Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission habe sich in den letzten Jahren vom Leitbild der Ordoliberalen in Richtung der neoliberalen Anhänger von Milton Friedman bewegt. Es werde nicht mehr eine Rahmensetzung für den Wettbewerb durch einen starken Staat verlangt, staatliche Eingriffe sollten vielmehr so weit wie möglich abgebaut werden. Öffentliche Unternehmen sollten nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sein.
Eine derart von der wirtschaftlichen Macht abstrahierte Wettbewerbspolitik verliere nicht nur an Legitimität, sondern könne auch in einen Widerspruch zu kollidierenden Verfassungsgrundsätzen der Gleichheit und der Solidarität geraten, die sich u. a. im Gleichheitssatz und im Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes niederschlagen, vor allem auch in der Koalitionsfreiheit.
Wenn eine neue europäische Verfassung verabschiedet werden sollte, müsste auch der Koalitionsfreiheit und dem Sozialstaatsprinzip unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten zuerkannt werden. Dies wären Bollwerke, die einer Verabsolutierung des Wettbewerbs entgegenstehen. Eine Abschiedsvorlesung von Bernhard Nagel.

Prof. Dr. Bernhard Nagel
Kassel, den 01. 02. 2007

Wettbewerb und Rechtsordnung

2006 eröffnete die EU-Kommission ein Beihilfenkontrollverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland. Die Zuwendungen des Landes Hessen an das Staatsweingut Eberbach seien nach dem Wettbewerbsrecht der EU unzulässig. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten werde beeinträchtigt und der Wettbewerb werde durch eine staatliche Beihilfe beschränkt. Es ist fraglich, ob nennenswerte Mengen des Eberbacher Weins in einen anderen EU-Mitgliedstaat ausgeführt werden, ob also der Handel zwischen den Mitgliedstaaten überhaupt beeinträchtigt wird. Noch fraglicher ist, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Zur gleichen Zeit unterstützt die EU-Kommission den deutschen Energieversorger Eon, der den spanischen Versorger Endesa kaufen will. Angeblich stellen die Behinderungen dieses Kaufs, die von der spanischen Regierung ausgesprochen wurden, eine unzulässige Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nach dem EG-Vertrag dar. Andererseits blieb der Großzusammenschluss, durch den die heute in Deutschland marktbeherrschende Eon AG vor einigen Jahren entstand, wettbewerbsrechtlich unbeanstandet. Bei kursorischer Betrachtung erscheinen diese Entscheidungen widersprüchlich.

In den letzten Jahrzehnten erleben wir international eine sich stetig beschleunigende Unternehmens- und Kapitalkonzentration, die nicht mehr an nationalen Grenzen Halt

macht, sondern sich global ausbreitet. Viele internationale Konzerne und Finanzgruppen haben eine Finanzkraft, welche die von mittleren Nationalstaaten übersteigt. Die Chancen der kleinen Unternehmen werden verringert. Man fragt sich: Ist durch die Konzentration und Globalisierung nicht der Wettbewerb gefährdet? Was versteht die Kommission unter Wettbewerb und Beschränkung des Wettbewerbs? Welche Bedeutung hat Wettbewerb in der Gesellschaft und in der Rechtsordnung?

1. Was ist Wettbewerb im Wettbewerbsrecht?

Die Kommission wendet das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union an. Es hat ebenso wie das Kartellrecht der Bundesrepublik Deutschland die Aufgabe, den Wettbewerb vor Beschränkungen zu schützen. Die Wettbewerbspolitik soll die Wirtschaft steuern und ordnen.

Sie soll die Verteilung der Güter verbessern und zu verstärkter Leistung bei niedrigeren Preisen anspornen. Die Entscheidungen der EU-Kommission und des Bundeskartellamts in Deutschland unterliegen der gerichtlichen Kontrolle. Letztlich entscheiden also die Gerichte. Man möchte meinen, dass die Rechtsprechung, wenn sie das europäische und deutsche Wettbewerbs- und Kartellrecht anwendet, vor dem Hintergrund einer klaren wettbewerbstheoretischen und wettbewerbspolitischen Konzeption entscheidet. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Die Gerichte vermeiden es geflissentlich, ein wettbewerbstheoretisches Grundverständnis festzuschreiben.

Die wissenschaftliche Diskussion um das wettbewerbstheoretische Grundverständnis ist sehr kontrovers. Die Kontroversen ziehen sich durch die Geschichte der Wettbewerbstheorien. Ausgangspunkt der Diskussion ist der klassische Liberalismus von Adam Smith. Er begreift Wettbewerb als einen Prozess, der gleichsam durch eine unsichtbare Hand der Märkte gesteuert wird. Jeder verfolgt seinen individuellen Vorteil. Die unsichtbare Hand lenkt diesen Prozess zum Vorteil Aller. Daraus entsteht angeblich ein gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht. Empirisch lässt sich diese Behauptung von der segensreichen Wirkung der unsichtbaren Hand nicht stützen. Die Theorie legitimiert aber eine Gesellschaft, die nicht mehr von einem aufgeklärt absolutistischen Monarchen beherrscht werden soll.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die statische, neoklassische Wettbewerbstheorie vorherrschend. Sie suchte nach einem optimalen Gleichgewichts- und damit Wettbewerbszustand. Dieser Ansatz konnte die Weltwirtschaftskrise von 1929 nicht erklären. Als Gegenbewegung entwickelte sich in den Dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts ein Konzept des „funktionsfähigen“ Wettbewerbs. In diesem dynamischen

Konzept werden die Marktstruktur, das Marktverhalten und das Marktergebnis untersucht. Gefragt wird nach Marktstrukturen, in denen ein funktionsfähiger Wettbewerb besteht. Erhard Kantzenbach hielt 1967 das weite Oligopol mit mäßiger Produktdifferenzierung für besonders wettbewerbsfördernd. Dieses Konzept sah sich von Anfang an einer heftigen Opposition von Theoretikern gegenüber, die Wettbewerb als schöpferische Zerstörung (Joseph Schumpeter) oder als Entdeckungsverfahren (Friedrich v. Hayek) verstanden. Wettbewerb wird von den beiden als Prozess untersucht. Schumpeter und v. Hayek verabschieden sich von der Gleichgewichtstheorie der Neoklassik. Bei Schumpeter wird die Bedeutung des Unternehmers und damit letztlich des kreativen Individuums herausgearbeitet. Für v. Hayek ist Wettbewerb eine Art von neodarwinistischem Prozess, in dem ineffiziente Lösungen eliminiert werden. Für beide ist Wettbewerb ein Gesundbrunnen der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.

Nach dem Zweiten Weltkrieg setzte sich in der Bundesrepublik Deutschland die sogenannte ordoliberale Wettbewerbstheorie durch, die von Walter Eucken und Franz Böhm in den Zwanziger Jahren begründet worden war. Sie verlangt ein funktionsfähiges Preissystem und geht von dem Ideal der vollständigen Konkurrenz aus. Sie versucht, die unterschiedlichen Interessen der Gesamtgesellschaft und des Individuums auszugleichen. Wettbewerbspolitik wird als Bekämpfung von Marktmacht, als Entmachtungspolitik verstanden. Beherrschende Marktpositionen sollen abgebaut werden. Der Ordoliberalismus verlangt deshalb nach einem starken Staat, der den Rahmen des Wettbewerbs festsetzt und den Wettbewerb kontrolliert. Innerhalb dieses Rahmens sollen die Unternehmen aber frei wirtschaften. Im Gegensatz zu v. Hayek ist bei den Ordoliberalen der Wettbewerb nicht automatisch der Gesundbrunnen der wirtschaftlichen Entwicklung. Die staatliche Politik ist vielmehr gefordert, guten Wettbewerb herzustellen und schlechten Wettbewerb zu bekämpfen. Die Theorie trennt den „bösen“, den Verdrängungswettbewerb, vom „guten“, dem Leistungswettbewerb (Preis- und Qualitätswettbewerb). Von dieser Theorie beeinflusst wurden 1957 das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Wettbewerbsnormen des EWG-Vertrages verabschiedet.

Heute sind neoliberale Positionen vorherrschend, die auf den US-Amerikaner Milton Friedman zurückgehen. Nach Friedman stabilisieren die Märkte sich selbst, wenn man sie so weit wie möglich sich selbst überlässt. Nur Preis- und Quotenkartelle sollen von vorne herein verboten sein. Ansonsten soll sich die Wettbewerbspolitik darauf beschränken, Barrieren gegen den Markteintritt abzubauen. Der Fusionskontrolle kommt nur noch eine eingeschränkte Bedeutung zu. Eine Vermachtung der Märkte kann nach Friedman mit Argumenten der gesamtwirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission hat sich in den letzten Jahren vom

Leitbild der Ordoliberalen in Richtung der neoliberalen Anhänger von Milton Friedman bewegt. Die Ordoliberalen hätten die Fusion, aus der Eon entstand, vermutlich untersagt. Den Kauf von Endesa durch Eon hätten sie nach meiner Einschätzung nicht mit aller Macht durchzusetzen versucht. Die Neoliberalen und ihnen folgend die Kommission vertrauen auf die Selbststabilisierung des Marktes. Es wird nicht mehr eine Rahmensetzung für den Wettbewerb durch einen starken Staat verlangt, staatliche Eingriffe sollen vielmehr so weit wie möglich abgebaut werden. Der Staat soll nur noch die Spielregeln für den Wettbewerbsprozess festlegen, der möglichst frei abläuft. Das Leitbild dieser Politik ist das „ebene Spielfeld“ („a level playing field“), eine Metapher aus dem Mannschaftssport. Aufgabe des Staates ist es, ein „ebenes Spielfeld“ für die möglichst freie Betätigung im Wettbewerb zu schaffen.

Vor dem Hintergrund dieser veränderten Vorstellung ist die europäische Fusionskontrolle in ihrer praktischen Bedeutung zurückgegangen. Mit Argwohn und Akribie wird hingegen die Staatstätigkeit beobachtet. Öffentliche Unternehmen – also auch Staatsweingüter – sollen nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sein. Die Kommission und mit ihr der Europäische Gerichtshof (EuGH) verlangen: Wenn der Staat privatisiert, soll er dies möglichst vollständig tun und dabei die Marktfreiheiten des EG-Vertrages, vor allem auch die Kapitalverkehrsfreiheit, beachten. Der EuGH lässt z. B. das Konzept der „goldenen Aktie“, mit der die öffentliche Hand nach einer Privatisierung ihren Einfluss bei den Unternehmensentscheidungen sichern will, nur noch in extremen Ausnahmefällen zu. Der Staat braucht zwar nicht zu privatisieren, wenn er dies aber tut, darf er sich keine „goldene Aktie“ zurückbehalten, die ihm ein Vetorecht oder eine besondere Stellung bei Abstimmungen reservieren würde. Der Staat wird selber zum Problem erklärt. Die Vermachtung der Wirtschaft wird ausgeblendet. Es reicht, dass der Staat als Schiedsrichter darüber wacht, ob die Spielregeln eingehalten werden.

Man kann fragen, ob und inwiefern die Fokussierung der staatlichen Ordnungs- und Lenkungspolitik auf die Wettbewerbspolitik richtig und angemessen ist. Man kann ferner fragen, wie diese Wettbewerbskonzepte in den Menschen verankert werden, in deren berufliche Tätigkeit und Lebenswelt die Wettbewerbspolitik regelnd eingreift. Diese zweite Fragestellung weist über den Bereich der Wirtschaft hinaus. Ich betrachte neben der Wirtschaft den Sport und die Wissenschaft. Die Erkenntnisse aus den beiden Fragestellungen möchte ich auf ihre Verträglichkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Gestaltung und Steuerung der Gesellschaft überprüfen.

2. Die Macht des Wettbewerbs in der Wirtschaft, in der Wissenschaft und im Sport

Ich beginne mit dem Sport. Die Grundidee von Sportwettkämpfen ist, dass in einem fairen

Wettstreit der Beste ermittelt wird. Sie bleibt nicht nur Idee, sondern wird zur materiellen Gewalt, wenn man die Ausschreitungen bei Fußballspielen betrachtet, die oft nur mit Hilfe eines großen Polizeiaufgebots eingedämmt werden können. Wie jeder während der Fußballweltmeisterschaft von 2006 sehen und erleben konnte, wächst die Bedeutung des Sports in unserem täglichen Leben. Dies wird von der Wirtschaft erkannt. Vor allem in England werden mehr und mehr Fußballvereine regelrecht aufgekauft. Der russische Ölmilliardär Abramowitsch investiert innerhalb von drei Jahren über 500 Millionen Euro in den Londoner Vorortclub Chelsea. Ein amerikanischer Investor kauft – zum Unwillen der Fans – Manchester United für 1,17 Milliarden Euro. Die Entwicklung erfasst Deutschland: Der Mitgründer von SAP, Dietmar Hopp, zahlt viel Geld, um den badischen Regionalligaverein Hoffenheim in die Bundesliga zu bringen. Gazprom steigt bei Schalke 04 ein. Es geht hier nicht um bloße Hobbies von Milliardären. Die Investoren erwarten einen „return on investment“ durch sportliche Leistung und mediale Präsenz, die ihren Geschäften dient. Sportvereine werden zu Wirtschaftsunternehmen.

Eine neue Wettbewerbsidee dringt auch in die Wissenschaft ein. In Deutschland gibt es staatlich verordnete und gesteuerte Exzellenzinitiativen. Man will durch einen Wettbewerb Eliteuniversitäten, Exzellenzcluster und Graduiertenkollegs ermitteln, die besonders gefördert werden sollen. Der Erfolg dieses Konzepts ist ungewiss. Es wird ein Wettbewerb um die besten Anträge veranstaltet, es werden nicht die besten Ergebnisse ausgezeichnet. Wissenschaft ist aber ein offener Prozess, in dem Wissenschaftler ihre Ergebnisse der Kritik aussetzen. Die Qualität zeigt sich vor allem im Ergebnis, nicht in der Präsentation von Anträgen.

Die staatlich verordnete Wettbewerbsidee erfasst die Wissenschaftler schon deshalb, weil Eliteuniversitäten, Graduiertenschulen und Exzellenzcluster viel Geld kosten, das anderen Universitäten fehlt oder ihnen entzogen wird. Die Macht des Wettbewerbs führt dazu, dass Wissenschaftler sich wie Sportler präsentieren. Die Universitäten als Institution, welche sich um die Exzellenzförderung bewerben, müssen sich ebenfalls präsentieren. Die Darstellung droht wichtiger als der Inhalt zu werden. Universitäten fokussieren sich und wenden ihre Aufmerksamkeit von sogenannten Randbereichen ab. Die Stärke der deutschen Universitäten, ihre traditionelle Breite und Vielfalt, droht verloren zu gehen, weil der Staat den „nicht exzellenten“ Universitäten Mittel entzieht.

Dem Wettbewerbsdenken kann sich offenbar kaum noch jemand entziehen. Der Wettbewerbsdiskurs ist gesellschaftlich mächtig. Der französische Soziologe Michel Foucault versteht unter Diskurs das Schreiben und Sprechen, die Struktur des Schreibens und Sprechens und die Institutionen, die Schreiben und Sprechen kontrollieren. Macht ist nach Foucault der Name, den man einer komplexen strategischen Situation in einer

Gesellschaft gibt. Machtbeziehungen entstehen und wirken überall. Die Macht ist nicht bloß die Mächtigkeit einiger Mächtiger. Machtverhältnisse brauchen daher nicht unbedingt Gewalt. Entgegenstehendes wird vom Diskurs ausgeschlossen, es bilden sich Schulen oder Zitierkartelle, Rechtsprechung und Lehre liefern Begründungsmuster und Doktrinen, es kommt zur Normierung und Institutionalisierung, schließlich zur gesellschaftlichen Aneignung, z. B. im Sport und im Spiel, aber auch in der Wissenschaft.

Wenn man die Entwicklung in der Wirtschaft, im Sport und in der Wissenschaft betrachtet, kann man sagen, dass sich der Wettbewerbsdiskurs zu einem hegemonialen Diskurs entwickelt hat. Die Menschen werden durch Wettbewerb geprägt. Die alte Prägung des Feudalzeitalters bestand in der Ehre, wie sie sich in den Spielen und der Kultur dieser Zeit manifestierte. Man betrachte nur die Ritterspiele und das Verhalten der Minnesänger. Im 17. Jahrhundert entwickelte sich ausgehend von England eine neue Prägung, der ökonomische Erfolg. Es ging um den Erfolg, der nicht durch Glück, sondern im Wettbewerb errungen wurde. Nicht umsonst entwickelte sich gerade in England der moderne Sport. Er hatte die ursprüngliche Entwicklung des Sports im alten Griechenland aufgenommen und weiterentwickelt. Interessant ist, dass die 1896 wieder begründeten Olympischen Spiele anfangs gleichrangig mit den Prägungen des Erfolgs und der Ehre arbeiteten. Bis Mitte des 20. Jahrhunderts war die Teilnahme wichtiger als der Sieg. Von den Sportlern wurde verlangt, den Amateurstatus einzuhalten. In den USA wurde diese Statusgrenze im Profisport rasch überschritten. Im olympischen Sport wurde ihre Einhaltung aber lange Zeit durch zum Teil harte Sanktionen gegen Sportler, die Geld angenommen hatten, sichergestellt. Heute ist der Sieg auch bei der Olympiade wichtiger als die Teilnahme. Und Geldverdienen ist sehr wohl kompatibel mit sportlichem Erfolg. Den Gewinnern winken hohe Geldprämien und Werbeverträge.

Das Ziel des Wettbewerbs in der Wirtschaft wie im Sport ist demnach das Gewinnen. Und das Geld ist der Maßstab, an dem der Erfolg gemessen werden kann. Man will, um zu gewinnen, möglichst wenig Risiken eingehen. Dies erzeugt Anpassungsdruck. Um möglichst erfolgsträchtig handeln zu können, bauen viele Wettbewerber die Aktivitäten ab, durch die sie keinen raschen Erfolg erwarten können, sie konzentrieren sich auf das kurzfristig Erfolgsträchtige. Die weniger erfolgreichen Wettbewerber in der Wirtschaft schließen sich an die erfolgreicheren an, die Wirtschaft „konzentriert“ sich. Vielfalt verschwindet. Der Wettbewerb wird zum Schmieröl einer Normalisierungsgesellschaft.

Wenn es der Macht gelingt, den Menschen Wettbewerb als erstrebenswert einzuprägen, dann richten sie sich an der vorgegebenen Norm „Erfolg“ aus und akzeptieren die Gewinner. Wenn in einer Gesellschaft vor allem Geld und Macht zählen, dann liegt nach dem Wettbewerbsgedanken die Legitimation des Gewinners schon darin, dass er Geld oder

Macht hat. Er braucht sich nicht zusätzlich zu rechtfertigen. Dies vermittelt ihm aber nur eine prekäre Sicherheit, die durch den Erfolg vermittelt ist. Dieses eigentümliche „Prekariat“ muss ständig sein Geld vermehren und seine Macht erweitern.

Weil entgegen den Behauptungen der Erfolg und nicht der Wettbewerb das Wichtigste ist, gibt es im Bereich der Wirtschaft seit jeher Bestrebungen, den Wettbewerb zu beschränken. „Erfolgreich“ ist, wer ein Monopol, ein Kartell oder einen Trust bilden kann. Dies bedeutet die Ausschaltung des Wettbewerbs. Auch im Sport kommt es regelmäßig zu Absprachen und Marktaufteilungen, zu einer Vervielfachung der Erfolgsmöglichkeiten durch Aufspaltung der Disziplinen, Aufspaltung der Ligen, auch zur Manipulation von Spielergebnissen durch Spieler oder Schiedsrichter. Ein Ziel ist der Erfolg des Athleten oder des Teams als solcher. Immer bedeutsamer wird der unlautere Wettbewerb, etwa durch Doping, und dessen Bekämpfung. Der Ruf nach einer Verschärfung der Sanktionen wird lauter. Dies soll jetzt sogar durch ein Gesetz geschehen. Die Parallelen zum UWG in der Wirtschaft werden deutlich. Auch in der Wissenschaft wächst die Bedeutung von Absprachen und „Marktaufteilungen“. Unlauterer Wettbewerb durch Plagiate und gefälschte Ergebnisse empirischer Forschung erschüttern die Welt der Wissenschaftler. Auch hier kommt es zur Forderung nach schärferen Sanktionen.

Der Wettbewerb ist nicht immer ein Gesundbrunnen der wirtschaftlichen Entwicklung. Es ist möglich, dass die Entwicklung unter bestimmten Voraussetzungen durch planmäßiges, staatlich gelenktes Wirtschaften besser, vor allem zielgenauer gesteuert werden kann. Man denke nur an die Nutzung der erneuerbaren Energiequellen. Ohne Staatseingriff würden die alternativen Energien immer noch ein Mauerblümchendasein fristen. Sie wären im Wettbewerb mit den etablierten fossilen Oligopolisten nicht oder noch nicht zum Zug gekommen. Windmühlen wären heute noch für die Touristen, nicht zur Energieerzeugung da.

Die Entwicklung der erneuerbaren Energien ist ein gutes Beispiel dafür, dass es von Zeit zu Zeit Umbrüche gibt. Wer kreativ ist, bricht aus und schafft neue Normen. An diesen richtet sich wiederum die Konkurrenz aus. Sie setzen sich durch. Ein neuer Zug im Spiel der Normalisierungsgesellschaft wird eröffnet. Eine neue Dimension des Wettbewerbs entsteht auch dadurch, dass die Wirtschaft zunehmend unter die Kontrolle der Finanzmärkte gerät. Hedge-Fonds und Private Equity-Unternehmen sind am Markt für Unternehmen tätig. Sie sammeln fremdes Kapital, mit dem sie ein Unternehmen aufkaufen, um es später ganz oder in seine Teile zerlegt mit Gewinn weiterverkaufen zu können. Das einzige Ziel dieser Unternehmen ist, aus Geld mehr Geld zu machen. Produktionsprozesse spielen in ihrem Kalkül nur indirekt eine Rolle, weil sie das Geldverdienen beeinflussen. Risiken werden nicht mehr durch eine Diversifikation der Produktion oder der Dienstleistungen des

Unternehmens verringert, sondern durch die Diversifikation des Portfolios an Unternehmensbeteiligungen, die diese Fonds oder Private-Equity-Unternehmen halten. Insofern sind diesen Unternehmen auch die Menschen an sich gleichgültig. Die Logik ihres Handelns ist die höchste Abstraktion des Wettbewerbsprinzips: Aus eingesetztem Geld mehr Geld machen, und zwar ohne Rücksicht auf die ausgelösten Veränderungen und die Folgen. Eine Normalisierungsgesellschaft neuen Typs. Deren Machtgrundlagen sind brüchig. Die Akzeptanz ist gering. Kontrollen werden notwendig.

Im aktuellen Diskurs sind die Antworten auf diese Entwicklung unterschiedlich. Die Ordoliberalen wollen, wie ich dargestellt habe, nur den guten, den Leistungswettbewerb, schützen, nicht aber den Verdrängungswettbewerb. Wettbewerb wird analysiert und politisch bewertet, nicht idealisiert und gegen Kritik immunisiert. Ein völlig freier Wettbewerb passt nicht in ihr Konzept. Bei den Neoliberalen soll sich der Staat auf die Rolle des Schiedsrichters auf dem Spielfeld zurückziehen, das er zuvor planieren durfte. Der regelgerechte Wettbewerb steuert sich angeblich selbst. Die Wirklichkeit ist anders. Es gibt keinen freien Wettbewerb in der Wirtschaft. Der sich selbst überlassene Wettbewerb dient dem Mächtigen. Die Vermachtung der Wirtschaft schreitet fort. Wenn der Energieriese Eon die spanische Endesa übernehmen will, ist das für die EU-Generaldirektion Wettbewerb aber kein Fall der Fusionskontrolle, sondern der Kapitalverkehrsfreiheit. Der spanische Staat, der die Übernahme von Endesa durch ein kleineres spanisches Unternehmen erreichen will, wird zur „Ordnung“ der Kapitalverkehrsfreiheit zugunsten des wirtschaftlich Stärkeren gerufen.

Es gibt auch keinen freien Wettbewerb in der Wissenschaft. Viele Außenseiter können sich nicht durchsetzen, weil die materiellen Mittel zur Umsetzung ihrer Ideen fehlen. In der Regel entwickeln sich die Wissenschaften nach dem Prinzip der Kooperation und der Affirmation. Wissenschaftliche Revolutionen sind selten. Man hält sich an die Normen. Demnach ist die Gesellschaft, die durch Wissenschaft geprägt ist, in weiten Teilen eine Normbefolgungs- und Normalisierungsgesellschaft. Wer gibt die Normen vor? Heute vielfach die Politik. Zuerst interveniert sie, etwa durch die Exzellenzinitiative, dann lenkt und steuert sie die Wissenschaft durch ihre Antragsverfahren. Die Macht stimuliert eine Normalisierungsgesellschaft. Die Besonderheit der neuen Regulierungspolitik liegt heute darin, dass sie vorgibt, nur Hilfe zur Selbstregulierung zu sein. Der Bund verabschiedet sich in weiten Teilen aus dem Hochschulrecht. Man deregulier. In Wirklichkeit gebiert die Deregulierung neue Regulierungen. Man wird diese Erhöhung der Komplexität nach der Deregulierung und Autonomisierung des Hochschulrechts in der Entwicklung der Satzungen und sonstigen Regelungen der einzelnen Hochschulen weiter beobachten können.

Bestimmte wissenschaftliche Erkenntnisse sind für das Funktionieren der Normsysteme gefährlich. Man spricht von gefährlichem Wissen. Gefährlich ist es insbesondere, wenn man den Diskurs analysiert, der die Norm begründet und stützt. Der Kritiker wird zum Delinquenten. Die Normalisierungsgesellschaft stößt das Abnorme und den Abnormen ab. Man darf die „Heuschrecken“ nicht generell kritisieren, höchstens einige „böse“ Heuschrecken. Das Prinzip gilt auch für den Sport. Abnorm ist, wer die Gewohnheiten des Sports oder einer Sparte des Sports fundamental kritisiert, nicht nur die Auswüchse. Das Handeln von Juventus Turin, genauer gesagt eines bestimmten Turiner Funktionärs, kann man gerne korrupt nennen, das der gesamten italienischen Fußballliga nur sehr ungern. Und das gilt nicht nur im Sport. Gerade auch für die Wissenschaft gilt die Regel: Erfolg im „mainstream“, im Normalen, wird belohnt. Erfolgreiche Abweichung ist die Ausnahme.

Neben dem Wettbewerb gibt es andere Mechanismen, welche die wirtschaftliche Entwicklung vorantreiben können. Dazu gehört solidarisches Handeln. Ein wichtiges Hilfsmittel bei der Analyse dieser Mechanismen ist die Spieltheorie. Sie teilt nicht die Grundannahmen der traditionellen Wettbewerbstheorien, d. h. individuelles Handeln Aller gegen Alle als Regel, solidarisches Handeln im Kartell als Regelverletzung. Sie analysiert vielmehr die Bildung von Koalitionen. Unter welchen Voraussetzungen entsteht das Interesse an kollektivem Handeln? Je größer die Gruppe, umso schwieriger ist kollektives Handeln. Dabei spielt die Information darüber, ob jemand kooperativ oder defekt gehandelt hat, eine Rolle. Wenn kooperatives Handeln nicht bekannt wird, schwindet der Anreiz hierzu. Günstig ist die Situation in der Theorie der Superspiele, bei der die Anzahl der Wiederholungen nicht bekannt ist. Der Anreiz zu kooperativem Handeln erhöht sich, weil man nicht weiß, ob man den Anderen nicht noch brauchen wird. Für defektes Handeln könnte er sich rächen. Die neuen Informationstechnologien verbessern die Informationsmöglichkeiten. Die Zahl der Partner, bei denen kooperative Spiele möglich sind, erhöht sich. Der Wettbewerbsdiskurs nimmt die Erkenntnisse der Spieltheorie aber nur unzureichend auf.

3. Wettbewerb und Rechtsordnung

Die EU-Kommission setzt in jüngster Zeit verstärkt auf Gesetzgebungswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten. Im Gesellschaftsrecht sollen sich die Gesellschaftsformen durchsetzen, die aus dem „Angebot“ der Mitgliedstaaten ausgewählt werden. In den USA hat sich das weitgehend deregulierte Gesellschaftsrecht des Staates Delaware durchgesetzt. Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich gegenwärtig in der EU zugunsten von Großbritannien ab. Jeder Unternehmer wählt das Recht, das ihn am wenigsten beeinträchtigt. Ist es auch das beste Recht? Die neoliberale Wirtschaftspolitik bejaht den Gesetzgebungswettbewerb. Sie verlangt auch eine Reduzierung der Staatstätigkeit. Sie setzt auf Deregulierung. Die

Wirtschaft soll sich mehr und mehr durch Wettbewerb selbst regulieren. Das funktioniert m. E. im Gesellschaftsrecht nicht, weil dort nicht nur der Schutz der shareholder, sondern auch der stakeholder zu regeln ist. Aber nur die shareholder entscheiden über die Wahl der Gesellschaftsform.

In anderen Gebieten wie dem Wettbewerbsrecht steht die Gesetzgebung vor einem Dilemma. Um endlich ins neoliberale Schlaraffenland der Selbstregulierung durch Wettbewerb zu kommen, muss sie sich durch immer kompliziertere Regulierungsberge durchfressen. Deutlich wird dieses Dilemma der Regulierung als Hilfe zur Selbstregulierung schon an der Erweiterung des Schutzzwecks im Wettbewerbs- und Kartellrecht. Die Antworten der Betroffenen auf die Regulierungen müssen durch neue Regulierungen eingefangen werden. Die ReRegulierung wird zum Dauerzustand. Die Komplexität der Vorschriften zur Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht wird erhöht. Außerdem werden die Kontrolle des unlauteren Wettbewerbs und der gewerbliche Rechtsschutz verstärkt. Bemerkenswert ist hingegen, dass 1998 eine Ausnahme vom Kartellverbot für die zentrale Vermarktung von Sportübertragungen ins Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgenommen wurde!

Ein noch größeres Problem besteht aber darin, dass die Deregulierung zum angeblich freien Wettbewerb z. B. im Gesellschaftsrecht Freiräume öffnet, durch die sich die wirtschaftlich Mächtigen auf Kosten der Schwächeren Vorteile verschaffen können. Zum Teil wird dies propagandistisch als Erfolg im Wettbewerb verkauft. Diese Freiräume müssen sich aber an den Verfassungsgrundsätzen messen lassen. Und diese Messung geht nicht immer zugunsten der Politik der Freiräume aus. Das Grundgesetz ist zwar nicht wettbewerbsfeindlich. Es schützt aber die allgemeine Handlungsfreiheit nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze. Es schützt zwar auch die Berufsfreiheit. Berufsfreiheit bedeutet Wettbewerb. Es schützt daneben das Eigentum, hält aber fest, dass Eigentum verpflichtet und dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll. Auch der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern und die aus dem Gleichheitssatz entwickelte Chancengleichheit bedeuten Wettbewerb. Insgesamt enthält das Grundgesetz erhebliche wettbewerbsfördernde Vorschriften. Im einfachen Recht schlagen sich diese unter anderem im Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie im Recht des gewerblichen Rechtsschutzes, ferner in der Autonomisierung der Unternehmen und in der Garantie der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit im Konzern nieder. Das deutsche Recht vertraut auf den Wettbewerb, aber nicht bedingungs- und grenzenlos.

In den USA sind die Beziehungen von Wettbewerb und Verfassung anders als in Deutschland. Dies hängt mit der amerikanischen Gesellschaftsordnung zusammen. Es gibt dort neben den Reichen die Normalbürger in der Mittelklasse und dann die

Niedrigverdiener, weiße wie schwarze Arbeitnehmer, Einwanderer – legale und illegale – sowie die Arbeitslosen. Als weitere Reservearmee stehen die potenziellen Einwanderer vor allem aus Lateinamerika im Hintergrund. Der ständige Zufluss dieser Einwanderer sorgt dafür, dass jeder nach Abgrenzung und Exklusivität trachtet, wirtschaftlich fühlt er sich am besten durch Privateigentum gesichert. Wettbewerb, das sind die Anderen. Die Anderen sind aktuelle oder potenzielle Gegner. Hier liegt eine Wurzel für den ausgeprägten Individualismus der Amerikaner, für die labile und fragmentierte Gesellschaft. Überhöht man die Fragmentierung und Individualisierung verfassungspolitisch, so ist man für Meinungs- und Redefreiheit, aber gegen Sozialstaat und Kündigungsschutz, für Glaubens-, Reise- und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aber gegen Vermögensteuern und Erhöhung der Einkommensteuern für die Reichen, gegen Krankenpflichtversicherung und Umweltschutz.

Anders in Europa: In der französischen Revolution heißt der Schlachtruf nicht nur liberté, sondern auch égalité und fraternité. Eine auf diesen drei Leitbegriffen gegründete demokratische Verfassung lässt eine völlige Ausrichtung der Gesellschaft auf den Wettbewerb nicht zu. Es gibt die Koalitionsfreiheit, den Sozialstaat und z. T. soziale Grundrechte. In Kontinentaleuropa ist die US-amerikanische Fragmentierung und Individualisierung und ihre verfassungsrechtliche Überhöhung nicht konsensfähig.

Bedenkt man, wie sehr der Wettbewerb die Menschen prägt, so muss man nach der Wirkung dieser Prägung auf Verfassungsgrundsätze wie Gleichheit und Solidarität fragen. Solidarität ist nur dann, wenn man den Blick auf die Bandbreite des Wettbewerbsrechts verengt, negativ. Solidarisch verhalten sich nicht nur Kartellmitglieder, die nur den Wettbewerb ausschalten, sondern auch – und zwar auf Dauer gerichtet produktiv – die Genossenschaften und die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen (soweit es sie noch gibt). Zum Teil entwickeln sich solidarische Wirtschafts- und Gesellschaftsformen in politischen Bewegungen, insbesondere in Südamerika. Und sie erzielen Erfolge. Die Ursachen liegen vor allem darin, dass europäische Einwanderer mit sozialistischen Ideen Einfluss nahmen und dass die Gesellschaften stark vom Katholizismus geprägt sind. Vorformen einer solidarischen Wirtschaft gab es bereits in den mittelalterlichen Klöstern der Benediktiner und der Zisterzienser sowie z. B. im Jesuitenstaat von Paraguay. Voraussetzung für solche solidarische Wirtschaftsformen war immer, dass man gemeinsame Ziele hatte. Ein derartiges Ziel braucht aber nicht unbedingt in der Religion oder in der Religion allein begründet zu sein. Die Zisterzienser, die ursprünglich Arbeit nur als Askese auf dem Weg zum Himmelreich betrachtet hatten, verfolgten nach einiger Zeit das veränderte Ziel einer effizienten Wirtschaft, in der mit einer Investition der größtmögliche Erfolg erzielt werden sollte. Man kann sie, hinter Klostermauern lebend, als „Vorboten“ des Kapitalismus

bezeichnen. Heute gibt es solidarisches Wirtschaften nur in Randbereichen. Eine Verabsolutierung des Wettbewerbs beeinträchtigt die Solidarität.

In Deutschland wird der Wettbewerb weder im Grundgesetz noch im Wettbewerbs- und Kartellrecht verabsolutiert. Das deutsche Gesetz heißt „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“. Es enthält aber in Wirklichkeit – ganz im Sinne der ordoliberalen Theorie – eine Reihe von Beschränkungen der unternehmerischen Handlungsfreiheit im Wettbewerb, mit deren Hilfe „guter“ Wettbewerb und Wettbewerb als Institution gesichert werden soll. So kann ein Unternehmen zum Beispiel nicht beliebig mit einem anderen fusionieren, obwohl der Gedanke der Wettbewerbsfreiheit dies eigentlich nahe legen würde. Denn Unternehmenszusammenschlüsse können zur übermäßigen Konzentration in der Wirtschaft führen, eine Entwicklung, die den Wettbewerb als Institution gefährdet.

Es fragt sich, ob eine Verabsolutierung des Wettbewerbs im Europarecht droht. Die neue Wettbewerbspolitik der EU-Kommission ersetzt das Ziel des Schutzes des Wettbewerbs als Institution mehr und mehr durch das Leitbild des „ebenen Spielfeldes“. Der Staat darf das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ nicht mehr selbst steuern, sondern nur noch vom Spielfeldrand aus zuschauen und Regelübertretungen sanktionieren. Eine derart von der wirtschaftlichen Macht abstrahierte Wettbewerbspolitik verliert nicht nur an Legitimität, sondern kann auch in einen Widerspruch zu kollidierenden Verfassungsgrundsätzen der Gleichheit und der Solidarität geraten, die sich u. a. im Gleichheitssatz und im Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes niederschlagen, vor allem auch in der Koalitionsfreiheit.

Das Grundgesetz schützt das solidarische Handeln der Arbeitnehmer und Gewerkschaften bei Tarifverhandlungen und Streiks durch das Grundrecht der Koalitionsfreiheit. Wer Tarifverträge – ich zitiere einen ehemaligen Verbandspräsidenten – am liebsten verbrennen würde, stellt auch die Tarifautonomie des Grundgesetzes in Frage. Im Übrigen ist es widersprüchlich, einerseits die angebliche Gleichmacherei und Rigidität der Tarifverträge zu kritisieren, andererseits über ihre Vielfalt und Menge herzufallen. Untersucht man den Zusammenhang von Koalitionsfreiheit und Solidarität, sind spielerische Entwicklungen bemerkenswert, die bei Streiks entstehen. Es entstehen spontane, solidarische Produktions- und Distributions- oder Dienstleistungsformen. Beispiele aus Südamerika lassen aufhorchen. Das verfassungsrechtlich garantierte Streikrecht kann produktiv genutzt werden.

Das Wettbewerbssystem hierzulande muss in der Normalisierungsgesellschaft aufrechterhalten werden. Anderenfalls wären die herrschenden Eliten nicht mehr vor der

Frage nach einer zusätzlichen Legitimation ihrer Herrschaft geschützt. Deshalb muss die Prägung der Menschen durch Wettbewerb und Erfolg aufrechterhalten werden. Hierfür ist Solidarität bedrohlich. Deshalb werden die Gewerkschaften und Arbeiterparteien in der EU in die Defensive gedrängt. Sie brauchen Solidarität, um die Menschen zu mobilisieren. Gleichzeitig bedrohen sie die ideologische Grundlage eines Denksystems, wonach der Erfolg selbst legitim ist und keiner zusätzlichen Legitimation bedarf.

Gegen die Verabsolutierung des Wettbewerbs wirken Mitbestimmungsnormen. Die Mitbestimmung – verfassungsrechtlich nicht geboten, aber verfassungspolitisch erwünscht – ist auf Kompromiss angelegt und führt zur unternehmensinternen Lösung von Konflikten, die vorher unternehmensübergreifend ausgetragen wurden. Sie führt zur Kooperation. Kooperation wirkt aber ambivalent. Weil den Mitbestimmungsträgern z. B. im Aufsichtsrat eine doppelte Loyalität abverlangt wird, geraten sie in eine Zwickmühle. Sie wollen den Erfolg des Unternehmens und ihrer Gewerkschaften. Beides kann aber in einen Konflikt zueinander geraten. Auch die Anteilseignerseite kann spiegelbildlich in Interessenkonflikte geraten. Im Übrigen sind Kompromisse auf die Unternehmensebene beschränkt, die Konkurrenz zwischen den Unternehmen bleibt unberührt. Kooperation und Konkurrenz stehen also nebeneinander.

Schließlich ist die Beziehung des Wettbewerbs zum Demokratieprinzip ambivalent. Jede demokratische Wahl ist ein Wettbewerb der Kandidaten. Das Volk entscheidet, wen es für den Tüchtigsten in dieser Konkurrenz hält und deshalb wählt. In dieser Wahl besteht die Legitimation der Politiker. Andererseits beklagen sich einige Wirtschaftskapitäne zum Teil lautstark über „die Politik“, – gemeint sind die Politiker – , die zu „Reformen“ und zu „effizienten Lösungen“ nicht willens oder nicht imstande sei. „Die Politik“ ist für sie offenbar durch die Volkswahl nicht ausreichend legitimiert. Der Volkswille wird zum Druck der Straße abgewertet. Um das „ebene Spielfeld“ für die Globalisierung zu schaffen, soll die Politik nach der Meinung dieser Wirtschaftskapitäne die Burg des Sozialstaats planieren. Euphemistisch sprechen einige vom „Umbau“, wenn sie in Wahrheit den Abbau wollen. Gegen Umbauten ist zwar aus verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Sicht nichts einzuwenden. Der Sozialstaat und die Grundrechte wandeln sich ja mit den Zeiten. Zu warnen ist aber vor dem Abbruch der verfassungsrechtlichen Hindernisse, die einer Verabsolutierung des Wettbewerbs entgegenstehen.

In Europa steht die bisher durch die ablehnenden Referenden in Frankreich und Holland blockierte Verabschiedung einer veränderten Verfassung an. Die Gelegenheit ist günstig, die Beziehung von Grundrechten und Marktfreiheiten neu auszutarieren. Im bisherigen Entwurf sollen die Marktfreiheiten, also die Warenverkehrs-, Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit

unmittelbar geltendes Verfassungsrecht in allen Mitgliedstaaten werden. Ob dies auch für die Koalitionsfreiheit, für andere soziale Grundrechte und sozialstaatliche Sicherungen gelten soll, ist höchst zweifelhaft. Und die in den Mitgliedstaaten geltenden Grundrechte stehen unter dem Vorbehalt der europäischen Verfassungsnormen, die unmittelbar gelten sollen. Wenn eine neue Verfassung verabschiedet werden sollte, müsste auch der Koalitionsfreiheit und dem Sozialstaatsprinzip unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten zuerkannt werden. Dies wären Bollwerke, die einer Verabsolutierung des Wettbewerbs entgegenstehen. Dabei ist aber die von den Menschen internalisierte Wettbewerbsidee in Rechnung zu stellen, die in Richtung auf Verabsolutierung des Leitbilds Wettbewerb drängt. Um die Balance der geplanten europäischen Verfassung nicht zu gefährden, sollten die solidarischen Elemente weiterentwickelt werden. Der Verabsolutierung des Wettbewerbs sollte mehr Widerstand entgegengesetzt werden.

Bernhard Nagel