

Universalprinzip Wettbewerb – Die Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Werner Heun*

Wettbewerb ist allgegenwärtig. Von der Urzeit bis heute findet sich Wettbewerb zwischen Individuen und kleineren oder größeren Kollektiven. Olympische Wettkämpfe sind ein Signum der Antike. Seit dem Siegeszug der kapitalistischen Marktwirtschaft ist der Wettbewerb zum beherrschenden Merkmal der modernen Wirtschaft geworden, das im Zeichen zunehmender Ökonomisierung und Globalisierung weltweit auch auf anderen Feldern immer mehr Geltung beansprucht. Der Wettbewerbsföderalismus als Leitidee ist ein besonders prominentes Beispiel für die politische Schlagkraft des Gedankens im öffentlichen Bereich. Das effizienzsteigernde Potential des Wettbewerbs wird überall zu nutzen versucht. Die Expansion des Wettbewerbsgedankens und seine Allgegenwärtigkeit verwischen freilich die Konturen des Begriffs, die Überdehnung der Idee schwächt ihre Überzeugungskraft. Die Erschütterung des Glaubens an einen ungebrochenen globalisierten Kapitalismus durch die Finanz- und Wirtschaftskrise untergräbt auch die Plausibilität des Wettbewerbs als universales Prinzip. Es entbehrt nicht ganz der Ironie, dass der Vorstand der Staatsrechtslehrervereinigung etwa zum Zeitpunkt des Ausbruchs der Finanzkrise im Herbst 2008 ausgerechnet „Gemeinwohl durch Wettbewerb?“ zum Oberthema der Tagung der Vereinigung in Graz im Oktober 2009 erhoben hat. Vier Themen mit öffentlichrechtlichem Akzent wurden ausgewählt, die jeweils mit Doppelreferaten belegt waren, wie es seit einigen Jahren Tradition ist.

Vier unterschiedliche Anwendungsbereiche des Wettbewerbs bedingten eher disparate Verständnisse des Wettbewerbsgedankens, zumal kein Vortrag den Grundlagen und der begrifflichen Analyse gewidmet war. Am ehesten leistete diese Begriffsarbeit das insofern glücklich platzierte erste Referat von Anne Peters über den Wettbewerb der Rechtsordnungen, die den Wettbewerb als dreipoliges Verhältnis zwischen (Rechts-) Anbietern und Kunden qualifizierte. Impliziert wurde mit dieser Rekonstruktion des Wettbewerbs als Konstellation verschiedener Akteure, dass ein unmittelbarer Wettbewerb der Rechtsordnungen im Grunde nicht existiert bzw. als Thema zumindest schief formuliert ist, ohne dass die Referenten dies explizit deutlich machten. Allenfalls Staaten oder Systeme kommen als Akteure in Betracht, das Recht ist hier bestenfalls jeweils sachbezogenes Instrument des Wettbewerbs. Regelungen über Steuern oder die Bankenaufsicht treten in Konkurrenz, am wenigsten jedoch Rechtsordnungen als Ganzes¹. Während Frau Peters den Wettbewerb konsequent eher re-

* Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun leitet das Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen.

1 Die Zweifelhafteigkeit der Idee eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen trat in einem Begleitaufsatz zur Tagung von L. Michael, Wettbewerb von Rechtsordnungen, DVBl. 2009, S. 1062 ff. (1063) zutage, der „die Rechtsanwendung“ als knappes Gut qualifiziert, um das konkurriert werde.

striktiv verstand, wurde bei dem Zweitreferenten Thomas Giegerich dieser Tatbestand durch ein sehr allgemeines Verständnis des Wettbewerbs „als Movens der europäischen Kulturen auf ihrer Suche nach Gerechtigkeit“ eher verdeckt. Die Aufächerung in einen wirtschaftlich beherrschten Regulierungswettbewerb und einen ideellen Wettbewerb um das optimale Recht bei Giegerich weichte den Wettbewerbsbegriff denn auch weiter auf. In der anschließenden Diskussion, die vor allem um die Frage des Exports deutschen Rechts kreiste, büßte der Wettbewerbsbegriff nahezu alle analytische Schärfe ein.

Da der Wettbewerb von Rechtsordnungen der Sache nach der Wettbewerb von Staaten auf bestimmten Aktionsfeldern ist, hätte die abstrakte Fragestellung hier noch stärkere Anschaulichkeit gewinnen können. Immerhin sprach Peters die notwendige Mobilität der Bürger als Bedingung des Wettbewerbs zwischen Gebietskörperschaften² an, während die sog. voice-Option im Sinne von Hirschman³ im Grunde wettbewerbsfremd ist, weil der Akteur (Rechtsetzer) unmittelbar und gerade nicht indirekt durch den Wettbewerb beeinflusst wird. Kaum in den Blickpunkt rückte leider, unter welchen Bedingungen der Regulierungswettbewerb tatsächlich zu Verbesserungen und Effizienzsteigerungen oder zu einem race to the bottom führt⁴.

Das zweite Thema der Tagung war der „Demokratie als Wettbewerbsordnung“ gewidmet. Der Grundgedanke der Konkurrenzdemokratie, der von Joseph Schumpeter⁵ und Anthony Downs⁶ entwickelt wurde, beruht auf der Übertragung ökonomischer Ideen auf die Politik: Parteien konkurrieren um Wählerstimmen, um ihre Politikvorstellungen und Interessen zu verwirklichen, Parteien fungieren als Anbieter, Wähler als Kunden und die Zahlungseinheit sind die Wählerstimmen. Diese zuallererst deskriptiv-realistische Demokratiekonzeption, die freilich durchaus auch einen normativen Anspruch erhebt⁷, wurde indes von den Referenten gar nicht weiter verfolgt, sondern normativ-idealistisch in einen Wettbewerb um das Gemeinwohl (Armin Hatje) und eine Konzeption demokratischen Entscheidens unter Gemeinwohlorientierung (Markus Kotzur) umgedeutet. Der Vorrang des Gemeinwohls und der Wettbewerb der Gemeinwohlentwürfe waren – wohl durch das Oberthema der Tagung motiviert – das verbindende Element der beiden Referate, die sich beide mehr oder weniger zu einem Gesamtpanorama der demokratischen Ordnung ausweiteten, in dem der Wettbewerbsgedanke teils stärker betont wie bei Hatje, teils trotz häufiger

2 Das ist die Grundidee des Modells von C. M. Tiebout, A Pure Theory of Local Expenditures, Journal of Political Economy 64 (1956), S. 416 ff.

3 A. O. Hirschman, Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States, Cambridge/MA.: Harvard University Press 1970.

4 Vgl. hierzu H.-W. Sinn, The New Systems Competition, Oxford: Blackwell 2003.

5 J. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, New York: Harper & Row 1942.

6 A. Downs, An Economic Theory of Democracy, New York: Harper & Row 1957.

7 Vgl. P. Graf Kielmannsegg, Volkssouveränität, Stuttgart 1977, S. 171 ff. zu Schumpeter.

Anrufung eher in den Hintergrund trat wie bei Kotzur. Der ökonomische Ursprung des Wettbewerbsgedankens kam bei Kotzur fast nur in der Rezeption der Idee Friedrich von Hayeks vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren zum Ausdruck⁸. Die stichwortartige Übertragung verdeckt indes, dass Hayek das Entdeckungsverfahren in einem engen Sinn vor allen darauf bezog, welche Güter und Leistungen knapp sind und vom Markt nachgefragt werden. Im Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip gewinnt es dagegen schnell einen weit ausgreifenderen Sinn. Auch blieb bei beiden Referaten der normative Gehalt, der mehr unterstellt als begründet wurde, und die normative Herleitung des Wettbewerbs im System der Demokratie unklar. Am ehesten lässt er sich noch aus dem Gedanken der Chancengleichheit ableiten, wie es auch das Bundesverfassungsgericht in seiner letzten Entscheidung zur Parteienfinanzierung angedeutet hat, in der es das Modell politischen Wettbewerbs am schärfsten akzentuiert und sich sogar der ökonomischen Redeweise vom offenen Zugang zum „politischen Markt“ bedient hat⁹. Konzeptionell problematisch war zudem Hatjes Gegenüberstellung von Wettbewerb einerseits und Konkordanz andererseits, da beide Begriffe gerade keine Gegensätze darstellen. Der Gegenbegriff zu Konkordanz- oder Konsensdemokratie ist die Mehrheitsdemokratie¹⁰, während das Konkurrenzprinzip gerade im Bereich der Wahlen als Hauptanwendungsfeld des Wettbewerbs bei beiden Ausprägungen demokratischer Systeme wirksam ist. So richtig und konsensfähig viele Aussagen und Formulierungen in beiden Vorträgen waren, insgesamt wirkte der Wettbewerbsgedanke in den Demokratiekonzeptionen eher als schmückendes Ornament denn als die Analyse schärfendes Instrument.

Auch die beiden verwaltungsrechtlichen Referate von Michael Potacs und Jens Kersten über die „Herstellung von Wettbewerb durch die Verwaltung“ setzten mit der Gemeinwohlerfüllung durch Wettbewerb ein, um dann aber schnell zu konkreten Fragen der Wettbewerbssicherung überzugehen. Die Vorträge profitierten davon, dass ihr Gegenstand der ökonomische Wettbewerb als eigentliches Zentrum des Wettbewerbsbegriffs war, wo dieser im strengen Sinn uneingeschränkt anwendbar ist. Trotz aller Überlagerung durch die juristischen Vorstellungen von Gemeinwohl und Freiheit („Wettbewerb als Freiheit“ bei Kersten) blieb der harte ökonomische Kern des Wettbewerbs doch klar. Die konkrete Fragestellung wirkte sich – wie oft – auf die Qualität förderlich aus. Dabei stieß vor allem die Kategorisierung von Kersten, der zwischen optimiertem, instrumentellem und reguliertem Wettbewerb differenzierte, auf positive Resonanz. Optimierter Wettbewerb umschreibt die klassische

8 F. von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel 1968.

9 BVerfGE 111, 382 (404).

10 So der „Klassiker“ A. Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*, New Haven: Yale University Press 1984.

Sicherung wirtschaftlichen Wettbewerbs durch das Kartellrecht, worin Franz Böhm¹¹ und Walter Eucken¹² als Vertreter des Ordoliberalismus eine notwendige Staatsaufgabe sahen. In diesem Zusammenhang leuchtete allerdings nicht ein, dass die europäischen Verträge den Wettbewerb (lediglich) als „ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren“ (i.S.v. Hayek) schützen sollen und der „ergebnisorientierte more economic approach“ dazu im Gegensatz stehe und daher vertragswidrig sei. Man kann gegen diesen neuen Ansatz sachlich eine Reihe von Einwänden erheben¹³. Für die These der Vertragswidrigkeit geben die Zielsetzungen der Verträge bis hin zum Lissabon-Vertrag und die Regelung des Art. 81 f. EG a. F. (= 101 f. AEU) jedoch keinen Anhaltspunkt. Verbraucherinteressen und ökonomische Effizienz lassen sich kaum in einen Gegensatz zu den Vertragszielen setzen. Auch die Kategorie des regulierten Wettbewerbs war klar konturiert, wobei neben dem Aspekt der weiter bestehenden Zielsetzung der Garantie der Daseinsvorsorgeleistungen das Element des Aufbrechens auch quasi-natürlicher Monopole in der Gestalt von bestehenden Netzen hätte stärker betont werden können. Am wenigsten eindeutig umrissen war der instrumentelle Wettbewerb, in dem es der Sache nach um Formen eines untechnischen Wettbewerbs im allgemeinen Sinn etwa durch Ausschreibungen bei der Ämterbesetzung und Auftragsvergabe ging. Das ebenfalls durchaus gelungene Referat von Michael Potacs, das insbesondere die Regelungen in Österreich zugrunde legte, orientierte sich stärker an den einzelnen juristischen Vorgaben und betonte vor allem die Zielsetzung der Effizienzsteigerung vor dem Hintergrund der Gemeinwohlerfüllung als zentraler Verwaltungsaufgabe.

In der abschließenden Sektion über Universitäten im Wettbewerb verschwamm der Wettbewerbsbegriff dann wieder zusehends. Der erste Vortrag von Max-Emmanuel Geis betonte zu Recht, dass Wettbewerb im Hochschulwesen „regelmäßig nicht im klassisch-neoliberalen Sinn“ zu verstehen sei, sondern „mehrdeutig“ verwendet werde. Es war konsequent, dass Wettbewerb zwischen den Universitäten danach in den verschiedensten Formen auftritt. Wettbewerb um Reputation, um Leistungsbilanzen und um die Binnenstruktur und zugleich auf und zwischen mehreren Ebenen (einzelner Wissenschaftler, Universitäten, Länder). Soweit der Referent dabei auf die Institutionenökonomie Bezug nahm, hatte dies allerdings wenig mit Erkenntnissen der neueren Institutionenökonomik zu tun, sondern war wohl eher untechnisch gemeint. Insgesamt war das Referat äußerst skeptisch gegenüber dem Wettbewerbsgedanken, betonte die Grenzen des Wettbewerbsmodells und sah den wissenschaftlichen Diskurs und letztlich auch die Wissenschaftsfreiheit gefährdet, freilich mehr durch be-

11 F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933 (Ndr. 1964); ders., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950.

12 W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1950.

13 Dazu hier nur U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG, 4. Aufl., München 2007, Teil 1, Einleitung C, Rn. 28 ff.; W. Möschel, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, S. 1040 ff. m.w.N.

stimmte Strukturen der Hochschulleitung und der Hochschulsteuerung als den Wettbewerb selbst. Noch weiter verblasste der Wettbewerbsbegriff im abschließenden Vortrag von Christian Bumke, der vor allem ein ziemlich idealistisches Bild der Idee der deutschen Universität zeichnete, ohne daraus jedoch allzu scharfe verfassungsrechtliche Konsequenzen zu ziehen. Wettbewerb musste in dieser Konzeption eher eine Randerscheinung bleiben. Vom Wettbewerb war fast nur am Anfang und auch mit negativem abwehrendem Akzent die Rede. Im Grunde hatte der Wettbewerb in dieser Konzeption keinen Platz.

Überblickt man die Tagung und fragt nach der Fruchtbarkeit und Anwendbarkeit des Wettbewerbs als Kategorie im Recht, ist der Ertrag ungeachtet der Qualität der einzelnen Verträge zu ihrem speziellen Thema doch eher bescheiden. Es fehlt schon generell – und nicht nur der Tagung – an einem klar konturierten Wettbewerbsbegriff. Das gilt selbst für eine Definition des ökonomischen Wettbewerbs, dem noch am ehesten die notwendige Präzision attestiert werden kann. Selbst hier – wie bei einzelnen Referenten – wird freilich häufig nicht klar genug analytisch zwischen dem Markt als Institution und Ort von Transaktionen, wo die Marktteilnehmer in Kontakt treten, und dem Wettbewerb als Effizienzbedingung und Verhaltensweise unterschieden¹⁴. Der Gegensatz zum Markt ist Hierarchie¹⁵, der Gegenbegriff zum Wettbewerb das Monopol¹⁶. Ein perfekter Markt ist mit einem Monopol vollständig vereinbar. Hier wird schon erkennbar, dass das Rahmenthema der Tagung einen weitaus diffuseren Begriff verwendet, der letztlich jedes Bemühen mehrerer Beteiligter um knappe Güter umfasst, und somit von der biologischen Evolution¹⁷ über den Sport bis hin zu ökonomischen Prozessen anwendbar ist. Ein derart offener Begriff taugt freilich wissenschaftlich wenig. Die Referate und Diskussionen, in denen nahezu uferlos alles bis hin zur sozialen Gerechtigkeit angesprochen wurde, demonstrierten gewissermaßen ex negativo die Unschärfen des Wettbewerbsbegriffs. Die ertragreicheren Vorträge zeichneten sich demgegenüber durch deutliche Eingrenzungen des Wettbewerbsbegriffs aus. Wo dagegen schon der Wettbewerbsbegriff unklar und diffus war, verlor meist auch das Referat seine Konturen. Insgesamt erwies sich der Wettbewerb als Oberthema deshalb als problematisch. Nur die Herstellung des ökonomischen Wettbewerbs durch die Verwaltung war dank seines klar umrissenen Gegenstandes eine fruchtbare Fragestellung. Die Tagung der Staatsrechtslehrervereinigung in Graz gibt daher Anlass, die Notwendigkeit eines einheitlichen Oberthemas für vier Doppelthemen zu überdenken und vielleicht die Themengestaltung in Zukunft etwas weniger strikt am einheitlichen Gesamthema zu orientieren.

14 Vgl. auch G. J. Stigler, Perfect Competition, Historically Contemplated, *Journal of Political Economy* 65 (1957), S. 1 ff., bes. 6, 14.

15 O. E. Williamson, *Markets and Hierarchies*, New York: Free Press 1975.

16 Stigler, *Competition* (Fn. 14), S. 14.

17 Vgl. prototypisch K. Meessen, Prinzip Wettbewerb, *JZ* 2009, S. 697 f.