

## Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in Zeiten der Ökonomisierung – Denkanstösse

MARKUS MÜLLER\*

Schlagwörter: Ökonomisierung, öffentlicher Sektor, New Public Management, Wissenschaft des öffentlichen Rechts, Verwaltungsreformen, Universitätsreformen, Verhältnismässigkeitsprinzip

### A. Vorbemerkungen

Ökonomisch zu denken und zu handeln, Kosten und Nutzen im Auge zu behalten, ist ratsam, sowohl für Private wie für den Staat. Alles ist jedoch stets eine Frage des *richtigen Masses*. Und just dieses scheint im öffentlichen Sektor, in dem die ökonomische Logik immerfort an Einfluss gewinnt, allmählich aus dem Blick zu geraten. Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts lässt sich zu diesen Entwicklungen indes kaum kritisch vernehmen. Wäre sie hier nicht in der Verantwortung? Der vorliegende Beitrag möchte sich dieser Frage stellen. Zu diesem Zweck wird als erstes klargestellt, was vorliegend unter Ökonomisierung verstanden wird (B) und inwieweit diese im Kontext staatlicher Aufgabenerfüllung problematisch erscheint (C). Sodann interessiert, wieso sich ökonomische Denkweisen nur bedingt auf den öffentlichen Sektor übertragen lassen (D). Und schliesslich wird die Kernfrage nach der Rolle und Verantwortung der Wissenschaft aufgegriffen (E).

Der vorliegende Beitrag geht auf ein *zehnminütiges Inputreferat* zurück, das der Autor anlässlich der Jahrestagung 2016 der Schweizer Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrer in Baden hielt. Bewusst zugespitzt formuliert und auf einige Schlaglichter beschränkt, kann damit das Phänomen der Ökonomisierung des (öffentlichen) Rechts nicht in seiner ganzen Vielfalt und Komplexität ausgeleuchtet werden. Ziel der ausgebreiteten Gedanken ist es nur, den *Ge-*

---

\* Prof. Dr. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht an der Universität Bern. – Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine überarbeitete und erweiterte Fassung des am 22. April 2016 anlässlich der Tagung der Schweizer Staatsrechtslehrerinnen und -lehrer gehaltenen Inputreferats.

*staltungs- und Behauptungswillen* der (wissenschaftlich tätigen) Juristinnen und Juristen durch einige kritische und durchaus subjektiv gefärbte Denkanstösse zu aktivieren. Diesem Ansatz sind zwangsläufig Vereinfachungen und Pauschalisierungen geschuldet.<sup>1</sup>

## B. Was ist Ökonomisierung?

Was bedeutet Ökonomisierung? Bereits über den Inhalt und die Tragweite des Begriffs liesse sich mit Fug debattieren und um möglichst präzise Definitionen ringen.<sup>2</sup> Dies ist für den eingangs deklarierten Zweck nicht erforderlich. Es genügt klarzustellen, was im Folgenden unter Ökonomisierung des (öffentlichen) Rechts verstanden wird: Es geht dabei um den zunehmenden Einfluss des *ökonomischen Denkens* und wichtiger *ökonomischer Prinzipien* (insb.: Effizienz- oder Wirtschaftlichkeitsprinzip<sup>3</sup>, Marktprinzip, Wettbewerbsprinzip) im öffentlichen Sektor und den diesen regulierenden öffentlich-rechtlichen Normen. Im Zuge der Ökonomisierung kommt es vermehrt auch zu einer *Kommerzialisierung* und *Vermarktung* staatlicher Leistungen und öffentlicher Güter.

Eine eigentliche «Ökonomisierung des Verwaltungsverständnisses» setzte anfangs der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts ein.<sup>4</sup> Fast von einem Tag auf den andern sank der «Marktwert» der Juristinnen und Juristen im öffentlichen Dienst. Vorher geschätzt als Hüter des Rechtsstaats, galten sie auf einmal als unflexible Bremsen, bar jeden Verständnisses für (betriebs-)wirtschaftliche Zusammenhänge, und damit als Gefahr für einen gesunden Finanzhaushalt.<sup>5</sup> Wenig überraschend hatten fortan in der Verwaltung vermehrt Ökonomen und ökonomieaffine Juristen das Sagen.<sup>6</sup>

---

1 So lässt sich – selbstverständlich – nicht einfach von «*der* Ökonomie und *den* Ökonomen» sprechen. Zum einen ist zwischen Volkswirtschaft (Makro- und Mikroökonomie) und Betriebswirtschaft zu unterscheiden, zum andern existieren in beiden Disziplinen zahlreiche Strömungen, Theorien und Methoden (vgl. dazu auch PETER STRECKEISEN, Die Macht des ökonomischen Denkens, in: Ueli Mäder, Macht.ch. Geld und Macht in der Schweiz, 2015, S. 451 ff.). Die Rede ist im vorliegenden Beitrag von einer ganz spezifischen, sich im öffentlichen Sektor problematisch auswirkenden Richtung des ökonomischen Denkens.

2 Vgl. nur FRANZ KASPAR KRÖNIG, Die Ökonomisierung der Gesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven, Bielefeld 2007, S. 12.

3 Das Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsprinzip zielt auf eine möglichst ressourcenschonende Ziel-Mittel-Relation (vgl. WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann [Hrsg.], Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden Baden 1998, S. 17).

4 Vgl. für Deutschland GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, München 2006, § 16 N. 111.

5 Vgl. auch LORENZ ENGI, Ethisierung und Ökonomisierung als Gefährdungen des Verwaltungsrechts, in: Jusletter vom 13. November 2006, Rz. 9.

6 Vgl. auch STRECKEISEN (Anm. 1), S. 452.

Das Eindringen der ökonomischen Logik in den politisch-administrativen Alltag verändert(e) auch das Recht und damit den *Arbeitsgegenstand* der Wissenschaft des öffentlichen Rechts. Was bedeutet das für deren Rolle im Konzert der staats- und verwaltungsbezogenen Wissenschaftsdisziplinen? Um diese hier ins Zentrum gestellte Frage zu beantworten, bedarf es zunächst einiger Überlegungen zur Problematik der Ökonomisierung im öffentlichen Sektor.

### C. Die Ökonomisierung als Problem?

Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors ist *differenziert* zu beurteilen. Wo sie die staatliche Aufgabenerfüllung unterstützt, ist sie hilfreich, ja sogar notwendig (I). Wo sie diese jedoch unsachgemäss dominiert, wird sie zum Problem (II); Beispiele gibt es genug (III).

#### I. Hilfreiche Unterstützung

Das Recht ist kein geschlossenes System, das sich von der Lebenswelt, die es zu regeln und steuern beansprucht, abkapselt. Ökonomische Wirtschaftlichkeits- bzw. Effizienzüberlegungen in die Rechtsetzung und in die Rechtsanwendung einfließen zu lassen, ist denn auch weder neu noch an sich falsch. Im Gegenteil: Es ist Ausdruck eines umsichtigen und verantwortungsvollen Einsatzes des Steuerungsinstruments «Recht». Gilt es doch, alle staatlichen Aufgaben wirkungsvoll zu erfüllen und dies bei einem möglichst schonungsvollen Umgang mit den Ressourcen.<sup>7</sup> Orientierung an Effizienz und Effektivität ist letztlich Voraussetzung für den Erhalt der Leistungsfähigkeit des Staats.<sup>8</sup> Dementsprechend haben die Verfassungen von Bund und Kantonen das Wirtschaftlichkeits- und Effizienzgebot denn auch verschiedentlich verankert.<sup>9</sup>

Dass ökonomische Überlegungen – insb. im Zusammenhang mit stark ökonomisch geprägten Verwaltungsaufgaben (z.B. öffentliches Finanzhaushaltsrecht, Wettbewerbsrecht) – eine wichtige Rolle spielen, versteht sich von selbst. Ein richtiges Verständnis von Verwaltungsrecht als einer interdisziplinären Materie<sup>10</sup> gebietet ganz generell den sachdienlichen Einbezug von Erkenntnissen

7 Dazu HOFFMANN-RIEM (Anm. 3), S. 19 ff.

8 HOFFMANN-RIEM (Anm. 3), S. 11 ff.

9 Vgl. etwa für die Bundesebene: Art. 43a Abs. 5, 126 Abs. 1, 170, 183 Abs. 2 BV. Siehe auch die Hinweise bei DAVID HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Zürich 2014, Rz. 519, 524 ff., der aber aufgrund der Systematik weder in Art. 170 BV noch in Art. 43a BV eine Grundlage für ein übergreifendes Effizienzprinzip sieht. – In der Rechtsetzung auf Bundesebene sind Wirtschaftlichkeitsüberlegungen zudem im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzungen stets transparent zu machen (vgl. Art. 141 Abs. 2 Bst. f Bundesgesetz vom 13. Dezember über die Bundesversammlung [Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10]).

10 Vgl. MARKUS MÜLLER, Verwaltungsrecht – Eigenheit und Herkunft, Bern 2006, S. 22 ff.

aus «Nachbarwissenschaften».<sup>11</sup> Insoweit ist nichts dagegen einzuwenden, das öffentliche Recht unter ökonomischen Gesichtswinkeln zu analysieren und daraus Erkenntnisse für eine bessere Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu ziehen (sog. ökonomische Analyse des Rechts<sup>12</sup>). Von Ökonomisierung im Sinne eines problematischen «Ökonomismus»<sup>13</sup> kann man deswegen noch nicht sprechen. Dazu kommt es erst, wenn die ökonomische Sichtweise unsachgemäß dominiert.<sup>14</sup>

## II. Unsachgemässe Dominanz

Beginnt die ökonomische Logik in einem überwiegend nicht-ökonomischen Kontext zu dominieren, gerät die Ökonomisierung zum Problem.<sup>15</sup> Diese Gefahr besteht vor allem in jenen Verwaltungsbereichen, die nicht in erster Linie «ökonomische», sondern vor allem *andere Gemeinwohl-Ziele* verfolgen: im Gesundheits- und Sozialwesen, in der Forschung und Bildung, in der Justiz, im Umweltschutz und selbst in der Verwaltungsorganisation, um nur einige zu nennen. Auch bei der Erfüllung solcher Staatsaufgaben sind Kosten-Nutzen-Überlegungen anzustellen.<sup>16</sup> Diese erfassen allerdings mit der materiell-monetären Dimension lediglich eines unter vielen Qualitätskriterien. Denn die staatliche Aufgabenerfüllung lässt sich selten auf eine Allokations- und Distributionsfrage – die beiden Kernanliegen ökonomischer Bemühungen<sup>17</sup> – reduzieren. Ihr geht es vielmehr um die Befriedigung verschiedenartiger, nicht allein materieller Bedürfnisse einer Vielfalt von Persönlichkeiten (ein Ziel, das auch die dem ganzheitlichen Denken verpflichteten «klassischen Nationalökonomien» zu Recht für sich reklamieren würden). Hierzu können ökonomische Effizienzerwägungen einen Beitrag leisten; die Aufgabe lösen können sie alleine aber

11 Im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ist es u.a. psychologisches, im Epidemienrecht medizinisches, im Migrationsrecht sozialanthropologisches, im Polizeirecht sicherheitstechnisches Fachwissen usw.

12 Vgl. zur Geschichte FELIX MÜLLER, Ökonomische Theorie des Rechts, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 351 ff. – Die ökonomische Analyse gehört jedoch zu jenen neueren Theoriebildungen, die den traditionellen Gerechtigkeitsbezug des Rechts weitgehend aufgeben oder zumindest stark relativieren (vgl. KARL-LUDWIG KUNZ/MARTINO MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 32, 45, 230 ff.).

13 Unter Ökonomismus versteht man die Überbetonung ökonomischer Denk- und Bewertungsansätze, kurz: die «Betrachtung der Gesellschaft allein unter ökonomischen Gesichtspunkten» (Duden, Das Fremdwörterbuch, Nr. 5, 7. Aufl., Mannheim 2001, S. 692).

14 Vgl. auch KRÖNIG (Anm. 2), S. 13; in diesem Sinn ebenfalls GEBHARD KIRCHGÄSSNER, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?, in: JZ 1991, S. 104 ff.

15 Vgl. KRÖNIG (Anm. 2), S. 13.

16 So hat sich etwa die Effizienz im Prozessrecht – hier unter dem Titel der Verfahrens- und Prozessökonomie – als zentrales Prinzip etabliert und in diversen Instituten Ausdruck gefunden (Heilung der Gehörsverletzung etc.).

17 Vgl. GUY KIRSCH, Freiheit – der nie erledigte Auftrag, 2009, S. 119.

nicht. Dies ist nur möglich, wenn der gesamte rechtsnormative Kontext mit in Betracht gezogen wird.<sup>18</sup> Eine Optik, die der Gerechtigkeit – wie immer man den «grossen» Begriff füllt – und damit der Vielfalt der involvierten Individualinteressen verpflichtet ist.<sup>19</sup>

Das ökonomische Effizienzdenken stösst hier zwangsläufig an *Grenzen*.<sup>20</sup> Werden diese ignoriert, besteht die Gefahr einer Verengung des Blicks auf Geld und Profit, die Symptome eines «ungesunden» Ökonomismus. Dabei entfalten sich die schädlichen Auswüchse schleichend und während längerer Zeit unbemerkt. Das macht(e) es leicht, Warnungen und aufkommende Kritik als Schwarzmalerei, Hirngespinnste oder auch einfach nur als Symptome einer verbreiteten Angst vor Veränderung zu entkräften. Trotzdem: Beispiele, die grundlegende Probleme einer unsachgemässen Dominanz ökonomischer Theorien offenbaren, gibt es mittlerweile genug.

### III. Zwei Beispiele

Ökonomische Theorien haben in den vergangenen Jahrzehnten Gesicht und Kultur der öffentlichen Verwaltung grundlegend verändert. Eine dringend notwendige Modernisierung, meinen die einen; eine langfristig kontraproduktive und schädliche Entwicklung, befürchten die anderen. Anfänglich nur ein Glaubensstreit. Inzwischen liegen die schädlichen Wirkungen offen zu Tage. Ein oberflächlicher Blick auf *zwei Grossbaustellen* im gegenwärtigen Verwaltungsalltag mag dies verdeutlichen.

#### 1. Verwaltungsreformen

In den frühen 90er Jahren des letzten Jahrhunderts wurde doziert, wie man die angeblich verstaubte, bürokratische und ineffiziente staatliche Verwaltung leistungsfähiger, wirkungsvoller, flexibler, kostengünstiger, kundenfreundlicher oder ganz einfach: unternehmerischer machen kann. Die Geburtsstunde von «New Public Management (NPM)» oder «Reinventing Government» in der Schweiz. Das mit diesen Theorien<sup>21</sup> transportierte Versprechen fand (zumal in Zeiten angespannter Finanzen) bei Politikerinnen und Politikern Anklang. In der Folge wurden für die staatliche Verwaltung mehr *Unternehmergeist* und *privatwirtschaftliche Managementtechniken* gefordert und mittels entsprechen-

18 Vgl. auch HOFFMANN-RIEM (Anm. 3), S. 27.

19 Zur Individualausrichtung des öffentlichen Rechts hinten D.I.

20 Zu den Grenzen der Effizienzregel auch GERD WINTER, Vom Nutzen der Effizienz im öffentlichen Recht, in: Kritische Justiz 2000, S. 309.

21 Es ist umstritten, ob es sich bei NPM oder Reinventing Government um kohärente Theorien handelt. Indes haben sich verschiedene Bausteine dieser Denkrichtungen herauskristallisiert, welche den beiden Strömungen zumindest theorieähnliche Konturen verleihen (Vgl. dazu THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, N. 102).

der «Tools» sukzessive zu implementieren versucht.<sup>22</sup> Es war der Beginn eines als «ökonomische Rationalisierung der Verwaltung» bezeichneten Reformprozesses, der nach wie vor andauert.<sup>23</sup>

Es ist hier nicht der Ort, um Erfolg bzw. Misserfolg dieser Reformbemühungen zu kommentieren. Dazu nur so viel: Heute ist mancherorts die Einsicht gewachsen, dass der Versuch, betriebswirtschaftliche Denk-, Handlungs- und Organisationsmuster mehr oder weniger 1:1 in den administrativ-politischen Bereich zu übertragen, nicht erfolversprechend ist. Der Staat ist kein Unternehmen und lässt sich auch nicht in ein solches umwandeln. Im Kanton Bern, dem eigentlichen NPM-Pilotkanton, ist die Neue Verwaltungsführung (NEF) denn auch *gescheitert*. Die ursprünglich gesetzten Ziele konnten nicht erreicht werden. Allerdings liessen sich der zwischenzeitlich erfolgte «Umbau» der Verwaltung und der Verwaltungskultur nicht mehr ohne Weiteres rückgängig machen. Man entschied sich daher vorerst für Optimierung und Vereinfachung anstatt für Rückbau (d.h. einem Zurück zum Alten).<sup>24</sup> In den Worten des Berner Regierungsrats:

«Die im Jahr 2005 eingeführte Neue Verwaltungsführung (NEF) hat laut einer unabhängigen Überprüfung die Hauptzielsetzung einer ausschliesslichen Steuerung der staatlichen Aufgaben und Leistungen über Leistungs- und Wirkungsziele nicht erfüllt. Zwar hat NEF die Transparenz des staatlichen Handelns verbessert, doch die politischen Steuerungsimpulse vom Grossen Rat und vom Regierungsrat erfolgen nach wie vor ausschliesslich mit den traditionellen Instrumenten. NEF wird von den beteiligten Akteuren als zu theoretisch konzipiert und im politischen Führungsalltag als kaum anwendbar beurteilt. Der Regierungsrat will nun in einem Projekt die Schwachstellen soweit möglich beseitigen und NEF mit vertretbarem Aufwand optimieren bzw. vereinfachen.»<sup>25</sup>

---

22 Zu den Kernelementen gehören: Outputsteuerung, Globalbudgetierung, Kosten- und Leistungsrechnung, Kundenorientierung, Lean Management, Total Quality Management, Benchmarking, Balanced Scorecard, Public-Private-Partnership, Aufgaben-Outsourcing/Contracting out. – In der Verwaltungsorganisation waren und sind es vor allem die diversen Formen der Organisations-Privatisierung, von denen man sich – wohl zu Unrecht (so auch HOFFMANN-RIEM [Anm. 3], S. 54 ff.) – einen Effizienzgewinn erhofft(e). Vgl. kritisch zum dadurch entstandenen «administrativen Zoo» PIERRE TSCHANNEN, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, FS für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 517 ff.; ferner hierzu HOFSTETTER (Anm. 9), Rz. 522, namentlich zu den Art. 178 BV konkretisierenden Bestimmungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010), wo der Bundesrat angehalten wird, «nach den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit» zu handeln (Art. 3 Abs. 3 RVOG).

23 Kritisch dazu KLAUS KÖNIG, Theorien öffentlicher Verwaltung, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungswissenschaften und Verwaltungswissenschaft, Forschungssymposium anlässlich der Emeritierung von Klaus König, Berlin 2003, S. 161 f.; RICHARD MÜNCH, Akademischer Kapitalismus. Über die politische Ökonomie der Hochschulreform, Berlin 2011, S. 11 ff.

24 Vgl. dazu die Hinweise bei MARKUS MÜLLER/RETO FELLER, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 19 f. (Rz. 52–57).

25 Medienmitteilung des Regierungsrats vom 5. Juli 2011 (Hervorhebungen durch den Autor).

Aufgrund solcher und ähnlicher Erfahrungen steht man heute dem Import von betriebswirtschaftlichem Effizienzdenken in den öffentlichen Sektor vorsichtiger gegenüber. Die anfängliche Euphorie ist einer gewissen *Ernüchterung* gewichen. Das vermag den Bund jedoch nicht davon abzuhalten, das «Neue Führungsmodell Bund» (NFB), dessen Kernelemente in verschiedener Hinsicht an die zum Teil gescheiterten kantonalen oder kommunalen NPM-Projekte mahnt, per 1. Januar 2017 einzuführen.<sup>26</sup> Es wird interessant sein, die weiteren Entwicklungen zu verfolgen.

## 2. Bildungs- und Universitätsreformen

Das ökonomische Denken hat seit einiger Zeit auch die Universitäten und die anderen tertiären Bildungseinrichtungen erreicht.<sup>27</sup> Die *Label* heissen hier: Bologna-Prozess, Qualitätssicherung, leistungsorientierte Finanzierung, Wettbewerbsfähigkeit, Exzellenz usw. Wissenschaft und Wissen gelten heute weithin als «zentrale Produktionsfaktoren ..., die massgeblich zu Wertschöpfung, Produktivität, Wirtschaftswachstum und Wohlfahrt beitragen».<sup>28</sup> Mehr unternehmerisches Denken und mehr unternehmerische Effizienz lautet daher auch hier die Devise.<sup>29</sup> Das hinterlässt natürlich Spuren im universitären Alltag: Der ganzheitliche humboldtsche Bildungsansatz scheint definitiv passé. Angestrebt wird vielmehr eine *effiziente und zielgerichtete (Berufs-)Ausbildung*. Die Studierenden (bisweilen als «Produkte», immer häufiger auch als «Kunden» der Universität bezeichnet) sollen sich möglichst rasch – bestückt mit modularem Spezialwissen – in der Praxis nützlich machen.<sup>30</sup> *Employability* heisst das «Wort der Stunde».<sup>31</sup> Damit hat es sich freilich noch nicht: Das «Unternehmen»

26 Vgl. zum NFB ANDREAS LIENHARD, Das Neue Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB). Eine verfassungsrechtliche Einschätzung, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat, FS für Peter Hänni, Bern 2015, S. 247 ff.

27 Vgl. hierzu die kritischen Gedanken von HANS HEINRICH SCHMID, Universitätsreform und New Public Management, in: Hans Ueli Rüegger (Hrsg.), Quo vadis universitas? Kritische Beiträge zur Idee und Zukunft der Universität, Nr. 6, Zürich 2006.

28 MARKUS ZÜRCHER, It's humanities stupid! Gegenstand, Relevanz und Praxis der Geisteswissenschaften. Eine philosophisch-anthropologische Begründung, in: swiss academies communications, Vol. 11, Nr. 5, Bern 2016, S. 4.

29 Vgl. MÜNCH (Anm. 23), S. 68 ff.; CHRISTIAN BUMKE, Universitäten im Wettbewerb, in: VVDStRL 69, Bern/New York 2010, S. 428 ff.

30 Aus der Sicht der Ökonomie zählt vor allem der volkswirtschaftliche Ertrag, der eine Universität abwirft, d.h. der unmittelbare gesellschaftliche Nutzen (vgl. BUMKE [Anm. 29], S. 412).

31 Der Begriff *Employability*, der mit *Beschäftigungsbefähigung* übersetzt werden kann, hat in den letzten Jahren in hochschulpolitischen Diskussionen weiterhin an Relevanz gewonnen. Im Bologna-Prozess ist die *Beschäftigungsbefähigung* von Hochschulabsolventen verschiedentlich als wichtiges Ziel angeführt worden (z.B. London-Communiqué 2007). Die Diskussion um die *Beschäftigungsbefähigung* ist eng mit der Thematik der zu erwerbenden Kompetenzen und der *Learning Outcomes* verknüpft. Vgl. dazu auch LENA BECKER, Bildung im Zeichen der Ökonomisierung, Darmstadt 2012, S. 113 ff. Siehe ferner die Homepage von swissuniversities: <<https://www.swissuniversities.ch/de/themen/lehre-und-studium/employability/>>.

Universität soll sich, getreu den Leitideen des neuen Hochschulförderungs- und Koordinationsgesetzes,<sup>32</sup> am (nationalen und internationalen) Wettbewerb ausrichten und bewähren.<sup>33</sup> Richtig verstandene Bildung (nicht bloss Ausbildung<sup>34</sup>) orientiert sich jedoch an der Wissensvermittlung, nicht am Wettbewerb,<sup>35</sup> schon gar nicht an einem *destruktiven* Verdrängungswettbewerb, bei dem es vornehmlich um Grösse, Geld und Glamour geht, anstatt um Ideen und Erkenntnisse.<sup>36</sup> Das Wettbewerbsparadigma ist für die Universität mangels echter Marktsituation nicht nur unpassend, sondern in vielerlei Hinsicht schädlich:<sup>37</sup> Zum einen führt der künstlich inszenierte Wettbewerb auf der Ressourcenseite (Wettbewerb um Forschungsgelder) – zumal bei knapper werdenden staatlicher Alimentierung – zu einer verstärkten Ausrichtung auf private Geldgeber und Sponsoren, was mit Gefahren für die akademische Freiheit und damit für die Glaubwürdigkeit der Universitäten einhergeht.<sup>38</sup> Zum andern verleitet der Wettbewerb auf der Produktionsseite (Produktion von Wissen [sprich: Publikationen] und Abschlüssen) zur Erzeugung von Masse anstatt von Qualität.<sup>39</sup> Und schliesslich regt das «ökonomisierte» Effizienzdenken die Politiker dazu an, den universitären Fächerkanon nach oberflächlichen Nützlichkeitskriterien zu hinterfragen. So wird etwa neuerdings ernsthaft in Zweifel gezogen, ob staatliche Universitäten sog. nicht-vermarktbar Orchideenfächer (insb. Geis-

32 Vgl. insb. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Bst. c sowie Art. 69 Abs. 1 Bst. c Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, HFKG; SR 414.20).

33 Vgl. für Deutschland etwa MAX-EMANUEL GEIS, Universitäten im Wettbewerb, in: VVDStRL 69, Bern/New York 2010, S. 364 ff.

34 Zum Unterschied siehe KONRAD PAUL LIESSMANN, Geisterstunde. Die Praxis der Unbildung. Eine Streitschrift, Wien 2014, S. 128 (mit Verweis auf Peter Bieri). Ferner zu den Kontroversen um den Bildungsbegriff BECKER (Anm. 31), S. 154 ff.

35 LIESSMANN (Anm. 34), S. 128.

36 Kritisch auch PAUL KIRCHHOF, Recht lässt hoffen, München 2014, S. 95 f.; ferner MÜNCH (Anm. 23), S. 69; JOCHEN HÖRISCH, Die ungeliebte Universität, München/Wien 2006, S. 47 ff. – Ob mehr Wettbewerb unter den Law Schools tatsächlich zu mehr «echter» Innovation führt (so die These von THOMAS S. ULEN, European and american perspectives on behavioural law and economics, in: Klaus Mathis (Ed.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, S. 6, 13 f.), bleibt zu beweisen.

37 Vgl. zur Problematik der Fehlanreize und Fehlproduktion bei künstlich inszenierten Wettbewerben MATHIAS BINSWANGER, Sinnlose Wettbewerbe. Warum wir immer mehr Unsinn produzieren, Freiburg im Breisgau 2010, S. 64 ff., 119 ff.; siehe auch hinten D.II.

38 Vgl. dazu statt vieler JAMES ROBERT BROWN, Die Wissenschaftsgemeinschaft – The Community of Science, in: Gerhard Schurz/Martin Carrier (Hrsg.), Werte in den Wissenschaften, Berlin 2013, S. 337 ff. m.w.H.; ferner MARKUS MÜLLER, Akademische Freiheit. Sorgen um ein bedrohtes Gut, in: Kunz/Weber/Lienhard/Fargnioli/Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 381 ff.; MARKUS MÜLLER/MANUELA HUGENTOBLE/Franz Andres, Private funding and its dangers to Academia: An experience in Switzerland (erscheint in: European Journal of Higher Education, 2016).

39 Diese Tendenz wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass sich die Höhe der staatlichen Beiträge vornehmlich an Quantitäten (z.B. Studierendenzahlen) orientiert.

teswissenschaften) weiterhin anbieten sollen. Diese Forderung ist nicht nur *risikant* (wer bereit ist, «die Geisteswissenschaften abzubauen, baut den Geist selber ab»<sup>40</sup>); sie ist auch *ignorant*, weil sie den hohen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Nutzen der Geisteswissenschaften fundamental verkennt. Gerade die Geisteswissenschaften beschäftigen sich mit Fertigkeiten, ohne die auch eine auf Profitstreben ausgerichtete Gesellschaft nicht auskommt, man denke nur an die Wichtigkeit sprachlicher und kommunikativer Kompetenzen.<sup>41</sup>

### 3. Linguistische Implikationen

Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors verläuft nicht nur in den intellektuellen Bahnen ökonomischer Theorien und Denkmuster, sondern wird auch durch eine «*ökonomisierte*» Sprache vermittelt.<sup>42</sup> Dabei handelt es sich um mehr als um eine belanglose Nebenerscheinung. Sprache ist der «Abdruck des Geistes und der Weltansicht des Redenden»<sup>43</sup> und als das beeinflusst sie sowohl das eigene als auch das fremde Denken und Wahrnehmen.<sup>44</sup> Aus der *Lernpsychologie* weiss man, dass Wörter wie Reize auf das Gehirn wirken und dort Bilder und Assoziationen wecken.<sup>45</sup> Mit dem permanenten Gebrauch der immer wieder gleichen Wörter, verändert sich allmählich auch das Denken und Handeln, was wiederum auf die Wortwahl zurückwirkt. Damit ist der Lernkreis geschlossen. Im Lichte dieser Erkenntnisse kann es nicht erstaunen, dass die zahlreichen Begriffe aus der Wirtschaftswelt (z.B. Kunde, Produkt, Effizienz) die u.a. im Zuge von NPM in die Verwaltungssprache Eingang gefunden haben, nicht ohne «Lerneffekt» geblieben sind. Sie transportieren Einstellungen, aktivieren Assoziationen und verändern dadurch Denk- und Arbeitskulturen.<sup>46</sup> Am Kundenbegriff scheint sich z.B. heute kaum mehr jemand zu stören, selbst dort nicht, wo er offensichtlich falsche Assoziationen weckt: Von Gefängnisinsassen, Betrieben oder Steuerpflichtigen als Kunden oder Klienten des Staats zu sprechen, suggeriert Freiwilligkeit, Autonomie und gleichberechtigte Geschäftsbedingungen. Die Realität der sozialen Verhältnisse sieht freilich anders aus.<sup>47</sup>

40 GEIS (Anm. 33), S. 388.

41 Zum Ganzen ZÜRCHER (Anm. 28), S. 9, 13 ff.

42 Dazu auch GERLINDE MAUTNER, Sprache.Macht.Wirtschaft: Perspektiven und Impulse aus der Linguistik, Wiener Vorlesung vom 26. November 2007 (Redemanuskript: [https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/ebc/pdf/mautner\\_wiener\\_vorlesung.pdf](https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/ebc/pdf/mautner_wiener_vorlesung.pdf)).

43 WILHELM VON HUMBOLDT, Über den Dualis, in: Schriften zur Sprache, Stuttgart 1973, S. 23.

44 Vgl. dazu ZÜRCHER (Anm. 28), S. 13 ff.

45 Vgl. grundlegend zum «Law of mental association by contiguity» WILLIAM JAMES, The principles of psychology, New York 1890, S. 561.

46 Vgl. hierzu auch GOTTFRIED SCHATZ, Die letzten Tage der Wissenschaft, in: Jenseits der Gene. Essays über unser Wesen, unsere Welt und unsere Träume, 5. Aufl., Zürich 2015, S. 125 f.; mit Blick auf die Sozialarbeit siehe etwa HORST BÖRNER/FRED MÜLLER, «Wie wir denken, so sprechen wir – wie wir sprechen, so denken wir», in: Carsten Müller/Eric Mührel/Bernd Birgmeier (Hrsg.), Soziale Arbeit in der Ökonomisierungsfalle?, Wiesbaden 2016, S. 131 ff.

47 BÖRNER/MÜLLER (Anm. 46), S. 135.

Auch die «*entrepreneurial university*» wird zunehmend von der aus der Welt der Wirtschaft – notabene: freiwillig<sup>48</sup> – übernommenen Sprache dominiert.<sup>49</sup> Zu ihrem Standardrepertoire gehören mittlerweile zahlreiche Begriffe mit ökonomischer Färbung, wie beispielsweise Forschungsoutput, Learning Outcomes, Qualitätsmanagement, Employability.<sup>50</sup> Zudem fällt auf, dass sich in die herkömmlich eher nüchterne Wissenschaftssprache diverse Ausdrücke aus der PR-Welt gemischt haben: bahnbrechend (groundbreaking), erstaunlich (astonishing), beispiellos (unprecedented), eindrucklich (spectacular) usw.<sup>51</sup> Sie erscheinen offenbar notwendig, um im Wettbewerb um Forschungsgelder und Ansehen zu bestehen.

*Fazit:* Wie die beiden Beispiele (inkl. der linguistischen Implikationen) zeigen, lassen sich ökonomische Theoreme nur sehr bedingt auf den öffentlichen Sektor (Staats- und Verwaltungsapparat) übertragen. Worin könnten die Ursachen für diese relative Unverträglichkeit liegen?

## D. Kulturunterschiede

Es sind vor allem Kulturunterschiede, die es der ökonomischen Logik erschweren, sich im öffentlichen Sektor mühelos zu entfalten. Denn Recht und Ökonomie trennen grundverschiedene Denk- und Arbeitskulturen.<sup>52</sup> Diese gründen in *methodischer* Hinsicht auf einem unterschiedlichen Umgang mit Formeln und Modellen (I) und in *inhaltlicher* Hinsicht auf einem andersgelagerten Arbeitsgegenstand (II).

### I. Modelle und Formeln

Die Ökonomie arbeitet gerne mit Modellen und Formeln. Von dieser Art der *Komplexitätsreduktion* verspricht sie sich unter anderem eine «klare Trennlinie zwischen wissenschaftlichem Wissen und subjektiver Meinung».<sup>53</sup> Gegen den Einsatz von Modellen und Formeln «im wissenschaftlichen Labor» ist durchaus nichts einzuwenden, sofern dies in einem Klima der Kreativität und Offenheit

48 Vgl. auch MAUTNER (Anm. 42), S. 15 f.

49 Vgl. GERLINDE MAUTNER, *The Entrepreneurial University: A discursive profile of a higher education buzzword*, 2:2 *Critical Discourse Studies*, 2005, S. 95 ff.

50 Vgl. auch MÜLLER/HUGENTOBLER/ANDRES (Anm. 38); SCHATZ (Anm. 46), S. 125, spricht in diesem Zusammenhang ironisch von einschüchternden Kommandolauten; kritisch auch ENGI (Anm. 5), Rz. 10.

51 MARCEL HÄNGGI, *Die verblüffende Karriere von <groundbreaking> und Co*, *WochenZeitung WOZ*, Nr. 2 vom 14. Januar 2016, S. 23; weitere Hinweise bei MÜLLER/HUGENTOBLER/ANDRES (Anm. 38).

52 In diesem Sinn auch EBERHARDT SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, S. 25 (Rz. 44).

53 STRECKEISEN (Anm. 1), S. 459.

gegenüber alternativen Ansätzen geschieht. Gefährlich wird es dann, wenn sich der Blick verengt und – den «homo oeconomicus» im Sinn – gestützt auf alternativlose ökonomische Standardmodelle vermeintlich «messerscharfe» Prognosen angestellt werden. Solche haben in der Vergangenheit denn auch oftmals versagt und die jüngste Finanzkrise hat das Vertrauen in sie abermals erschüttert:

«Was ist eine Disziplin wert ..., die durch die Nahtoderfahrung des globalen Finanzsystems ebenso überrascht wurde wie die Nichtökonominnen auf der Zuschauertribüne».<sup>54</sup>

Es ist vor allem die Variable Mensch, die für den beschränkten Gebrauchswert von Formeln und Modellen verantwortlich ist. «Den» Menschen und «den» Kunden gibt es nicht; damit werben heute sogar Versicherungsunternehmen.<sup>55</sup> Nüchtern besehen gibt es nur zwei *anthropologische Konstanten*: Jeder Mensch sucht nach Anerkennung<sup>56</sup> und nach Lebenssinn.<sup>57</sup> Worin Anerkennung und Lebenssinn genau bestehen, ist wiederum ausgesprochen individuell. Aus der Glücksforschung weiss man immerhin eines: Die allerwenigsten Menschen finden Sinn, Anerkennung und damit Glück im materiellen Wohlstand.<sup>58</sup>

Für ökonomische Modell-Prognosen ist diese menschliche Vielfalt eine etwas *labile Grundlage*. Das wurde in der Ökonomie zum Teil erkannt (Stichwort: Behavioural Law and Economics); zum Verschwinden gebracht hat diese Einsicht den vernünftig denkenden und handelnden «Standardmenschen» (homo oeconomicus) jedoch nicht.<sup>59</sup> Im Gegenteil: Er scheint nach wie vor sehr präsent und dies nicht nur im privaten, sondern auch im öffentlichen Sektor, wo er noch weniger passt.<sup>60</sup>

54 NZZ vom 27. Mai 2016, S. 25 («Die Wirtschaftsfakultäten sind gefordert»).

55 Vgl. die Werbekampagne der CSS Versicherung («es gibt nicht *den* Kunden ...»).

56 Vgl. statt vieler VOLKER GERHARDT, Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, Stuttgart 2007, S. 430 f.; MARKUS MÜLLER, Individuelle Selbstbestimmung und staatliche Fürsorge, in: ZSR 2012, S. 71.

57 Vgl. dazu VIKTOR E. FRANKL, Der Mensch vor der Frage nach dem Sinn, 23. Aufl., München 2010, S. 100 ff., 181; siehe ferner CARL HILTY, Glück, Frauenfeld 1898, S. 179 ff., der zwar von Glück spricht, aber (auch) Sinn meint.

58 Vgl. dazu schon HILTY (Anm. 57), S. 182 ff.; siehe aus der jüngeren Glücksforschung statt vieler MARTIN E.P. SELIGMANN, Der Glücksfaktor, 9. Aufl., Köln 2012, S. 94 ff.; ferner KIRSCH (Anm. 17), S. 119 f.; ANDRÉ COMTE-SPONVILLE, Kann Kapitalismus moralisch sein? Zürich 2011, S. 154 f.

59 Vgl. dazu auch F. MÜLLER (Anm. 12), S. 367; BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, Rechtstheorie, 7. Aufl., München 2013, Rz. 306a ff.; WINTER (Anm. 20), S. 304 ff.; KLAUS MATHIS/ARIEL DAVID STEFFEN, From Rational Choice to Behavioural Economics, in: Klaus Mathis (Ed.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, S. 32 ff., 36 ff.

60 Vgl. KÖNIG (Anm. 23), S. 184. – Möglich, dass es die erwähnte professionelle Modell- und Theorienfixiertheit ist (die der Ökonomie eigene Core methodology), die es den Ökonomen tendenziell erschwert, sich neuen Ansätzen und Erkenntnissen gegenüber zu öffnen (vgl. ULEN [Anm. 36], S. 4 f.).

Im öffentlichen Sektor versagen Modelle und Formeln fast gänzlich.<sup>61</sup> Zu viele Akteure, zu viele Interessen, zu viele schwer erfassbare Dimensionen sind im Spiel. Das ökonomische Effizienzmodell stösst hier an *klare Grenzen*: Kosten und Nutzen einer staatlichen Leistung lassen sich selten allein aufgrund ökonomischer, rein materiell-monetärer Gesichtspunkte erfassen.<sup>62</sup>

Zum Beispiel Immissionsgrenzwerte für gesundheitsbelastende Schadstoffe: Hier sind es nicht nur die *Einsparungen* von Krankheitstagen in der Arbeitswelt und die Entlastung der Krankenversicherung, die den Ausschlag geben, sondern auch das psychische und physische *Wohlbefinden* der Bevölkerung.<sup>63</sup>

Der Kosten- und Nutzenbegriff ist im öffentlichen Sektor *mehrdimensional*<sup>64</sup> und abhängig von individuellen Kosten-/Nutzenvorstellungen (Präferenzen), die den Einzelnen häufig selber nicht einmal bewusst sind.<sup>65</sup> Wendet man sich dem realen, vielschichtigen und häufig neurotisch gebundenen Menschen zu, wird jede auch nur halbwegs plausible Effizienzprognose um einiges anspruchsvoller.<sup>66</sup> Doch es ist dieser Weg, den das öffentliche Recht aufgrund seiner individualrechtlichen Ausrichtung geht und gehen muss.<sup>67</sup> Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass staatliche Leistungen sich nicht abschliessend als Quotient aus Ertrag und Aufwand (ausgedrückt in Franken und Rappen) erfassen lassen und ökonomischen Modellannahmen insoweit nur beschränkt zugänglich sind. Ihre Effizienz – will man den ökonomischen Begriff überhaupt verwenden – ist vielmehr stets mit Blick auf den gesamten normativen Kontext

61 Zu den grundlegenden unterschiedlichen Ansätzen und Menschenbildern von deskriptiver und normativer Ökonomie und Rechtswissenschaft als genuin normativer Wissenschaft vgl. KIRCHGÄSSNER (Anm. 14), S. 105 ff.

62 Vgl. WINTER (Anm. 20), S. 302, 304; kritisch zur Kosten-Nutzen-Analyse auch MATHIS/STEFFEN (Anm. 59), S. 36 m.w.H.

63 Oder zum Beispiel der Alpenschutz gemäss Art. 84 BV: Wie bemessen sich die meist externen (finanziellen, ökologischen, psychologischen, wirtschaftlichen) Kosten für die Bewältigung des Alpentransitverkehrs und vor allem, wie bemisst sich der (volkswirtschaftliche) Nutzen? Vgl. dazu etwa KURT MOLL, Das Gebot der Wirksamkeit im Alpenschutz. Evaluation in der Verlagerungspolitik, Bern 2016, N. 27 ff. und passim.

64 Vgl. dazu F. MÜLLER (Anm. 12), S. 367 f.; siehe generell zu einem umfassenden «rechtlichen» Effizienzbegriff auch HOFSTETTER (Anm. 9), N. 521 m.w.H.

65 KIRSCH (Anm. 17), S. 120 f.

66 Vgl. in diesem Sinn auch F. MÜLLER (Anm. 12) S. 368; SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 28 (Rz. 47). Zum Variantenreichtum menschlichen Verhaltens siehe AVISHALOM TOR, The next Generation of Behavioural Law and Economics, in: Klaus Mathis (Ed.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2015, S. 23 ff.; zur verbreiteten neurotischen Gebundenheit des Menschen siehe KIRSCH (Anm. 17), S. 120 ff. – Vor diesem Hintergrund gestaltet sich das Controlling und damit ein zentrales Element ökonomischer Betrachtungsweise entsprechend schwierig (vgl. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif. Les actes administratifs et leur contrôle, Vol II, 3<sup>e</sup> édition, Berne 2011, S. 605 f.).

67 Vgl. auch SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 21: «Das Verwaltungsrecht hat, seiner individualrechtlichen Grundlage entsprechend, immer auch den Einzelvorgängen und Einzelpositionen einen gesicherten Platz in seiner Systematik einzuräumen».

sowie die Vielfalt menschlicher Bedürfnisse und Leidenschaften zu ermitteln.<sup>68</sup> Daraus erhellt: (Ökonomische) Effizienz ist nicht gleich (juristische) Effizienz. Etwas, das beim Begriffsimport in den öffentlichen Sektor zu bedenken wäre.

## II. Arbeitsgegenstand

Die Welten von Ökonomie und Recht unterscheiden sich auch in ihrem Gegenstand: Die Ökonomie beschäftigt sich mit der *Volks-* und der *Betriebswirtschaft* und – ihnen zugrundeliegend – mit dem Problem der Ressourcenknappheit.<sup>69</sup> Die Ökonomen sehen daher die «ganze» Welt gern als einen grossen Markt- platz, mit konkurrierenden Unternehmen und konsumierenden Kundinnen und Kunden. In immer mehr Lebensbereichen (z.B. Sport, Medien, Kultur) nähert sich die Welt diesem Paradigma denn auch zunehmend an – nicht nur zum Guten.<sup>70</sup>

Der Gegenstand des öffentlichen Rechts ist demgegenüber der Staat mit seinem *Gemeinwohlauftrag*. Die ökonomischen Kategorien Unternehmen, Markt, Effizienz passen hier schlecht.<sup>71</sup> Denn viele staatliche Aufgaben verfolgen (auch) nicht-ökonomische (soziale, kulturelle, wissenschaftliche, politische usw.) Ziele, die den ökonomischen Anliegen bisweilen gar zuwiderlaufen.<sup>72</sup> Wirtschaftlichkeit ist daher für sie nicht der einzige und oftmals auch nicht der wichtigste Massstab.<sup>73</sup> Diese Erkenntnis korrespondiert mit der bereits erwähnten Tatsache, wonach der Staat sich nicht einem uniformen Kollektiv von überwiegend an materiellen Dingen interessierten «Kunden» gegenüberstellt, sondern einem Kollektiv von Menschen mit unterschiedlichsten Bedürfnissen und Leidenschaften, sowohl ökonomischer als auch nicht-ökonomischer Natur. Eindimensionales unternehmerisches Effizienzdenken kann somit den Anforderungen an die mehrdimensionale staatliche Aufgabenerfüllung nicht genügen – schlimmer noch: es kehrt deren Logik um. Dies zeigt sich namentlich dort, wo im verklärten Glauben an die effizienzsteigernde Wirkung des Wettbewerbs ein solcher *künstlich inszeniert* wird, obwohl es – wie typischerweise im öffentlichen Sektor – gar keinen richtigen Markt gibt. Wo aber Markt und Wettbewerb nicht zusammenfallen, können sich die steuernden Effekte des Wettbewerbs nicht entfalten (Anpassung der Produktion an die Nachfrage). Es besteht dann die Gefahr, dass der marktfreie Wettbewerb zu einer Überproduktion von

68 In diesem Sinn plädiert BINSWANGER (Anm. 37), S. 220 f., für einen weiten, nicht im Messbarkeitsdenken verhafteten Effizienzbegriff.

69 Vgl. KIRSCH (Anm. 17), S. 119.

70 Die britische Rockband PINK FLOYD hat beispielsweise in ihrem Song «Have a cigar» (Album: Wish you were here) bereits 1975 die Gier und Heuchelei der Musikindustrie kritisiert.

71 In ähnlichem Sinn weist COMTE-SPONVILLE (Anm. 57), S. 152 f., darauf hin, dass nur der Staat, nicht aber Markt und Unternehmen, einigermaßen dazu geeignet ist, Gerechtigkeit zu schaffen.

72 Vgl. HOFFMANN-RIEM (Anm. 3), S. 27 f.

73 Vgl. SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 25.

Gütern oder Dienstleistungen führt, die an sich niemand braucht.<sup>74</sup> Zwei Beispiele aus dem Gesundheits- und dem Bildungswesen mögen dies veranschaulichen:

- Das Hauptziel des (öffentlichen) *Gesundheitswesens* liegt darin, Menschen möglichst rasch und nachhaltig zu heilen und damit im Sinne eines Nebenziels die Kosten im Auge zu behalten. Durch die Einführung von künstlich inszeniertem Kostenwettbewerb in Form der Fallpauschalen wurde indes die *Kosteneffizienz* zum Hauptziel. Das verleitet die Spitäler dazu, an den Patientinnen und deren Bedürfnissen nach Heilung und Betreuung vorbei zu produzieren. So haben etwa besonders lohnende Operationen (d.h. standardisierte, gut planbare Behandlungen mit kurzen Klinikaufenthalten) zugenommen, während nicht lukrative Patienten tendenziell in Rehabilitationszentren abgeschoben werden usw.<sup>75</sup>
- Ähnliches spielt sich auch in der *akademischen Forschung* ab, wo ein auf quantitative Messwerte (Höhe der eingeworbenen Forschungsmittel, Anzahl und Grösse der Publikationen, Anzahl der Abschlüsse), ausgerichteter Forschungs- und Bildungswettbewerb inszeniert wurde. Dies mit dem «schleichenden» Effekt, dass die leicht messbare *Quantität* zusehends die schwer messbare Qualität verdrängt.<sup>76</sup>

*Fazit:* Die skizzierten Kulturunterschiede zwischen Ökonomie und Recht finden im politisch-administrativen Alltag kaum Beachtung. Im Gegenteil: Der auf Effizienz getrimmte «Unternehmerstaat» bleibt für viele Entscheidungsträger (darunter immer auch zahlreiche Juristinnen und Juristen) ein Ziel. Besonnen kritische Stimmen aus dem «Off» werden hier vermisst. Wäre das – womit wir uns langsam der eingangs aufgeworfenen Frage nähern – nicht der Part der Wissenschaft?

## E. Rolle und Verantwortung der Rechtswissenschaft

Aufgabe und Verantwortung der Rechtswissenschaft ist es, das Recht in seiner Entstehung und seiner Entfaltung *konstruktiv-kritisch*<sup>77</sup> zu begleiten, zu analy-

74 Vgl. dazu BINSWANGER (Anm. 37), S. 15 ff., 44 ff.

75 Vgl. MATHIAS BINSWANGER, Perverse Anreize im Gesundheitswesen, in Sonntagszeitung vom 15. Mai 2016, S. 81. – Ob z.B. Lean-Management (schlankere, effizientere Abläufe, Rationalisierungen etc.), wie es sich in der japanischen Automobilindustrie bewährt hat, auch in Spitälern und Kliniken zu einer verbesserten Gesundheitspflege führt, darf zumindest bezweifelt werden (vgl. Berner Zeitung vom 13. Februar 2016).

76 Zum Ganzen BINSWANGER (Anm. 37), S. 64 ff. (siehe auch seine Kritik zum Messbarkeitswahn a.a.O., S. 67 ff.); kritisch dazu ferner GEIS (Anm. 33), S. 382 ff.; WINTER (Anm. 20), S. 307. – Der grosse Biochemiker GOTTFRIED SCHATZ sieht bald «die letzten Tage der Wissenschaft» gekommen, falls es so weiter geht (Anm. 46), S. 123 ff.

77 Dabei ist «kritisch» durchaus neutral zu verstehen: Die Kritik kann positiv-konstruktiv oder negativ-konstruktiv sein. Immer setzt sie aber eine fundierte Reflexion voraus.

sieren und mitzugestalten.<sup>78</sup> In Bezug auf die vielfältigen Erscheinungen der Ökonomisierung hat sich die Wissenschaft des öffentlichen Rechts bisher nur sehr zurückhaltend und punktuell geäußert. Etwas mehr Gestaltungswille (I) und etwas mehr Behauptungswille (II) wären hier gewiss wünschenswert.

## I. Gestaltungswille

Die Ökonomisierung von Staat und Verwaltung betrifft die Wissenschaft des öffentlichen Rechts in ihrem Kern.<sup>79</sup> Sie hat bis heute darauf jedoch nur mit *nobler Zurückhaltung* reagiert, d.h. weder laut Kritik geübt noch sonst wie aufgehehrt. Eine Wissenschaft, die sich damit begnügt, die Politik (mittels Analyse und Systematisierung) zu studieren und ihr als Zudiener bei der Umsetzung ihrer Entscheide behilflich zu sein,<sup>80</sup> verkennt nicht nur ihre Bestimmung, sondern schadet damit auch ihrem Ansehen:

«Und trotzdem sinkt derweil das Ansehen der Juristen in der Gesellschaft, weil das Recht nicht jedem Ansinnen entsprechen kann und weil der blosse Zudiener halt doch ein schlechter Jurist ist».<sup>81</sup>

Namentlich von einer *normativen* Wissenschaft ist mehr zu verlangen: Wer spezielles Wissen hat, der hat seiner Gesellschaft gegenüber auch eine spezielle Verantwortung.<sup>82</sup> Diese besteht für die Wissenschaft des öffentlichen Rechts darin, im Rahmen des Zulässigen und Möglichen die Rechtsordnung aktiv und kritisch mitzugestalten. Das ist weit mehr als blosses beschreiben und auch mehr als für das urwüchsig Entstandene «eine neue systematische Gliederung herausarbeiten»<sup>83</sup>. Von den einzelnen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern ist vielmehr zu erwarten, dass sie die Rechtsetzung und Rechtsanwendung kritisch begleiten und sich zu diesem Zweck notfalls im lauten Getöse des politisch-administrativen Alltags *Gehör verschaffen*: durch publizistische Interven-

78 Das ist – nebenbei bemerkt – nicht nur eine rein wissenschaftliche, sondern zwangsläufig auch eine rechtspolitische Aufgabe. Dabei lassen sich rechtspolitische und gesellschaftspolitische Fragen nicht scharf voneinander trennen.

79 Vgl. auch SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 22 (Rz. 40).

80 Vgl. aber GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungs(Staats-)wissenschaft, in: Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungswissenschaften und Verwaltungswissenschaft, Forschungssymposium anlässlich der Emeritierung von Klaus König, Berlin 2003, S. 29, der die Aufgabe der Rechtswissenschaft angesichts der Ökonomisierungs-, Privatisierungs- und Ausfransungstendenzen vor allem darin sieht, neue Antworten zu finden.

81 HANS HUBER, Das Recht im technischen Zeitalter, Rektoratsrede 1960, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, S. 66.

82 Vgl. KARL R. POPPER, Die moralische Verantwortung des Wissenschaftlers, in: Freiheit und intellektuelle Verantwortung, Gesammelte Werke, Bd. 14, Tübingen 2016, S. 129. – Zum unterschiedlichen Rollenverständnis von Staatsrechtsprofessoren siehe auch etwa ANDREAS KLEY, «Das Leben als Werk». Der Staatsrechtslehrer Yvo Hangartner (1933–2013), Zürich 2015, S. 81 ff.

83 FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956, S. 7.

tionen und öffentliche Stellungnahmen (auch in den Medien), durch Expertisen, durch Mitarbeit in Kommissionen und Fachgremien usw.

In der Ökonomisierungsthematik hat die Wissenschaft des öffentlichen Rechts diesen Gestaltungswillen bisher weitgehend vermissen lassen. Zu diesem Schluss muss jedenfalls gelangen, wer sich beispielsweise die vornehmlich deskriptive und unkritische Behandlung ökonomischer Theorien (z.B. NPM) in Standardwerken und Lehrbüchern des öffentlichen Rechts (insb. des Staats- und des Verwaltungsrechts) zu Gemüte führt.<sup>84</sup> Diese Zurückhaltung ist mit ein Grund dafür, dass die Ökonomisierung (in Wort und Tat) in den letzten Jahrzehnten in Politik und Recht so ungehindert fortschreiten und die Ökonomie sich in vielen Bereichen des öffentlichen Sektors gar zur eigentlichen *Leitdisziplin* aufschwingen konnte.

Wie stark das Denken im politischen Alltag heute ein ökonomisches, auf Effizienz und Profit hin orientiertes ist, hat sich neulich im Zusammenhang mit der Pro Service Public Initiative eindrücklich gezeigt.<sup>85</sup> Diese wollte ein Umdenken herbeiführen: Die bundesnahen Betriebe (insb. SBB AG, Post AG, Swisscom AG) sollten sich in der Grundversorgung wieder mehr am Bedürfnis der Bürgerinnen und Bürger und weniger am Gewinn orientieren («Service vor Gewinn»). Im Parlament unterlag die Initiative zu Null – eine außergewöhnliche Einmütigkeit.<sup>86</sup>

Hat die Wissenschaft des öffentlichen Rechts als Disziplin mit eigenständigem gesellschaftlichem Auftrag *kapituliert*? Vielleicht hat sie – ob all ihrer bürokratischen Lasten, die sie in Zeiten der Ökonomisierung zu erfüllen hat – auch einfach nur ihre Grundbestimmung aus den Augen verloren. Wie dem auch sei, es ist an der Zeit, sich dieser Grundbestimmung wieder zu besinnen und – durchaus selbstbewusst – einer unsachgemässen Dominanz des ökonomischen Denkens («the economic imperialism»<sup>87</sup>) entgegenzutreten.

---

84 Vgl. z.B. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1578 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, Rz. 36 ff.; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, N. 46 f.; TANQUEREL (Anm. 21), N. 101 ff.; MOOR/POLTIER (Anm. 66), S. 605 f.; AXEL TSCHENTSCHER/ANDREAS LIENHARD, Öffentliches Recht. Ein Grundriss, Zürich/St. Gallen 2011, S. 170 ff.; RENÉ RHI-NOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 2350, 2571. – Für das deutsche Schrifttum statt vieler SCHUPPERT (Anm. 3), § 16 N. 111 ff. sowie – vergleichsweise substantiell kritisch – SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 22 ff. («Recht sieht sich durch Ökonomie ... ersetzt» [S. 22]).

85 Vgl. BBl 2015 7129 (Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Pro Service Public» vom 25. September 2015).

86 Soweit ersichtlich gab es diese Einmütigkeit in den letzten 50 Jahren nur gerade einmal. – In der Volksabstimmung vom 5. Juni 2016 erreichte die Initiative dann immerhin etwas mehr als 32% Zustimmung.

87 Vgl. MATHIS/STEFFEN (Anm. 59), S. 32; von ökonomischem Imperialismus spricht auch STRECKEISEN (Anm. 1), S. 459.

## II. Behauptungswille

Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts hat nicht nur Gestaltungs-, sondern auch Behauptungswillen zu beweisen: Sie muss sich einerseits bei den politischen Entscheidungsträgern als *wahre* Leitdisziplin im öffentlichen Sektor in Erinnerung rufen und sich andererseits gegen die durchsetzungsstarken Einflüsse der Ökonomie behaupten. Was heisst das?

Um ihre Mitgestaltungs-Aufgabe im Dienste des Gemeinwohls zu erfüllen, darf die Rechtswissenschaft *nicht im Blindflug* agieren. Sie muss stets die *reale Welt* im Auge behalten, wozu sie auf die Zusammenarbeit mit anderen Fächern, namentlich auch der Wirtschaftswissenschaften, angewiesen ist. Dabei haben die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler des Rechts darauf zu achten, dass sie – fest verankert in ihrer eigenen Disziplin<sup>88</sup> – bei Bedarf zwar ökonomisches Spezialistenwissen abrufen, nicht aber die Spezialisten aus deren *engen Optik* heraus darüber bestimmen lassen, wie «die Welt» zu regeln ist. Vor dem Phänomen generalisierender Spezialisten hat schon VIKTOR E. FRANKL gewarnt:

«Wie wir sehen, liegt die Gefahr gar nicht darin, dass sich die Forscher spezialisieren, sondern darin, dass die Spezialisten generalisieren. Wir alle kennen die terribles simplificateurs. Ihnen an die Seite stellen liessen sich nun die terribles généralisateurs ... Die terribles simplificateurs vereinfachen alles; sie schlagen alles über einen Leisten. Die terribles généralisateurs bleiben nicht einmal bei ihren Leisten, sondern verallgemeinern ihre Forschungsergebnisse.»<sup>89</sup>

Für den vorliegenden Kontext resultiert daraus folgender *Appell*: Hüten wir uns vor dem unreflektierten Import «fremder Theoreme»<sup>90</sup> und vor der *terrible généralisation économique*, die die ganze Welt des Staats durch die Brille von Markt, Wettbewerb und Kosten-Nutzen-Effizienz sieht und versteht.<sup>91</sup> Nehmen wir unsere Rolle als Leitdisziplin im öffentlichen Sektor wieder entschiedener wahr: Wieviel ökonomisches Denken sich mit dem Gemeinwohlauftrag verträgt, ist eine Frage, auf die in erster Linie von der Wissenschaft des öffentlichen Rechts eine Antwort erwartet wird. Zu diesem Zweck hat sie die eigenen rechtlichen Prinzipien ins Spiel zu bringen. Lässt sie sich hingegen ökonomische Prinzipien unreflektiert als Rechtsprinzipien aufzwingen, gibt sie sich als Leitdisziplin auf. Die Effizienzregel etwa (im Sinne eines Quotienten aus frankenmässigem Aufwand und Ertrag) ist eine genuin ökonomische Regel und soll auch eine solche bleiben.<sup>92</sup> Das öffentliche Recht verfügt durchaus über eigene

88 Vgl. GEIS (Anm. 33), S. 392; in diesem Sinn SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 27 f. (Rz. 47).

89 FRANKL (Anm. 57), S. 21.

90 SCHMIDT-ASSMANN (Anm. 52), S. 27 (Rz. 47).

91 Vgl. auch STRECKEISEN (Anm. 1), S. 459.

92 Natürlich kann man mit etwas Kreativität aus der Verfassung ein Effizienzprinzip herauslesen. Vgl. z.B. BSK BV-ANDREAS LIENHARD, Art. 170 N. 6; siehe ferner die Hinweise bei HOFSTETER (Anm. 9), Rz. 519. Aber selbst wenn man das Effizienzprinzip als Rechtsregel anerkennen würde, stünde es nicht über den anderen Grundprinzipien und -rechten (vgl. WINTER [Anm. 20], S. 313).

Instrumente, um der Komplexität der Welt und den Anforderungen an eine effiziente und effektive Aufgabenerfüllung gerecht zu werden. Zuvorderst steht hier das *Verhältnismässigkeitsgebot*; es bietet ausreichend Raum (insbesondere im Rahmen der Ermittlung und Analyse der konkreten Verhältnisse<sup>93</sup>), um den ökonomischen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen.

*Fazit:* Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts ist in Zeiten der Ökonomisierung neu herausgefordert. Will sie im Konzert der staats- und verwaltungsbezogenen Wissenschaftsdisziplinen gehört werden, muss sie sich als kritisch mitgestaltende Leitdisziplin vernehmbar zu Wort melden. Das schliesst nicht aus, neuen Erkenntnissen aus anderen Disziplinen mit Offenheit zu begegnen. Dies hat aber stets mit professionellem Selbstbewusstsein und Mut zum kritischen Widerstand zu geschehen.<sup>94</sup>

## F. Ein Wunsch zum Schluss

Wer sich heute zu Ökonomisierungserscheinungen im öffentlichen Sektor kritisch äussert, riskiert als *unvernünftig* und *weltfremd* zu gelten. Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler des öffentlichen Rechts sollte dies aber nicht einschüchtern. Vielmehr ist ihnen zu wünschen, dass sie trotzdem den Mut zu etwas «Unvernunft» aufbringen, ganz im Sinne eines Dictums von GEORGE BERNHARD SHAW:

«The reasonable man adapts himself to the world; the unreasonable one persists in trying to adapt the world to himself. Therefore, all progress depends on the unreasonable man».<sup>95</sup>

### *Zusammenfassung*

Die Ökonomisierung hat Staat und Gesellschaft fest im Griff. Seit geraumer Zeit prägt ökonomisches Effizienzdenken zunehmend auch den öffentlichen Sektor. Das ist in aller Regel kein Problem, wenn es um vornehmlich ökonomisch ausgerichtete Staatsaufgaben geht. Zum Problem wird es hingegen dort, wo das ökonomische Denken – zumal in Aufgabenbereichen, die nicht in erster Linie ökonomische Ziele verfolgen – zu dominieren beginnt. Dies lässt sich am Beispiel der Verwaltungs- und Universitätsreformen illustrieren. Der hier zu-

93 Vgl. zur zweistufigen Methodik der Verhältnismässigkeitsprüfung MARKUS MÜLLER, *Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Bern 2013, S. 21 ff.

94 In diesem Sinn BENJAMIN SCHINDLER, «Ethisierung und Ökonomisierung als Gefährdungen des Verwaltungsrechts» – eine ergänzende Stellungnahme, in: Jusletter vom 8. Januar 2007; ferner F. MÜLLER (Anm. 12), S. 370 f.

95 *Maxims for Revolutionists* 1903, S. 124.

weilen unreflektierte Import ökonomischer Theoreme wirkt sich nicht nur auf die Aufgabenerfüllung schädlich aus, sondern führt darüber hinaus zu grotesken linguistischen Erscheinungen. Dass sich die ökonomische Denk- und Sprechweise nicht ohne Weiteres in den öffentlichen Sektor übertragen lässt, hat vor allem mit unterschiedlichen Arbeits- und Denkkulturen zu tun. Obwohl das öffentliche Recht von den Ökonomisierungstendenzen im Kern betroffen ist, verhält sich dessen Wissenschaft auffällig passiv. Sie zieht sich auf eine weitgehend analysierende und zudienende Rolle zurück und äussert sich kaum kritisch. Als Leitdisziplin im öffentlichen Sektor wäre ihr – will sie diese Stellung langfristig nicht verlieren – mehr Gestaltungs- und Behauptungswille zu wünschen.

#### *Résumé*

L'économisation tient fermement l'État et la société dans ses griffes. Depuis quelque temps déjà, le souci d'efficacité économique caractérise de plus en plus le secteur public également. Cela ne constitue généralement pas un problème tant qu'il s'agit de tâches de l'État dont l'orientation est à prédominance économique. Le problème naît là où la pensée économique commence à dominer, spécialement dans des domaines de l'action étatique qui ne poursuivent pas en premier lieu des objectifs économiques. Cela peut s'illustrer à l'exemple des réformes de l'administration et des universités. La reprise parfois irréfléchie de théorèmes économiques dans ce domaine a non seulement un impact négatif sur l'accomplissement de la tâche étatique, mais elle fait en outre fleurir des pratiques linguistiques grotesques. Le fait que la pensée et le jargon économiques ne puissent pas sans autre être transposés au secteur public est principalement dû à une culture de travail et un raisonnement différents. Bien que les tendances à l'économisation affectent le droit public dans sa substance même, la science juridique reste à cet égard étrangement passive. Elle se confine dans un rôle d'analyse et d'auxiliaire et n'exprime guère de critique. Or, si elle veut à plus long terme conserver sa qualité de discipline majeure dans le secteur public, elle devrait faire preuve de plus de volonté pour exercer une action formatrice et s'imposer davantage.