

## „Markt“ und „Gemeinwohl“ als Integrationsprinzipien zweier ineinander greifender Normenordnungen

Jan Schaefer, Heidelberg

1. Die regulativen Ideen „Markt“ und „Gemeinwohl“ strukturieren die Rechtsordnung. Im deutschen Verfassungsrecht werden der Markt als Instrument des Güteraustausches und die Privatautonomie durch Art. 14, 12 I, 9 I, 2 I i.V.m. 1 I GG geschützt, der Markt der geistigen Freiheiten hingegen durch die Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 I, 8 I GG). Die Gemeinwohlverpflichtung staatlichen Handelns findet ihre grundsätzliche Normierung in den Prinzipien „Demokratie“ (Art. 20 I, II, 28 I 1 GG), „Sozialstaat“ (Art. 20 I, 28 I GG) und „Republik“ (Art. 28 I 1 GG). Des Näheren wird dieser abstrakte Gemeinwohlvorbehalt auf Ebene der Grundrechtsschranken auf einzelne, der Einschränkung konkreter Freiheiten dienende Gemeinwohlbelange herunter gebrochen (Art. 5 II, 9 II, 10 II 2, 11 II, 12a, 13 II- VII, 14 II, III, 15, 18 GG).

2. Darüber hinaus werden die Begriffe „Markt“ und „Gemeinwohl“ im rechts- und politikwissenschaftlichen Diskurs als Erklärungsfolie genutzt, um die Komplexität der Gemengelage privater und öffentlicher Interessen im Spannungsfeld zwischen Staat und Gesellschaft auf wenige (heuristische) Grundbegriffe zu reduzieren. So spricht man in der Verwaltungswissenschaft beispielsweise von „(gesellschaftlicher) Selbstregulierung“ in Abgrenzung zu „imperativer Steuerung“, um Bereiche abgestufter staatlicher Verantwortung trotz fließender Übergänge zum Bereich (privat-)autonomer Gestaltungsmacht inhaltlich zu konturieren. Mit der qualitativen Veränderung staatlicher Aufgabenerfüllung durch Stärkung gesellschaftlicher Eigenverantwortung, die von der Verwaltungswissenschaft mit dem Etikett des „Übergangs von der Einstands- zur Aufnahmeverantwortung“ versehen wird, ist die von Theoretikern des liberalen Rechtsstaats bisweilen überspitzte Antinomie von Staat und Gesellschaft, Markt und Gemeinwohl endgültig obsolet. Damit verliert auch die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht an analytischer Kraft.

3. Die ökonomische Theorie, die im juristischen Diskurs in jüngerer Zeit verstärkt rezipiert wird, verengt den Begriff „Markt“ tendenziell auf den ökonomischen Ort des Tausches. Für das Recht erweist sich dieser ökonomische Marktbegriff als zu eng. „Markt“ in dem von mir verwendeten Sinn meint ein Interaktionsforum zur Koordinierung gegenläufiger Interessen bzw. zur Lösung von Interessenkonflikten. „Märkte“ kann es mithin auch auf ideeller Basis geben (Meinungsmarkt, Markt der Weltanschauungen und Religionen etc.).

4. Den Begriff „Gemeinwohl“ verwende ich als Synonym für das Ergebnis demokratischer Willensbildung, d.h. eines durch a priori festgesetzte Regeln transparenten Verfahrens zur Entscheidung öffentlicher Angelegenheiten unter potentieller Beteiligung aller von öffentlicher Gewalt

Betroffenen (offener, prozeduraler Gemeinwohlbegriff). Der Markt dient dem Gemeinwohl als Vermittlungsinstrument, indem er eine Findung und Konkretisierung von Gemeinwohlbelangen durch geistigen Wettbewerb und somit eine „gemeinwohrlrichtige“ Auflösung von Freiheitskollisionen ermöglicht. Sobald jedoch ein konkreter Gemeinwohlgehalt als Ergebnis demokratischer Willensbildung feststeht, entfaltet dieser eine eigene legitimatorische Kraft, die Gemeinwohlbelange („das öffentliche Interesse“) entgegen den Gesetzen des Marktes auch gegen den Willen einzelner Interessenträger durchzusetzen vermag.

5. „Markt“ und „Gemeinwohl“ sind somit zwei ineinander greifende (Verfassungs-)Prinzipien. Obwohl sie keinen Antagonismus bezeichnen, folgt ihre Konkretisierung in der Rechtsordnung jeweils unterschiedlichen Implementierungslogiken.

a) Der Markt wird durch Wettbewerb konstituiert. „Wettbewerb“ bezeichnet einen Steuerungsmodus, der vom individuellen Akteur ohne oder jedenfalls mit eingeschränkter Kontrolle durch Regulierungsinstanzen (hier gibt es eine breite Skala von Verwaltungsbehörden bis hin zu privatrechtlich organisierter freiwilliger Selbstkontrolle) ausgeübt wird und in eine „spontane“ (nicht durch überindividuelle Planung normierte) Ordnung mündet. In die Normentheorie gewendet, sind „marktbasierte“ Normen solche, die die Autonomie (Wahlfreiheit) des Handelns gewährleisten und mithin die Rechtssubjekte einerseits zur Wahl, andererseits zum Angebot von Handlungsalternativen und/oder Werturteilen befähigen. Im privatautonomen Handlungsmodus setzt der Akteur selbst Recht, dessen Verbindlichkeit von seinem Willen abhängt. Die Rolle des Staates beschränkt sich dabei auf die Bereitstellung von zur Freiheitsausübung geeigneten Rechtsinstituten, von deren gesetzlicher Ausgestaltung jedoch abgewichen werden kann.

b) Das Gemeinwohl und die auf ihm beruhende staatliche Ordnung lassen sich demgegenüber nicht auf den Individualakteur zurückführen, sondern allenfalls auf ein Zusammenwirken von Individuen und Staatsorganen, wobei letzteren die Entscheidungskompetenz zufällt (Art. 70 ff GG). Zwar werden Gemeinwohlbelange in einem nach Wettbewerbsgesichtspunkten strukturierten herrschaftsfreien Diskurs öffentlich erörtert; über ihre Verbindlichkeit entscheidet aber nicht der Akteur in freier Wahl, sondern eine parlamentarische Mehrheit im Gesetzgebungsverfahren. Aus Sicht des Akteurs sind „gemeinwohlbasierte“ Normen durch Fremdsteuerung gekennzeichnet. Er wird zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen ohne Einwirkungsmöglichkeit verpflichtet (ihm bleibt allenfalls der Rechtsweg, Art. 19 IV, 20 III GG). Nicht der Wille des konkreten Rechtssubjekts, sondern der des Staatsvolkes als Abstraktum (Art. 20 I, II GG) legitimiert fremdsteuerndes Recht. Die Gemeinwohlordnung ist mithin keine „spontane“, sondern eine (überindividuell) „festgelegte“ Ordnung.

6. Die Differenzierung der Rechtsordnung in markt- und gemeinwohlbasierte Rechtsnormen verläuft quer zur klassischen Abgrenzung des

öffentlichen vom privaten Recht. Ich schlage deshalb eine Gliederung der Rechtsordnung in zwei korrespondierende Normenkreise vor, die ich als „permissiv“ und „autoritär“ bezeichne. Der permissive Normenkreis wird von den Prinzipien des Marktes – Autonomie, Wahlfreiheit und Wettbewerb – gesteuert, während autoritäre Normen dem Staat Eingriffsbefugnisse zur Implementierung von Gemeinwohlbelangen bereitstellen.

a) Der autoritäre Normenkreis beinhaltet neben Grundrechtsschranken Normen der sub-konstitutionellen Rechtsordnung zum Schutz individueller Rechtsgüter bzw. der staatlichen Ordnung im Allgemeinen (insbesondere straf-, polizei- und prozessrechtlicher Natur). Auch privatrechtliche Normen sind im autoritären Normenkreis zu verorten, soweit sie entweder dem privatautonom begründeten Anspruch gemeinwohlbezogene Einwände entgegensetzen (insbesondere §§ 134, 138, 226, 242 BGB) oder Anspruchsgrundlagen bereitstellen, die ihren Grund weder in der privatautonomen Begründung von Rechtsverhältnissen noch im Eigentum als wirtschaftlicher Grundlage der Privatautonomie haben (insbesondere §§ 823 ff BGB). Der permissive Normenkreis umfasst demgegenüber die Schutzbereiche der Grundrechte und alle der freien Entfaltung des Individuums unmittelbar dienenden Rechtsnormen. Darin einbezogen sind vor allem Rechtsnormen, die ihren Grund in privatautonomer Entscheidung (vertragliche Primär- und Sekundäransprüche einschl. §§ 812 ff BGB) oder in der Eigentümerstellung haben.

b) Die den autoritären Normenkreis überwölbende Ratio ist der Antagonismus des Recht setzenden Staates zum gehorchenden nicht-staatlichen Akteur. Seine Grundstruktur ist das bi-polare Rechtsverhältnis, das Dritte allenfalls reflexhaft berührt und durch den Steuerungsmodus der Subordination und der direkten, gemeinwohlgeleiteten staatlichen Intervention gekennzeichnet ist. Rechtsnormen des permissiven Normenkreises ordnen sich demgegenüber der Ratio des Interessenausgleichs und der Integration heterogener Rechtspositionen unter. Die Interessenkoordination erfolgt nach den Prinzipien des Marktes. Der permissive Normenkreis ist komplexer strukturiert als der autoritäre: Neben bipolaren finden sich hier auch multipolare Rechtsverhältnisse, in denen dem Staat nicht die Rolle des Hauptakteurs zukommt und die häufig „über’s Eck“ abgewickelt und weniger durch direkte staatliche Intervention als indirekt durch das Drohpotential eines der Privatautonomie korrespondierenden Haftungsregimes gesteuert werden (z.B. Rückgriffsrechtsverhältnisse privat- oder öffentlich-rechtlicher Prägung, Rechtsverhältnisse zum Ausgleich ungerechtfertigter Bereicherungen zwischen mehreren Rechtssubjekten).