zu bringen zu sein. Man erkannte, daß es nicht nur einen erheblichen Verlust an individueller Freiheit zur Folge hätte, wenn die auf die klassische Vollzugsverwaltung zugeschnittenen Anforderungen an das Handeln staatlicher Organisationseinheiten eins zu eins auf die private Leistungserstellung übertragen werden,⁶³⁴ sondern daß hierdurch auch die durch diese Freiheit erst ermöglichte und er-

628 S. etwa Řezníček, *Lean Management für die öffentliche Verwaltung?*, 1996.

629 S. *Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (KGSt)*, Das Neue Steuerungsmodell (Bericht Nr. 5/1993), S. 15 ff.; *Bogumil* u.a. [Hrsg.], Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell, S. 156 ff. und 316, ziehen allerdings im Hinblick auf Wirtschaftlichkeitssteigerung, Kostenreduzierung und Einspareffekte eine pessimistische Bilanz des NSM.

630 Vgl. *Schmid*, *Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt*, S. 147.

631 *König/Füchtner*, *Verwaltungsmodernisierung*, S. 13 f.

632 *Voigt*, *Regulatives Recht*, S. 26.

633 *Mayntz*, *Politische Steuerung*, S. 98.

634 Zu Forderungen, Grundrechtsverpflichtungen generell oder im Einzelfall auch auf in verantwortungsteilende Strukturen einbezogene private Akteure zu erstrecken, vgl. *Meyer*, *Diskussionsbei-*

wünschte gesellschaftliche Handlungsrationaliät verloren ginge.⁶³⁵ Oder in anderen Worten: „Wenn wir gegenüber den Aufgabenübernehmern darauf bestehen, daß sie die Leistungen erbringen, wie der Staat sie erbringen müßte, wenn er sie selbst erbringen würde, dann würden wir keine Leistungserbringer mehr finden.“⁶³⁶ Die Diskussion über die Steuerungsfähigkeit richtet sich damit unmittelbar auf die Frage, welche Steuerungsinstrumente dem Staat für die Erreichung der von ihm verfolgten Ziele zur Verfügung stehen. Dieses Instrumentarium soll im Folgenden näher dargestellt werden.

d. Steuerungsinstrumentarium

aa. Allgemeines und Klassifizierungsansätze

Nach dem in dieser Arbeit verwendeten, akteursbezogenen Steuerungsbegriff sind Steuerungsinstrumente oder Steuerungsmechanismen all diejenigen Maßnahmen, die vom Steuerungssubjekt bewußt zur Erreichung eines bestimmten Sollzustandes, des Steuerungsziels, eingesetzt werden. Übertragen auf den Staat als Steuerungsakteur sind dies alle staatlich veranlaßten Maßnahmen, mit denen die Erreichung bestimmter wirtschaftlicher oder sozialer Ziele bezeichnet wird.⁶³⁷ So definiert beschränken sich Steuerungsmechanismen keineswegs auf Verhaltensrestriktionen oder die Verhinderung unwillkommener Aktivitäten, sondern umfassen insbesondere auch Maßnahmen, die gewünschtes Verhalten ermöglichen und unterstützen.⁶³⁸

Bevor einzelne dieser Steuerungsinstrumente, die für die Untersuchung der Verantwortungsstrukturen in der stationären Langzeitpflege von besonderer Bedeutung sind, näher betrachtet und in einer für die Zwecke dieser Arbeit geeigneten Weise kategorisiert werden, soll zunächst vor dem Hintergrund der soeben dargestellten Diskussion um die Steuerungsdefizite des Rechts ein etwas umfassenderes Bild seiner Steuerungsmöglichkeiten gezeichnet werden. Gleichzeitig werden verschiedene Klassifizierungen und Begrifflichkeiten vorangestellt, die über die Grenzen der in dieser Arbeit schließlich verwendeten Kategorisierung hinweg verlaufen, weil sie sich keiner der hier gebildeten Gruppen von Steuerungsinstrumenten exklusiv zuordnen lassen.

Als Reaktion auf das konstatierte Steuerungsunvermögen des Staates wuchs die Suche sowohl nach alternativen rechtlichen Steuerungsformen als auch nach Alternativen zum Recht als Steuerungsinstrument,⁶³⁹ mit denen der erforderliche Ausgleich zwischen der Nutzbarmachung privater Fähigkeiten und Interessen einerseits und dem An-

trag, VVDStRL 56 (1997), S. 333 f.; *Kiethe/Sproll*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung, ZIP 1994, S. 280 f.; *Scholz/Aulehner*, Grundfragen zum Dualen System, BB 1993, S. 2152 ff.

635 *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 295 f., dort im Kontext mit der Eingliederung der Privaten in das staatliche Handlungsgefüge; vgl. auch *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 23, und *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 923.

636 *Zacher*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62, S. 348.

637 So auch *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 4.

638 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 2.

639 Vgl. *Voigt*, Recht als Instrument, S. 139 ff.

liegen des Staates andererseits, Kontrolle über die privaten Leistungserbringer zu behalten,⁶⁴⁰ bewerkstelligt werden könnte. Dabei wurde insbesondere das Verhältnis des staatlichen Steuerungsanspruchs zu den Erscheinungsformen der gesellschaftlichen Selbstregulierung überdacht und neu bewertet. Anstatt Regulierungsaktivitäten durch den privaten Sektor als einen Rückzug und ein Abdanken des Staates aufzufassen, wurden die gesellschaftlichen Selbststeuerungspotentiale, die Handlungsfähigkeit privater Akteure sowie die Eigenlogik gesellschaftlicher Teilsysteme als Steuerungsressourcen im Dienst staatlicher Regelungsziele entdeckt.⁶⁴¹ Die neuere sozialwissenschaftliche Steuerungsdiskussion lehnt vor diesem Hintergrund ein alternatives Verständnis von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung ab und sieht ihr Zusammenspiel statt dessen als „eine verbreitete Mischform [...], die unter bestimmten Bedingungen besonders wirkungsvoll sein kann.“⁶⁴²

Einen Eindruck vom vielschichtigen und nicht abschließend beschreibbaren Wechsel in den Steuerungsformen liefert *Ritter*, der die gewandelte Rolle des Rechts im „kooperativen Staat“ mit folgenden sieben Trends beschreibt und Verlagerungen konstatiert (1) vom hierarchischen Recht zum zwei- oder mehrseitig vereinbarten Recht; (2) vom hoheitlichen Rechtsvollzug zu Überzeugungs- und Überredungsstrategien; (3) von der rechtlichen zur sozialnormativen Bindung mit den Erscheinungsformen des informellen Verwaltungshandelns; (4) vom „starren“ zum „weichen“ Recht; (5) von der rechtlichen Vollsteuerung zur rechtlichen Teilsteuerung mittels der Festlegung nur noch der Rahmenbedingungen und der Schaffung von Anreizen statt sanktionsbewährter Zielsetzungen; (6) vom dauerhaften Recht zum Recht auf Zeit durch befristete und „experimentelle“ Rechtsakte; (7) von der perfekten zur imperfekten Rechtsanwendung durch „vorläufige“ Rechtsakte wie etwa Vorbescheide.⁶⁴³ Der konstatierte Formenwandel staatlicher Steuerung ging allerdings keineswegs mit einer Aufgabe der traditionellen regulativen Handlungsinstrumentarien einher. Vielmehr führte er zu einer „Vergesellschaftung des Rechts im Sinne einer Kombination aus wohlfahrtsstaatlichen Interventionsvorstellungen mit liberalistischen Selbstregulierungsansätzen“⁶⁴⁴, bei der der Formenreichtum tradierter Instrumente ausgebaut und ergänzt, nicht aber ersetzt wird.⁶⁴⁵

Die vorgeschlagenen alternativen Steuerungsformen zum Recht sowie die alternativen Rechtsformen zielen darauf ab, stärker auf die – von systemtheoretischen Ansätzen betonte – Eigenart und interne Dynamik der Steuerungsobjekte und die daraus resultierenden Motivationsprobleme einzugehen. Auf *Teubner* geht die Forderung nach „refle-

640 Zu dieser Forderung *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 260.

641 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 18 f.; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 430 f.; *ders.*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 763 f.; vgl. auch *Scharpf*, Handlungsfähigkeit, S. 106.

642 *Mayntz*, Politische Steuerung, S. 160.

643 *Ritter*, Recht als Steuerungsmedium, S. 82 f.

644 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung, S. 51.

645 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 56.

xivem Recht“ und nach „reflexiver Steuerung“ zurück.⁶⁴⁶ Aus systemtheoretischer Perspektive beruht das Versagen des herkömmlichen, regulativen Rechts darauf, daß dieses auf den Operationsmodus hierarchisch strukturierter Gesellschaften zugeschnitten ist, in deren Zentrum der Staat stehe. Hochkomplexe, funktional differenzierte Gesellschaften seien aber in gleichgeordnete, selbstreferentielle und eigendynamische Teilsysteme gegliedert, die sich immer weniger für eine zentrale politische Steuerung eignen würden. Die Steuerung müsse daher an der Selbstverwaltung und der dezentralen Autonomie der gesellschaftlichen Teileinheiten ansetzen. Anstelle einer direkten Normierung des sozialen Verhaltens reguliert reflexive Steuerung primär den Entscheidungsfindungsprozeß.⁶⁴⁷ Ihr Ziel ist es, die reflexive Orientierung des betreffenden gesellschaftlichen Teilsystems zu steigern, d.h. die Fähigkeit, sich darauf einzustellen, daß Interdependenzen zu anderen Teilsystemen Bestandteil der eigenen Identität sind und sie selbst daher für die anderen Teilsysteme eine brauchbare Umwelt darstellen müssen.⁶⁴⁸ Reflexive Steuerung ist daher darauf angelegt, diese Systeme organisations- und verfahrensrechtlich in die Lage zu versetzen, externe Konflikte derart zu internalisieren, daß Interessen Dritter angemessen berücksichtigt werden.⁶⁴⁹ Reflexives Recht zielt somit auf regulierte Autonomie und hat die Funktion, integrative Mechanismen für Verfahren und Organisation innerhalb der Teilsysteme bereit zustellen, die ihnen eine ihrer Eigendynamik entsprechende Selbstregulierung ermöglicht, sie aber zugleich an gewisse gesellschaftlichen Restriktionen bindet.⁶⁵⁰

Vor allem die *Neue Institutionenökonomik* bemüht sich, Strukturierungshilfen für die Konzeption erfolgreicher Regelungsmodelle zu entwickeln, mit deren Hilfe gesellschaftliche Kooperationsgewinne durch die Gestaltung anreizkompatibler Institutionen realisiert werden sollen.⁶⁵¹ Der Institutionenökonomik geht es darum, Gestaltungsempfehlungen für Normen zu geben, damit bestimmte Ziele unter den herrschenden empirischen Gesellschaftsbedingungen verwirklicht werden können.⁶⁵² In den *Institutionen* wird das Mittel zur Lösung gesellschaftlicher Probleme gesehen, die es ermöglichen, „das Verhalten der Individuen in einer für alle vorteilhaften Weise aufeinander abzustimmen, indem sie jene Informations- und Anreizprobleme lösen, die erwünschte Kooperationen zunächst verhindern.“⁶⁵³ Das konstituierende Merkmal von Institutionen liegt in deren verhaltensbestimmender Wirkung. Der Begriff wird damit in einem sehr weiten Sinn verstanden und umfaßt mitunter Verfassungen, Gesetze, Verträge, Unter-

646 Grundlegend *Teubner*, Reflexives Recht, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13 ff.; vgl. auch *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1984, S. 4 ff.

647 *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 55 f.

648 *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, S. 14.

649 *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 55 f.

650 *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, S. 19 ff.

651 Allgemein Zur Institutionenökonomik s. etwa *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomie, S. 313 ff., 511 ff.; *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, 2007.

652 Vgl. dazu etwa *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 274 ff.

653 *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 276.

nehmensleitsätze und soziale Konventionen.⁶⁵⁴ Als alternative Steuerungsformen, die dem Staat zur Erhöhung seiner Steuerungsfähigkeit dienen sollen, werden insbesondere positive und negative Anreizprogramme, persuasive Steuerungsinstrumente sowie Informationsprogramme vorgeschlagen, während bei der Wahl alternativer Rechtsformen vor allem prozedurale Regelungen, kooperative Handlungsformen, „weiches Recht“ und Zweckprogrammierungen über Zielvereinbarungen anstelle von Konditionalprogrammierungen im Vordergrund stehen.

Was schließlich das normative Steuerungsinstrumentarium anlangt, dem vor allem bezogen auf die konditionale Ge- und Verbotsteuerung eine mangelnde Steuerungsefektivität angelastet wurde, wies *Kaufmann* zutreffend darauf hin, daß „Steuerung durch Recht“ einen weit umfangreicheren Bereich staatlicher Maßnahmen betrifft, als dies in den vorherrschenden Diskussionen thematisiert wird⁶⁵⁵. Als Beleg führt er folgende acht Typen rechtlicher Steuerung an:⁶⁵⁶ (1) Gebote; (2) Verbote; (3) Einräumung von Rechtsansprüchen; (4) Formulierung von Zwecken: hierunter ist die Formulierung übergreifender, nicht unmittelbar erzwingbarer Gesichtspunkte zu verstehen, die im Rahmen der Beurteilung von Sachverhalten sowie für die Richtung der Handlungen in einem bestimmten Handlungskontext maßgeblich sein sollen; (5) Definition von Bedingungen: gemeint sind diejenigen Bedingungen, unter denen bestimmte Verhaltensweisen möglich sein sollen. Hierbei geht es beispielsweise um die Definition von Maß, Gewicht und Währung, aber auch um die Regelungen des Privatrechts sowie um administrative Gewährungen und Versagungen; (6) Regelung von Verfahren; (7) Errichtung von öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Einrichtungen; (8) Normierung staatsinterner Koordination.

Diese Klassifikation wurde von *Schuppert*⁶⁵⁷ aufgegriffen und erweitert, der – ebenfalls als Unterfälle der Steuerung durch Recht – folgende Steuerungsarten unterscheidet: (1) Regulierende Steuerung durch Ge- und Verbote; (2) Personelle Steuerung – hierunter versteht *Schuppert* die generelle Personalsteuerung durch Recht, wie sie sich beispielsweise in besonderen Treuepflichten oder in Streikverboten ausdrückt; (3) Prozedurale Steuerung – bei dieser werden anstatt einer materiellen Programmierung verfahrensrechtliche Vorgaben getroffen, etwa hinsichtlich Entscheidungsbildungs- und Kon sensfindungsprozessen;⁶⁵⁸ (4) Strukturelle Steuerung – diese bezieht sich auf den Zusammenhang zwischen Verwaltungsorganisation und Verwaltungshandeln in dem Sinne, daß über strukturelle Handlungsprämissen „Handlungskorridore“ für die Verwaltung

654 Suchanek, Institutionenökonomik, S. 276 f. Die Institutionen lassen sich unter Heranziehung einer Dilemmakonstellation auch mit der Spieltheorie beschreiben: Mittels der Implementation geeigneter Institutionen soll es gelingen, jedem Spieler glaubwürdige Anreize zu vermitteln, um einen maximalen Kooperationsgewinn zu erzielen. Die Rolle des Staates lässt sich gleichsam als die eines Agenten beschreiben, der verantwortlich ist für das Management von (formellen) Institutionen zur Realisierung gesellschaftlicher Kooperationsgewinne, vgl. Suchanek, a.a.O., S. 278 ff.

655 Kaufmann, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 81.

656 Siehe Kaufmann, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 78 ff.

657 Schuppert, Steuerung durch Recht, S. 232 f.

658 Siehe dazu ausführlich unten, S. 116 f.

definiert werden; (5) Finanzielle Steuerung – hierzu zählen positive und negative finanzielle Anreize sowie Mechanismen des Haushaltsrechts und der Haushaltskontrolle.

Die bislang genannten Kategorisierungen von *Ritter*, *Kaufmann* und *Schuppert* beziehen sich allesamt auf die Steuerung durch Recht. Weil im Zusammenhang mit der Kritik an der staatlichen Steuerungsfähigkeit aber gerade auch eine Suche nach Alternativen zum Recht propagiert wurde, soll an dieser Stelle kurz die damit getroffene Unterscheidung zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Steuerungsformen kommentiert werden. Denn diese Differenzierung berührt zugleich die Frage, inwiefern sich die vorliegende Arbeit mit ihrer juristischen Methodik diesen alternativen Steuerungsinstrumenten nähern kann. Die angesprochene Unterscheidung, die schon *Luhmann* traf, indem er zwischen Recht und Geld als Wirkungsmitteln des Wohlfahrtsstaats differenzierte,⁶⁵⁹ setzt an den vom Staat verwendeten Handlungsformen und den Mechanismen an, mit denen die Steuerungsinstrumente ihre Wirkung gegenüber den Steuerungsobjekten entfalten. Insofern lassen sich rechtliche Instrumente wie etwa Gesetze, Verträge oder staatliche Anordnungen, von denen eine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung ausgeht, zunächst sicherlich von Steuerungsformen unterscheiden, denen diese rechtliche Qualität fehlt. Als Beispiele hierfür lassen sich etwa finanzielle Anreize oder Realakte wie eine Informationsgewährung durch staatliche Stellen oder die eigenhändige staatliche Leistungserbringung nennen.

Bei näherem Hinsehen aber verwischen die Grenzen zwischen beiden Steuerungsformen. Zum einen gibt es rechtliche Instrumentarien wie beispielsweise die Bereitstellung von Organisationsformen und Verfahrensabläufen, denen zwar die angesprochene rechtliche Verbindlichkeit zukommt, deren Steuerungswirkung aber dennoch nicht unmittelbar auf dieser rechtlichen Bindung beruht. Sie entsteht vielmehr mittelbar dadurch, daß – um bei dem genannten Beispiel zu bleiben – bei der Entscheidungsfindung oder der Leistungserstellung das vorgeschriebene Verfahren eingehalten und das dadurch hervorgebrachte Ergebnis somit gegebenenfalls die intendierte Qualität aufweist, ohne daß diese aber im Sinne einer materiellen Programmierung vorgeschrieben gewesen wäre. Es gibt daher auch eine Reihe rechtlicher Steuerungsinstrumente, deren Steuerungswirkung wie bei den außerrechtlichen nicht auf den unmittelbaren rechtlichen Zwang und die rechtliche Verbindlichkeit zurückzuführen ist.

Zum anderen sind auch die als „außerrechtlich“ qualifizierten Steuerungsinstrumente keineswegs in einen sie umgebenden rechtlichen Rahmen eingebettet. Eine Steuerung mittels finanzieller Anreize ist beispielsweise regelmäßig über entsprechende Ansätze in den Haushaltsplänen oder in den Steuergesetzen in der Rechtsordnung fundiert. Insbesondere dann, wenn es sich bei den Instrumentarien um belastende, die Freiheit bestimmter privater Akteure beschneidende Maßnahmen handelt, bedürfen sie einer rechtlichen Normierung.⁶⁶⁰ Insofern dürfte das Recht nach wie vor das zentrale staatliche Steuerungsmittel darstellen.⁶⁶¹

659 *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, S. 94 ff.

660 Vgl. BVerfGE 6, 32 ff.

661 Vgl. *Dose/Voigt*, Kooperatives Recht, S. 11; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 558.

Daß die Übergänge zwischen den rechtlichen und den außerrechtlichen Steuerungsformen fließend sind, zeigt schließlich die Kategorie des sogenannten „soft law“. Während „hartes“ Recht in aller Regel verbindlich und präzise ist und über eine Instanz verfügt, die seine Durchsetzung gewährleistet, ist „weiches“ Recht grundsätzlich formal unverbindlich, tendenziell inhaltlich in vielen Punkten offener gehalten und – schon aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit – ohne Durchsetzungsinstantz.⁶⁶² Ein typisches Beispiel für *soft law* ist die „Outputsteuerung“ über die Vorgabe bestimmter, als solcher nicht unmittelbar erzwingbarer Handlungsziele, wie sie etwa mit der Verantwortungsübertragung auf dezentrale Einheiten im Zuge der Studien des *New Public Management* und der Implementation des Neuen Steuerungsmodells einherging.⁶⁶³ Faktisch betrachtet kommt diesem „weichen Recht“ aber dennoch eine – nicht selten beträchtliche – Bindungswirkung zu,⁶⁶⁴ die etwa auf der Autorität der erlassenden Stelle beruhen kann.

Vor diesem Hintergrund soll das Augenmerk im Folgenden auf Kategorisierungen gelegt werden, die sowohl normative als auch „außerrechtliche“ Steuerungsformen umfassen.

Eine Kategorisierung, die nicht allein auf Steuerung durch Recht im engeren Sinne beschränkt ist, findet sich beispielsweise⁶⁶⁵ bei *Ogus*⁶⁶⁶. Dieser unterscheidet in einer nach der Schwere des staatlichen Eingriffs differenzierenden Klassifizierung folgende Instrumentarien⁶⁶⁷: (1) die *information regulation*⁶⁶⁸ – diese Steuerungsform ist tendenziell mit einer geringen Eingriffsintensität verbunden. Sie setzt an der Weitergabe von Informationen an, beispielsweise indem ein Leistungserbringer verpflichtet wird, Details über die Qualität seiner Leistungen zu veröffentlichen; (2) die „*private*“ *regulation*⁶⁶⁹ – dieses ebenfalls auf einer geringen Intensitätsstufe liegende Instrument umfaßt all diejenigen Verpflichtungen, die allein von den Leistungsempfängern durchgesetzt und erzwungen werden können. Hierin liegt insofern auch ein staatlicher Steuerungsakt, als es der Staat ist, der den privaten Akteuren die betreffenden Mittel zur Durchsetzung ihrer Rechte an die Hand gibt; (3) die „*economic*“ *instruments*⁶⁷⁰ – diese stellen nach *Ogus* eine weitere, typischerweise mit einer geringen Eingriffsintensität verbundene

662 Schmid, Gewährleistungsstaat und Arbeitsmarkt, S. 156.

663 Vgl. Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 60.

664 Vgl. etwa Ehricke, „Soft law“ - Aspekte einer neuen Rechtsquelle, NJW 1989, S. 1907.

665 Eine Vielzahl weiterer rechtswissenschaftlicher, wirtschaftswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher, soziologischer und rechtssoziologischer sowie staats- und verwaltungswissenschaftlicher Klassifikationen sind zusammengefaßt bei König/Dose, Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen, S. 24 ff.

666 *Ogus*, Regulation, S. 5, 121 ff.

667 Die im Folgenden genannten Steuerungsformen ordnet *Ogus*, Regulation, S. 5 f., der *social regulation* zu, zu der er etwa die Regulierung des Gesundheitssektors, der öffentlichen Sicherheit, des Umweltschutzes sowie des Verbraucherschutzes zählt. *Ogus* grenzt diese von der *economic regulation* ab, die er primär auf Industriesektoren mit Monopoltendenzen bezieht und für die er (a.a.O., S. 265 ff.) eine eigenständige Klassifizierung der Steuerungsinstrumente vorschlägt.

668 Ausführlich s. *Ogus*, Regulation, S. 121 ff.

669 Näher dazu *Ogus*, Regulation, S. 257 ff.

670 Ausführlich zu dieser Steuerungskategorie *Ogus*, Regulation, S. 245 ff.

Steuerungsmöglichkeit dar, die darin besteht, das intendierte Verhalten nicht im Wege rechtlichen Zwangs, sondern mittels finanzieller Anreize herbeizuführen; (4) die „*command-and-control*“ *regulation*⁶⁷¹ – diese traditionelle Steuerungsform ist mit einer höheren Eingriffsintensität verbunden. Sie arbeitet insbesondere mit der Normierung bestimmter verbindlicher Standards durch Ge- und Verbote, die im Falle eines Verstoßes mitunter mit straf- oder ordnungsrechtlichen Konsequenzen verbunden sind.⁶⁷² (5) das „*prior approval*“ – auch von diesem Steuerungsinstrument, das bestimmte Aktivitäten von einer vorherigen Genehmigung (etwa in einem Lizenzierungsverfahren) abhängig macht, geht eine starke Eingriffswirkung aus.⁶⁷³

Einen anderen Ansatz als die bislang vorgestellten Kategorisierungen verfolgen solche Systembildungen, die die Instrumente nicht nach ihren Wirkmechanismen ordnen, sondern nach den Aufgaben, die diese im Regulierungsrecht erfüllen. Ein Beispiel hierfür bildet etwa die von *Fehling* vorgenommene Systematisierung nach „zentralen Regulierungszielen“⁶⁷⁴, die zwischen „wettbewerbsermöglichen und -sichernden“ sowie „versorgungssichernden Instrumenten (zwecks Wahrnehmung staatlicher Gewährleistungsverantwortung)“ unterscheidet.⁶⁷⁵ Diese Differenzierung, die sich primär an der Regulierung von Netzwirtschaften orientieren dürfte, ist allerdings insofern angreifbar, als die beiden Kategorien zum einen inhaltliche Überschneidungen aufweisen⁶⁷⁶ und zum anderen auch nicht abschließend sind und insofern um eine mit Bezug auf die Regulierungsaufgabe nur wenig aussagekräftigen Kategorie der „multifunktionalen (Hilfs-)Instrumente“⁶⁷⁷ ergänzt werden müssen. Unklar bleibt ferner, wie sich Regulierungsziele wie etwa die Sicherstellung einer angemessenen Leistungsqualität in diese Systematisierung einordnen lassen. Auch diese Regulierungsaufgabe stellt einen Teil der staatlichen Gewährleistungsverantwortung dar, so daß sie sich möglicherweise der Versorgungssicherung zuordnen ließe. Dies würde allerdings der unterschiedlichen Charakteristik der zur Versorgungssicherung einerseits und der zur Qualitätssteuerung andererseits eingesetzten Instrumenten nicht gerecht.

bb. Steuerungsinstrumente im Einzelnen

Im Folgenden sollen einzelne Steuerungsinstrumente, die in den oben genannten Kategorisierungen zum Teil schon erwähnt wurden, genauer vorgestellt und in eine eigene, für die Zwecke dieser Arbeit geeignete Systematik gebracht werden. Diese Steuerungsmechanismen sollen insbesondere den Blick dafür schärfen, welches Arsenal an Instrumentarien dem Staat zur Verfügung steht, um andere Akteure zu einem bestimmten

671 *Ogus*, Regulation, S. 5.

672 Vgl. dazu im Einzelnen *Ogus*, Regulation, S. 150 ff.

673 *Ogus*, Regulation, S. 5, 214 ff.

674 *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 1147.

675 S. *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 1092 ff, 1108 ff.

676 *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 1108, nennt als Grund für dieses Überlappen, daß die Daseinsvorsorge regulierungstypisch gerade so weit wie möglich im Wettbewerb sichergestellt werden soll.

677 *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 1147.

Verhalten zu veranlassen. Es geht dabei vor allem darum, die den Länderberichten vorbehaltene konkrete Analyse der in der stationären Langzeitpflege eingesetzten Steuerungsmechanismen dahingehend vorzubereiten, daß diese zunächst überhaupt als solche identifiziert, schließlich aber auch analysiert und klassifiziert werden können. Zu diesem Zweck ist es – wie bereits angedeutet – erforderlich, den Blick über die rein rechtlichen Steuerungsinstrumentarien hinaus zu wenden und auch alternative Regulierungsformen einzubeziehen. Weil der Fokus dieser Arbeit aber der Steuerung Privater durch staatliche Akteure gilt, werden staatsintern ansetzende Steuerungsformen (wie etwa die strukturelle Steuerung bei *Schuppert*⁶⁷⁸ oder die von Kaufmann gebildete Kategorie der Normierung staatsinterner Koordination⁶⁷⁹) ausgeblendet. Auf den Bereich der staatsinternen Koordination wird in den Länderberichten nur insoweit eingegangen, als dies für das Verständnis dessen erforderlich ist, welche Akteure auf Seiten des Staates jeweils mit welchen Kompetenzen ausgestattet als Steuerungssubjekte auftreten können.

Vor diesem Hintergrund wird die Arbeit im Wesentlichen zwischen folgenden Kategorien von Regulierungsinstrumenten unterscheiden: (1) der hierarchischen Gebots- und Verbotssteuerung; (2) der prozeduralen Steuerung; (3) der konsensualen Steuerung; (4) der informationsbasierten und sonstigen persuasiven Steuerung; (5) der Steuerung mittels ökonomischer Anreize; (6) der marktisierten Steuerung; (7) der Steuerung durch die Stärkung von Konsumentenrechten; (8) der regulierten Selbstregulierung; (9) dem unmittelbaren staatlichen Handeln.

(1) Hierarchische Gebots- und Verbotssteuerung

Die im anglo-amerikanischen Sprachraum auch als „*command and control*“ bezeichnete, traditionelle hierarchische Steuerung mittels Ge- und Verboten⁶⁸⁰ ist dadurch gekennzeichnet, daß sie durch die Aufstellung verbindlicher Regeln – wie beispielsweise zwingender Standards, Registrierungs- oder Zulassungserfordernissen – Einfluß auf die Steuerungsobjekte ausübt.⁶⁸¹ Verstöße gegen die betreffenden Ge- und Verbote sind regelmäßig sanktionsbewehrt, mitunter in strafrechtlich relevanter Weise. Der Wirkmechanismus dieser konditionalen Ge- und Verbotssteuerung geht auf die unmittelbare Bindungswirkung des Gesetzes zurück. Diese wird genutzt, um entweder bestimmte unerwünschte Verhaltensformen zu unterbinden, als positiv erachtete Verhaltensweisen obligatorisch zu machen oder Bedingungen für den Zutritt in ein bestimmtes Marktsegment sowie das Verbleiben in diesem aufzustellen.⁶⁸²

Mit der traditionellen, imperativen Steuerungsform werden häufig auch aufsichtliche Instrumentarien assoziiert. Infolge der Tendenz des modernen Verwaltungsstaats, die

678 *Schuppert*, Steuerung durch Recht, S. 232 f.

679 Siehe *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, S. 78 ff.

680 Diese Art von Steuerung wird häufig auch als „regulierende Steuerung“ bezeichnet, vgl. etwa *Schuppert*, Steuerung durch Recht, S. 232. Dieser Ausdruck soll in dieser Arbeit jedoch nicht verwendet werden, weil ihm ein Begriffsverständnis von „Regulierung“ zugrunde liegt, das enger als das in dieser Arbeit verwendete ist.

681 Vgl. *Ogus*, Regulation, S. 79. *Baldwin/Scott/Hood*, Introduction, S. 24.

682 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 35.

Wahrnehmung bestimmter Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung auszulagern, wächst der Staatsaufsicht – sowohl in Gestalt der innerstaatlichen Aufsicht als auch der Wirtschaftsaufsicht – eine neue Qualität zu.⁶⁸³ Die gewandelte Rolle der Staatsaufsicht⁶⁸⁴ bedingt jedoch zugleich, daß sich ihr Instrumentarium längst nicht mehr allein aus hoheitlich imperativen Maßnahmen zusammensetzt, sondern auch kooperative und persuasiv-informatorische Formen wie etwa Aufklärung und Beratung umfaßt.

Im Unterschied zu einer auf Anreizen basierenden Steuerung, die unerwünschte Verhaltensweisen grundsätzlich lediglich mit bestimmten Kosten – etwa in Gestalt von Opportunitätskosten – belegt, kann sich die klassisch-hierarchische Steuerung bei der Setzung von Standards und beim Unterbinden von abweichendem Verhalten auf die unmittelbare Geltung des Rechts stützen und diese gegebenenfalls hoheitlich vollstrecken.⁶⁸⁵ Bestimmte Verhaltensweisen können vollständig verboten und damit – anders als bei der Setzung eines bloßen Gegenanreizes – zugleich mit der klaren rechtsethischen Bewertung versehen werden, daß sich das betreffende Verhalten als unzulässig und unerwünscht darstellt.⁶⁸⁶ Dieses Steuerungsinstrument kann deswegen dann gegenüber anrezbasierten Mechanismen zu bevorzugen sein, wenn sich das erwünschte bzw. das zu verbietende Verhalten klar definieren läßt und eine gewisse Berechenbarkeit und Sicherheit der zu erreichenden Ergebnisse erforderlich ist.⁶⁸⁷

Allerdings darf die unmittelbare Bindungswirkung des Gesetzes nicht mit einer automatischen Erreichung des normierten Verhaltens gleichgesetzt werden. Zwischen dem Geltungsanspruch einzelner Rechtsvorschriften und der Erreichung der mit ihnen bezeichneten Ergebnisse steht die Implementation der Vorschriften, die in vielen Fällen nicht auf freiwilliger Basis erfolgt, sondern hoheitlich erzwungen werden muß. Bei näherem Hinsehen nämlich erweist sich der Unterschied zwischen finanziellen Anreizsystemen und Steuerungsmechanismen, die auf die unmittelbare Geltungskraft des Rechts setzen, als weniger groß als zunächst angenommen. Weil Kosten für Rechtsverstöße oftmals kalkulierbar sind, lassen sie sich auch als finanzieller Anreiz zu einem bestimmten Verhalten verstehen, womit die Grenzen zwischen Sanktionen und ökonomischen Anreizsystemen verschwimmen.⁶⁸⁸ Gerade diese Probleme mit der Rechtsdurchsetzung stellen einen häufig vorgebrachten Einwand gegen traditioneller *command and control*-Regime dar, wie sie oben etwa in Gestalt der Skepsis der Systemtheorie gegen regulati-

683 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 425 f.; *ders.*, Neubestimmung der Staatsaufsicht, S. 299 ff.; vgl. auch *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S. 287 ff.

684 Allgemein zur „sich wandelnden Staatsaufsicht“ etwa *Schuppert*, Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, S. 831 ff.

685 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 35.

686 Vgl. *Neumann*, The Virtues of Heavy-Handedness in Government, L&PQ 2 (1980), S. 24; *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 113; *Braithwaite*, The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct, Law and Society Review 16 (1982), S. 490.

687 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 114.

688 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 43; *Braithwaite*, The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct, Law and Society Review 16 (1982), S. 483.

ves Recht beschrieben wurden. Komplexe Regelungen, Befolgsdefizite, ein erheblicher Kontroll- und Überwachungsaufwand und Kosten für die Bearbeitung und ggf. auch die strafrechtliche Verfolgung einzelner Fälle machen die Rechtsdurchsetzung nicht nur teuer, sondern gehen auch zu Lasten der grundsätzlich mit der Aufstellung von unmittelbar verbindlichen Verhaltensanforderungen bezweckten Ergebnissicherheit.⁶⁸⁹

Zwar besteht bei der Setzung verbindlicher Standards eine Wahlmöglichkeit zwischen detaillierten Normierungen einerseits, welche eine bessere Kontrolle ermöglichen, und eher generellen Regelungen andererseits, die mehr Flexibilität erlauben. Dennoch betrifft ein weiterer Kritikpunkt an traditionell hoheitlichen Steuerungskonzepten deren Tendenz, überkomplexe, starre und belastende Regelwerke zu schaffen, die zu einer Überregulierung, weitgehenden Eingriffen in unternehmerische Freiheiten und in einigen Fällen sogar dazu führen, daß die Entwicklung neuer Technologien behindert werden.⁶⁹⁰ Grund hierfür ist, daß sich die Setzung von Standards mit einem effizienten Grad an regulativer Präzision⁶⁹¹ als äußerst schwierig erweist, weil die Entwicklung sensibler und zielgenauer Standards hohe Anforderungen an das Wissen um Wirkzusammenhänge sowie an die Beschaffung entsprechender Informationen stellt. Dies gilt um so mehr, wenn sich die benötigten Informationen in der Hand der betreffenden Steuerungsobjekte befinden.⁶⁹² Besonders in diesen Fällen besteht zudem das Risiko, daß die regulierenden Akteure, die zur Informationsgewinnung auf die Mitwirkung der zu Steuernden angewiesen sind, im Rahmen der Regulierung deren Interessen gegenüber denen der Allgemeinheit bevorzugen (sog. „*regulatory capture*“).⁶⁹³ Bei Informationsdefiziten neigen Steuerungssubjekte dazu, „*over-inclusive rules*“⁶⁹⁴ zu erlassen, d.h. Regelungen, deren Anwendungsbereich breiter als eigentlich erforderlich ist.⁶⁹⁵ Aber selbst dann, wenn hinreichend Informationen vorhanden sind, kann eine formalistische Regulierung in Gestalt klar definierter und leicht zu verwaltender Regelungen Gesetzeslücken aufweisen und zu einer „*kreativen Normbefolgung*“ („*creative compliance*“) führen, also dazu, daß der Gesetzeszweck umgangen wird, ohne jedoch die Regelung als solche zu verletzen.⁶⁹⁶ In diesem Fall sind die gesetzten Normierungen „*under-*

689 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 38 f., 110 f.

690 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 98; *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 115 f.

691 Zum „*concept of rule precision*“ sowie zur „*optimal regulatory precision*“ vgl. *Diver*, The Optimal Precision of Administrative Rules, Yale Law Journal 93 (1983-1984), S. 66 ff., 71 ff.

692 Vgl. *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 109 ff.; *Daintith*, The techniques of government, in: *Jowell/Oliver* [Hrsg.], The Changing Constitution, S. 219 f.

693 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 36 f.; *Ogus*, Regulation, S. 94 f.; siehe auch *Makkai/Braithwaite*, Making Sense of Regulatory Capture, S. 173 ff.

694 Dazu etwa *Black*, Rules and Regulators, S. 7 ff.

695 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 37; *McBarnet/Whelan*, The Elusive Spirit of Law, MLR 54 (1991), S. 858.

696 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 102 f.

inclusive“⁶⁹⁷, also von ihrem Anwendungsbereich her zu eng bemessen, und daher ineffektiv.⁶⁹⁸

Ein weiterer Nachteil der Regulierung mit Ge- bzw. Verboden wird schließlich darin gesehen, daß die mit der Befolgung restriktiver Standards verbundenen Kosten hohe Markteintrittsbarrieren bedeuten können, die die Wettbewerbssituation nachteilig beeinflussen.⁶⁹⁹

(2) Prozedurale Steuerung

Anstatt bestimmte Parameter im Wege einer materiellen Programmierung unmittelbar vorzuschreiben, hat der Staat auch die Möglichkeit, zur Geltendmachung der verbliebenen staatlichen Verantwortung auf den Prozeß der Leistungserstellung oder Entscheidungsfindung einzuwirken und bestimmte prozedurale Vorgaben zu machen, beispielsweise indem er Entscheidungs- und Konfliktlösungsprozesse vorschreibt.⁷⁰⁰ Die Steuerung erfolgt dabei insbesondere über die Vorgaben von Verfahren der Entscheidungsbildung und Konsensfindung.⁷⁰¹ Auch durch das Aufstellen prozeduraler Anforderungen wie Dokumentationspflichten oder Begründungsanforderungen kann auf eine Gemeinwohlorientierung privater Träger hingewirkt werden.⁷⁰² Gerade dieses im angelsächsischen Recht schon lange tradierte Konzept, weniger auf die materielle denn auf die prozedurale Absicherung von Entscheidungen zu rekurrieren, wird in der deutschen Rechtsordnung um so wichtiger, je mehr der Staat bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben Raum für die Nutzbarmachung gesellschaftlicher Problemlösungskapazitäten schafft, diesen aber zur Sicherung von Gemeinwohlbelangen einen gewissen Rahmen vorgibt.⁷⁰³ Einen engen Bezug zur prozeduralen Steuerung weist daher die „regulierte Selbstregulierung“ auf, auf die weiter unten gesondert eingegangen wird.

Prozedurale Steuerungsmechanismen haben mit der traditionell hierarchischen Steuerung gemein, daß sie sich auf die unmittelbare Geltungskraft des Gesetzes stützen, so daß sie auch als Unterform der Gebots- und Verbotssteuerung angesehen werden können. Regelungsinhalt ist jedoch nicht ein Merkmal der zu erstellenden Leistung oder eine bestimmte Produktqualität, sondern vielmehr der Prozeß der Leistungserstellung und -erbringung. Die prozedurale Regulierung kann ein Element der regulierten Selbst-

697 Siehe *Black, Rules and Regulators*, S. 7 ff.

698 Vgl. *McBarnet/Whelan, The Elusive Spirit of Law*, MLR 54 (1991), S. 864f.

699 *Breyer, Regulation and its Reform*, S. 115.

700 Vgl. *Mayntz, The Conditions of Effective Public Policy*, Policy and Politics 11 (1983), S. 128; *Hoffmann-Riem, Recht des Gewährleistungsstaates*, S. 104.

701 *Schuppert, Steuerung durch Recht*, S. 233.

702 Vgl. *Trute, Verantwortungsteilung*, S. 37

703 Vgl. auch *Hoffmann-Riem, Recht des Gewährleistungsstaates*, S. 104. Die gestiegene Bedeutung der Bereitstellung eines prozeduralen Rahmens fand Ausdruck auch in Forderungen nach einem Privatverfahrens- und Privatorganisationsrecht, vgl. dazu *Wahl, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument*, S. 325 ff.

regulierung⁷⁰⁴ darstellen und zu regulierter Autonomie führen. Sie kann sich daher als „reflexives“ Regelungssystem erweisen.

Eine prozedurale Regulierung kann schließlich aber auch darin bestehen, daß der Staat bestimmte Verfahren und Prozeduren zwar nicht normativ vorschreibt, daß er aber dem privaten Sektor für bestimmte Angelegenheiten einen institutionellen Rahmen zur Verfügung stellt, der mit entsprechenden Verfahrensabläufen strukturiert ist.

(3) Konsensuale Steuerung

Konsensuale Steuerungsmechanismen unterscheiden sich von der hoheitlichen Ge- und Verbotssteuerung im Wesentlichen dadurch, daß die regulativen Inhalte bei ihnen nicht einseitig vom Steuerungsakteur gesetzt, sondern konsensual-kooperativ festgelegt werden.⁷⁰⁵ Die konsensuale Steuerung weist vielfältige Erscheinungsformen auf, von denen hier zwei hervorgehoben werden sollen. Die wohl am weitesten verbreitete Form konsensbasierter Regulierung stellen Absprachen dar, deren Bindungswirkung entweder auf dem privaten oder auf dem öffentlichen Vertragsrechts (vertragsbasierte Regulierung⁷⁰⁶) oder aber auf lediglich faktischer Bindungswirkung eines sozialen Konsenses beruht.⁷⁰⁷

Hier von lassen sich andere Erscheinungsformen der konsensualen Steuerung unterscheiden, bei denen die Konsensfindung organisatorisch verstetigt und institutionalisiert wird. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß die beteiligten Akteure in bestimmten Einrichtungen dahingehend zusammenwirken, daß regulative Normen als gemeinsam gefundenes Ergebnis mit einer gewissen Verbindlichkeit nach außen an die beteiligten Akteure weitergegeben werden.⁷⁰⁸ Im Unterschied zur vertragsbasierten Regulierung muß dieses Ergebnis nicht zwingend in Form einer Vereinbarung niedergelegt werden, sondern kann etwa auch in Richtlinien oder Kodizes bestehen.

Konsensbasierte Steuerungsinstrumente werden grundsätzlich als wenig intrusiv und paternalistisch erachtet. In bestimmten Wirtschaftssektoren, in denen der Staat über eine ausgeprägte Verhandlungsmacht verfügt, ist jedoch anzunehmen, daß sich die Vertragspartner oftmals staatlichen Konditionen beugen müssen, um überhaupt einen wirtschaftlich relevanten Marktzugang zu erlangen. In diesen Fällen dürfte der Unterschied zur traditionell hierarchischen Steuerung mittels einseitig gesetzter verbindlicher Standards marginal sein. Anders sieht es demgegenüber aus, wenn es auch auf Seiten der Leistungserbringer gelingt, etwa durch Verbandsstrukturen die Verhandlungsmacht zu bündeln. Sind die beteiligten Akteure in Verbänden organisiert, die ihre Mitglieder an die vertraglich oder in gemeinsamen Gremien konsentierten Regulierungsinhalte binden,

704 Dazu sogleich unten, S. 123.

705 Vgl. *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 92.

706 Im Englischen als „*Regulation by Contract*“ bezeichnet, s. etwa *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 46 f.; *Vincent-Jones*, Regulation, PL 1999, S. 315 ff.

707 *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 92.

708 Vgl. *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 23.

liegt eine Steuerung durch einen (neo-)korporatistischen Interessenausgleich vor,⁷⁰⁹ wie er in Deutschland etwa in Gestalt der sog. „gemeinsamen Selbstverwaltung“⁷¹⁰ zur Steuerung der Leistungserbringung in verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung vorzufinden ist.

Zur sehr breit gefächerten Gruppe der konsensualen Steuerung werden teilweise auch Instrumente der Selbstregulierung gezählt.⁷¹¹ In der vorliegenden Untersuchung werden jedoch primär diejenigen konsensualen Mechanismen untersucht, die an der Schnittstelle zwischen Staat und Privaten liegen, die also in einem Konsens zwischen dem Staat als Steuerungssubjekt und gesellschaftlichen Akteuren als Steuerungsobjekten bestehen. Die Selbststeuerung wird demgegenüber – dem Blickwinkel dieser Arbeit folgend – unter dem Aspekt der staatlich regulierten Selbstregulierung als eigenständige Kategorie behandelt.⁷¹²

(4) Informationsbasierte und sonstige persuasive Steuerung

Auch die sog. informationsbasierte Steuerung (im Englischen als „*information regulation*“ oder auch „*communicative regulation*“⁷¹³ bezeichnet) stellt eine Reaktion auf die an der traditionell hoheitlichen Steuerung geäußerte Kritik und das Propagieren eines Wechsel hin zu weniger restriktiven Steuerungsformen dar. Dieses Regulierungsinstrument setzt zum einen an denjenigen Aspekten des Marktversagens an, die das Fehlen adäquater Informationen auf Seiten der Nachfrager und Empfänger bestimmter Leistungen betreffen. Zum anderen zielt es auf den Abbau von Wissensdefiziten seitens der privaten Leistungserbringer, um auf diese Weise Leistungserbringung zu befördern, die bestimmten gesellschaftlichen Anforderungen genügt.

Die Informationssteuerung umfaßt etwa Verbote, falsche oder irreführende Informationen zu verbreiten, oder Gebote, bestimmte Informationen offenzulegen. In dieser Erscheinungsform kann sie daher auch als spezielle Form der hierarchischen Ge- und Verbotssteuerung aufgefaßt werden. Im Unterschied zu den herkömmlichen Fällen der traditionellen hierarchischen Steuerung regelt die Informationssteuerung die Leistungserstellung, deren Ergebnis, deren Preis oder den Zugang zu bestimmten Leistungen aber nicht unmittelbar, so daß sich auch diese Form der Informationsregulierung besser als besondere Form der Steuerung über Marktanreize verstehen läßt.⁷¹⁴

Eine andere Erscheinungsform stellt die Weitergabe von Information an Marktteilnehmer direkt durch staatliche Stellen dar.⁷¹⁵ Die Informationen können sich dabei entweder an die Nachfrage- oder an die Angebotsseite richten. Letzteres ist beispielsweise

709 S. Becker, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 23 f.

710 Ausführlich zur gemeinsamen Selbstverwaltung etwa Becker, Hat die gemeinsame Selbstverwaltung noch Zukunft?, S. 124 ff.

711 Vgl. Morgan/Yeung, Law and Regulation, S. 93, 95.

712 Dazu sogleich unten, S. 123 f.

713 Vgl. Morgan/Yeung, Law and Regulation, S. 96 ff.

714 Dazu Yeung, Government by Publicity Management, PL 2005, S. 366 ff.

715 Vgl. Stewart, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 105.

der Fall, wenn aufsichtliche Überprüfungen in einem beratungsorientierten Stil erfolgen, bei dem die Prüfer Verbesserungsvorschläge aufzeigen und für die Verbreitung innovativer Standards und Techniken sorgen, etwa indem sie auf Neuerungen hinweisen, die von anderen zu prüfenden Einrichtungen erfolgreich angewandt werden.⁷¹⁶

Die informationsbasierten Steuerungsmechanismen zielen darauf ab, die Anbieter von Leistungen oder deren „Konsumenten“ von Verhaltensweisen zu überzeugen, die dem intendierten Steuerungsziel förderlich sind.⁷¹⁷ Damit ist das Potential dieses Regulierungsinstruments jedoch zugleich dadurch limitiert, daß es in einem bestimmten Maße vom rationalen Entscheidungshandeln der zu beeinflussenden Personen abhängt.⁷¹⁸ Die Wirkmechanismen der informationsbasierten Steuerung sind auf Marktteilnehmer angewiesen, die in der Lage sind, die erhaltenen Informationen zu verstehen, sie auszuwerten und ihr Handeln in einer rationalen Weise an ihnen auszurichten. Diese Voraussetzungen liegen jedoch oftmals nicht vor, weil individuelles Entscheiden und Handeln komplex und in hohem Maße kontextabhängig ist.⁷¹⁹

Weil weder die Regelung des Informationsverhaltens privater Akteure noch die Informationsgewährung an Marktteilnehmer durch den Staat das Verhalten der Marktteilnehmer (abgesehen von der Pflicht, bestimmte Informationen verfügbar zu machen, bzw. dem Verbot, bestimmte Informationen zu verbreiten) zwingend vorschreibt, sondern lediglich Anreize zu einem bestimmten Verhalten setzt, werden sie im Vergleich zum klassischen *command and control* als weniger interventionistische und weniger paternalistische Instrumente angesehen.⁷²⁰ Diesem Befund ist allerdings zu entgegnen, daß gerade die Weitergabe von Informationen an Marktteilnehmer bisweilen einen erheblichen Druck auf die betreffenden Leistungsersteller entfalten kann, der ihnen unter Umständen wirtschaftlich gar keine andere Wahl läßt, als ihr Verhalten entsprechend anzupassen. Ob unter diesen Umständen wirklich generell von einem weniger eingreifenden Steuerungsmechanismus gesprochen werden kann, ist zu bezweifeln.

Oftmals steht hinter der Überzeugungskraft dieser „persuasiven“ Instrumente nicht allein der vermittelte Inhalt, sondern maßgeblich auch die Autorität des Verfassers der betreffenden Information. Tritt die Wirkung der Information in dieser Hinsicht hinter die Autorität zurück, sollte daher nicht mehr von informationsbasiertter Steuerung, sondern besser von persuasiven Steuerungsinstrumenten gesprochen werden. Dieser Kategorie können etwa bestimmte Arten von „soft law“ – wie beispielsweise rechtlich unverbindliche Standards – unterfallen, die aber von Behörden erlassen und zur Interpretation rechtlicher Normierungen herangezogen werden.

716 Vgl. Braithwaite, The Limits of Economism, *Law and Society Review* 16 (1982), S. 495.

717 Morgan/Yeung, *Law and Regulation*, S. 96.

718 Baldwin/Cave, *Understanding Regulation*, S. 49.

719 Yeung, *Government by Publicity Management*, PL 2005, S. 368.

720 Vgl. statt vieler etwa Breyer, *Regulation and its Reform*, S. 163.

(5) Steuerung mittels ökonomischer und sonstiger Anreize

Die Steuerung mittels ökonomischer Anreize stützt sich auf das In-Aussicht-Stellen geldwerter Vor- oder Nachteile wie etwa Steuern, Steuerverschonungen,⁷²¹ Geldstrafen, Beihilfen oder Subventionen, um die betroffenen Akteure zu einem bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Verhalten zu verleiten.⁷²² Die anreizbasierte Steuerung kann beispielsweise auch in Versicherungsmechanismen bestehen, bei denen die Prämien an das individuelle Risiko für ein sozialpolitisch unerwünschtes Verhalten angeknüpft sind, etwa indem auf Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten zurückgegriffen wird.⁷²³ Aufgrund des mit einem Vertragsschluß regelmäßig erhofften finanziellen Vorteils werden bisweilen auch vertragliche Mechanismen der zur Steuerung mittels ökonomischer Anreize zugerechnet.⁷²⁴ Letztlich können auch staatliche Finanzbeiträge für bestimmte Vorhaben des privaten Sektors zu dieser Kategorie gezählt werden.

Obgleich die staatlich gesetzten Anreize regelmäßig finanzieller Natur sind, ist dies keineswegs zwingend. Steuerungsrelevante Anreize können beispielsweise auch immaterieller Natur sein, beispielsweise wenn mit dem intendierten Verhalten eine Steigerung des gesellschaftlichen Ansehens verbunden wird.

Anders als die Setzung verbindlicher Standards kann eine anreizbasierte Steuerung einen Antrieb bewirken, die intendierten Standards überzuerfüllen.⁷²⁵ Weil das intendierte Verhalten nicht verbindlich vorgeschrieben wird, wird auch dieses Instrument als eine nur wenig eingreifende Steuerungsform erachtet. Problematisch an dieser Art der Regulierung ist allerdings, daß mit ihr – indem bestimmte Verhaltensweisen unter Billigung durch die Rechtsordnung „erkaufbar“ gemacht werden – die rechtsethische, moralische Mißbilligung entfällt, die etwa mit Verboten verbunden ist. Ferner liegt die Kontrollzuständigkeit oftmals bei einer „abgabenorientierten“ staatlichen Stelle (wie etwa den Steuerbehörden) und nicht bei der Fachaufsicht. Hierdurch werden Chancen zu einem beratungsorientierten, innovationsfördernden Ansatz vergeben.⁷²⁶ Zudem tritt neben das Problem, die Anreize generell in einer optimalen Höhe festzulegen, bezogen auf den einzelnen zu steuernden Akteur auch ein Verlust an Ergebnissicherheit.⁷²⁷ Um seine Reaktion auf die Einführung des Anreizes vorhersagen zu können, müßte der regulierende Akteur umfassende Informationen über die dem zu steuernden Akteur entstehenden Kosten haben, die diesem zur Erlangung eines positiven bzw. zur Vermeidung eines negativen finanziellen Anreizes entstehen.⁷²⁸ Diese Unsicherheiten können aber jedenfalls dort nicht hingenommen werden, wo bedeutende Rechtsgüter Dritter – wie etwa

721 Dazu *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 164 ff.

722 Vgl. *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 482 ff.

723 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 42, 53.

724 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 104.

725 *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 486 f.

726 *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 495.

727 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 43.

728 *Braithwaite*, The Limits of Economism, Law and Society Review 16 (1982), S. 496.

bezogen auf die stationäre Langzeitpflege die Würde, das Leben und die Gesundheit der Heimbewohner – vom Verhalten des zu Steuernden betroffen sind.

(6) Marktbasierte Steuerungsmechanismen

Marktbasierte Steuerungsinstrumente machen sich zur Erreichung ihrer Steuerungsziele Marktkräfte, also das Gegenüber und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage, zunutze (sog. „*market harnessing*“⁷²⁹), indem sie diese gezielt in bestimmte Richtungen lenken. Diese Steuerungsform zeigt deutlich, daß die Dichotomie von Regulierung und Markt eine längst überkommene Vorstellung ist. Die marktbasierte Steuerung bedient sich einer Reihe verschiedener Instrumente, zu denen wettbewerbsrechtliche Vorschriften zur Sicherung fairer Marktverhältnisse ebenso zählen wie Franchising-Modelle oder der Handel mit Berechtigungen wie etwa mit Emissionszertifikaten.⁷³⁰

Eine für die vorliegende Untersuchung bedeutsame Erscheinungsform der marktbasierten Regulierung ist die Einführung von Wettbewerbselementen in Sozialleistungssystemen. Mit Blick auf die intendierten Steuerungsziele wichtig ist dabei die Erkenntnis, daß Wettbewerb längst mehr als nur einen Mechanismus zur Preisbildung darstellt,⁷³¹ „Qualitätswettbewerb“ etwa längst zum geflügelten Begriff wurde. Wettbewerb setzt zunächst die organisatorische Trennung von Angebot und Nachfrage voraus und kann bei einem Konkurrieren verschiedener Anbieter – so die Grundvorstellung – dazu führen, daß die angebotenen Leistungen den Bedürfnissen der Nachfragenden unter verschiedenen Aspekten besser entsprechend als dies in einem System ohne Wettbewerb theoretisch der Fall wäre.

Wettbewerbsbedingungen können freilich nur dort herrschen, wo entsprechende Entscheidungsmöglichkeiten und Handlungsoptionen bestehen.⁷³² Insofern stellt auch die Einräumung bzw. die Unterstützung bei der Ausübung von Wahlrechten ein zentrales, marktbasiertes Steuerungsinstrument dar. In der englischsprachigen Literatur wird in diesem Zusammenhang von den Handlungsoptionen „*exit*“ und „*choice*“ gesprochen, die sich auf die Freiheit beziehen, einen als unzureichend empfundenen Leistungsbezug bei einem bestimmten Anbieter zu beenden und statt dessen einen anderen zu wählen.⁷³³

Die marktbasierte Steuerung weist insofern gewisse Überschneidungen mit der vertraglichen Steuerung auf, als der Vertrag regelmäßig das Instrument ist, mit dem der Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage in Wettbewerbssystemen fixiert wird. So kann der Staat die von ihm erstrebten Steuerungsziele etwa dadurch umzusetzen versuchen, daß er die entsprechenden Standards gestützt auf seine Nachfragemacht gegen-

729 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 44 ff.

730 Näher zu diesen Beispielen *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 44 ff.

731 *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 32.

732 Vgl. hierzu *Becker*, Funktion und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, S. 34 ff.

733 S. etwa *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, MLR 68 (2005), S. 898 ff.

über privaten Leistungserbringern, zu denen er in vertragliche Beziehungen tritt, als Vertragsinhalt durchsetzt.⁷³⁴

Dort, wo der Staat als Marktteilnehmer auftritt, ist die Effektivität der marktbasierter Steuerung auch davon abhängig, inwiefern die Interessen, die der jeweilige staatliche Akteur durchzusetzen versucht, auch tatsächlich am Gemeinwohl orientiert sind. Insbesondere ein Auftreten von „*regulatory capture*“, d.h. einer Angleichung der Interessen des Regulierenden an die des zu steuernden Akteurs,⁷³⁵ als auch vom Gemeinwohl abweichende, genuine Eigeninteressen des Akteurs wie etwa finanzielle Aspekte können sich negativ auf das Erreichen des Steuerungsziels auswirken.

Die Steuerung über marktbasierter Mechanismen ist in hohem Maße auf aktive und rational handelnde Marktteilnehmer angewiesen. Insoweit erlangen auch die oben beschriebenen informationsbezogenen Steuerungsinstrumente gerade im Zusammenhang mit der marktbasierter Steuerung unterstützende Bedeutung und könnten insofern auch dieser Regulierungskategorie zugeordnet werden.

(7) Stärkung von Konsumentenrechten

Ein weiterer Steuerungsansatz, der einen engen Zusammenhang mit der marktbasierten Regulierung aufweist, besteht darin, diejenigen Personen, die mit dem Verhalten der eigentlichen Steuerungsobjekte in Berührung kommen, bei der Durchsetzung ihre Interessen in bestimmter Weise zu unterstützen. Bezogen auf die Regulierung von Dienstleistungen geht es darum, dadurch mittelbar Einfluß auf die Leistungserbringung zu nehmen, daß die Konsumenten dieser Leistungen in die Lage versetzt werden, zur Durchsetzung ihrer Interessen auf die Leistungserbringer einwirken zu können.⁷³⁶

Eine wichtige Erscheinungsform dieser Regulierungstechnik liegt in der rechtlichen Stärkung der Position der Leistungsempfänger, also der Einräumung bestimmter Konsumentenrechte. Dies ist in zwei Richtungen denkbar – zum einen in der Gewährung materieller Rechte, zum anderen in der Stärkung verfahrensrechtlicher Positionen der Konsumenten einer Leistung.

Steuerungsanreize durch die Gewährung materieller Rechte können beispielsweise darin bestehen, daß den zu regulierenden Akteuren bei einem bestimmten, sozialpolitisch unerwünschten Verhalten im Zusammenhang mit der Leistungserbringung Schadensersatzansprüche seitens der Leistungsempfänger drohen.⁷³⁷ Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu sehen ist die Möglichkeit des Staates, dadurch steuernd auf den Leistungserbringer einzuwirken, daß bestimmte Rechte vertraglich nicht abbedungen⁷³⁸ oder andere, für den Leistungsempfänger potentiell belastende rechtliche Verpflichtungen gar nicht erst wirksam vereinbart werden können.

734 Vgl. zu diesen Aspekten des „*public contracting for human services*“ *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, *MLR* 68 (2005), S. 896 ff.; vgl. auch *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 46 f.

735 Näher hierzu *Ogus*, Regulation, S. 57 f.; zu *regulatory capture* s. auch die Nachweise in Fn. 693.

736 Vgl. *Stewart*, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 105.

737 *Breyer*, Regulation and its Reform, S. 174 ff.

738 Zu diesen *inalienable rights* s. *Ogus*, Regulation, S. 257 f.

Die Stärkung der verfahrensrechtlichen Position eines Konsumenten besteht demgegenüber darin, daß bestimmte Institutionen oder Mechanismen geschaffen werden, die ihn bei der Durchsetzung seiner Interessen unterstützen, beispielsweise durch die Einrichtung leicht zugänglicher Beschwerdeverfahren.⁷³⁹ Das Arsenal der rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten wird ferner dadurch erweitert, daß der Staat bestimmte formale Klage- oder sonstige Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen kann. Werden Betroffenen oder Interessenverbänden gar unabhängig von subjektiven Rechtspositionen Rechtsschutzmöglichkeiten oder die Möglichkeit zur Beteiligung am Verfahren eingeräumt, kann dies die mittelbare Berücksichtigung von Interessen Dritter und vermittelt durch diese Pluralisierung eine Berücksichtigung der entsprechenden Interessen im Verhalten des Steuerungsobjekts bewirken.⁷⁴⁰ In Abgrenzung zu dem oben vorgestellten und als *choice* bezeichneten marktisierten Steuerungsmechanismus wird dieses Instrument in der angelsächsischen Literatur auch als „*voice*“ bezeichnet.⁷⁴¹ Dahinter steht der Gedanke, daß die betreffenden Maßnahmen dazu dienen, dem Leistungsempfänger als dem Betroffenen Gehör zu verschaffen, um so eine Verhaltensänderung des Steuerungsobjekts zu bewirken.

Dieses Steuerungsinstrument ist zwar weniger eingreifend als die unmittelbare Vorgabe verbindlicher Leistungsstandards, sieht sich jedoch verschiedenen Nachteilen gegenüber. Insbesondere macht es die nur indirekt vermittelte Wirkung schwer, den Grad des abschreckenden Effekts einzuschätzen, der von der Stärkung der Position der Konsumenten ausgeht. Zudem ist dieses Instrument ebenso wie die zuvor genannten marktisierten Ansätze auf aktive Marktteilnehmer angewiesen,⁷⁴² so daß seine Eignung von Marktsegment zu Marktsegment je nach dem dort typischerweise vorhandenen Konsumentenkreis unterschiedlich ausfallen wird.

(8) Regulierte Selbstregulierung

Selbstregulierungssysteme basieren grundsätzlich auf der Bereitschaft bestimmter privater Akteure, ihr Verhalten an bestimmten, von ihnen selbst aufgestellten Regeln auszurichten. Häufig finden sich organisatorisch verfestigte Strukturen, etwa in Gestalt von Einrichtungen, die Regelwerke für ihre Mitglieder entwickeln, deren Einhaltung überwachen und gegebenenfalls durchsetzen. Derartige Systeme können in einer Vielzahl institutioneller Designs bestehen und einen ganzen Wirtschaftszweig umfassen oder sich auch nur auf einzelne Akteure beschränken.⁷⁴³

739 Vgl. *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, *MLR* 68 (2005), S. 899 f.

740 Vgl. auch *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 35.

741 S. etwa *Vincent-Jones*, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, *MLR* 68 (2005), S. 899 f.

742 *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 52.

743 Vgl. *Ogus*, Rethinking Self-Regulation, *OJLS* 15 (1995), S. 99 f.; verschiedenen Beispiele von Selbstregulierungssystemen sind etwa aufgeführt bei *Gunningham/Rees*, Industry Self-Regulation, *Law & Policy* 19 (1997), S. 367 ff.

Obgleich Selbstregulierungssysteme häufig als Alternative zur staatlichen Regulierung entwickelt werden, kann die Selbstregulierung ihrerseits Gegenstand staatlicher Steuerung sein, etwa indem sie unter die staatliche Aufsicht oder einen Zulassungsvorbehalt gestellt werden oder indem der Einsatz von Selbstregulierungsmechanismen vom Staat zwingend vorgeschrieben oder mit Sicherungen versehen wird, die einen adäquaten Interessenausgleich besorgen⁷⁴⁴ oder dem Staat ein Eingreifen ermöglichen, wenn die erhofften Regelungsziele nicht erreicht werden oder wenn unerwünschte Nebeneffekte auftreten.⁷⁴⁵ In diesem Fall handelt es sich um „regulierte Selbstregulierung“⁷⁴⁶, ein Instrument, bei dem als Steuerungssubjekt (auch) der Staat auftritt.⁷⁴⁷ Der Grad, zu dem der Staat das Design derartiger Selbstregulierungssysteme dabei vorschreibt, variiert. Beispielsweise kann der Staat es bei der Regelung eines subsidiären Systems belassen, das nur dann zur Anwendung gelangt, falls kein geeignetes Selbstregulierungssystem eingerichtet wurde. Alternativ kann der Staat mittels zwingenden Rechts auch die Errichtung bestimmter Strukturmerkmale von Selbstregulierungssystemen vorschreiben.

Diese Art und Weise der Steuerung ist insofern „reflexiv“⁷⁴⁸, als sie die Schaffung eines Zustands „regulierter Autonomie“ ermöglicht, der die interne Dynamik und die dezentralen Kompetenzen der zu regulierenden Einrichtungen respektiert, ohne dabei von gemeinwohlorientierten Restriktionen abzurücken.⁷⁴⁹ Steuerungsansätze, die sich auf Selbstregulierung stützen, gelten dort gegenüber der hierarchischen Regulierung als effektiver, wo die regulierte Tätigkeit ein hohes Maß an technischem oder sonstigem Expertenwissen bedarf, weil dieses häufig nur als Insiderwissen auf Seiten der Wirtschaft, nicht unbedingt in gleichem Maße aber auch beim Regulierer vorliegt.⁷⁵⁰ Insofern wird diesen Systemen auch eine staatsentlastende Funktion zugeschrieben.⁷⁵¹ Außerdem kann die mitunter erhöhte Bereitschaft der Regulierten, sich an ihre „eigenen“ Regeln zu halten, die Steuerungseffektivität erhöhen. Selbstregulierungssysteme können sich jedoch negativ auf das Steuerungsziel auswirken, wenn sie mißbraucht werden, um den Marktzugang für bislang nicht in diesem Marktsegment tätige Unternehmen zu erschweren, wo ihr Hauptziel in exzessiver Gewinnvermehrung – unter dem Deckmantel der Regulierung – besteht⁷⁵² oder wo Dritte von den Regelungen nachteilig betroffen werden.⁷⁵³ Zudem kann die Wirksamkeit selbstregulatorischer Maßnahmen durch die Tendenz unterlaufen werden, daß Mitglieder ein- und derselben Profession dazu neigen

744 Vgl. *Baldwin/Cave*, Understanding Regulation, S. 39; *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 200.

745 *Schulz*, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, S. 104.

746 S. *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 37.

747 Vgl. *Vincent-Jones*, Regulation, PL 1999, S. 311.

748 S. dazu oben, S. 107 f.

749 Vgl. *Teubner/Willke*, Reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1984, S. 7, 27 ff.

750 Vgl. *Morgan/Yeung*, Law and Regulation, S. 93; *Ogus*, Rethinking Self-Regulation, OJLS 15 (1995), S. 97 f.

751 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 200 f.

752 S. *Gunningham/Rees*, Industry Self-Regulation, Law & Policy 19 (1997), S. 366, 370.

753 *Ogus*, Rethinking Self-Regulation, OJLS 15 (1995), S. 98 f.

könnten, sich gegenseitig zu decken und Mißstände nicht nach außen gelangen zu lassen.⁷⁵⁴

(9) Unmittelbares staatliches Handeln

Anstatt steuernd auf den privaten Sektor einzuwirken und bestimmte Standards zu setzen, kann der Staat die angestrebten Ergebnisse auch dadurch zu erreichen versuchen, daß er die betreffenden Handlungen selbst vornimmt bzw. die entsprechenden Leistungen selbst erstellt. Unmittelbares staatliches Handeln kann etwa die Form von Staatseigentum an Infrastruktureinrichtungen in Regionen haben, in denen der private Sektor nicht zur Tätigung von Investitionen bereit war.⁷⁵⁵ Ebenso kann es partiell an die Stelle privaten Handelns treten, indem der Staat die betreffenden Tätigkeiten kommissarisch erledigt.

Auch wenn die eigenhändige staatliche Leistungserbringung grundsätzlich nicht dem Leitbild des Gewährleistungsstaates entspricht und sich prinzipiell nicht als eine Form des steuernden Einwirkens auf den privaten Sektor darstellt, kann auch dieses Instrument, wenn es als Aktualisierung der Auffangverantwortung⁷⁵⁶ des Gewährleistungsstaates gesehen wird, also *ultima ratio* einer staatlich-privaten Interaktion verstanden werden. Zudem kann auch das Drophpotential, das sich mit einer kommissarischen, ersetzenden staatlichen Tätigkeit verbindet, Präventionswirkungen entfalten.

e. Steuerungsziele und Steuerungsbereiche

Das vorgestellte Steuerungsinstrumentarium dient dazu, bestimmte Steuerungsziele zu erreichen. Unter Steuerungszielen sind allgemein diejenigen Sollzustände oder Soll-eigenschaften zu verstehen, die das Steuerungssubjekt in Bezug auf das Steuerungsobjekt zu bewirken versucht. In Abgrenzung hierzu sollen unter den Steuerungsbereichen diejenigen tatsächlichen Ausschnitte aus der Lebenswirklichkeit verstanden werden, in denen die Steuerung stattfindet, d.h. in denen die Ziele verwirklicht werden sollen. Die stationäre Langzeitpflege, die den Gegenstand dieser Arbeit bildet, stellt einen derartigen Bereich dar, während sich als Steuerungsziel etwa das Vorhandensein einer zahlenmäßig ausreichenden Bettenkapazität am Pflegemarkt nennen ließe.

Ein gewisses methodologisches Problem ist mit der Zuordnung einzelner Steuerungsmaßnahmen zu bestimmten Steuerungszielen verbunden. Während als objektiv feststellbare Tatsachen allein bestimmte Instrumentarien vorliegen, sind die Steuerungsziele als subjektive Umstände des Steuerungsakteurs grundsätzlich nicht unmittelbar zugänglich. Auf sie muß vielmehr von den Steuerungsinstrumenten ausgehend rückgeschlossen werden, indem zum Beispiel deren „Wirkrichtung“ untersucht wird. Weil unter Steuerung jedoch ein zielgerichtetes Handeln verstanden wird, nicht aber zufällig eintretende Nebeneffekte, ist der Schluß von den Auswirkungen eines Instrumentes (so

754 Davies, Don't Trust Me, I'm a Doctor, OJLS 20 (2000), S. 452.

755 Vgl. Baldwin/Cave, Understanding Regulation, S. 50; Stewart, Regulation and the Crisis of Legislation, S. 105.

756 Siehe oben S. 91.

sich diese überhaupt ablesen lassen) auf die intendierten Zielsetzungen dort schwer, wo sich beide nicht leicht voneinander unterscheiden lassen. Soweit Begleitmaterialien zu den Maßnahmen vorliegen – wie im Falle von Gesetzen etwa deren Begründung – können diese ebenso wie die Entstehungshintergründe einen Hinweis auf die beabsichtigten Steuerungszwecke liefern.

Die Steuerungsbereiche und die Steuerungsziele werden in den nächsten beiden Kapiteln als Grundstruktur sowie als funktionale Vergleichsgrundlage für die Länderberichte dienen. Dies wird im Folgenden zum Abschluß der Grundlegung erörtert.

D. Vergleichsgrundlagen und Aufbau der Länderberichte

Im englischen Länderbericht, der im nächsten Kapitel folgt, und im deutschen Länderbericht, der im Anschluß daran sogleich aus vergleichenden Betrachtung dargestellt wird, werden unter dem speziellen Blickwinkel der staatlichen Verantwortung die Systeme der stationären Langzeitzeitpflege dieser beider Länder vorgestellt. Ein analytischer Zugriff auf diesen sehr komplexen Ausschnitt der beiden Rechtsordnungen setzt – zumal aus rechtsvergleichender Perspektive – voraus, daß die Darstellung einem bestimmten, am Erkenntnisziel dieser Untersuchung orientierten Raster folgt.

Die generelle, sowohl den englischen Länderbericht als auch die vergleichende Betrachtung der deutschen Rechtsordnung umspannende Fragestellung ist, unter welchen Aspekten, in welchem Ausmaß und mit welchen Mitteln und Instrumenten sich der englische und der deutsche Staat für die primär durch Akteure des privaten Sektors erbrachten stationären Langzeitpflegeleistungen verantwortlich zeigen. Den Länderberichten liegt damit eine vom Staat als Verantwortungs- und Steuerungssubjekt ausgehende Perspektive zugrunde, wobei an dieser Stelle nochmals daran erinnert werden soll, daß die Termini „Staat“ und „Private“ hier als Breviatur für unterschiedlichste Akteure verwendet werden. Um diese Pauschalisierung aufzulösen, werden die Länderberichte zunächst mit einem kurzen allgemeinen Teil eingeleitet, der die an der stationären Langzeitpflege beteiligten Akteuren näher vorstellt und einen Überblick über das betreffende Sozialleistungsregime und die Grundstruktur des Langzeitpflegemarktes geben wird.

I. Einteilung in Verantwortungsbereiche

Nach der einleitenden Vorstellung der wichtigsten Akteure und der einschlägigen Sozialleistungen soll die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege so dann exemplarisch an drei zentralen Verantwortungsbereichen der stationären Langzeitpflege beschrieben werden, nämlich erstens anhand der von Staat übernommenen Infrastrukturverantwortung,⁷⁵⁷ zweitens anhand der staatlichen Verantwortung für die Quali-

⁷⁵⁷ Vgl. hierzu oben, S. 90.