

Erster Beratungsgegenstand:

Wettbewerb von Rechtsordnungen

2. Bericht von Prof. Dr. *Thomas Giegerich*, LL.M.,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Inhalt

	Seite
I. Der Staat als Wettbewerber und Regulator von Wettbewerb	59
II. Wettbewerb als Paradigma in der juristischen Debatte . . .	59
1. Wettbewerb als ökonomisches und allgemeines Paradigma	59
2. Staatskonzeption gegen Wettbewerbsvorstellung	61
3. Staatenwettbewerb, Gemeinwohl und überstaatliche Einbindung	62
4. Materieller und ideeller Wettbewerb von Rechts- ordnungen: Exit und Voice	63
III. Evolution von Rechtsordnungen als Ergebnis kulturellen Wettbewerbs	63
1. Konkurrenz und Dialog von Rechtskulturen: Synthesebildung durch Rezeptionen	63
2. Deutschland als Importeur und Exporteur von Recht . .	65
IV. Phänomenologie des Regulierungswettbewerbs	66
1. Empirischer Befund und Interessenlage	66
a) Angebot von und Nachfrage nach normativen Lösungen und zuständige Entscheidungsinstanzen . .	66
b) Wettbewerbsbeschränkungen durch Kooperation und Integration als positive Faktoren	69
c) Wettbewerbsvorteile und -nachteile	69
d) Makrowettbewerb (Systemwettbewerb) und Mikro- wettbewerb (Wettbewerb einzelner Regelungsmodelle)	70
e) Intendierter und faktischer Normenwettbewerb in Abgrenzung zum schlichten Normenkonflikt . . .	72
f) Gezielter Rechtsexport als Erwerbs- und Herrschaftsinstrument	73
2. Regulierungswettbewerb im Mehrebenensystem	75

a) Rechtspluralismus und Mehrebenensystem	75
b) Horizontaler Wettbewerb zwischen den Teilrechts- ordnungen	76
c) Vertikaler Wettbewerb im Verhältnis der Teilrechts- ordnungen zur Gesamtrechtsordnung	78
3. Aufwärts- (Überbietungs-) und Abwärts- (Unterbietungs-) Wettlauf: Analyse-, Prognose- und Bewertungsunsicherheit	80
V. Regulierung des Regulierungswettbewerbs durch Meta- rechtsordnungen	81
1. Regelungsbedarf, Regelungsdichte und Regelungsziele .	81
2. Festlegung der Wettbewerbsregeln: Gegenstromprinzip und Vetoposition	82
3. Wettbewerbstransformation durch Verlagerung von Regulierungsaufgaben auf die Metaebene	82
4. Wettbewerbsregeln der Metarechtsordnungen im Überblick	83
a) Völkerrechtliche Regeln für den Regulierungs- wettbewerb der Staaten	83
b) Europarechtliche Regeln für den Regulierungs- wettbewerb der EU-Mitgliedstaaten	85
c) Grundgesetzliche Regeln für den internen und externen Regulierungswettbewerb	88
aa) Konzeption und Grenzen des internen Regulierungswettbewerbs	88
bb) Konzeption und Grenzen des externen Regulierungswettbewerbs	91
VI. Legitimation und Transparenz von Entscheidungen über das Wettbewerbsergebnis	93
1. Schiedsrichterrolle privater Nachfrager und politische Steuerung des materiellen Regulierungswettbewerbs . . .	93
2. Entscheidungsbefugnisse hoheitlicher Nachfrager in Bezug auf den ideellen Regulierungswettbewerb	94
a) Parlamentarischer Gesetzgeber: Umfassende Legitimation zur Rezeption – Pflicht zu Rechts- vergleichung und Transparenz?	94
b) Gerichte: Einbeziehung externen Rechts in die Interpretation und Fortbildung des eigenen Rechts .	95
VII. Abschließende Bewertung: Wettbewerb als deskriptives Paradigma ohne normativen Anspruch	98

I. Der Staat als Wettbewerber und Regulator von Wettbewerb

Seit jeher stehen Staaten im Wettbewerb miteinander: in materieller Hinsicht um Macht und Wohlstand,¹ in ideeller Hinsicht um Ruhm und Ansehen.² Nach innen fungiert der Staat hingegen als hoheitlicher Regulator der wirtschaftlichen und ideellen Wettbewerbe, die er durch sein Recht in gemeinwohlverträgliche Bahnen lenkt.

Mit der globalen wirtschaftlichen Verflechtung wächst die Bedeutung der Rechtsordnung als Standortfaktor. Zunehmend mobilere private Wirtschaftssubjekte können in genehmere Regelungen ausweichen und damit die Staaten unter (De-) Regulierungsdruck setzen. Die weltweite Verbreitung von Wissen über andere Rechtsordnungen fördert kritische Vergleiche und konfrontiert nationale Gesetzgeber mit Reformforderungen.³ Die Hoheitlichkeit des Staates kann nicht länger dem gesellschaftlichen Prinzip des Wettbewerbs entgegengesetzt werden,⁴ sie muss sich ihm stellen.

II. Wettbewerb als Paradigma in der juristischen Debatte

1. Wettbewerb als ökonomisches und allgemeines Paradigma

Wenn wirtschaftlicher Wettbewerb dem Gemeinwohl dient⁵ – könnte das auch für den Regulierungswettbewerb gelten? Die Einführung der Wettbewerbsidee in die juristische Debatte⁶ liefert einen nicht den *law*

¹ Z.B. beim Ausbau ihres regionalen und globalen politischen Einflusses, bei der Sicherung knapper Rohstoffe für die eigene Wirtschaft, in ihrer Funktion als Wirtschaftsstandort, bei der Anwerbung der talentiertesten Arbeitskräfte, aber auch bei eigener Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb durch Staatsunternehmen.

² Z.B. als Sport-, Kunst- und Kultur-, Wissenschafts- etc. Standort.

³ Vgl. E.-M. Kieninger Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, 62.

⁴ Vgl. B. Grzeszick Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 78.

⁵ Vgl. im Einzelnen V. Mehde Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, 32 ff.; K.M. Meessen Economic Law as an Economic Good, in: ders. (ed.) Economic Law as an Economic Good, 2009, 3 (5); Grzeszick (Fn. 4), Rn. 11 ff.

⁶ In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird der Wettbewerb zwischen Staaten seit langem streitig diskutiert (M. Streit Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, FS Mestmäcker, 1996, 521 ff.; L. Gerken Der Wettbewerb der Staaten, 1999, 2 f.). Die juristische Diskussion ging von Zivilrechtlern aus (N. Reich Competition between Legal Orders, CMLR 29 [1992], 861 ff.; M. Dreher Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, JZ 1999, 105 ff.; Kieninger

and economics-Theorien⁷ aus und begründet keinen Primat der Wirtschaft.⁸ Aversionen gegen den Wettbewerb von Juristen und Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlern um intellektuellen Einfluss sollten uns nicht abhalten, deren Analysen zu verarbeiten.⁹

Denn Wettbewerb heißt gegeneinander gerichteter Einsatz einer Mehrheit voneinander unabhängiger Anbieter und/oder Nachfrager um ein wie auch immer geartetes knappes Gut.¹⁰ Dieses Konzept wirkt über die Grenzen der Ökonomie als allgemeines Prinzip in andere Sozialbereiche hinein.¹¹ Seit der Antike ist Wettbewerb ein allgemeines Movens zumindest der europäischen Kulturen,¹² die auch auf ihrer Suche nach Gerechtigkeit immer Vergleiche gezogen haben.¹³

[Fn. 3]), hat aber längst das öffentliche Recht erreicht: C. Engel/M. Morlok (Hrsg.) Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung (1998); M. Wallerath Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, 209 ff.; M. Bungenberg u. a. (Hrsg.) Recht und Ökonomie (2004); M. Ruffert Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004, 43 f.; Mehde (Fn. 5); A. Musil Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung (2005); K.M. Meessen Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme (2005); ders. (Hrsg.) Economic Law as an Economic Good (2009); ders. Prinzip Wettbewerb, JZ 2009, 697 ff.; L. Michael Wettbewerb von Rechtsordnungen, DVBl. 2009, 1062 ff.; E. V. Towfigh u. a. (Hrsg.) Recht und Markt (2009).

⁷ Vgl. mwN Grzeszick (Fn. 4), Rn. 14 ff.; C. Kirchner Gemeinwohl aus institutionenökonomischer Perspektive, in: G.F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, 157 ff.

⁸ U. Di Fabio Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 20 ff.

⁹ Vgl. B. Grzeszick Läßt sich eine Verfassung kalkulieren?, JZ 2003, 647 ff.; O. Lepsius Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht, JZ 2005, 1 ff.

¹⁰ Es handelt sich um eine Arbeitsdefinition, denn Konsens über den Inhalt des Wettbewerbsbegriffs besteht nicht (Kieninger [Fn. 3], 8 ff.). Vgl. auch Mehde (Fn. 5), 30 ff.; Meessen (Fn. 6), JZ 2009, 701; Michael (Fn. 6), 1063.

¹¹ Grzeszick (Fn. 4), Rn. 14 ff.; M. Ruffert Die Leistungsfähigkeit der Verfassungsverfassung, AöR 134 (2009), 197 (203 f.); Meessen (Fn. 6), JZ 2009, 697. Umfassend H. Krüger Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, 454 ff.

¹² Die Herausarbeitung des „agonalen Prinzips“ als Antrieb der kulturellen Entwicklung Griechenlands geht auf J. Burckhardts „Griechische Culturgeschichte“ zurück und ist später u.a. von J. Huizinga zum anthropologischen Prinzip verallgemeinert worden (näher C. Hirschi Wettkampf der Nationen, 2005, 258 ff.).

¹³ Schon Aristoteles verglich nicht nur abstrakte Staatsformen, sondern betrachtete ihre konkrete Ausformung in verschiedenen griechischen poleis auf der Suche nach dem „besten“ Staat (Politik [Übersetzung von O. Gigon – dtv, 5. Aufl. Juni 1984]). Auch Montesquieu arbeitete mit vielen Vergleichen (De l'esprit des lois, hgg. von V. Goldschmidt [1979]). Ersetzt man „Wettbewerb“ durch „Kampf“, gelangt man zum Wiener Abschiedsvortrag R. v. Jherings von 1872 (in erweiterter Fassung veröffentlicht unter dem Titel „Der Kampf um's Recht“ [18. Aufl. 1913, Neudruck 1992]).

2. Staatskonzeption gegen Wettbewerbsvorstellung

Ungeachtet eines durch grenzüberschreitende Faktormobilität¹⁴ verschärften zwischenstaatlichen Wettbewerbs wird die Einbeziehung des Wettbewerbsparadigmas in die juristische Debatte teilweise abgelehnt,¹⁵ weil Wettbewerb als etwas Bedrohliches gilt.¹⁶ Mit der Benutzung dieses Paradigmas verschreibt man sich indessen weder einer neoliberalen Marktideologie, noch stellt man die Sozialstaatlichkeit in Frage.¹⁷

Einwände gegen die Anwendung des Wettbewerbsmodells auf das zwischenstaatliche Verhältnis ergeben sich auch aus dem Staatsverständnis. Wer dem souveränen Staat die letztverbindliche Definition und Gewährleistung des Gemeinwohls durch Recht anvertraut,¹⁸ will diesen Leviathan nicht im Wettbewerb unterliegen sehen.¹⁹ Zwar unterscheidet sich der grundrechtsgeschützte Wettbewerb Privater von der Konkurrenz regelungsautonomer Hoheitsträger.²⁰ Dem kann man aber durch entsprechende Anpassung des Wettbewerbsgedankens Rechnung tragen.

Prämissen einer Negativbewertung des Regulierungswettbewerbs ist die Positivbewertung staatlicher Regulierung. Wer jedoch die Notwendigkeit einer Zählung auch des demokratischen Leviathans betont, wird den Wettbewerb als Element einer „Gewaltenteilung“ gegen übermäßige oder ungerechte Regulierungen und Abgaben schätzen.²¹

¹⁴ Vor allem Wissen und Ideen, Menschen und Kapital. Rein faktisch stößt jedoch die grenzüberschreitende Mobilität der Menschen auf erhebliche Hindernisse (z.B. Sprachbarrieren und Heimatbindung), während Finanzkapital immer mobiler wird: Monopolkommission, Systemwettbewerb – Sondergutachten Bd. 27 (1998), 20; *Kieninger* (Fn. 3), 58 ff.

¹⁵ *K. Mathis* Effizienz statt Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2009, 18 f.

¹⁶ Vgl. *Meessen* (Fn. 6), JZ 2009, 697 mwN.

¹⁷ Kritisch aber *R. Stürmer* Markt und Wettbewerb über alles? (2007); *P. Häberle* Europäische Verfassungslehre, 5. Aufl. 2008, 250.

¹⁸ Vgl. *A. Randelzhofer* Staatsgewalt und Souveränität, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 17 Rn. 35 ff.; *J. Isensee* Staat und Verfassung, ebd., § 15 Rn. 83 ff.; *Grzeszick* (Fn. 4), Rn. 2 ff.

¹⁹ Vgl. etwa *P. Kirchhof* Mittel staatlichen Handelns, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 99 Rn. 35 ff.; *ders.* Das Wettbewerbsrecht als Teil einer folgerichtigen und widerspruchsfreien Gesamtrechtsordnung, in: *ders.* (Hrsg.) Gemeinwohl und Wettbewerb, 2005, 1 ff. Differenzierter *J. Isensee* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 330 ff.

²⁰ *Kirchhof* (Fn. 19), § 99 Rn. 35 ff.

²¹ *Kieninger* (Fn. 3), 72 ff.; *Mehde* (Fn. 5), 78 f., 286.

3. Staatenwettbewerb, Gemeinwohl und überstaatliche Einbindung

Jede Rechtsordnung offenbart die Gemeinwohlvorstellung der sie tragenden Gemeinschaft.²² Im Wettbewerb von Rechtsordnungen treten unterschiedliche Gemeinwohlvorstellungen gegeneinander an. Dezentrale Regulierungsentscheidungen können das Gemeinwohl jedoch nicht gewährleisten, wenn grenzüberschreitende Umwelt- oder Sicherheitsprobleme die Lösungskapazität der einzelnen Staaten überfordern. Nicht von ungefähr bilden sich daher überstaatliche Gemeinschaften, die den Binnenwettbewerb durch Rechtsharmonisierung begrenzen oder durch Vergemeinschaftung von Aufgaben transformieren,²³ allen voran Europarat²⁴ und Europäische Union. Wo sich nationales und übernationales Gemeinwohl verflechten,²⁵ sind kooperativ-internationale oder integrativ-supranationale Formen der Gemeinwohlverwirklichung geboten.²⁶

²² G.F. Schuppert Gemeinwohl, das, in: ders./F. Neidhardt (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, 19 ff.; M. Anderheiden Gemeinwohl in der Republik und Union, 2006, 5 ff.; J. Isensee Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71. Vgl. auch R. Grawert Gemeinwohl: Ein Literaturbericht, Der Staat 43 (2004), 434 ff. Zum übernationalen Gemeinwohl C. Calliess Gemeinwohl in der Europäischen Union, in: W. Brugger/S. Kirste/M. Anderheiden (Hrsg.) Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, 173 ff.; S. Oeter Gemeinwohl in der Völkerrechtsgemeinschaft, ebd., 215 ff.

²³ S.u. IV. 3.

²⁴ Der Europarat hat seine satzungsmäßige Aufgabe, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern zum Schutze und zur Förderung der gemeinsamen Ideale und Grundsätze herzustellen (Art. 1 [Sartorius II Nr. 110]) u.a. durch eine Vielzahl von Abkommen zur Rechtsharmonisierung auf zahlreichen Rechtsgebieten zu erfüllen versucht – vgl. W. Hummer/A. Schmid Gesamtdarstellung der (Rechtsharmonisierungs-) Konventionen im Schoße des Europarates, in: W. Hummer (Hrsg.) Österreich im Europarat 1956–2006, Tbd. 1, 2008, 283 ff., sowie weitere Beiträge ebd., insbesondere W. Okressek Rechtsharmonisierung im Bereich des öffentlichen Rechts, 445 ff.

²⁵ So ist die Wahrung des Weltfriedens ein für Deutschland völkervertraglich und verfassungsrechtlich relevanter Gemeinwohlbelang (Art. 1 Ziff. 1, Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta sowie Satz 1 der Präambel und Art. 24 Abs. 2, 26 GG). Gleiches gilt für den Schutz der Menschenrechte (vgl. nur Art. 1 Ziff. 3, 55 lit. c, 56 UN-Charta, IPbpR, IPwskR und EMRK [Sartorius II Nr. 1, 20, 21 und 130] sowie Art. 1 Abs. 2 GG) und der Umwelt (vgl. nur UN-Rahmenübereinkommen über Klimaveränderungen mit Kyoto-Protokoll [Sartorius II Nr. 440 und 441] sowie Art. 20a GG). Umgekehrt sind Frieden, Menschenrechtsniveau und Umweltschutz in Deutschland Aspekte des europäischen und globalen Gemeinwohls: W. Brugger Einleitung, in: ders./Kirste/Anderheiden (Fn. 22), 10 f.; M. Jachtenfuchs Versuch über das Gemeinwohl in der postnationalen Konstellation, in: Schuppert/Neidhardt (Fn. 22), 369 f.; R. Uerpmann Verfassungsrechtliche Gemeinwohlkriterien, ebd., 179 (190 f.).

²⁶ Vgl. die Übertragung der Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens auf den UN-Sicherheitsrat (Art. 24 Abs. 1 UN-Charta). Ein einheitliches Auftreten einer Gruppe von Staaten mit ähnlichen Interessen nach außen kann eine Vergemein-

4. *Materieller und ideeller Wettbewerb von Rechtsordnungen: Exit und Voice*

Der Wettbewerb von Rechtsordnungen hat zwei Komponenten: Neben eine wirtschaftlich-materielle (Wirtschaftsregulierung als Standortfaktor) tritt eine politisch-ideelle (Wettbewerb um das optimale Recht).²⁷ Wettbewerbsdruck wird letzterenfalls weniger durch Exit-Optionen der Wirtschaft als durch Voice-Optionen der Gesellschaft aufgebaut.²⁸ Die Durchsetzung der eigenen Rechtsvorstellungen im ideellen Wettbewerb ist kein rein idealistisches Anliegen, sondern dient auch egoistischen Interessen an Ansehen, kulturellem und politischem Einfluss sowie finanziellen Vorteilen.²⁹

III. Evolution von Rechtsordnungen als Ergebnis kulturellen Wettbewerbs

1. *Konkurrenz und Dialog von Rechtskulturen: Synthesebildung durch Rezeptionen*

Rechtsordnungen sind kulturell-zivilisatorische Errungenschaften.³⁰ Im Darwin-Jahr³¹ liegt es nicht fern, die Evolution als Grundprinzip auch der Rechtsentwicklung zu identifizieren.³² Mutationen von Rechts-

schaffung von nur gemeinsam effektiv wahrzunehmenden Befugnissen nahelegen (vgl. z.B. die Vergemeinschaftung der Außenhandelspolitik durch Art. 133 EGV/ Art. 207 AEUV).

²⁷ Dazu auch *Kieninger* (Fn. 3), 18 ff., 26 ff.

²⁸ Exit (Abwanderung) und voice (Widerspruch) bilden die grundlegenden kritischen Reaktionen von Organisationsmitgliedern auf eine Abnahme des von der Organisation produzierten Nutzens, während loyalty (Loyalität) als dritte Option ein unkritisches Festhalten bezeichnet (nach *A.O. Hirschman* Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States [1970]; Abwanderung und Widerspruch: Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten [1974]). Näher *Mehde* (Fn. 5), 42 ff.

²⁹ Vgl. etwa *D. Grimm* Stufen der Rechtsstaatlichkeit, JZ 2009, 596 ff. Positive ökonomische Nebenfolgen ergeben sich, wenn z.B. das deutsche Regelungsmodell durch die EU oder die Völkerrechtsgemeinschaft übernommen wird und hierzulande die kosten trächtige Anpassung an supra- oder internationale Vorgaben entfällt.

³⁰ Vgl. *P. Häberle* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982, 28 ff.; *P. Manowski* Rechtskultur, JZ 2009, 321 ff.

³¹ 1859 ist die 1. Auflage von C. Darwins „The Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life“ erschienen.

³² Evolution gilt als das Entwicklungsprinzip offener Gesellschaften (*K.R. Popper* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 2 Bde., 7. Aufl. 1992). In der Rechtsethnologie, die das Recht als Funktion der Kultur eines Volkes untersucht, ist der aus der Ko-

ordnungen erfolgen allerdings nicht mit naturgesetzlicher Unausweichlichkeit, sondern kraft menschlicher Entscheidungen.³³ Sie verlaufen auch weder zwangsläufig „positiv“,³⁴ noch führen sie zu einem die „Artenvielfalt“ gefährdenden Einheitsrecht.³⁵

Motor der Rechtsevolution ist die Rezeption, d.h. die organische Einpassung von außen kommender Rechtsvorstellungen als Ergebnis eines ideellen Wettbewerbs.³⁶ Zwar begrenzt die Traditions- und Kulturgebundenheit einer Rechtsordnung die Rezeption „fremder“ Rechtsvorstellungen,³⁷ doch nicht alles externe Recht ist fremd.³⁸ Im Regulierungswettbewerb treten unterschiedliche Rechtskulturen, Staatsvorstellungen und Menschenbilder in Konkurrenz, aber auch in einen Dialog miteinander.³⁹ Ihre wechselseitige Befruchtung produziert

lonialzeit stammende evolutionistische Ansatz umstritten, weil er unausgesprochen von der Überlegenheit der europäischen Rechtskultur ausgehe und die lokale Rechtswirklichkeit nur ungenügend berücksichtige (*F. v. Benda-Beckmann* Rechtsethnologie, in: H. Fischer/B. Behr [Hrsg.] Ethnologie, 6. Aufl. 2006, 179 [181, 190]).

³³ Zur Lebendigkeit sich entwickelnder Verfassungen vgl. *Häberle* (Fn. 30), 19 ff. Zur EMRK als „living instrument“ nach der st. Rspr. des EGMR vgl. *C. Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 13 f.

³⁴ Rückschritte hin zu weniger Freiheit, Demokratie, Rechts- und Sozialstaatlichkeit sind nicht ausgeschlossen (vgl. die Freiheitseingriffe im Gefolge des 11. 9. 2001: *G. Nolte* Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 [2008], 129 [132 ff.]; die Agenda 2010: *P. Axer* Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 [2009], 177 ff.).

³⁵ Die Annäherung der Lebensformen und Vorstellungswelten infolge der Globalisierung bringt zwar eine gewisse Annäherung der Rechtsvorstellungen mit sich, doch hat selbst die sechs Jahrzehnte dauernde europäische Integration keine Rechtseinheit innerhalb der EU bewirkt (vgl. *Kieninger* [Fn. 3], 39 ff.).

³⁶ Von der Rezeption des römischen Rechts in weiten Teilen des christlichen Abendlandes bis zur Rezeption europäischer Privatrechtskodifikationen durch außer-europäische Länder im 20. Jh., aber auch zur Rezeption z.B. des französischen Verwaltungsrechts durch die Türkei und des deutschen Verwaltungsrechts durch Japan.

³⁷ Insoweit treffen die Volksgeist-Vorstellungen Savignys zu (*E.-W. Böckenförde* Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts [1964], in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, 9 ff.). Noch so erfolgreiche Regelungsmodelle können nicht beliebig in andere Kulturkreise verpflanzt werden, weil ihr Erfolg von sozialen, wirtschaftlichen und mentalen Voraussetzungen abhängt, die sie selbst nicht garantieren können (vgl. *ders.*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation [1967], ebd., 92 [112]).

³⁸ Sowohl das EU-Recht als auch das Völkerrecht sind vom deutschen Konsens mitgetragenes Gemeinschaftsrecht im weiteren Sinne und deshalb nicht „fremd“ (*H. Krieger* Die Herrschaft des Fremden – Zur demokratietheoretischen Kritik des Völkerrechts, AöR 133 [2008], 315 ff.).

³⁹ Dialogfördernd sind übernationale Verbände wie European Society of International Law, Europäischer Juristentag, SIPE und auch die VdStRL. Zum „Forum of Fe-

Synthesen,⁴⁰ die zu einer gewissen Konvergenz führen, z.B. im Menschenrechtsbereich.⁴¹

2. Deutschland als Importeur und Exporteur von Recht

Deutschland hat seit jeher vom Dialog der Rechtskulturen profitiert. Nach der Rezeption des römischen Rechts⁴² hat es wesentliche Elemente seiner freiheitlichen demokratischen Grundordnung importiert.⁴³ Externe Regelungsmodelle sind dabei nie „rein“ übernommen, sondern zu Synthesen mit den nationalen Rechtstraditionen „einge-deutscht“ worden.⁴⁴ Die deutsche Exporttradition reicht vom Sachsenspiegel und den mittelalterlichen Stadtrechten⁴⁵ über das BGB⁴⁶ bis zu verfassungsstaatlichen Elementen des Grundgesetzes.⁴⁷

derations“ U. Karpen Der deutsche Bundesstaat im Internationalen Vergleich und Wettbewerb, DÖV 2008, 814ff.

⁴⁰ P. Häberle Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: HGR I (2004), 313 ff.

⁴¹ Dreher spricht von einer Rechtsvereinheitlichung von unten im Gegensatz zur Rechtsvereinheitlichung durch Harmonisierungsakte einer übergeordneten Rechtsordnung ([Fn. 6], 110). Die Konvergenzleistung des Regulierungswettbewerbs darf nicht überschätzt werden (vgl. Kieninger [Fn. 35]).

⁴² F. Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, 97 ff.

⁴³ Die Modelle kamen vor allem aus Frankreich, Großbritannien und den USA: H. Steinberger 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung, 1987, 15 ff.; ders. American Constitutionalism and German Constitutional Development, in: L. Henkin/A.J. Rosenthal Constitutionalism and Rights, 1990, 199 ff. Schweizerische Anregungen wurden kaum aufgegriffen: K. Eichenberger Ausländische Einflüsse bei der Entstehung des Grundgesetzes – Einflüsse der Schweiz, in: K. Stern (Hrsg.) 40 Jahre Grundgesetz, 1990, 71 ff. Die eigenständige Verfassungsgerichtsbarkeit hat das GG aus Österreich übernommen (H. Kelsen); zu Unterschieden E.-W. Böckenförde Verfassungsgerichtsbarkeit, NJW 1999, 9 [13]. Zu äußeren Einflussnahmen auf die deutschen Rezeptionsentscheidungen H. Dreier Kontexte des Grundgesetzes, DVBl. 1999, 667 ff.; H. Wilms Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, 1999; Dokumentenband 2003.

⁴⁴ H. Steinberger Bemerkungen zu einer Synthese des Einflusses ausländischer Verfassungsideen auf die Entstehung des Grundgesetzes mit deutschen verfassungsrechtlichen Traditionen, in: Stern (Fn. 43), 41 ff.

⁴⁵ Wieacker (Fn. 42), 108 f.; H. Lück Über den Sachsenspiegel, 2005, 59 ff.

⁴⁶ Wieacker (Fn. 42), 346 f., 483 ff., 495. Das BGB konkurrierte mit dem älteren französischen Code civil und dem jüngeren Schweizerischen ZGB.

⁴⁷ In die europäischen Transformationsstaaten (Griechenland, Portugal, Spanien, dann die mittel-, ost- und südosteuropäischen Staaten), aber auch nach Asien und Afrika (insbesondere Südkorea, Namibia und Südafrika) und zuletzt sogar in die Schweiz exportiert wurden insbesondere der Menschenwürdegedanke, die Wesensgehaltsgarantie, das konstruktive Misstrauensvotum, die starke Verfassungsgerichts-

IV. Phänomenologie des Regulierungswettbewerbs

1. Empirischer Befund und Interessenlage

a) Angebot von und Nachfrage nach normativen Lösungen und zuständige Entscheidungsinstanzen

In Markttermini ausgedrückt können private Nachfrager nach Regulierungsleistungen aus den Modellen mehrerer Anbieter die für sie optimale rechtliche Lösung auswählen – etwa bei der Rechtswahl durch Vertragsparteien,⁴⁸ der Verlagerung eines Unternehmenssitzes oder Kapitalverschiebungen. Wo staatliches Recht dispositiv oder ergänzungsbedürftig ist, bieten auch Internationale Organisationen, intergouvernementale Expertennetzwerke⁴⁹ und Private normative Lösungen an. Inzwischen verdrängen empfohlene Modellregelungen⁵⁰ und private Kodifikationen⁵¹ staatliches Recht zunehmend aus dem internationalen Handelsverkehr.⁵² Dies gilt als Anzeichen eines Wandels der Staatlichkeit.⁵³ Jedenfalls müssen Staatsorgane heute die Auswirkungen ihrer

barkeit und das dreigestufte Verhältnismäßigkeitsprinzip, letzteres auch in die EU und die EMRK (*H.-P. Schneider* Das Grundgesetz als Vorbild?, in: ders. [Hrsg.] Das Grundgesetz in interdisziplinärer Betrachtung, 2001, 159 ff.; *P. Häberle* Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates, EuGRZ 2004, 117 ff.; ders. in: HGR I (2004), 327 ff.; *O. Koch* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften [2003]; *U. Battis u. a.* [Hrsg.] Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen [1990]; *Stern* (Fn. 43), 235 ff. (mehrere Beiträge); ders. Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes auf ausländische Verfassungen, in: BMI [Hrsg.], *Bewährung und Herausforderung*, 1999, 249 ff.; *M. Kayser/D. Richter* Die neue schweizerische Bundesverfassung, ZaöRV 59 [1999], 985 [1029 ff.]).

⁴⁸ Art. 27 EGBGB. Diese wird gewöhnlich mit einer Gerichtsstandsvereinbarung (§ 38 ZPO) gekoppelt.

⁴⁹ Vgl. z. B. die regulative Zusammenarbeit der Bankenaufsichtsbehörden im Basel Committee on Banking Supervision (*Mehde* [Fn. 5], 563 ff.).

⁵⁰ Vgl. die Prinzipien für internationale Handelsverträge der UNIDROIT (www.unidroit.org), einer zwischenstaatlichen internationalen Organisation (*J. Kropholler* Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, 464 f.).

⁵¹ Vgl. z. B. die Incoterms zur Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten in internationalen Handelsverträgen der International Chamber of Commerce als Weltorganisation der Privatwirtschaft (<http://www.iccwbo.org/>).

⁵² *G.-P. Calliess/H. Hoffmann* Effektive Justizdienstleistungen für den globalen Handel, ZRP 2009, 1 (2). Vgl. auch das aus jahrhundertealten internationalen Handelsprinzipien der Kaufleute gewachsene staatsunabhängige transnationale Einheitsrecht der *lex mercatoria*, das von der Handelsschiedsgerichtsbarkeit durchgesetzt wird (*U. Stein* *Lex mercatoria: Realität und Theorie* [1995]).

⁵³ *G.F. Schuppert* Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, *Der Staat* 47 (2008), 325 ff.; *P. Genschel/S. Leibfried*, *Schupperts Staat*, ebd., 359 ff.

Rechtsetzungs- und Interpretationsentscheidungen auf den Standortwettbewerb mit bedenken.⁵⁴

Legislativen, Exekutiven und Judikativen nutzen das Innovationspotential des ideellen Regulierungswettstreits als Nachfrager und speisen es zugleich als Anbieter. Ein Gesetzgeber wird sich von externen staatlichen oder überstaatlichen Regelungsmodellen inspirieren lassen,⁵⁵ eine Entscheiderin in Verwaltung und Justiz bei der Interpretation oder Fortbildung ihres eigenen Rechts Präjudizien anderer nationaler oder übernationaler Jurisdiktionen berücksichtigen.⁵⁶ Deutschland hat auf diesem Wege ein zeitgemäßes Antidiskriminierungsrecht⁵⁷ und Informationsfreiheitsrecht⁵⁸ erhalten und eine Diskussion über eine Selbstverwaltung der Justiz⁵⁹ und Schulreformen begonnen.

In einem dialogischen Optimierungsprozess bilden grenzüberschreitende legislative, exekutive und judikative Netzwerke des Gebens und

⁵⁴ Bei der richterlichen Entscheidung, die AGB-Kontrolle auf Verträge zwischen Unternehmen zu erstrecken, hätten die Folgen für die Position der deutschen Rechtsordnung im Regulierungswettbewerb (Gefahr ihrer Abwahl in internationalen Verträgen) mit bedacht werden müssen (vgl. *H. Eidenmüller* Recht als Produkt, JZ 2009, 641 [645 f.]; *J.F. Hochbaum* NJW-Editorial Heft 51/2008). Demgegenüber hat der EuGH seine Entscheidung, dass das WTO-Recht innergemeinschaftlich nicht unmittelbar anwendbar sei, auf die anderenfalls nachteiligen Folgen für die EG im Wettbewerb mit ihren wichtigsten Handelspartnern gestützt (Slg. 1999, I-8395 [Rn. 43 ff.]).

⁵⁵ Die Inspiration wird häufig durch ausländische Berater vermittelt: *U. Karpen* Das Grundgesetz als „Exportartikel“, in: ders. Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, 2. Aufl. 2008, 61 ff.

⁵⁶ Die auf F.A. von Hayek zurückgehende Vorstellung vom „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ (vgl. seinen gleichnamigen Kieler Vortrag von 1968) trifft auch für den Regulierungswettbewerb zu (vgl. *Meessen* [Fn. 6], JZ 2009, 698). Zu Rechtsprechungskonvergenzen *F. Merli* Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 392 (403 ff.); *G. Nolte* Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz, Friedenswarte 84 (2009), 93 ff.

⁵⁷ *B. Rudolf/M. Mahlmann* (Hrsg.) Gleichbehandlungsrecht (2007); *W. Däubler/M. Bertzbach* (Hrsg.) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008; *U. Rust/J. Falke* (Hrsg.) AGG (2007).

⁵⁸ *M. Kloepper* Informationsrecht (2002); ders. (Hrsg.) Die transparente Verwaltung: Zugangsfreiheit zu öffentlichen Informationen (2003); *F. Schoch* Informationsfreiheitsgesetz (2009). Vgl. auch Art. 42 EU-Grundrechtecharta (Sartorius II Nr. 146); Konvention des Europarates über den Zugang zu amtlichen Dokumenten v. 18. 6. 2009 (CETS No. 205) – noch nicht in Kraft (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=205&CM=8&DF=05/10/2009&CL=GER>).

⁵⁹ *H.-J. Papier* Zur Selbstverwaltung der Dritten Gewalt, NJW 2002, 2585 ff.; ders. Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz, ZRP 2009, 125; *O. Mallmann* Stellungnahmen des Consultative Council of European Judges [CCJE] zu aktuellen Themen, ZRP 2009, 151 (153).

Nehmens immer neue Synthesen. Dieser Prozess bietet die Chance, die Evolution des Rechts auf allen Ebenen hin zu einer effektiven *international rule of law* voranzutreiben,⁶⁰ d.h. hin zur effektiven rechtlichen Einbindung aller politischen, sozialen und wirtschaftlichen Macht auf der Welt.⁶¹

Manche Kläger machen sich den Wettbewerb zwischen Gerichten zunutze: Sie versuchen, die Jurisdiktion einer bestimmten Instanz zu begründen, weil sie sich davon die Anwendung einer vorteilhafteren Rechtsordnung⁶² oder eine vorteilhaftere Interpretation des anwendbaren Rechts versprechen.⁶³ Solches Forum Shopping wird auch von Hoheitsträgern im Völker- und Europarecht praktiziert, wo sich die Zahl der zur Verfügung stehenden Entscheidungsinstanzen vervielfacht hat.⁶⁴

⁶⁰ Grundlegend *A.-M. Slaughter* A New World Order (2004). Speziell zum Kooperationsverhältnis zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten Art. 234 EGV/ Art. 267 AEUV und BVerfGE 89, 155 (175, 178); *S. Oeter* Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 ff.; *A. Rosas* The European Court of Justice in Context, European Journal of Legal Studies Vol. 1 No. 2 (2007), 1 ff. Kritisch z.B. *K.F. Gärditz* Die Legitimation der Justiz zur Völkerrechtsfortbildung, Der Staat 47 (2008), 381 ff.

⁶¹ Zum Dialog der Gerichte noch u. VI. 2. b).

⁶² Z.B. Erhebung einer Schadensersatzklage in den USA im Hinblick auf die dort erzielbaren exorbitanten Summen (zu den verfassungsrechtlichen Grenzen ihrer Zustellung in Deutschland BVerfGE 91, 335; 108, 238; *R.A. Schütze* Die Verweigerung der Klagezustellung bei völkerrechtswidriger Usurpierung internationaler Zuständigkeit, RIW 2009, 497 ff.; *J. Reinhard* Sammelklagen von Ausländern in den USA gegen ausländische Beklagte nach dem Alien Tort Claims Act, ebd., 500 ff.). Zur wachsenden Zahl in London gewonnener Beleidigungsprozesse Prominenter gegen kritische Berichte in US-amerikanischen Medien, die in den USA am First Amendment scheitern würden, *R. Balin/L. Handman/E. Reid* Libel Tourism and the Duke's Manservant, European Human Rights Law Review 2009, 303 ff. Zum Forum Shopping allgemein *H. Schack* Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2006, Rn. 220 ff.

⁶³ Wehren können sich Beklagte durch die im anglo-amerikanischen Rechtsraum entwickelte anti-suit injunction, mit der ein ebenfalls zuständiges anderes Gericht dem Kläger unter Sanktionsandrohung verbietet, seinen Prozess vor dem gewählten Gericht fortzusetzen (*C. Schmidt* Anti-suit injunctions im Wettbewerb der Rechtssysteme, RIW 2006, 492 ff.). Innerhalb der EU sind anti-suit injunctions durch die EuGVVO (konsolidierte Fassung in Sartorius II Nr. 161) ausgeschlossen (*S. Balthasar/R. Richers* Europäisches Verfahrensrecht und das Ende der anti-suit injunction, RIW 2009, 351 ff.).

⁶⁴ *J. Pauwelyn/L.E. Salles* Forum Shopping Before International Tribunals, Cornell International Law Journal 42 (2009), 77 ff.; *O. Dörr* The European Court of Justice Getting in the Way, in: T. Giegerich (ed.) A Wiser Century?, 2009, 503 ff.; *A. Rosas* International Dispute Settlement: EU Practices and Procedures, GYIL 46 (2003), 284 (301 f.).

b) *Wettbewerbsbeschränkungen durch Kooperation und Integration als positive Faktoren*

Dem Wettbewerb entgegen wirken die Kooperation der Konkurrenten im Kartell und das Monopol. Zwar kann man die freiwillige Abstimmung konkurrierender Rechtsordnungen aufeinander als Kartellabsprache deuten und die Übertragung der Regulierungszuständigkeit auf eine übergeordnete Rechtsordnung als Monopolbildung. Im Regulierungsbereich sind jedoch – anders als im Wirtschaftsgeschehen – Kooperation und Integration keine negativ besetzten Begriffe, denn man sieht das Gemeinwohl nach den bis 1945 gemachten Erfahrungen besser in der Rechtsvereinheitlichung als im Regulierungswettbewerb aufgehoben.⁶⁵

c) *Wettbewerbsvorteile und -nachteile*

Typische Wettbewerbsvorteile und -nachteile lassen sich auch im Regulierungswettbewerb identifizieren. Die Modellfunktion eines Wirtschaftsrechts richtet sich nach der Attraktivität des betreffenden Marktes für zutrittswillige Unternehmen.⁶⁶ Allgemein werden die Exportchancen einer Rechtsordnung durch ihre eigene Rezeptionsbereitschaft bedingt, denn bei Abkoppelung von der weltweiten Evolution verliert sie an Vorbildlichkeit.⁶⁷ Wesentlich ist auch ihre Fähigkeit, innovative Lösungen zuerst auf den Ideenmarkt zu bringen. Die Strahlkraft einer Rechtsordnung wächst schließlich mit ihrer Erschlossenheit und Ausdifferenzierung – vorausgesetzt, diese entfaltet sich in einer verständlichen Sprache.⁶⁸ Davon hängt auch die Fähigkeit eines juristischen

⁶⁵ C. Starck Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1025f.). Vgl. die Präambel der UN-Charta. S. zur weiteren Begründung noch u. V. 3.

⁶⁶ Attraktiv ist insbesondere der US-Markt. Unterwirft das jeweilige Heimatrecht die Unternehmen anderen Reglements, erlegt es ihnen zusätzliche Kosten auf und schwächt ihre Wettbewerbsposition in den USA. Dadurch entsteht indirekter Druck, die Regulierungsstandards des dominanten Marktes zu übernehmen. Vgl. Mehde (Fn. 5), 566ff.: „Märkte machen Recht“. Wenn der Heimatmarkt (z.B. die EU) seinerseits für US-Unternehmen attraktiv ist, entsteht ein Anreiz, die wechselseitige Anerkennung der verschiedenen Standards zu vereinbaren.

⁶⁷ Die Inanspruchnahme eines „exceptionalism“ (vgl. H. Hongju Koh On American Exceptionalism, Stanford Law Review 55 [2003], 1479ff.; L. Viellechner Amerikanischer Unilateralismus als Verfassungsfrage?, Der Staat 45 [2006], 1 ff.) scheint mir ein Grund dafür zu sein, dass das US-Verfassungsrecht an internationalem Einfluss verloren hat (vgl. D.P. Kommers Kann das deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein?, Der Staat 37 [1998], 335f.).

⁶⁸ Vgl. Calliess/Hoffmann (Fn. 52), 3f. Deshalb sind Bemühungen zu begrüßen, deutsches Rechtsdenken in englischer Sprache weltweit zu verbreiten (z.B. durch

Ausbildungssystems ab, künftige ausländische Entscheidungsträger in der eigenen Rechtsordnung zu „akklimatisieren“.⁶⁹

Ebenso wichtig ist die nationale Juristenausbildung: Nur ein vergleichend-international geschulter Juristennachwuchs wird seine Rechtsvorstellungen effektiv in den internationalen Wettbewerb einbringen. Dass die deutschen Gerichte internationale und vergleichende Aspekte nur zögernd in ihre Entscheidungen aufnehmen,⁷⁰ hängt mit Defiziten des hiesigen Ausbildungs- und Prüfungssystems zusammen.⁷¹ Die Positionierung von Rechtsordnungen im Dialog der Rechtskulturen und Rechtswissenschaften ist entscheidend für ihre internationale Wirkung.⁷² Gegenüber der anglo-amerikanischen Konkurrenz liegen Deutschland und das übrige Europa derzeit zurück.⁷³

d) Makrowettbewerb (Systemwettbewerb) und Mikrowettbewerb (Wettbewerb einzelner Regelungsmodelle)

Da die planmäßige Sozialgestaltung vor allem durch Recht erfolgt, stellt der Wettbewerb der Rechtsordnungen einen wesentlichen Aspekt des Systemwettbewerbs (institutionellen Wettbewerbs) dar.⁷⁴ Den Systemwettbewerb des Kalten Krieges zwischen Zentralverwaltungswirtschaft in kommunistischer Diktatur und Marktwirtschaft in freiheitlicher Demokratie⁷⁵ entschied der Westen für sich.⁷⁶ Im Wettbewerb

englische Übersetzungen wichtiger BVerfG-Entscheidungen sowie durch das German Law Journal [www.germanlawjournal.com], das zur transnationalen Durchdringung der Rechtskulturen insgesamt beiträgt, vgl. *K. Abplanalp/R. Bruckmann* Conference Report – The Transnationalization of Legal Cultures, GLJ 10 [2009], 1399 ff.).

⁶⁹ Länder, in denen LL.M.-Programme in englischer Sprache einem weltweiten Publikum angeboten werden, haben gegenüber Deutschland einen Wettbewerbsvorteil.

⁷⁰ *H. Kötz* Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, 257 ff.; *K.-P. Sommermann* Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichen, in: HGR I (2004), § 16 Rn. 90.

⁷¹ Vgl. allgemein die Beiträge zur Transnationalisierung der Juristenausbildung in GLJ Vol. 10 No. 7 (1 July 2009); *H. Dedek* Recht an der Universität, JZ 2009, 540 ff.

⁷² Vgl. *Schneider* (Fn. 47), 159 ff., zur besonderen Bedeutung der wissenschaftlichen Kommunikation für den Export grundgesetzlicher Lösungsansätze. Es fällt auf, dass an die rechtswissenschaftlichen Fakultäten und Max-Planck-Institute in Deutschland kaum je ein ausländischer Rechtswissenschaftler berufen wird.

⁷³ *B. Audit u. a.* L'américanisation du droit (2001); *J. Drolshammer* A Timely Turn to the Lawyer? Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen (2009).

⁷⁴ Monopolkommission (Fn. 14); *Meessen* (Fn. 6), JZ 2009, 703; *Mehde* (Fn. 5), 71 ff.

⁷⁵ *Grzeszick* (Fn. 4), Rn. 39.

⁷⁶ Die westlichen Systemvorstellungen sind inzwischen von der OSZE (jedenfalls theoretisch) übernommen worden (vgl. die Charta von Paris für ein neues Europa

der EWG als supranationaler Integrationsgemeinschaft mit der EFTA als Freihandelszone hat sich die EWG/EG durchgesetzt.⁷⁷ Neuerdings tritt ein Systemwettbewerb zwischen dem säkular-liberal-individualistischen Staats- und Menschenbild des Westens und autoritär-kollektivistischen Staats- und Menschenbildern islamischer und konfuzianischer Spielart in den Vordergrund.⁷⁸

Im Regelfall finden jedoch keine Makrowettbewerbe zwischen ganzen Rechtssystemen statt, sondern Mikrowettbewerbe zwischen einzelnen Rechtsinstituten und -konzepten. In den wirtschaftsrelevanten Bereichen des Privatrechts ist der materielle Wettbewerb wegen der Exit-Optionen der Unternehmen besonders ausgeprägt.⁷⁹ Standortrelevant sind aber auch etliche Gebiete des öffentlichen Rechts, u.a. das Steuerrecht.⁸⁰ Ein ideeller Wettbewerb findet von den Strukturprin-

vom 21. 11. 1990, in: T. Schweisfurth/K. Oellers-Frahm [Hrsg.] *Dokumente der KSZE* [1993], 441 ff.). *P. Häberle* sah dadurch die „Weltstunde des Verfassungsstaates“ angebrochen (Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 [274]). Zum Systemwettbewerb zwischen dem individualistischen US-Modell einer Rechts- und Verfassungsordnung und dem stärker kommunitaristischen europäischen Modell in den Transformationsstaaten in Mittel- und Osteuropa sowie auf dem Gebiet der ehemaligen Sowjetunion s.u. e).

⁷⁷ Im Konkurrenzverhältnis zwischen dem Europarat als klassischer internationaler Organisation und der EU als supranationaler Integrationsgemeinschaft hat sich eine geordnete Kooperation im Sinne wechselseitiger Komplementarität eingespielt (Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union vom 11./23. 5. 2007 [http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_EN.pdf]).

⁷⁸ Vgl. *S.P. Huntington* Kampf der Kulturen, 6. Aufl. 1998. Letztlich konkurriert eine Staats- und Gesellschaftsvorstellung, die auf einer transzendenten unabänderlichen Wahrheit religiöser oder weltlicher Art beruht, mit einer Staats- und Gesellschaftsvorstellung, die eine Pluralität von Wahrheitsvorstellungen voraussetzt und sich daher aus einem von diesen unabhängigen Konsens der Herrschaftsunterworfenen legitimieren muss (vgl. *Grimm* [Fn. 29], 597). Anhaltspunkt ist z.B. der internationale Streit um die kulturelle Relativität der Menschenrechte (*K. Stern* Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: HGR I [2004], § 1 Rn. 79 ff.; *W. Kälin/J. Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. 2008, 22 ff.). Ein systemübergreifender Dialog ist nicht ausgeschlossen (vgl. etwa *C. Luttermann* Islamic Finance: Ein Dialog über Recht, Weltwirtschaft und Religionen, JZ 2009, 706 ff.).

⁷⁹ Dazu zählen etwa das Gesellschafts-, Vertrags- (AGB-) und Insolvenzrecht, aber auch das Recht der (schieds-) gerichtlichen Streitbeilegung (*Eidenmüller* [Fn. 54], 644 ff.). Zum Wettbewerb der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht *C. Teichmann* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, 330 ff. Hinzu kommen sicher noch das individuelle und kollektive Arbeitsrecht sowie das Wettbewerbsrecht (*J. Bätge* Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen? [2009]).

⁸⁰ Weiterhin außer dem Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, die Marktzutrittsvoraussetzungen formulieren, z.B. noch das Umwelt- und Sozialrecht als Kostenfaktoren.

zipien des Verfassungsrechts⁸¹ bis hin zu Detailregelungen des besonderen Verwaltungsrechts statt.⁸²

Im Wettbewerb öffentlich-rechtlicher Regulierungen kommt die Rechtswahl wegen des Territorialitätsprinzips nicht in Betracht, sondern nur der erheblich aufwändigere physische Exit durch Verlegung des Wohn- oder Unternehmenssitzes in den Geltungsbereich eines „genehmeren“ öffentlichen Rechts.⁸³ Da ein solcher Exit aber stets auf einem Motivbündel beruht, bleibt die relative Bedeutung des rechtlichen Motivs meist unklar.⁸⁴

e) Intendierter und faktischer Normenwettbewerb in Abgrenzung zum schlichten Normenkonflikt

Wettbewerb meint die intendierte Konkurrenz, d.h. den gezielten Kampf um einen materiellen oder ideellen Vorteil, wie er allenfalls in Teilbereichen des Regulierungswettbewerbs stattfindet. Gerade Phänomene der ideellen Konkurrenz sind regelmäßig nicht intentional und bilden daher nur Wettbewerbe im weiteren Sinne. So ist z.B. die Formulierung eines „neuen“ Grundrechts in einer Landesverfassung nicht unbedingt als Modell für andere gedacht. Andererseits können Rechtsvorschriften, mit denen ein Staat ein neuartiges Problem als erster reguliert,⁸⁵ oder Entscheidungen, mit denen ein Gericht eine Rechtsfrage erstmals (neu) beantwortet, darauf angelegt sein, von anderen rezipiert

⁸¹ Die diesbezüglich typische starke Traditionsbindung zieht einer Rezeption fremder Regelungsmodelle freilich Grenzen.

⁸² Z.B. die Festlegung genehmigungspflichtiger baulicher Anlagen.

⁸³ Im Steuerrecht bestehen Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Verlagerung der Gewinne und Verluste von Mutter- auf Tochterunternehmen und umgekehrt. Neuerdings kommt es zur kooperativen Rechtsetzung bzw. zu Normabwendungsabsprachen, durch die Private Einfluss auf die Inhalte auch öffentlich-rechtlicher Normen erhalten (*M. Herdegen* Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, *VVDStRL* 62 [2003], 7 [16 ff.]; *G.F. Schuppert* Staatswissenschaft [2003], 518 ff., 581 ff.).

⁸⁴ Monopolkommission (Fn. 14), 16, 19; *Kieninger* (Fn. 3), 60 f.

⁸⁵ In den USA hat Massachusetts bei der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare eine Vorreiterrolle übernommen; fünf weitere Staaten sind gefolgt, andere haben sich durch Verfassungsänderungen ausdrücklich dagegen entschieden (zur Lage in Kalifornien vgl. die Entscheidung des California Supreme Court vom 26. 5. 2009 im Fall *Strauss v. Horton* und *V.D. Amar* An Analysis of the California Court Ruling Upholding Proposition 8 [<http://writ.news.findlaw.com/amar/20090601.html>]). Auf Bundesebene gilt der restriktive Defense of Marriage Act vom 21. 9. 1996 (Pub. L. 104–199).

zu werden, um die Evolution des Rechts in die „richtige“ Richtung zu treiben.⁸⁶

Rechtsnorm-Konkurrenzen, d.h. die gleichzeitige Anwendbarkeit mehrerer unvereinbarer Normen auf denselben Sachverhalt, begründen regelmäßig nicht intendierte Konflikte zwischen Herrschaftsansprüchen. Zu einem echten Wettbewerb im Gegensatz zum gewöhnlichen Normenkonflikt kommt es dort nur, wenn die Entscheiderin ohne Bindung durch eine Vorrang- oder Kollisionsregel⁸⁷ frei die eine oder die andere Norm verwenden kann.⁸⁸

f) Gezielter Rechtsexport als Erwerbs- und Herrschaftsinstrument

Neuerdings ist eine gezielte Rechtsexportförderung zu beobachten.⁸⁹ Bereits in die neunziger Jahre datieren Versuche der USA, ihre

⁸⁶ Vgl. z.B. die EuGH-Entscheidungen im Fall *Mangold* (Slg. 2005, I-9981 [Rs. C-144/04] – grundrechtliches Verbot der Altersdiskriminierung) und *Kadi* (Urt. v. 3. 9. 2008 [Rs. C-402/05 P u.a.] – Grundrechtsschutz gegen individualisierte Sanktionen des UN-Sicherheitsrats); die strikte Kontrolle des EGMR über Vorbehalte (*T. Giegerich Treaties, Multilateral, Reservations to*, Rn. 31 ff., in: R. Wolfrum [ed.] *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [2008], online edition [www.mpepil.com]); Supreme Court of Israel, Urt. v. 13. 12. 2006, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*, Case No. HCJ 769/02 (http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf) zu den Grenzen des „targeted killing“ von Terrorverdächtigen. Vgl. aber auch die (mE verfehlten) Versuche des griechischen Areopag und des italienischen Kassationshofs, Ausnahmen vom Völkerrechtsgrundsatz der Staatenimmunität für Kriegsverbrechen während des 2. Weltkriegs zu konstruieren (*T. Giegerich Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?*, in: C. Tomuschat/J.-M. Thouvenin [eds.] *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, 2006, 203 [218 ff.]; Deutschland hat deswegen Ende 2008 ein IGH-Verfahren gegen Italien eingeleitet: *Jurisdictional Immunities of the State* [Germany v. Italy]).

⁸⁷ Einzubeziehen sind hier auch abgeleitete Kollisionsvermeidungsregeln wie die verfassungs-, europa- und völkerrechtskonforme Auslegung und Fortbildung.

⁸⁸ Wettbewerbs Elemente bleiben aber im Spiel, wenn unterschiedliche Auffassungen über die Reichweite des Vorrangs um Anerkennung ringen: z.B. betr. die Frage eines Geltungs- oder bloßen Anwendungsvorrangs im Verhältnis von Bundesrecht zu Landesverfassungsrecht (*U. Sacksofsky Landesverfassungen und Grundgesetz, NVwZ* 1993, 235 [238 f.]); die Reichweite des Anwendungsvorrangs des EG-Rechts gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht (BVerfGE 73, 339 – Solange II; Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG [BVerfG, EuGRZ 2009, 339 – Lissabon]; anders EuGH, Slg. 1970, 1125 Rn. 3 [Rs. 11/70 – Internat. Handelsgesellschaft]; vgl. *J. Iliopoulos-Strangas Der Vorrang des Gemeinschafts-/Unionsrechts gegenüber der Verfassung*, FS Starck, 2007, 825 ff.); die Reichweite der Bindungswirkung von EGMR-Entscheidungen (*Grabenwarter* [Fn. 33], § 16).

⁸⁹ Seit längerem schon ist Rechtsexport als „Zivilisierungsinstrument“ Teil der Entwicklungshilfe, wo er freilich schnell an kulturelle Grenzen stößt. Die weltweit tätige

rechtlichen Vorstellungen in die Transformationsstaaten des ehemaligen Ostblocks zu verpflanzen.⁹⁰ Seit 2007 wirbt die Law Society für eine Wahl des englischen Rechts in internationalen Verträgen und der Londoner Gerichte oder Schiedsgerichte als Streitbeilegungsforen.⁹¹ Ein halbamtliches „Bündnis für das deutsche Recht“⁹² hat Anfang 2009 eine Gegen-Broschüre unter dem Titel „Law – Made in Germany“ vorgestellt.⁹³ Tatsächlich hat Deutschland im globalen Wettbewerb der Rechtsordnungen und Justizdienstleistungen in den wirtschaftsnahen Bereichen an Boden verloren⁹⁴ und darauf auch bereits gesetzgeberisch reagiert.⁹⁵

Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit GmbH als Eigengesellschaft des Bundes (<http://www.gtz.de>) unterstützt u. a. Reformen in den Entwicklungs- und Transformationsländern hin zu Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Good Governance und steht dabei in Konkurrenz mit entsprechenden Organisationen anderer Staaten.

⁹⁰ Treibende Kraft war die 1990 als „rule of law project“ ins Leben gerufene Central and East European Legal Initiative der American Bar Association, die später in Central Europe and Eurasian Legal Initiative umbenannt wurde (Symposium: Creating a Global Rule of Law Culture, *Minnesota Journal of International Law* 18 [2009], 291 ff.). Die Initiative verstand sich als Entwicklungshilfe bei der Neubegründung von Rechtsstaatlichkeit, verfolgte aber auch wirtschaftliche und politische Hintergedanken. Vgl. auch *Kieninger* (Fn. 3), 21; *Mankowski* (Fn. 30), 329 f.

⁹¹ England and Wales: The jurisdiction of choice (http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf). Die Initiative wurde von der britischen Regierung begrüßt.

⁹² Ihm gehören an: Bundesministerium der Justiz, Bundesnotarkammer, Bundesrechtsanwaltskammer, Deutscher Anwaltsverein, Deutscher Juristinnenbund, Deutscher Notarverein, Deutscher Richterbund. Der Anstoß kam von *V. Triebel* Der Kampf ums anwendbare Recht, *AnwBl* 2008, 305 ff.

⁹³ <http://www.lawmadeingermany.de>. Die Broschüre ist zweisprachig (deutsch/englisch) abgefasst.

⁹⁴ Die englische Gesellschaftsform der private limited company (kein Mindestkapital), das Vertragsrecht Englands oder der Schweiz (keine AGB-Kontrolle [prägnant *J.F. Hochbaum* AGB-Kontrolle: Hemmschuh bei der Verbreitung deutschen Rechts, *NJW-Editorial* Heft 51/2008]) und außerdeutsche staatliche oder private Streitbeilegungsforen werden von international tätigen Unternehmen weit häufiger gewählt als deutsche Konkurrenzangebote (*Eidenmüller* [Fn. 54], 644 ff.).

⁹⁵ Die durch die GmbH-Reform von 2008 eingeführte „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ soll die englische Ltd. zurückdrängen (*Eidenmüller* [Fn. 54], 645). Die am 1. 1. 2008 in Kraft getretene Reform des deutschen Unternehmenssteuerrechts soll eine im europäischen Vergleich hohe Belastung der inländischen Unternehmen abbauen (<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2007/07/2007-07-06-unternehmenssteuerreform.html>). Zur Festigung der Position der deutschen Justiz im globalen Wettbewerb führt eine Änderung des § 545 Abs. 1 ZPO, die die fehlerhafte Anwendung ausländischen Rechts zum Revisionsgrund macht (Gesetz vom 17. 12. 2008 [BGBl. I S. 2586]; *G. Mäsch* *NJW-Editorial* Heft 40/2009).

Die Verbreitung des eigenen Rechts verfolgt primär wirtschaftliche Ziele: eine Erleichterung der internationalen Aktivitäten heimischer Unternehmen, neue Geschäftsaussichten für inländische Anwaltskanzleien und die Förderung der Bereitschaft ausländischer Unternehmen, in einem Land mit vertrauter Rechtsordnung zu investieren.⁹⁶ Jeder Rechtsexport wirkt aber auch als subtile Form der Einflussnahme auf die Politik und Kultur des Importlandes. Die Rezeption ausländischer Rechtsvorstellungen und eine entsprechende Sozialisation der einheimischen Entscheidungsträger fördern die wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Beziehungen zwischen Export- und Importland.

2. Regulierungswettbewerb im Mehrebenensystem

a) Rechtspluralismus und Mehrebenensystem

Ein Wettbewerb von Rechtsordnungen setzt eine geordnet integrierende Mehrzahl von Wettbewerbern im Sinne eines Rechtspluralismus voraus, den wir in Mehrebenensystemen wie Bundesstaaten und der EU finden. Ein Mehrebenensystem existiert auch ohne Hierarchie dann, wenn eine Gesamtrechtsordnung mehrere in ihrer Verpflichtungskraft unabhängige Teilrechtsordnungen umfasst. Dies gilt etwa in denjenigen Staaten, die bestimmte Rechtsmaterien religiösen oder traditionellen Rechten⁹⁷ oder gesellschaftlichen Grup-

⁹⁶ Bundesjustizministerin *B. Zypries* Ein Rechtssystem mit Qualitätssiegeln, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 251 (27. 10. 2008), 10. Weitergehende Vorschläge bei *Calliess/Hoffmann* (Fn. 52); *A. Maurer* Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, ZRP 2009, 88 ff. Vgl. allgemein *U. Battis/J. Kersten* Standortmarketing im Bundesstaat (2008).

⁹⁷ Die Teilrechtsordnungen sind typischerweise für das Ehe-, Ehegüter-, Personenstands- und Erbrecht zuständig. Historisch galt dies im Millet- (Religionsgemeinschafts-) System des Osmanischen Reiches (dessen Wiedereinführung heute mit Art. 14 EMRK unvereinbar wäre [EGMR, EuGRZ 2003, 206, §§ 117 ff. (No. 41340/98 u. a. – *Refah Partisi*); *D. Kugelmann* Die streitbare Demokratie nach der EMRK, ebd., 533 ff.]). Aktuelle Beispiele finden wir etwa in Indien (*M. Rohe* Das islamische Recht, 2. Aufl. 2009, 277 ff.), Indonesien, Malaysia und Südafrika (Sections 211 und 212 der Verfassung der Republik Südafrika von 1996 [http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/engl_ish-09.pdf])). Auch in den sich religiös-kulturell pluralisierenden westlichen Einwanderungsgesellschaften nehmen rechtspluralistische Phänomene zu, z.B. infolge internationalprivatrechtlicher Anknüpfungen an das Heimatrecht der ausländischen Wohnbevölkerung (vgl. z.B. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1, Art. 15 Abs. 1 EGBGB [allgemeine Ehewirkungen, Ehegüterrecht]; Art. 25 Abs. 1 EGBGB [Rechtsnachfolge von Todes wegen]; siehe aber auch Art. 6 EGBGB [Ordre-public-Grenze]); vgl. *Rohe* 338 ff. Zum Rechtspluralismus als Forschungsgebiet der modernen Rechtsethnologie v. *Benda-Beckmann* (Fn. 32).

pen⁹⁸ zur autonomen Regelung überlassen,⁹⁹ ebenso aber zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht.¹⁰⁰

Der Regulierungswettbewerb von der Gemeindeebene über das Landes-, Bundes- und Europarecht bis zum Völkerrecht ist in ein vielstufiges System eingebettet. In der Ermöglichung eines ergebnisoffenen horizontalen (ebeneninternen) und vertikalen (ebenenübergreifenden) Wettbewerbs liegt eine der vielen Stärken von Mehrebenensystemen.¹⁰¹

b) Horizontaler Wettbewerb zwischen den Teilrechtsordnungen

Die Teilrechtsordnungen stehen als Anbieter in einem horizontalen Regulierungswettbewerb und fungieren darin zugleich selbst als Nachfrager. Ein Wettbewerbsverhältnis dieser Art existiert zwischen den Gemeinden,¹⁰² den Ländern,¹⁰³ den EU-Mitgliedstaaten¹⁰⁴ und den sou-

⁹⁸ Z.B. Tarifvertragsparteien (Art. 9 Abs. 3 GG).

⁹⁹ In Fällen des innerstaatlichen Rechtspluralismus ist die Exit-Option zulasten einer Teilrechtsordnung und zugunsten einer anderen, wenn mit einem Religions- oder Traditionszugehörigkeitswechsel verbunden, nur so schwer auszuüben, dass kein ernstzunehmender Wettbewerb stattfindet. Auch die Einflussnahme der Teilrechtsordnungen aufeinander hält sich in engen Grenzen, soweit hinter ihnen miteinander unvereinbare religiöse Wahrheitsansprüche oder altehrwürdige Traditionen stehen.

¹⁰⁰ Die Verbindlichkeit der Völkerrechtsnormen bleibt von den staatlichen Rechtsordnungen unberührt und umgekehrt (vgl. Art. 27 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge [WKRV; Sartorius II Nr. 320]; BVerfGE 45, 83 [96]).

¹⁰¹ „It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.“ (New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262, 311 [1932] [Brandeis, J., dissenting]). Zum interkantonalen Wettbewerb in der Schweiz und seinen Grenzen *Mehde* (Fn. 5), 437 ff., 548; *B. Knapp/R.J. Schweizer* in: B. Ehrenzeller u.a. (Hrsg.) *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 2. Aufl. 2008, Art. 44 Rn. 15 ff.

¹⁰² Z.B. durch unterschiedliche Hebesätze bei der Grund- oder Gewerbesteuer (s.u. Fußn. 126); mehr oder weniger gewerbefreundliche Bebauungspläne.

¹⁰³ Z.B. bei Grundrechtsvorschriften der Landesverfassungen (Art. 142 GG) oder Vorschriften über die Landesverfassungsgerichtsbarkeit (z.B. Landesverfassungsbeschwerde: etwa in Bayern eingeführt, in Schleswig-Holstein dagegen bisher nicht [vgl. *J.L. Backmann* Verfassungsbeschwerde für Schleswig-Holstein, NordÖR 2009, 229 ff.]); im Abgaben- sowie Polizei- und Ordnungsrecht; seit der Föderalismus-Reform auch im Landesbeamtenrecht (vgl. Art. 125b Abs. 1 GG).

¹⁰⁴ Ein solcher Wettbewerb findet außerhalb des Anwendungsbereichs des EU-Rechts (z.B. in Bezug auf die rechtlichen Regelungen über die Staatsangehörigkeit, die Staatsorganisation [in den Grenzen des Art. 6 Abs. 1 EUV/Art. 2 EUV Liss.], die Landesverteidigung [Wehrpflicht- oder Berufsmarine etc.] und das Religionsverfassungsrecht [vgl. die Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften im Anhang zur Schlussakte der Amsterdamer Regierungskonferenz vom 2. 10. 1997 (Sartorius II Nr. 147a/11); jetzt Art. 17 AEUV]) sowie innerhalb des-

verändern Staaten im Völkerrechtsraum.¹⁰⁵ Ausdifferenzierte Spezialgebiete des Völkerrechts mit eigenen Streitbeilegungsgremien bieten in Konkurrenz zueinander innovative Lösungsansätze an,¹⁰⁶ beeinträchtigen damit jedoch Kohärenz und Rechtssicherheit in der Völkerrechtsordnung.¹⁰⁷

Private Nachfrager haben die Freiheit, sich für ein Regelungsmodell zu entscheiden, soweit sie dispositive Normen abbedingen oder zwingenden Normen durch Ausweichen in ein anderes Recht entgehen können.¹⁰⁸ Nachdem der physische Exit von Unternehmen in den Geltungsbereich einer genehmeren Rechtsordnung leichter geworden ist, haben viele Staaten die Rechtswahlmöglichkeiten in ihren Kollisionsrechten erweitert, um reale Abwanderungen zu verhindern.¹⁰⁹ Die physische Exit-Option wird auch von insolventen Verbrauchern ausgeübt, um in Frankreich oder Großbritannien die Restschuldbefreiung schneller zu erreichen als in Deutschland oder Österreich.¹¹⁰ Wer dennoch lebensmüde geworden ist, lässt sich in der Schweiz zum Suizid verhelfen.¹¹¹

sen dort statt, wo mitgliedstaatliche Regelungsspielräume bestehen (etwa in Bezug auf Einschränkungsmöglichkeiten bei den Grundfreiheiten und Umsetzungsspielräume bei Richtlinien).

¹⁰⁵ Ein Wettbewerb findet z.B. in Bezug auf das Ob und Wie einer Verfassungsgerichtsbarkeit statt.

¹⁰⁶ Vor allem die regionalen und universellen Menschenrechtsschutzsysteme, das Welthandelsrecht, das Seerecht, das Umweltvölkerrecht und das Völkerstrafrecht. Das EU-Recht als eine vom Völkerrecht emanzipierte Rechtsordnung eigener Art mit völkerrechtlichen und bundesrechtlichen Elementen gehört nicht in diesen Kontext (anders BVerfG, EuGRZ 2009, 339 – Lissabon).

¹⁰⁷ *M. Koskeniemi/P. Leino* Fragmentation of International Law?, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), 553 ff.; *A. Zimmermann/R. Hofmann* (eds.) *Unity and Diversity in International Law* (2006); *B. Simma* Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner, *EJIL* 20 (2009), 265 (269 ff). Der Kern der Problematik liegt weniger im Mangel an gemeinsamen Mindeststandards zwingenden Völkerrechts (Art. 53, 64 WKRV – *J.A. Frowein* Jus cogens, in: Wolfrum [Fn. 86]) als im Fehlen einer übergeordneten Instanz, die verbindliche Entscheidungen für alle Teilrechtsordnungen treffen könnte (*R. Higgins* A Babel of Judicial Voices?, *ICLQ* 55 [2006], 791 ff.).

¹⁰⁸ Exit-Optionen verkörpern sich insbesondere in den Freizügigkeitsrechten des EGV/AEUV: Art. 18/21, Art. 39 ff./45 ff., Art. 43 ff./49 ff., Art. 49 ff./56 ff., Art. 56 ff./63 ff.

¹⁰⁹ *Eidenmüller* [Fn. 54], 642 ff.

¹¹⁰ *M. Amann* Auf der Flucht vor dem Gläubiger, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 167 (22. 7. 2009), 11. Auch für insolvente Unternehmen ist Großbritannien bevorzugter Fluchtort (*Eidenmüller* [Fn. 54], 647).

¹¹¹ Vgl. *S. Birkner* Assistierter Suizid und aktive Sterbehilfe – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf, *ZRP* 39 (2006), 52 ff.

c) *Vertikaler Wettbewerb im Verhältnis der Teilrechtsordnungen zur Gesamtrechtsordnung*

Ein Regulierungswettbewerb findet aber auch im Vertikalverhältnis statt, soweit keine Vorrangregeln eingreifen, und kann in beiden Richtungen zu Rezeptionen führen.

Zunächst wetteifern die Teilrechtsordnungen untereinander fortlaufend um Einfluss auf die Evolution der Gesamtrechtsordnung, wobei diese schon aus Gründen allseitiger Akzeptanz regelmäßig Synthesen aus mehreren Modellen in ihr Gesamtsystem einbaut.¹¹² So fungieren die Rechtsordnungen der Länder als Werkstatt auch für das Bundesrecht.¹¹³ Nationale Rechtsvorstellungen prägen im Wettbewerb miteinander den Inhalt der geschriebenen und ungeschriebenen Regeln des Völkerrechts¹¹⁴ und des Europarechts.¹¹⁵

¹¹² Speziell für die Synthesebildung im Europarecht zieht man das Erklärungsmodell der wertenden Rechtsvergleichung heran, das den Wettbewerbscharakter des Synthesebildungsprozesses deutlich macht (*Sommermann* [Fn. 70], Rn. 75 ff.; *F.C. Mayer* Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund, in: C. Calliess [Hrsg.] *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, 2008, 167 [172 ff.]). Für die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht (Art. 38 Abs. 1 Buchst. c IGH-Statut [Sartorius II Nr. 2]) gilt nichts anderes (*J. Delbrück* in: G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum *Völkerrecht* Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, 62 ff.). Zum Akzeptanzaspekt *S. Neidhardt* Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 238.

¹¹³ Die Landesverfassungen wirken seit jeher im Wettbewerb miteinander auf das Grundgesetz ein (*H. Dreier* Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber [Hrsg.] *Handbuch Ius Publicum Europaeum I* [2007], § 1 Rn. 82). Auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts gilt dasselbe (z.B. Landespolizeirecht/Bundespolizeirecht). Zu historischen Vorläufern vgl. *Starck* (Fn. 65), 1021 f.

¹¹⁴ Vertragsverhandlungen im Völkerrecht sind der Sache nach Wettbewerbe von Regelungsmodellen. Das noch nicht in Kraft getretene, von Deutschland aber bereits ratifizierte Protokoll Nr. 14 zur EMRK (BGBl. 2006 II, 138) rezipiert aus dem deutschen Verfassungsprozessrecht die Möglichkeit, offensichtlich begründeten Individualbeschwerden durch eine Dreierkammer stattgeben zu können und selbst begründete Bagatellbeschwerden nicht in allen Fällen sachlich bescheiden zu müssen (Art. 8 – vgl. § 93 c BVerfGG; Art. 12 – vgl. § 93 a Abs. 2 BVerfGG), geht aber mit der Zulassung von Einzelrichterentscheidungen darüber hinaus (Art. 7). In der internationalen Strafgerichtsbarkeit haben sich die Verfahrensgrundsätze des *common law* durchgesetzt (vgl. *W. Schomburg* Wahrheitsfindung im internationalen Gerichtssaal, VN 2009, 3 ff.), hinsichtlich des Ausschlusses der Todesstrafe europäische Anschauungen (vgl. z.B. Art. 77 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. 7. 1998 [Sartorius II Nr. 35]). Für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 38 Abs. 1 Buchst. b, c IGH-Statut) gilt Ähnliches. Vgl. z.B. *M. Wittinger* Das Rechtsstaatsprinzip – vom nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der europäischen und der internationalen Gemeinschaft?, JÖR nF 57 (2009), 427 ff.

Ein vertikaler Rechtsexport findet in umgekehrter Richtung statt, wenn die Gesamtrechtsordnung eigene Regelungsmodelle in einen Wettbewerb mit den Teilrechtsordnungen einbringt, die entweder von jenen rezipiert¹¹⁶ oder von ihren Privatrechtssubjekten gewählt werden können (wie die *Societas Europaea* [SE]).¹¹⁷

¹¹⁵ In der EU hat geschriebenes Primärrecht Vertragsform (Art. 48 EUV/EUV Liss.), geschriebenes Sekundärrecht hingegen Gesetzesform (Art. 249 Abs. 2 und 3 EGV/Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV; Art. 34 Abs. 2 EUV). Im institutionellen Aufbau der EU sind Einflüsse des deutschen föderalen Verfassungsmodells erkennbar: Z.B. ist der Rat ein Abbild des Bundesrates (vgl. Art. 203, 205 Abs. 2 EGV/Art. 16 Abs. 2, 4 EUV Liss. mit Art. 51 Abs. 1 und 2 GG); den Vermittlungsausschuss übernimmt Art. 251 Abs. 4 EGV/Art. 294 Abs. 10 AEUV aus Art. 77 GG. Die Einbeziehung von Generalanwälten in das EuGH-Verfahren (Art. 222 EGV/Art. 252 AEUV) und der Schutz der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 16, Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV) lassen französischen Einfluss erkennen. Im Verfahren der Sekundärrechtsetzung konkurrieren mitgliedstaatliche Rechtsvorstellungen von der Formulierung des Vorschlags der Europäischen Kommission bis zur Entscheidung im Rat und im Europäischen Parlament. Selbst die Richter des EuGH und des EuG können sich davon nicht völlig frei machen (*T. von Danwitz* Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, EuR 2008, 769 [778]). Zu den ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Europarechts vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV/Art. 6 Abs. 3 EUV Liss. und Art. 288 Abs. 2 EGV/Art. 340 Abs. 2 AEUV sowie *M. Zuleeg* Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, VVDStRL 53 (1994), 154 (169 ff.); *J. Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, XLVIII f., LIII f., CL f.; *T. von Danwitz* Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 168 f., 210 ff.; *Neidhardt* (Fn. 112).

¹¹⁶ Der Parlamentarische Rat hat sich bei der Formulierung der Grundrechte des Grundgesetzes vom Entwurf der nicht rechtsverbindlichen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 (Sartorius II Nr. 15 – vgl. *M. Nettesheim* Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und ihre Rechtsnatur, in: HGR VI/2 [2009], § 173) leiten lassen (*Dreier* [Fn. 43], 672 ff.; *T. Rensmann* Wertordnung und Verfassung, 2007, 7 ff.). Fünf nachkonstitutionelle Landesverfassungen haben über das Homogenitätsgebot aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG hinaus die Grundrechte des Grundgesetzes in Landesverfassungsrecht transformiert und nur teilweise um einzelne Grundrechtsverbürgungen ergänzt (Art. 2 Abs. 1 VerfBW; Art. 5 Abs. 3 VerfMV; Art. 4 Abs. 1 VerfNRW; Art. 3 Abs. 2 VerfNds; Art. 2a VerfSH [*C. Nordmann* „Rezipierte“ Grundrechte für Schleswig-Holstein, NordÖR 2009, 97 ff.]).

¹¹⁷ Mit der SE macht die EG den grenzüberschreitend agierenden Unternehmen ein Konkurrenzangebot zu den Gesellschaftsformen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (*Eidenmüller* [Fn. 54], 645). Daneben sind die Gemeinschaftsmarke, das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung und die Europäische Genossenschaft zu nennen (*S. Leible* Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558 [2561]). Möglicherweise wird die EU zukünftig auch eine optionale europäische Vertragsrechtsordnung zur Verfügung stellen, die von den Vertragsparteien an Stelle eines der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte

3. *Aufwärts- (Überbietungs-) und Abwärts- (Unterbietungs-) Wettlauf: Analyse-, Prognose- und Bewertungsunsicherheit*

Als Optimierungsinstrument taugt der Regulierungswettbewerb, wenn die unsichtbare Hand des Marktes¹¹⁸ die Rechtsentwicklung in eine qua Kosten-Nutzen-Relation gemeinwohlförderliche Richtung lenkt.¹¹⁹ Wegen der Vielzahl von Ursachen für Rechtsfortentwicklungen sind Verlaufsanalysen und -prognosen nur schwer zu treffen.¹²⁰ Außerdem kann man über die Bewertung der Ergebnisse eines Abwärts- und eines Aufwärtswettlaufs streiten.¹²¹ Die allseits vereinfachte Gründung von Gesellschaften oder Steuersenkungen (Delaware-Effekt)¹²² fördert das Gemeinwohl durch Ankurbelung der Wirtschaft, schadet ihm aber im Hinblick auf Gläubigerschutz, Staatsverschuldung oder Steuergerechtigkeit. Die allseitige Erhöhung der Umweltstandards (Kalifornien-Effekt) schlägt ökologisch positiv, angesichts ihrer Kostenfolgen wirtschaftlich aber negativ zu Buche.¹²³

Diese Bewertungsunsicherheit herrscht auch im ideellen Wettbewerb, wenn z.B. ein Staat das Grundrechtsniveau absenkt und andere sich anschließen, um im „Krieg gegen den Terror“ nicht schlechter geschützt dazustehen,¹²⁴ oder wenn ein Staat gleichgeschlechtliche Lebenspart-

als anwendbares Recht frei gewählt werden kann und für die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit insbesondere kleinerer und mittlerer Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit schafft (*H. Schulte-Nölke* Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht, NJW 2009, 2161 [2163]; *Leible* aaO, 2561).

¹¹⁸ Vgl. *A. Smith* An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Viertes Buch, Kapitel 2 (hgg. von R.H. Campbell u.a., Oxford 1976 [Vol. I, 455f., Rn. 9]).

¹¹⁹ *Meessen* (Fn. 6), JZ 2009, 703.

¹²⁰ Monopolkommission (Fn. 14), 22f.; *Mehde* (Fn. 5), 94ff.

¹²¹ Vgl. *Mehde* (Fn. 5), 75ff.

¹²² *Mehde* (Fn. 5), 73ff., 325ff. Da das Gesellschaftsrecht von Delaware die geringsten Anforderungen an die Inkorporierung von Gesellschaften stellt, werden überproportional viele Gesellschaften in den USA nach diesem Recht gegründet. Die Wahrnehmung der Exit-Option zugunsten von Delaware wird dadurch erleichtert, dass das Gesellschaftsstatut in den USA nach der Gründungstheorie und nicht der Sitztheorie bestimmt wird.

¹²³ *Mehde* (Fn. 5), 80f., 307f. Die Einführung hoher Abgasstandards für Kraftfahrzeuge durch Kalifornien haben andere Einzelstaaten und der Bund nachgeahmt.

¹²⁴ Z.B. hat das BVerfG die „großzügige“ Male-captus-Rspr. u.a. des britischen House of Lords und nicht die strengere des Schweizerischen BG übernommen (BVerfG 109, 13 [28ff.]) und der EGMR dies gebilligt (Entscheidung vom 20. 2. 2007 [No. 35865/03], NVwZ 2008, 761 Rn. 82ff.).

nerschaften der traditionellen Ehe gleichstellt und andere nachziehen, um ihre „Homophobie“ zu überwinden.¹²⁵

Angesichts dieser Analyse-, Prognose- und Bewertungsunsicherheiten sollte man dem positiven Potential von Rechtsordnungskonkurrenzen unbedingt Raum geben, aber gemeinwohlwidrige Folgen durch Regulierungen verhindern.¹²⁶

V. Regulierung des Regulierungswettbewerbs durch Metarechtsordnungen

1. *Regelungsbedarf, Regelungsdichte und Regelungsziele*

Dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Interesse positiver Gemeinwohlergebnisse reguliert werden muss, steht außer Streit.¹²⁷ Regulieren kann ihn nur eine den Wettbewerbern übergeordnete Metarechtsordnung, die auch festlegt, wieviel Regulierungswettbewerb gewagt werden soll. Die metarechtlichen Regeln sind umso dichter, je intensiver sich die konkurrierenden Rechtsordnungen integriert haben. Da sich die Ausgangspositionen der Wettbewerber häufig unterscheiden, setzt ein fairer – und damit als Ordnungsprinzip legitimer und akzeptabler – Wettbewerb auch die regulative Bemühung um Chancengleichheit voraus.¹²⁸ Schließlich muss die Entscheidung über das Wettbewerbsergebnis von einer dazu legitimierten Instanz umsichtig und transparent getroffen werden.¹²⁹

Einerseits begrenzt die Metarechtsordnung den Wettbewerb der nachgeordneten Rechtsordnungen durch Vorgaben für die zulässigen Regelungsmodelle. Andererseits fördert sie den materiellen Regulierungswettbewerb durch Mobilitätsgarantien (Exit-Optionen) für die

¹²⁵ In Deutschland würde eine solche Gleichstellung nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßen (vgl. die Ablehnung eines „Abstandsgebots“ durch die Mehrheitsmeinung in BVerfGE 105, 313 [348 ff.] sowie im Beschl. v. 7. 7. 2009 [1 BvR 1164/07] – anders etwa A. Uhle *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2004, 258 f.).

¹²⁶ Siehe unten V. Aktuelles Beispiel: BVerfG, Beschl. v. 27. 1. 2010 (2 BvR 2185/04 u. a.) – Bundesgesetz erlegt Gemeinden zur Unterbindung eines übermäßigen Standortwettbewerbs einen Mindesthebesatz bei der Gewerbesteuer auf.

¹²⁷ In Anlehnung an Hugo Grotius gilt „ubi agon, ibi ius“. Zum (un-) lautenen Wettbewerb zwischen Staaten näher *Mehde* (Fn. 5), 607 ff.; *Meessen* (Fn. 6), JZ 2009, 698 f. Ein „perfekter Systemwettbewerb“, der das Recht aufheben würde (C. Engel *Buchanzei*, AöR 131 [2006], 322 [324]), ist so realistisch wie eine nur aus Gutmenschen bestehende Menschheit.

¹²⁸ Vgl. *Grzeszick* (Fn. 4), Rn. 23 ff.

¹²⁹ S. dazu näher unten VI.

Rechtsunterworfenen und den ideellen durch Kommunikationsfreiheiten (Voice-Optionen), die den grenzüberschreitenden Wissens- und Erfahrungsaustausch in Bezug auf Regulierungsmodelle erleichtern. Dem Telos einer Metarechtsordnung entsprechend liegt das Schwerk Gewicht jedoch typischerweise auf den wettbewerbsbegrenzenden Regeln.

2. *Festlegung der Wettbewerbsregeln: Gegenstromprinzip und Vetoposition*

Diese Wettbewerbsregeln legt die Metarechtsordnung nicht einseitig, sondern in für Mehrebenensysteme typischer Weise unter Mitwirkung der nachgeordneten Rechtsordnungen fest. Die nationalen Rechte und Entscheidungsträger bestimmen gemeinsam die geschriebenen und ungeschriebenen völker- und europarechtlichen Vorgaben für ihr Konkurrenzverhältnis;¹³⁰ entsprechend prägen die Länder die bundesrechtlichen Vorgaben mit.¹³¹ Das Verhältnis zwischen Metarechtsordnung und nachgeordneten Rechtsordnungen kennzeichnet folglich ein „Gegenstromprinzip“, in dem beide Ebenen gemeinsam die Evolution des Rechts gestalten. Dies verhindert zwar Oktroi, kann andererseits aber zu Versteinerungen der Wettbewerbsordnung führen, soweit Mitbewerber eine Vetoposition innehaben.

3. *Wettbewerbstransformation durch Verlagerung von Regulierungsaufgaben auf die Metaebene*

Fungiert ein Verband in der Vertikalen als Wettbewerbsregulierer und in der Horizontalen zugleich als Wettbewerber, geraten seine beiden Funktionen leicht in Widerstreit.¹³² Lässt z.B. der Bund durch Deregulierung mehr Wettbewerb zwischen den Ländern zu, beeinträchtigt er möglicherweise seine eigene Wettbewerbsposition im Horizontalver-

¹³⁰ Im Völkerrecht als einer auf Konsens beruhenden Ordnung gilt der Grundsatz, dass Staaten ohne ihre mindestens stillschweigende Zustimmung weder vertraglich noch gewohnheitsrechtlich gebunden werden können (*Delbrück* [Fn. 112], 34ff.; *J. Brunnée* Consent, in: *Wolfrum* [Fn. 86]). Das europäische Primärrecht unterliegt der „Herrschaft der Mitgliedstaaten“ nach Maßgabe des Art. 48 EUV/EUV Liss.; auf die Sekundärrechtsetzung übt der Rat aus Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten (mit-) bestimmenden Einfluss aus (vgl. Art. 203, 251 EGV/Art. 16 Abs. 2 EUV Liss., 294 AEUV). Grundsätzliche Weichenstellungen wie Vertragsänderungen und Vertragsabrundungen nach Art. 308 EGV/Art. 352 AEUV bedürfen in der EU der Zustimmung aller Mitgliedstaaten.

¹³¹ Art. 50, 77, 79 Abs. 2 GG.

¹³² *Mehde* (Fn. 5), 340f., 548.

hältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten, weil er nicht mehr einheitlich aufzutreten vermag. Umgekehrt aber schwächt u.U. die Beschränkung des Regulierungswettbewerbs der Länder die Wettbewerbsposition des Bundes etwa in Bezug auf die Gewinnung von Investitionen.¹³³ Deswegen kann die Wahrnehmung von Regulierungsaufgaben auf der höheren Ebene dem Gemeinwohl dienen, ihm aber auch abträglich sein. Dementsprechend definiert die gemeinwohlförderlichste Balance zwischen mitgliedstaatlichem Regulierungswettbewerb und regulativer Konvergenz den idealen Integrationsdichtegrad etwa der EU – nur dass über diesen kaum Konsens zu erzielen und er zudem veränderlich ist.¹³⁴

Infolge des Gegenstromprinzips beendet eine Vergemeinschaftung von Regulierungsaufgaben den EU-internen Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen keineswegs, sondern transformiert ihn lediglich: Er setzt sich im Rat und im Europäischen Parlament fort als Wettbewerb um den Einfluss nationaler Rechtsanschauungen auf den Inhalt europäischer Rechtsakte. Entsprechende Transformationswirkungen haben Hochzonungen in anderen Mehrebenensystemen. Da auch in der Kooperation und Integration ein modifiziertes (gewissermaßen zivilisiertes) Wettbewerbselement erhalten bleibt, haben metarechtliche Regeln umso weniger Anlass, den direkten Regulierungswettbewerb zu favorisieren.

4. Wettbewerbsregeln der Metarechtsordnungen im Überblick

a) Völkerrechtliche Regeln für den Regulierungswettbewerb der Staaten

Das Völkerrecht zieht dem Regulierungswettbewerb der Staaten nur wenige allseits konsentierende prozedurale und materielle Schranken. Verboten sind Rechtsexporte mit Gewalt¹³⁵ sowie durch Interventionen in den Eigenbereich anderer Staaten.¹³⁶ Die extraterritoriale Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung ist nur bedingt zulässig.¹³⁷ Darüber hinaus enthalten

¹³³ Vgl. Mehde (Fn. 5), 172 f.

¹³⁴ U.a. deshalb scheinen mir die sehr detaillierten Vorgaben problematisch, die das BVerfG aus Art. 79 Abs. 3 GG herausgelesen hat (EuGRZ 2009, 339 – Lissabon).

¹³⁵ Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta. Vgl. auch Art. 43 der Haager Landkriegsordnung vom 18. 10. 1907 (Sartorius II Nr. 46 – Anlage).

¹³⁶ Vgl. die Grundsätze 2 und 4 der Erklärung der UN-Generalversammlung über völkerrechtliche Grundsätze für freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen Staaten im Sinne der Charta der Vereinten Nationen vom 24. 10. 1970 (Sartorius II Nr. 4). M. Jamnejad/M. Wood The Principle of Non-intervention, Leiden Journal of International Law 22 (2009), 345 ff.

¹³⁷ Zum „Rechtsimperialismus“ der USA und den Abwehrstrategien dagegen vgl. Mehde (Fn. 5), 558 ff. W. Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht (1994); C. Tietje Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen

Völkervertrags- und -gewohnheitsrecht inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnungen. So verhindern beispielsweise menschenrechtliche und umweltvölkerrechtliche Mindeststandards einen Unterbietungs-, nicht aber einen Überbietungswettlauf.¹³⁸

Wettbewerbsfördernde Völkerrechtsregeln im Sinne von Mobilitäts-garantien zugunsten der Rechtsunterworfenen bestehen in Form einer eher halbherzigen Gewährleistung der Freizügigkeit von Personen.¹³⁹ Wirtschaftliche Verkehrsfreiheiten entsprechend den EG-Grundfreiheiten kennt die Völkerrechtsordnung nicht.¹⁴⁰ Die zahlreichen bilateralen Investitionsschutzabkommen stimulieren die grenzüberschreitende Mobilität von Kapital, belegen aber vor allem den Wettbewerb der Entwicklungs- und Schwellenländer um Kapitalimport.¹⁴¹ Dem ideellen Regulierungswettbewerb kommen die menschenrechtlichen Garantien der Kommunikationsfreiheit zugute.¹⁴²

Das Völkerrecht hat weder „Kartellverbote“ noch „Fusionskontrollen“ ausgebildet, die den Staaten Harmonisierungsabsprachen oder die Übertragung von Regelungskompetenzen auf supranationale Organisation untersagen.¹⁴³ Im Gegenteil will es die Relikte des „Naturzustandes“ im zwischenstaatlichen Wettbewerb durch Einschränkungen staatlicher Souveränitätsfreiräume überwinden. Daher stuft das Völkerrecht die Entwicklung und Durchsetzung gemeinsamer Standards im Wege zwischenstaatlicher Kooperation oder überstaatlicher Integration als

Wirtschaftssysteme und Wirtschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.) Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, § 1 Rn. 105 ff.

¹³⁸ Vgl. das z.B. in Art. 53 EMRK, Art. 5 Abs. 2 IPbpR und Art. 5 Abs. 2 IPwskR zum Ausdruck kommende menschenrechtliche Günstigkeitsprinzip (Fn. 25). Im Umweltvölkerrecht gilt nichts anderes (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 aE des Kyoto-Protokolls [Sartorius II Nr. 441]).

¹³⁹ Zwar werden Ausreiserechte gewährleistet, aber grundsätzlich kein Recht auf Einreise in einen fremden Staat: Art. 13 AEMR; Art. 12 IPbpR (gilt nach Art. 2 Abs. 1 IPbpR überdies nur für natürliche Personen [die deutsche Übersetzung ist irreführend]); Art. 2–4 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK (gilt nach Art. 6 des Protokolls Nr. 4 i.V.m. Art. 34 EMRK auch für juristische Personen). Vgl. auch Art. 26, 32 und 33 der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. 7. 1951 i.V.m. Art. 1 des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. 1. 1967 (Sartorius II Nr. 28, 28a).

¹⁴⁰ Das WTO-Recht garantiert immerhin eine Inländergleichbehandlung und die Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen in Bezug auf den Waren- und Dienstleistungsverkehr (Art. I, III, XI GATT; Art. II, VI, XVI und XVII GATS). Näher C. Tietje WTO und Recht des Weltwarenhandels, in: ders. (Fn. 137), § 3; F. Weiss Internationaler Dienstleistungshandel, ebd., 215 ff. Vgl. auch C. Wurzbacher Welt handelsrecht als Wettbewerbsordnung des Systemwettbewerbs (2008).

¹⁴¹ A. Reinisch Internationales Investitionsschutzrecht, in: Tietje (Fn. 137), § 8.

¹⁴² Art. 10 EMRK; Art. 19 IPbpR.

¹⁴³ Vgl. Meessen (Fn. 6), JZ 2009, 699.

positiv ein.¹⁴⁴ Eine Gemeinwohlförderung durch Regulierungswettbewerb beurteilt es hingegen skeptisch und lässt dementsprechend auch kaum Bemühungen um Chancengleichheit der Wettbewerbsteilnehmer erkennen.¹⁴⁵

b) Europarechtliche Regeln für den Regulierungswettbewerb der EU-Mitgliedstaaten

Das Europarecht enthält detailliertere Regelungen sowohl zur Begrenzung als auch zur Förderung des Regulierungswettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten, die durch den Vorrang des Unionsrechts¹⁴⁶ und die obligatorischen Zuständigkeiten des EuGH¹⁴⁷ zudem effektiver wirken als die völkerrechtlichen Metaregeln.

Die wichtigsten europarechtlichen Grenzen des horizontalen Regulierungswettbewerbs ergeben sich aus primärrechtlichen Vorgaben¹⁴⁸ und Rechtsangleichungs-Richtlinien.¹⁴⁹ Indem die Grundfreiheiten den

¹⁴⁴ Vgl. z.B. Art. 1 UN-Charta; Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte; Grundsatz 4 der Erklärung über völkerrechtliche Grundsätze für freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten vom 24. 10. 1970 (Sartorius II Nr. 4); Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. 5. 1992 (ebd. Nr. 440); Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. 7. 1998 (ebd. Nr. 35); Art. 1 der Satzung des Europarats; Präambel der EMRK.

¹⁴⁵ Zwar beruht das Völkerrecht auf dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta), verkündet das Prinzip der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker (Art. 1 Abs. 2 UN-Charta) und setzt sich den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zum Ziel (Art. 55, 56 UN-Charta), doch mindert das tatsächlich bestehende Machtgefälle die Position der kleinen und schwachen Staaten, insbesondere der Entwicklungsländer, auch im Regulierungswettbewerb erheblich (*M. Cosnard* Sovereign Equality, in: M. Byers/G. Nolte [Hrsg.] *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, 117 ff.; *N. Krisch* More equal than the rest?, ebd., 135 ff.). Im internationalen Wirtschaftsrecht, insbesondere im Streitbeilegungssystem, gibt es zaghafte Ansätze, die Schwäche der Entwicklungsländer auszugleichen (*Tietje* [Fn. 137], Rn. 51 ff., 123 ff.; *ders.* [Fn. 140], Rn. 93 ff.; *F. Weiss* WTO-Streitbeilegung, ebd., § 17 Rn. 14, 30, 37, 42, 58 und 78). Allgemein *W. Meng* Völkerrecht als wirtschaftlicher Ordnungsfaktor und entwicklungspolitisches Steuerungsinstrument, in: *Das internationale Recht im Nord-Süd-Verhältnis* (BDGVR Bd. 41 [2005]), 1 ff.

¹⁴⁶ EuGH, Slg. 1964, 1251 (1269 ff.) (Rs. 6/64 – *Costa ./. ENEL*). Erklärung zum Vorrang (Nr. 17) im Anhang der Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon (ABl. EU 2007 Nr. C 306/256).

¹⁴⁷ Art. 220 ff./Art. 251 ff. AEUV, Art. 292 EGV/Art. 344 AEUV.

¹⁴⁸ Vgl. z.B. die Grundfreiheiten und das Beihilfenverbot (*Mehde* [Fn. 5], 237 ff.).

¹⁴⁹ Kompetenzgrundlagen sind Art. 94, 95 EGV/Art. 114, 115 AEUV. Die Richtlinien entfalten Sperrwirkungen für die nationalen Gesetzgeber (*T. Oppermann/C.D. Classen/M. Nettesheim* Europarecht, 4. Aufl. 2009, 183). Vgl. *Kieninger* (Fn. 3), 58, 333 ff.

Privaten Exit-Optionen gewährleisten, fördern sie den Wettbewerb in nicht gemeinschaftsrechtlich vorgeprägten Bereichen nationaler Rechtsetzung (z.B. bei den direkten Steuern),¹⁵⁰ obwohl ihr Primärziel der Binnenmarkt ist.

Wettbewerbsförderlich sind weiterhin alle Mechanismen, welche die Unionskompetenzen eingrenzen¹⁵¹ oder Souveränitätsfreiräume verbriefen.¹⁵² Angeregt wird ein ideeller Regulierungswettbewerb durch die „offene Methode der Koordinierung“. Diese zielt auf die Ermittlung des besten nationalen Regelungsansatzes, dessen Übernahme durch andere Mitgliedstaaten dann nicht verbindlich vorgeschrieben, aber nahegelegt wird.¹⁵³ Die verstärkte Zusammenarbeit einer Gruppe von Mitgliedstaaten¹⁵⁴ eröffnet sogar einen Wettbewerb um die Wettbewerbsordnung zwischen dem für alle verbindlichen *acquis communautaire* und dem stärker integrierten Inter-se-Recht der enger kooperierenden Mitglieder.¹⁵⁵

Ziel der europäischen Integration ist ein immer engerer Zusammenschluss der europäischen Völker¹⁵⁶ mit rechtlichen Mitteln,¹⁵⁷ der die Konkurrenz der Mitgliedstaaten durch gemeinsames Handeln überwindet.¹⁵⁸ Zur Förderung des wirtschaftlichen Wettbewerbs der Privaten

¹⁵⁰ Das gilt auch in Fällen der Inländerdiskriminierung, in denen die niedrigeren Herkunftslandstandards Anpassungsdruck auf die höheren Standards des Bestimmungslandes ausüben (*Mehde* [Fn. 5], 269 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 149), 419; *J. Gundel* Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht, DVBl. 2007, 269 ff.).

¹⁵¹ Z.B. die enge Interpretation der Unionskompetenzen und die strikte Handhabung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 EGV/Art. 5 EUV Liss.) etwa zugunsten gegenseitiger Anerkennung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Standards anstelle einer Vollharmonisierung (*Oppermann/Classen/Nettesheim* [Fn. 149], 562 f.).

¹⁵² Z.B. die Möglichkeit nationaler Alleingänge (Art. 95 Abs. 4–10 EGV/Art. 114 Abs. 4–10 AEUV) und zum Erlass strengerer Vorschriften (Art. 176 EGV/Art. 193 AEUV); die Einräumung von Opt-outs (z.B. das Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands und das Protokoll über die Position Dänemarks im Anhang zum Amsterdamer Vertrag in Bezug auf die gemeinsame Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik [Sartorius II Nr. 151/4 und 5]).

¹⁵³ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 149), 190; *Mehde* (Fn. 5), 345 ff.

¹⁵⁴ Art. 27a – e, Art. 40a, b, Art. 46a, b, Art. 43–45 EUV/Art. 326 ff. AEUV; Art. 11, 11a EGV/Art. 20 EUV Liss.

¹⁵⁵ *Mehde* (Fn. 5), 348 f.

¹⁵⁶ 1. Erwägung der Präambel des E(W)G-Vertrags/Vertrags über die Arbeitsweise der EU.

¹⁵⁷ Vgl. *W. Hallsteins* Konzeption der EWG als Rechtsgemeinschaft (Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, 53).

¹⁵⁸ Vgl. die Präambel des EGV/AEUV.

wird der Regulierungswettbewerb der Mitgliedstaaten beschränkt. Nach enormer Integrationsverdichtung betont man neuerdings wieder die mitgliedstaatlichen Freiräume und versucht, sie z.B. durch das Subsidiaritätsprinzip abzusichern.¹⁵⁹ Diese Wendung dient primär dem Abbau von Legitimitätsdefiziten durch Gewährleistung möglichst bürgernaher Entscheidungen,¹⁶⁰ fördert aber beiläufig auch den Regulierungswettbewerb unter den Mitgliedstaaten,¹⁶¹ den das Gemeinschaftsrecht in Kauf nimmt.

Es finden sich sogar Ansätze zur Sicherung der Chancengleichheit: Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue beschränkt das Wettbewerbsverhalten der Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander und relativiert ihre Machtunterschiede damit teilweise.¹⁶² Durch ihr überproportionales Stimmgewicht im Rat und Europäischen Parlament erhalten die kleinen Mitgliedstaaten ein erhöhtes Maß an Einfluss auf das Sekundärrecht, in Bezug auf das nur konsensual abänderbare Primärrecht haben sie sogar ein Veto. In die Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH gehen alle mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen grundsätzlich gleichwertig ein.¹⁶³

¹⁵⁹ Vgl. den Versuch des Vertrags von Lissabon vom 13. 12. 2007 (ABl. EU 2007 Nr. C 306; konsolidierte Fassungen des EUV und des AEUV [früher EGV] in ABl. EU 2008 Nr. C 115), die Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips durch Änderung des Protokolls (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Sartorius II Nr. 151) zu effektivieren sowie die ausdrückliche Erwähnung der Möglichkeit, durch Vertragsänderung die europäischen Zuständigkeiten zu vermindern (Art. 48 Abs. 2 Satz 2 EUV Liss.). Vgl. auch Art. 6 Abs. 3 EUV und jetzt prägnanter Art. 4 Abs. 2 EUV Liss. (Schutz der nationalen Identität der Mitgliedstaaten). Vgl. daneben die zunehmende Bereitschaft des EuGH, mitgliedstaatliche Regelungsspielräume anzuerkennen (Slg. 2004, I-9609, Rn. 31 ff. [Rs. C-36/02]; Urt. v. 19. 5. 2009 [Rs. C-171/07 u. a.], Rn. 19, 35, 39 ff.).

¹⁶⁰ Art. 1 Abs. 2 EUV/EUV Liss.

¹⁶¹ Die nach Art. 253 EGV/Art. 296 AEUV und Ziff. 4 des Protokolls Nr. 30 (Fn. 159) geschuldete Begründung für die Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeit eines Sekundärrechtsakts legt der Sache nach dar, warum dieser dem Gemeinwohl dienlicher ist als weiterer Wettbewerb der mitgliedstaatlichen Regulierungen.

¹⁶² Vgl. *A. Hatje* in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.) EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 10 EGV Rn. 58 f. Grundlage ist eine erweiternde Anwendung des Art. 10 EGV durch den EuGH.

¹⁶³ *T. Giegerich* Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003, 874 ff. Den stärker ausdifferenzierten Rechtsordnungen fällt freilich faktisch ein Übergewicht zu.

c) *Grundgesetzliche Regeln für den internen und externen Regulierungswettbewerb*

Das Grundgesetz als regelungsintensivste Wettbewerbsordnung¹⁶⁴ determiniert erstens den internen Regulierungswettbewerb der Länder untereinander und mit dem Bund und reguliert zweitens die Beteiligung der deutschen Rechtsordnung am externen Wettbewerb mit anderen Rechtsordnungen.

aa) *Konzeption und Grenzen des internen Regulierungswettbewerbs*

Als bundesstaatliche Verfassung ist das Grundgesetz für den Wettbewerb offen und fördert diesen durch Gewährleistung effektiver Voice- und Exit-Optionen für Grundrechtsträger,¹⁶⁵ mäßigt jedoch die Konkurrenz der Länder durch Bundestreue- und Solidaritätspflichten.¹⁶⁶ Der grundgesetzliche Föderalismus vereint kompetitive und kooperativ-solidarische Elemente, ohne eine eindeutige Präferenz erkennen zu lassen.¹⁶⁷ Deutschland ist ein Bundesstaat aus Tradition und im Interesse der Gewaltenteilung, demokratischen Selbstbestimmung und Bürgernähe, und nicht um des Wettbewerbs willen, der nur ein Beiprodukt darstellt.¹⁶⁸ Zwar sollte die Föderalismusreform durch politische Entflechtung primär Entscheidungsprozesse vereinfachen und sekundär mehr Wettbewerb ermöglichen, doch hat sie keinen Wettbewerbsföderalismus etabliert.¹⁶⁹ Dazu wäre auch eine Neugliederung des Bun-

¹⁶⁴ *Mehde* (Fn. 5), 358f.

¹⁶⁵ Art. 5, 8 und 9 GG sowie Art. 11 GG und Art. 2 Abs. 1 GG – näher *T. Giegerich* Freizügigkeit, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG, Kap. 26.

¹⁶⁶ *Mehde* (Fn. 5), 158ff.

¹⁶⁷ Siehe im Einzelnen *Mehde* (Fn. 5), 104ff. Das BVerfG hat zum hier besonders relevanten Finanzausgleich sowohl die finanzielle Eigenverantwortlichkeit der einzelnen Länder als auch die solidargemeinschaftliche Mitverantwortung der Ländergesamtheit und des Bundes betont (BVerfGE 101, 158 [221f.]; 116, 327 [380]): Ziel des horizontalen Finanzausgleichs sei „nicht die finanzielle Gleichheit der Länder, sondern die Verwirklichung des bundesstaatlichen Prinzips des Einstehens füreinander auch im Verhältnis der Länder untereinander unter gleichzeitiger Wahrung ihrer Eigenstaatlichkeit und finanziellen Selbständigkeit.“

¹⁶⁸ Zur staatsrechtlichen Rechtfertigung der Bundesstaatlichkeit *M. Jestaedt* Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 11f.; *B. Grzeszick* in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.) GG-Kommentar, Stand: März 2006, Art. 20 Abschn. IV Rn. 17ff.

¹⁶⁹ Gesetz zur Änderung des GG vom 28. 8. 2006 (BGBl. I S. 2034). *J. Jekewitz* Wettbewerbsföderalismus, FS Bothe, 2008, 1133 (1136). Im Vorfeld der Reform *E. Schmidt-Jortzig* Herausforderungen für den Föderalismus in Deutschland, DÖV 1998, 746ff. Vgl. auch *C. Starck* (Hrsg.) Föderalismusreform (2007). Zur Föderalismusreform in der Schweiz *U. Häfelin/W. Haller/H. Keller* Schweizerisches Bundes-

desgebiets in politisch, wirtschaftlich und finanziell konkurrenzfähige Länder erforderlich, die nach Art. 29 GG kaum vorstellbar ist.¹⁷⁰

Im Vergleich mit anderen Bundesstaaten fällt die unitarische (d.h. wettbewerbsaverse) Struktur des deutschen auf.¹⁷¹ Die legislative Dominanz des Bundes lässt für einen Regulierungswettbewerb der Länder nur wenig Spielraum, zumal der Bund seine konkurrierenden Kompetenzen in den materiell wettbewerbsrelevanten Bereichen der Sozial- und Wirtschaftspolitik weitgehend ausgeschöpft hat.¹⁷² Wo die Länder aber eigene Regelungskompetenzen behalten oder durch die Föderalismusreform zurückerhalten haben,¹⁷³ stehen sie im Wettbewerb miteinander. Augenfällig wird dies gegenwärtig bei der Erhebung von Studiengebühren.¹⁷⁴ Wettbewerbsfördernd wirken die mehrfach umformulierte Subsidiaritätsschranke für die Ausübung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund¹⁷⁵ und die neu ein-

staatsrecht, 7. Aufl. 2008, Rn. 74 a, 948, 970 ff. Die 2003 im Österreich-Konvent begonnene Verfassungsreform in Österreich ist bislang nicht abgeschlossen (http://www.konvent.gv.at/K/Willkommen_Portal.shtml).

¹⁷⁰ *Mehde* (Fn. 5), 167 ff. Vgl. auch *S. Oeter* Erprobung der konstitutionellen politischen Ökonomie an Einzelfragen – Föderalismus, in: Engel/Morlok (Fn. 6), 131 ff.; *T. Würtenberger* Neugliederung, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 132.

¹⁷¹ *K. Hesse* Der unitarische Bundesstaat (1962). Die USA und die Schweiz sind deutlich föderaler, während Österreich als noch unitarischer gilt (*J. Isensee* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 4).

¹⁷² *Mehde* (Fn. 5), 203 f. Zu erwägen wäre eine Verpflichtung des Bundesgesetzgebers zur Begründung, warum sein Eingreifen dem Gemeinwohl dienlicher ist als die Fortsetzung des Regulierungswettbewerbs unter den Ländern. Diese könnte an Art. 72 Abs. 2 GG anknüpfen, der aber nur einige der konkurrierenden Bundeskompetenzen erfasst. Anders als im EU-Recht (Art. 5 Abs. 3 EGV/Art. 5 Abs. 4 EUV Liss.) soll im deutschen Verfassungsrecht das sonst in Frage kommende Verhältnismäßigkeitsprinzip im Bund-Länder-Verhältnis nicht gelten (so BVerfGE 81, 310 [338]). Überdies ist der Gesetzgeber nach hM verfassungsrechtlich zu keiner Begründung verpflichtet (*J. Masing* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 5. Aufl. 2005, Art. 76 Abs. 1 Rn. 62) – vgl. demgegenüber Art. 253 EGV/Art. 296 AEUV.

¹⁷³ Bemerkenswert war die 1971 eingeführte (Art. 74a GG) und 2006 weggefallene konkurrierende Bundesgesetzgebung über die Besoldung und Versorgung der Landesbeamten und Richter, die einem Überbietungswettlauf der Länder entgegenwirken sollte (*Mehde* [Fn. 5], 173 ff.). Vgl. jetzt Art. 74 Abs. 1 Nr. 27, Abs. 2 GG.

¹⁷⁴ BVerfGE 112, 226 (245 ff.). Ein Wettbewerb findet auch um die optimale Regelung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden statt (vgl. *T. Dünchheim/F.-J. Schöne* Privat vor Staat? – Die Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in NRW, DVBl. 2009, 146 ff.). Den Wettbewerb der Länder um die „beste“ Kommunalverfassung im Rahmen der Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG hat im Wesentlichen die süddeutsche Ratsverfassung gewonnen.

¹⁷⁵ Art. 72 Abs. 2, 4 GG. Zur wechselhaften Geschichte des Art. 72 Abs. 2 GG vgl. u.a. *Mehde* (Fn. 5), 142 ff.

geführte Abweichungsgesetzgebung der Länder.¹⁷⁶ Einen ideellen Wettbewerb in Verfassungsfragen eröffnet den Ländern ihre Verfassungsautonomie.¹⁷⁷

Diesen kompetenziell möglichen Regulierungswettbewerb schränkt das Grundgesetz aber durch Mechanismen des kooperativen und solidarischen Föderalismus insbesondere finanzverfassungsrechtlicher Art erheblich ein.¹⁷⁸ Es erlaubt Wettbewerbsbeschränkungen durch Kooperation der Länder untereinander („Dritte Ebene“)¹⁷⁹ und mit dem Bund.¹⁸⁰ Ferner enthält es inhaltliche Vorgaben, die alle Landesgesetzgeber in gleicher Weise zu berücksichtigen haben, insbesondere die Grundrechte¹⁸¹

¹⁷⁶ Art. 72 Abs. 3 GG. *S. Oeter* Die Änderungen im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen, in: Starck (Fn. 169), 16f.; *V. Haug* Die Abweichungsgesetzgebung – ein Kuckucksei der Föderalismusreform?, DÖV 2008, 851 ff.; *L. Michael* Der experimentelle Bundesstaat, JZ 2006, 884 ff. Vgl. auch die Befugnis der Länder zur Ersetzungsgesetzgebung nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG.

¹⁷⁷ BVerfGE 36, 342 (360 ff.); 64, 301 (317 f.). *A. Dittmann* Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 127; *R. Bartlspurger* Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung, ebd., § 128.

¹⁷⁸ Zu den geringen Spielräumen der Länder für eine wettbewerbliche Positionierung gegeneinander *Mehde* (Fn. 5), 212 ff. Zur finanzverfassungsrechtlichen Komponente *ders.* ebd., 176 ff.; *C. Waldhoff* Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 116 Rn. 57 ff., 73 ff. Die Föderalismusreform II hat den Ländern keine Steuerautonomie gebracht (BGBl. 2009 I S. 2248); vgl. *H. Hofmann* Föderalismusreform im Verfassungsstaat, DÖV 2008, 833 (840 f.).

¹⁷⁹ *G. Kisker* Kooperation im Bundesstaat (1971); *W. Rudolf* Kooperation im Bundesstaat, in: HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 141. Solche „Kartellabsprachen“ können etwa vorkommen in Gestalt von (rechtlich unverbindlichen) Beschlüssen von Landesministerkonferenzen (z.B. Nr. 3 des KMK-Beschlusses vom 10. 11. 1978 idF vom 15. 8. 2002 („Vereinbarung über die Besetzung von Professorinnen- oder Professorenstellen an Hochschulen“), die für Berufungen eine dreijährige Sperrfrist nach Berufung in eine W 3-Professur oder Besoldungserhöhung im Zuge von Bleibeverhandlungen vorschreibt [näher *O. Herrmann* Die Berufung von Professorinnen und Professoren, 2007, 89 ff.]; KMK-Beschluss vom 6. 3. 2009 gegen „aggressive“ Lehrerberufung), von Staatsverträgen (*C. Vedder* Intraföderale Staatsverträge [1996]) oder von Musterentwürfen einheitlicher Gesetze (z.B. Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder). Näher *Mehde* (Fn. 5), 102 f. Zu den verfassungsrechtlichen Schranken der Kooperation zwischen den Ländern *M. Nettesheim* Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz, FS Badura, 2004, 363 (376 ff.). Zum kooperativen Föderalismus in der Schweiz *Häfelin/Haller/Keller* (Fn. 169), §§ 42, 43.

¹⁸⁰ Art. 91 a – d GG: Gemeinschaftsaufgaben, Verwaltungszusammenarbeit.

¹⁸¹ Art. 1 Abs. 3 GG meint auch die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung der Länder: *S. Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 426 ff. Dass der allgemeine Gleichheitssatz intraföderale Differenzierungen gestattet (*P. Kirchhof* Der allgemeine Gleichheitssatz, in: HStR V, 1992, § 124 Rn. 178 ff.), fällt daneben kaum ins Gewicht.

und das Sozialstaatsgebot.¹⁸² In erster Linie stehen jedoch politische Grundgegebenheiten in Deutschland einer Ausweitung des intraföderalen Wettbewerbs entgegen: die Politikverflechtung in der länderübergreifenden Parteiendemokratie¹⁸³ und die von der Mehrheit offenbar gewünschte Beseitigung von Asymmetrien zugunsten einheitlicher oder zumindest gleichwertiger Lebensverhältnisse.¹⁸⁴

bb) Konzeption und Grenzen des externen Regulierungswettbewerbs

Das Grundgesetz konstituiert einen in die Völkerrechtsgemeinschaft und die EU eingebundenen offenen Verfassungsstaat, der auch das übernationale Gemeinwohl im Auge behält. Deutschland wird ausdrücklich verpflichtet, im Weltgemeininteresse seine Hoheitsrechte (d.h. seine Wettbewerbsposition) zu beschränken¹⁸⁵ und bei der Entwicklung der supranationalen EU mitzuwirken.¹⁸⁶ Die EU soll nach dem Subsidiaritätsprinzip Regulierungskompetenzen insoweit wahrnehmen, als diese auf nationaler Ebene nicht hinreichend wirksam und auf supranationaler Ebene besser ausgeübt werden können.¹⁸⁷ Auch in den zwischenstaatlichen Beziehungen favorisiert das Grundgesetz das Wettbewerbsmodell demnach keineswegs.

Auf dieser Grundlage nimmt die deutsche Rechtsordnung am materiellen und ideellen Wettbewerb der Rechtsordnungen teil. Sie bietet ihre Regelungsmodelle anderen Staaten zur Rezeption an und nimmt mit allen drei Staatsfunktionen Einfluss auf die Entwicklung der Meta-

¹⁸² Art. 20 Abs. 1 und 3, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Sozialstaatsgebot verpflichtet auch die Länder auf Mindeststandards der sozialen Gerechtigkeit – vgl. BVerfGE 112, 226 (245). Eingehend *Mehde* (Fn. 5), 147 ff.

¹⁸³ *Mehde* (Fn. 5), 165 ff.

¹⁸⁴ Während nach der ursprünglichen Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG die einheitlichen Lebensverhältnisse gewahrt werden sollten, ist seit 1994 (nach der Wiedervereinigung) im Sinne eines Auftrags von der „Herstellung“ gleichwertiger Lebensverhältnisse die Rede (vgl. *Mehde* [Fn. 5], 142 ff.). Die Neufassung von 2006 hat diese Begrifflichkeit beibehalten, durch Ausklammerung wichtiger Bereiche der konkurrierenden Bundeskompetenz aus der Subsidiaritätsklausel die Öffnung für mehr intraföderalen Wettbewerb aber teilweise wieder zurückgenommen. Vgl. auch *S. Kadelbach* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 7 (23 f.).

¹⁸⁵ Satz 1 der Präambel; Art. 24 Abs. 2 GG (Friedenswahrung); Art. 24 Abs. 3 GG (friedliche Streitbeilegung).

¹⁸⁶ Art. 23 Abs. 1 GG.

¹⁸⁷ Art. 2 EUV/Art. 3 EUV Liss. und Art. 5 Abs. 2 EGV/Art. 5 Abs. 3 EUV Liss., die durch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG in Bezug genommen werden.

regeln des Völker- und Europarechts.¹⁸⁸ Das dem internationalen Austausch verschriebene Grundgesetz befürwortet diesen horizontalen und vertikalen Export und verpflichtet als wertgebundene Ordnung seine Organe, möglichst zur weltweiten Durchsetzung seiner Grundwerte Menschenwürde, Frieden und Gerechtigkeit beizutragen,¹⁸⁹ die mit den proklamierten Grundwerten der Weltgemeinschaft im Einklang stehen.¹⁹⁰ Da der deutsche Staat die Entwicklungen im Völkerrechtsraum nicht beherrschen kann,¹⁹¹ räumt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in Anlehnung an seine „Näher beim Grundgesetz“-Rechtsprechung genügend Spielraum ein, um auf Exit-Optionen reagieren zu können.¹⁹²

Als völker- und europarechtsfreundliche sowie rechtsstaatliche Verfassung¹⁹³ bekräftigt das Grundgesetz die Schranken, die internationales und supranationales Recht jedem Rechtsexport ziehen. Es gebietet weiterhin, fremde Rechtsordnungen und -anschauungen bis zur Grenze

¹⁸⁸ In erster Linie ist die außenvertretungsberechtigte Exekutive für den Export zuständig. Auf EU-Ebene nehmen Regierungsmitglieder im Rat an der Sekundärrechtsetzung und auf Regierungskonferenzen an der Fortentwicklung des Primärrechts teil (Art. 34 EUV, Art. 203 EGV/Art. 16 EUV Liss., Art. 249 ff. EGV/Art. 288 ff. AEUV; Art. 48 EUV/EUV Liss.). Im Völkerrechtsraum hat die Exekutive Anteil am Wettbewerb um die Völkerrechtsentwicklung, sei es über die nationale Vertretung in internationalen Organisationen, sei es im nicht institutionalisierten Rahmen zwischenstaatlicher Beziehungen. Vgl. BVerfGE 55, 349 (367 f.). Die Auslegung und Anwendung des Völker- und Europarechts durch deutsche Gerichte geht in den europa- und weltweiten Dialog der Judikativen ein; die deutsche Gesetzgebungspraxis bringt die Auffassung des deutschen Staates von gemeinwohlgerechter Regulierung zum Ausdruck. Beide beeinflussen vor allem die Entwicklung von Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf völker- und europarechtlicher Ebene (Art. 38 Abs. 1 lit. b, c und d des IGH-Statuts; Art. 6 Abs. 2 EUV/EUV Liss., Art. 288 Abs. 2 EGV/Art. 340 Abs. 2 AEUV).

¹⁸⁹ Satz 1 der Präambel, Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 24 Abs. 2 und 3, Art. 26 GG. In Bezug auf die EU wesentlich konkreter Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG.

¹⁹⁰ Vgl. die in der UN-Charta 1945 völkervertraglich festgeschriebenen und in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 als gemeinsames Ideal verkündeten und immer wieder bestätigten (zuletzt in der Deklaration der UN-Generalversammlung zum 60. Jahrestag der genannten Erklärung [Res. 63/116 vom 10. 12. 2008]) Vorstellungen von Frieden, Würde, Freiheit, Gleichheit und Grundrechten des Menschen, Gerechtigkeit sowie sozialem Fortschritt.

¹⁹¹ BVerfGE 66, 39 (56 ff.); 68, 1 (107); 77, 170 (231 ff.); 95, 39 (46 ff.).

¹⁹² BVerfGE 92, 26 (41 ff.) – Einführung eines Schiffszweitregisters mit abgesenktem Arbeitnehmerschutz, um die endgültige Ausflagung von Schiffen deutscher Reedereien zu verhindern.

¹⁹³ Zur Völkerrechtsfreundlichkeit vgl. u. a. BVerfGE 111, 307 (317 ff.); 112, 1 (24 ff.). Zur Europarechtsfreundlichkeit BVerfG, EuGRZ 2009, 339 – Lissabon.

der unabdingbaren Verfassungsgrundsätze zu achten.¹⁹⁴ Im Kontext der EU verlangt das Grundgesetz nicht mehr, als dass die deutsche Rechtsordnung gleichberechtigt mit allen anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in die (Fort-) Bildung des Primär- und Sekundärrechts einbezogen wird.¹⁹⁵

Dem Import außerdeutscher Rechtsvorstellungen setzt das Grundgesetz ebenfalls nur wenige Grenzen. Auch hier sind zunächst völker- und europarechtliche Vorgaben für den Inhalt des nationalen Rechts einzuhalten. Die weiteren Schranken hängen davon ab, wer die Importentscheidung trifft.¹⁹⁶ In jedem Fall gewahrt werden müssen die – wegen ihrer Unbestimmtheit flexiblen – verfassungsänderungsfesten Grundsätze.¹⁹⁷ Die Identität der deutschen Rechtskultur genießt keinen darüber hinausgehenden Schutz.¹⁹⁸ Ein Höchstmaß an Offenheit erweist das Grundgesetz völker- und europarechtlichen Regelungsansätzen, die unter deutscher Mitwirkung formuliert worden und nach außen rechtlich verbindlich sind. Jenseits ihrer Verpflichtungswirkungen bieten sich diese im ideellen Wettbewerb zur Rezeption geradezu an.

VI. Legitimation und Transparenz von Entscheidungen über das Wettbewerbsergebnis

1. *Schiedsrichterrolle privater Nachfrager und politische Steuerung des materiellen Regulierungswettbewerbs*

Als Schiedsrichter im materiellen Wettbewerb fungieren private Unternehmen, die durch Exit-Optionen Rechtsänderungen in ihrem Sinne erwirken können.¹⁹⁹ Dieser erhöhte politische Einfluss von Wirtschafts-

¹⁹⁴ BVerfGE 113, 154 (162f.) zum Auslieferungsverkehr.

¹⁹⁵ Näher *Giegerich* (Fn. 163), 874ff. Vgl. die Präambel-Formel vom Deutschen Volk „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“.

¹⁹⁶ S.u. VI. 2.

¹⁹⁷ Art. 79 Abs. 3 GG. Vgl. BVerfGE 111, 113 (319).

¹⁹⁸ Umfassend *Uhle* (Fn. 125).

¹⁹⁹ Auch ein Exit in Form der Wahl einer anderen Rechtsordnung übt Änderungsdruck auf die abgewählte Rechtsordnung aus (kritisch aber *Kieninger* [Fn. 3], 31). Diese erleidet einen Prestigeverlust, wenn maßgebliche Wirtschaftskreise sie für ungeeignet erklären, was sich auf ihre Position im ideellen Wettbewerb auswirken kann. Darüber hinaus schwinden der regulative Einfluss des betreffenden Gesetzgebers und der judikative Einfluss der betreffenden Gerichte, weil mit der Abwahl einer Rechtsordnung i. d. R. auch eine andere Gerichtsbarkeit vereinbart wird. Schließlich verliert die in der abgewählten Rechtsordnung versierte Beratungsbranche Marktanteile an die Experten in der gewählten.

macht entgegen dem Prinzip demokratischer Bürgergleichheit kann nur durch Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen auf Meta-rechtsebene abgebaut werden.²⁰⁰ Auf den Gesetzgeber der Metarechtsordnung hat freilich auch der „Sieger“ des Wettbewerbs Einfluss.²⁰¹ Dies erschwert die politische Steuerung und gefährdet die Erfüllung der Gemeinwohlverantwortung.²⁰² Abhilfe zu schaffen vermag nur ein Ausgleich der konkurrierenden Egoismen auf metarechtlicher Ebene.²⁰³

2. Entscheidungsbefugnisse hoheitlicher Nachfrager in Bezug auf den ideellen Regulierungswettbewerb

a) Parlamentarischer Gesetzgeber:

Umfassende Legitimation zur Rezeption –

Pflicht zu Rechtsvergleichung und Transparenz?

Der parlamentarische Gesetzgeber ist im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung²⁰⁴ ermächtigt, externe Regelungsmodelle in das

²⁰⁰ Deshalb versucht man derzeit, die transnationalen Konzerne, die reicher und mächtiger sind als viele Staaten, völkerrechtlich zu regulieren (*M. Herdegen Internationales Wirtschaftsrecht*, 7. Aufl. 2008, § 3 Rn. 62 ff.).

²⁰¹ Teilweise hat er sogar eine Vetoposition: dort, wo das Völkerrecht die Metarechtsordnung bildet; im Europarecht dort, wo Harmonisierungen Einstimmigkeit voraussetzen, wie insbesondere im Bereich der Steuern (Art. 93 EGV/Art. 113 AEUV, Art. 95 Abs. 2 EGV/Art. 114 Abs. 2 AEUV; Art. 113, 115 AEUV) – vgl. *Mehde* (Fn. 5), 274 ff. Die Möglichkeit eines Steuerwettbewerbs spielte in Irland eine zentrale Rolle für die Ratifikation des Vertrags von Lissabon (vgl. Abschnitt B des Beschlusses der im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten der EU zu den Anliegen der irischen Bevölkerung bezüglich des Vertrages von Lissabon [Anlage I der Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 19. 6. 2009]).

²⁰² In der EU wird diese Problematik als „Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration“ diskutiert: *T. Kingreen Grundfreiheiten*, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.) *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 631 (647 ff.) unter Anknüpfung an *F. Scharpf Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt*, 1996, 109 ff. Vgl. auch *E.-W. Böckenförde Welchen Weg geht Europa?*, 1997, 23 ff.

²⁰³ Vgl. z.B. den in der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. 12. 1996 (Sartorius II Nr. 181) verkörpert Kompromiss zwischen Niedrig- und Hochlohnländern in der EU (EuGH, Urt. v. 3. 4. 2008 [Rs. C-346/06 – Rüffert], JZ 2008, 889 m. Anm. *U. Becker*).

²⁰⁴ Als verfassungsändernder Gesetzgeber im weniger strengen Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG.

deutsche Recht zu übernehmen,²⁰⁵ soweit dessen Folgerichtigkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird.²⁰⁶

Verlangt das Grundgesetz sogar, dass wichtige Gesetzgebungsvorhaben rechtsvergleichend abgesichert und rezeptorische Anleihen ggf. begründet werden?²⁰⁷ Ein sorgfältiger demokratischer Gesetzgeber muss die Vor- und Nachteile externer Regelungsmodelle prüfen und komparative Einflüsse auf seine Legislativakte im Interesse demokratischer Rechenschaft offen legen. Eine Verletzung dieser politischen Obliegenheiten macht ein Gesetz indessen nur verfassungswidrig, wenn sie zu inhaltlichen Defiziten führt.²⁰⁸

b) Gerichte: Einbeziehung externen Rechts in die Interpretation und Fortbildung des eigenen Rechts

Nationale, supranationale und internationale Gerichte sind zur Interpretation und Fortbildung ihres Rechts berufen. Uneinigkeit herrscht

²⁰⁵ Eine bewusste Rezeptionsentscheidung des deutschen Gesetzgebers liegt in der sog. überschießenden Umsetzung von EG-Richtlinien, die deren Regelungsmodell über die gemeinschaftsrechtlich geschuldete Anpassung des nationalen Rechts hinaus autonom (d. h. überobligationsmäßig) auf andere Rechtsgebiete erstreckt (*F. Burmeister/E. Staebe* Grenzen des sog. Gold Plating bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in nationales Recht, EuR 44 (2009), 444 ff.). Die Schweiz vollzieht angesichts ihrer engen wirtschaftlichen Verflechtung mit der EG Sekundärrecht in vielen Bereichen „autonom“ nach (*Mehde* [Fn. 5], 457 f.; *Häfelin/Haller/Keller* [Fn. 169], Rn. 199). Vgl. auch *C. Grabenwarter* Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: HGR VI/2, 2009, § 169 Rn. 57.

²⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 9. 12. 2008 (2 BvL 1/07 u. a.), sub C.II.6. (Rn. 84 der Internet-Fassung). Kritisch zum Topos der Folgerichtigkeit die Anmerkung von *O. Lepsius* JZ 2009, 260 ff.

²⁰⁷ Im deutschen Gesetzgebungsverfahren wird derzeit weder auf Ministerial- noch auf Parlamentsebene systematisch Rechtsvergleichung betrieben (Auskunft des Kollegen *S. Hölscheidt*). Zur Vorbereitung größerer Reformvorhaben finden jedoch häufig rechtsvergleichende Untersuchungen statt (*Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage 1996, 15; *Sommermann* [Fn. 70] Rn. 83 ff.). Die Verstärkung des rechtsvergleichenden Input wird teilweise gefordert (*J. Ennuschat* Wege zu besserer Gesetzgebung, DVBl. 2004, 986 [1992]; *U. Karpen* Kurzbeitrag „Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Deutschland“, JZ 2008, 135 [136]). In die Gesetzgebungslehre (vgl. z. B. *H. Schneider* Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002) ist die Rechtsvergleichung noch nicht angemessen eingegangen (Ansätze aber bei *H. Schulze-Fielitz* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 462, 487). Demgegenüber legt der französische Senat auf rechtsvergleichende Untersuchungen großen Wert (*J. Martinez* Die Bedeutung der [Verfassung-]Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: *Calliess* [Fn. 112], 153 [160]).

²⁰⁸ *K. Meßerschmidt* Gesetzgebungsermessen, 2000, 841 ff.; *F. Ossenbühl* Verfahren der Gesetzgebung, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 102 Rn. 6 ff.; *K. Schlaich/S. Koriath* Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 539 ff.

über die genauen Grenzen der judiziellen Rechtsfortbildungskompetenz im gewaltenteiligen System,²⁰⁹ zumal sie je nach Gerichtsbarkeit variieren.²¹⁰ Inwieweit sind Gerichte legitimiert, dabei externes Recht einzubeziehen?

Während einige neuere Verfassungen die Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode anerkennen,²¹¹ schweigen das Grundgesetz und die meisten anderen.²¹² Die Bereitschaft der nationalen und europäischen Gerichte, rechtsvergleichende Einflüsse auf ihre Entschei-

²⁰⁹ Vgl. zuletzt die Kontroverse zwischen Mehrheit und abweichender Meinung im Beschluss des BVerfG vom 15. 1. 2009 (2 BvR 2044/07), JZ 2009, 675 ff.; C. Möllers Nachvollzug ohne Maßstababbildung, ebd., 668 ff.

²¹⁰ Die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH wird besonders diskutiert (vgl. Giegerich [Fn. 163], 1051 ff.; P. Dobler Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: G.H. Roth/P. Hilpold [Hrsg.] Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, 509 ff.). Aber auch internationale Gerichte (insbesondere der EGMR) dürfen sich nicht vom Konsens der sie tragenden Staaten entfernen (vgl. H.-J. Cremer Regeln der Konventionsinterpretation, in: R. Grote/T. Marauhn [Hrsg.] EMRK/GG, 2006, Kap. 4 Rn. 47 ff.; Grabenwarter [Fn. 33], § 5 Rn. 12 ff.; D. Grimm Zur Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa, in: HGR VI/2, 2009, § 168 Rn. 48 f.). Den Einrichtungen der quasi-gerichtlichen Streitbeilegung im Rahmen der WTO wird die Rechtsfortbildung ausdrücklich untersagt und ihre Auslegungskompetenz eng definiert (Art. 3 Abs. 2 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten vom 15. 4. 1994 [Anlage 2 zum WTO-Übereinkommen], abgedruckt in Sartorius II Nr. 515; vgl. auch Art. IX:2 des WTO-Übereinkommens vom 15. 4. 1994, ebd. Nr. 500). Die Interpretations- und Fortbildungskompetenz des US Supreme Court ist seit jeher umstritten (E. Chemerinsky Constitutional Law, 3. Aufl. 2006, 15 ff.).

²¹¹ Vgl. neben Art. 288 Abs. 2 EGV/Art. 340 Abs. 2 AEUV und Art. 6 Abs. 2 EUV/EUV Liss. insbesondere Section 39 (1) der Verfassung der Republik Südafrika von 1996 (Fn. 97): „When interpreting the Bill of Rights, a court ... (b) must consider international law; and may consider foreign law.“ (Zur Praxis U. Bentele Mining for Gold, Georgia Journal of International and Comparative Law 37 [2009], 219 ff.) Nach Art. 16 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung und nach Art. 10 Abs. 2 der spanischen Verfassung sind die Grundrechtsbestimmungen jeweils im Einklang u. a. mit der nicht rechtsverbindlichen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte auszulegen (A. Kimmel/C. Kimmel Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 6. Aufl. 2005, 597, 791). Ebenso Art. 20 Abs. 1 der rumänischen Verfassung von 1991. Grundlegend P. Häberle Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, 913 (916 ff.); ders. (Fn. 17), 252 ff.; F. Ossenbühl Grundsätze der Grundrechtsinterpretation, in: HGR I, 2004, § 15 Rn. 31 ff.; Sommermann (Fn. 70), Rn. 39 f.; Wieser Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005, 33 ff.

²¹² Insbesondere im Bundesverfassungs-Gesetz der Republik Österreich vom 10. 11. 1920 und in der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. 4. 1999 finden sich keine ausdrücklichen Bestimmungen.

dungen offen zu legen, ist unterschiedlich ausgeprägt.²¹³ Eine erbitterte Debatte führen darüber international-aufgeschlossene und national-beschränkte Richter des US Supreme Court.²¹⁴ In einem Zeitalter intensivsten globalen Austauschs auf allen Feldern kann man sich nicht ernsthaft gegen den Erfahrungsschatz der weltweiten Rechtsevolution immunisieren, schon gar nicht in einem offenen Verfassungsstaat.²¹⁵ Dies muss freilich sorgfältig, umsichtig und transparent geschehen.²¹⁶ In Europa wird die Einbeziehung externen Rechts in die Argumentation der Gerichte daher selbstverständlich: Vom Völkerrecht über das

²¹³ *Sommermann* (Fn. 70), Rn. 86f.; *Wieser* (Fn. 211), 36. Dem italienischen Verfassungsgerichtshof arbeiten ausländische Gastwissenschaftler rechtsvergleichend zu (*Häberle* [Fn. 47], 117). Der EuGH verwertet rechtsvergleichende Erkenntnisse, auch wenn dies in seinen Entscheidungen nur ausnahmsweise deutlich wird (*G.C. Rodríguez Iglesias* Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1 [8]; *Sommermann* [Fn. 70], Rn. 77). Im Rahmen seiner „autonomen“ Interpretation der EMRK spielt die Rechtsvergleichung auch für den EGMR eine wichtige (ebenfalls in den Entscheidungen nur teilweise belegte) Rolle (*L. Wildhaber* The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, FS Ress, 2005, 1101ff.; *Grabenwarter* [Fn. 33], § 5 Rn. 11); *R. Bernhardt* Betrachtungen zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, FS Starck (Fn. 88), 701 (708f.).

²¹⁴ Dagegen *Printz v. U.S.*, 521 US 898, 921 note 11 (1997), dafür ebd., 976ff. (Dissent von *Breyer, J.*); dafür *Atkins v. Virginia*, 536 US 304, 316–7 note 21 (2002), dagegen ebd., 321 (Dissent von *Rehnquist, C.J.*) und 347f. (Dissent von *Scalia, J.*); dafür *Lawrence v. Texas*, 539 US 558, 573, 576f. (2003), dagegen ebd., 598 (Dissent von *Scalia, J.*). *A. Scalia* Foreign Legal Authority in the Federal Courts, ASIL Proceedings 98th Annual Meeting 2004, 305ff.; *R. Bader Ginsburg* A Decent Respect to the Opinions of [Human]Kind, ASIL Proceedings 99th Annual Meeting 2005, 351ff.; *Agora: The United States Constitution and International Law*, AJIL 98 (2004), 42ff. (mehrere Beiträge); *J.E.K. Murkens* Comparative Constitutional Law in the Courts, VRÜ 41 (2008), 32ff. Vgl. Sec. 201 des in den Ausschüssen von Repräsentantenhaus und Senat stecken gebliebenen Entwurfs eines „Constitution Restoration Act of 2005“ (S. 520, H.R. 1070, 109th Congress): „In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law ... judicial decision ... of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.“

²¹⁵ *Häberle* spricht zu Recht von einer „Internationale des Verfassungsstaates“, die sich auch in der Öffnung der Verfassungskonstruktion und -fortbildung nach außen erweisen muss ([Fn. 211], 916). Gegen „introvertierte Verfassungsdiskurse“ auch *Sommermann* (Fn. 70), Rn. 45. Zurückhaltender *A. Tschentscher* Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807 (812ff.).

²¹⁶ *Mayer* (Fn. 112), 170f., 176. Vgl. auch *S. Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 64 (2004), 735ff.

Europarecht bis zum nationalen (Verfassungs-) Recht entfaltet sich die Herrschaft des Rechts über die Politik gerade auch im kritisch-dialogischen Wettbewerb der Gerichte.²¹⁷

Ein judizieller Import externer Rechtsvorstellungen ins einfache Recht ist durch den Gesetzgeber revidierbar und unterliegt deshalb effektiver politisch-demokratischer Kontrolle.²¹⁸ Anderes gilt für ihren Import in das nationale Verfassungsrecht. Hier sind Zurückhaltung und Umsicht geboten.²¹⁹ Im Ergebnis reicht die Rezeptionskompetenz der Judikative ebenso weit wie ihre sonstige Interpretations- und Fortbildungskompetenz.

VII. Abschließende Bewertung: Wettbewerb als deskriptives Paradigma ohne normativen Anspruch

Wettbewerb ist als deskriptives Paradigma geeignet, das Verhältnis von Rechtsordnungen zu erhellen. Bekannte Phänomene rückt es in ein anderes Licht, das materielle und ideelle Konkurrenzbeziehungen deutlicher hervorhebt und die Regulatoren und ihre wissenschaftlichen Begleiter veranlassen sollte, sich in den real stattfindenden Wettstreit bewusster einzubringen.

Einen normativen Gehalt hat das Wettbewerbskonzept als solches hingegen nicht. Keine Metarechtsordnung kennt es als eigenständiges Ordnungsprinzip zur Regelung des Verhältnisses der nachgeordneten Rechtsordnungen. Zwar kann man den Konkurrenzgedanken als Telos verschiedener dezentralisierungsfreundlicher Prinzipien und Regeln

²¹⁷ Nationale Gerichte können Einfluss auf die Fortentwicklung des Völker- und Europarechts ausüben, indem sie neue Antworten auf völker- und europarechtliche Fragen in kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung internationaler und supranationaler Gerichte entwickeln. Vgl. die engagierte Rspr. des House of Lords zur EMRK: *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, Urt. v. 13. 6. 2007, [2007] UKHL 26 (zur Banković-Rspr. des EGMR, RJD 2001-XII, 333); *R (on the application of Al-Jedda) v. Sec. of State for Defence*, Urt. v. 12. 12. 2007, [2007] UKHL 58 (zur Behrami-Rspr. des EGMR, Urt. v. 2. 5. 2007 [No. 71412/01]); *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department*, Urt. v. 22. 10. 2008, ILM 48 (2009), 30 (Fortentwicklung der Soering-Rspr. des EGMR, EuGRZ 1989, 314). Der Solange-II-Ansatz des BVerfG zum Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte der EG ist in modifizierter Form vom EGMR rezipiert worden (Urt. v. 30. 6. 2005 [No. 45036/98] – *Bosphorus*).

²¹⁸ *Zweigert/Kötz* (Fn. 207), 16 ff.

²¹⁹ *Häberle* (Fn. 211), 917 f. Vgl. auch *R. Wahl* Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, FS Quaritsch, 2000, 163 ff.

ausmachen;²²⁰ er ist dort aber nur ein der Legitimitätssicherung, Machtkontrolle und Freiheitsgarantie nachgeordnetes Element. Regulative Bemühungen um Chancengleichheit der Wettbewerber sind dementsprechend nur schwach erkennbar.

Überdies bilden die Paradigmen Kooperation und Integration in allen Metarechtsordnungen deutlicher rechtlich verankerte Kontrapunkte, die mit dem Wettbewerb in einem immer neu auszutarierenden Dreieck konkurrierender Instrumente zur Gemeinwohlverwirklichung stehen. Über deren optimales Verhältnis herrscht kein Konsens.

Metarechtsordnungen tendieren zur wettbewerbsbegrenzenden Regelungsverdichtung, die jedoch Dezentralisierungsbestrebungen mit ihrer immanenten wettbewerbslichen Komponente hervorruft, wie sie im Bundesrecht²²¹ und Europarecht, kaum aber im weiterhin sehr dezentralen Völkerrecht nachweisbar sind.

Keine Metarechtsordnung stuft den Regulierungswettbewerb eindeutig als positiv oder negativ ein. Vielmehr wird er als faktisches Ereignis hingenommen und im Gemeinwohlinteresse teils einschränkend, teils fördernd reguliert, je nach Evaluierung seines Optimierungs- und Gefahrenpotentials. Seine materielle Komponente thematisiert einerseits die Zähmung von Staatsmacht, andererseits die Notwendigkeit politischer Kontrolle von Wirtschaftsmacht. Seine ideelle Komponente generiert Fortschritte in der Rechtsentwicklung durch den Dialog der Rechtskulturen, wirft aber auch Fragen der Gewaltenteilung und demokratischen Selbstbestimmung auf. Entscheidungen über das Wettbewerbsergebnis werden noch nicht durchgängig von hinreichend legitimierten Instanzen umsichtig und transparent getroffen.

Einen Königsweg zum nationalen, supranationalen und internationalen Gemeinwohl zeichnet der Regulierungswettbewerb nicht vor, aber immerhin eine der Annäherungsmöglichkeiten, die Entscheidungsträger bei ihrer Rechtsetzung und Rechtsanwendung in kritischer Aufgeschlossenheit einkalkulieren sollten.

²²⁰ Z. B. bei souveräner Gleichheit, Föderalismus, Subsidiaritätsprinzip, Freizügigkeitsrechten und Kommunikationsfreiheiten.

²²¹ Vgl. neben der Föderalismusreform in Deutschland und der Schweiz die gliedstaatsfreundliche neuere Rechtsprechung des US Supreme Court (*Chemerinsky* [Fn. 210], 259 ff., 317 ff.) sowie die Föderalisierungs- oder Regionalisierungsbestrebungen in anderen Staaten (Spanien, Belgien, Italien, Großbritannien, Frankreich).

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Wettbewerb von Rechtsordnungen

I. Der Staat als Wettbewerber und Regulator von Wettbewerb

1. Staaten stehen nach außen in vielfältigem Wettbewerb miteinander, während sie nach innen den Wettbewerb hoheitlich regulieren. Mobile Wirtschaftsteilnehmer können aber (De-) Regulierungsdruck ausüben, und Wissen über andere Rechtsordnungen konfrontiert nationale Gesetzgeber mit Reformforderungen. Hoheitlichkeit muss sich folglich dem Wettbewerb stellen.

II. Wettbewerb als Paradigma in der juristischen Debatte

2. Wettbewerb ist seit der Antike ein allgemeines Movens zumindest der europäischen Kulturen auch auf ihrer Suche nach Gerechtigkeit.

3. Prämisse einer Negativbewertung des Regulierungswettbewerbs ist die Positivbewertung staatlicher Regulierung. Wer die Notwendigkeit einer Zählung auch des demokratischen Leviathans betont, schätzt den Wettbewerb hingegen als Element der „Gewaltenteilung“.

4. Im Wettbewerb von Rechtsordnungen treten unterschiedliche Gemeinwohlvorstellungen gegeneinander an. Im Gemeinwohlinteresse begrenzen überstaatliche Gemeinschaften den Binnenwettbewerb durch Rechtsharmonisierung (Kooperation) oder transformieren ihn durch Vergemeinschaftung von Aufgaben (Integration).

5. Der Wettbewerb von Rechtsordnungen hat zwei Komponenten: neben eine wirtschaftlich-materielle (Wirtschaftsregulierung als Standortfaktor) tritt eine politisch-ideelle (Wettbewerb um das optimale Recht). Wettbewerbsdruck wird bei der ersten durch die Exit-Optionen der Wirtschaft, bei der zweiten durch die Voice-Optionen der Gesellschaft aufgebaut.

III. Evolution von Rechtsordnungen als Ergebnis kulturellen Wettbewerbs

6. *Grundprinzip der Entwicklung von Rechtsordnungen ist die Evolution, ihr Motor die Rezeption, d.h. die organische Einpassung externer (nicht notwendig fremder) Rechtsvorstellungen als Ergebnis eines ideellen Wettbewerbs. Die wechselseitige Befruchtung unterschiedlicher Rechtskulturen durch Konkurrenz und Dialog produziert Synthesen, die zu einer gewissen Konvergenz führen, ohne die „Artenvielfalt“ zu gefährden.*

IV. Phänomenologie des Regulierungswettbewerbs

7. a) *Private Nachfrager nach Regulierungsleistungen können zunehmend aus den Modellen mehrerer öffentlicher oder privater Anbieter die für sie optimale rechtliche Lösung auswählen. Staatsorgane müssen deshalb die Auswirkungen ihrer Rechtsetzungs- und Auslegungsentscheidungen auf den Standortwettbewerb mit bedenken.*

b) *Legislativen, Exekutiven und Judikativen nutzen das Innovationspotential des Regulierungswettstreits als Nachfrager und speisen es zugleich als Anbieter. In einem dialogischen Optimierungsprozess bilden alle Hoheitsfunktionen in grenzüberschreitenden Netzwerken immer neue Synthesen. Dieser Prozess bietet die Chance, die Evolution des Rechts auf allen Ebenen hin zu einer effektiven international rule of law voranzutreiben.*

8. *Dem Wettbewerb entgegen wirken die Kooperation im Kartell und das Monopol. Im Regulierungsbereich sind jedoch – anders als im Wirtschaftsgeschehen – Kooperation und Integration keine negativ besetzten Begriffe, weil man das Gemeinwohl nach den Erfahrungen bis 1945 besser in der Rechtsvereinheitlichung als im Regulierungswettbewerb aufgehoben sieht.*

9. a) *Typische Wettbewerbsvorteile oder -nachteile im Regulierungswettbewerb sind die Attraktivität eines Marktes für Unternehmen; die Rezeptionsbereitschaft einer Rechtsordnung; ihre Fähigkeit, innovative Lösungen zuerst auf den Ideenmarkt zu bringen; ihre Erschlossenheit und Ausdifferenzierung; die Verständlichkeit ihrer Sprache.*

b) *Ebenso wichtig ist die Fähigkeit eines juristischen Ausbildungssystems, künftige ausländische Entscheidungsträger in der eigenen Rechtsordnung zu „akklimatisieren“ und den nationalen Juristennachwuchs vergleichend-international zu schulen. Deutschland schneidet hier nicht optimal ab.*

c) *Die Positionierung von Rechtsordnungen im Dialog der Rechtskulturen und Rechtswissenschaften ist entscheidend für ihre internationale Wirkung. Gegenüber der anglo-amerikanischen Konkurrenz liegen Deutschland und das übrige Europa derzeit zurück.*

10. Wettbewerb heißt intendierte Konkurrenz. Phänomene des ideellen Regulierungswettbewerbs sind regelmäßig nicht intentional und bilden daher nur einen Wettbewerb im weiteren Sinne.

11. Rechtsnorm-Konkurrenzen begründen typischerweise nicht intendierte Konflikte zwischen Herrschaftsansprüchen. Zu einem echten Wettbewerb im Gegensatz zum gewöhnlichen Normenkonflikt führen sie nur, wenn die Entscheiderin ohne Bindung durch eine Vorrang- oder Kollisionsregel die eine oder die andere Norm anwenden kann.

12. Eine gezielte Rechtsexportförderung verfolgt primär wirtschaftliche Ziele, wirkt aber auch als subtile Form der Einflussnahme auf die Politik und Kultur des Importlandes. Deutschland hat im globalen Regulierungswettbewerb in den wirtschaftsnahen Bereichen an Boden verloren und darauf bereits gesetzgeberisch und propagandistisch reagiert.

13. a) Ein Wettbewerb von Rechtsordnungen setzt eine geordnet interagierende Mehrzahl von Wettbewerbern im Sinne eines Rechtspluralismus in einem Mehrebenensystem voraus.

b) Der Regulierungswettbewerb ist von der Gemeindeebene über das Landes-, Bundes- und Europarecht bis zum Völkerrecht in ein vielstufiges System eingebettet. In der Ermöglichung eines ergebnisoffenen horizontalen (ebeneninternen) und vertikalen (ebenenübergreifenden) Wettbewerbs liegt eine der vielen Stärken von Mehrebenensystemen.

14. a) Die Teilrechtsordnungen stehen als Anbieter in einem horizontalen Wettbewerb um Nachfrager nach normativen Lösungen und fungieren darin selbst zugleich als Nachfrager.

b) Ein Regulierungswettbewerb findet aber auch im Vertikalverhältnis statt: Die Teilrechtsordnungen wetteifern untereinander fortlaufend um Einfluss auf die Evolution der Gesamtrechtsordnung; diese bringt eigene Regelungsmodelle in einen Wettbewerb mit den Teilrechtsordnungen ein.

15. Der Regulierungswettbewerb taugt als Optimierungsinstrument, wenn er die Rechtsentwicklung in eine qua Kosten-Nutzen-Relation gemeinwohlförderliche Richtung lenkt. Angesichts von Analyse-, Prognose- und Bewertungsunsicherheiten betr. Abwärts- und Aufwärtswettläufe sollte man dem positiven Potential von Rechtsordnungskonkurrenzen unbedingt Raum geben, aber gemeinwohlwidrige Folgen durch Regulierungen verhindern.

V. Regulierung des Regulierungswettbewerbs durch Metarechtsordnungen

16. a) Der Regulierungswettbewerb muss im Interesse positiver Gemeinwohlergebnisse seinerseits durch eine Metarechtsordnung reguliert werden, die den Wettbewerb der nachgeordneten Rechtsordnungen schwerpunktmäßig begrenzt, daneben aber auch fördert.

b) Da die Ausgangspositionen der Wettbewerber unterschiedlich sind, setzt ein fairer – und damit als Ordnungsprinzip legitimer und akzeptabler – Wettbewerb auch die regulative Bemühung um Chancengleichheit voraus. Schließlich muss die Entscheidung über das Wettbewerbsergebnis von einer dazu legitimierten Instanz umsichtig und transparent getroffen werden.

17. Ihre Wettbewerbsregeln legt die Metarechtsordnung nicht einseitig, sondern unter Mitwirkung der nachgeordneten Rechtsordnungen fest. Dieses „Gegenstromprinzip“ verhindert zwar Oktroi, kann aber zu Versteinerungen der Wettbewerbsordnung führen, soweit Mitbewerber eine Vetoposition innehaben.

18. Fungiert ein Verband in der Vertikalen als Wettbewerbsregulierer und in der Horizontalen zugleich als Wettbewerber, geraten seine beiden Funktionen leicht in Widerstreit. Dabei kann die Wahrnehmung der Regulierungsaufgabe auf der höheren Ebene dem Gemeinwohl dienen (einheitliches Auftreten nach außen), ihm aber auch abträglich sein (Beschränkung der Regulierungsangebote nach außen).

19. Eine Vergemeinschaftung von Regulierungsaufgaben beendet den EU-internen Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen nicht, sondern transformiert ihn lediglich: Er setzt sich in den europäischen Rechtsetzungsorganen fort als Wettbewerb um den Einfluss nationaler Rechtsanschauungen auf den Inhalt europäischer Rechtsakte. Entsprechend wirken sonstige Hochzonungen.

20. Das Europarecht enthält detailliertere und effektivere Regelungen sowohl zur Begrenzung als auch zur Förderung des Regulierungswettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten als das Völkerrecht. Nach enormer Integrationsverdichtung betont man neuerdings wieder die mitgliedstaatlichen Freiräume. Dies dient primär dem Abbau von Legitimitätsdefiziten (Bürgernähe), fördert aber auch den Regulierungswettbewerb unter den Mitgliedstaaten.

21. Das Grundgesetz als regelungsintensivste Wettbewerbsordnung determiniert erstens den internen Regulierungswettbewerb der Länder untereinander und mit dem Bund und reguliert zweitens die Beteiligung der deutschen Rechtsordnung am externen Wettbewerb mit anderen Rechtsordnungen.

22. a) Der grundgesetzliche Föderalismus vereint kompetitive und kooperativ-solidarische Elemente, ohne eine eindeutige Präferenz erkennen zu lassen.

b) Die legislative Dominanz des Bundes lässt für einen Regulierungswettbewerb der Länder nur wenig Spielraum. Auch diesen schränkt das Grundgesetz durch Mechanismen des kooperativen und solidarischen Föderalismus insbesondere finanzverfassungsrechtlicher Art weiter ein.

c) In erster Linie stehen jedoch politische Grundgegebenheiten in Deutschland einer Ausweitung des intraföderalen Wettbewerbs entgegen.

23. a) *Das Grundgesetz konstituiert einen in die Völkerrechtsgemeinschaft und die EU eingebundenen offenen Verfassungsstaat. Auch in den zwischenstaatlichen Beziehungen favorisiert es das Wettbewerbsmodell keineswegs.*

b) *Als wertgebundene Ordnung verpflichtet das Grundgesetz seine Organe, möglichst zur weltweiten Durchsetzung seiner Grundwerte Menschenwürde, Frieden und Gerechtigkeit beizutragen, die mit den immer wieder proklamierten Grundwerten der Weltgemeinschaft im Einklang stehen.*

c) *Dem Import außerdeutscher Rechtsvorstellungen setzt das Grundgesetz nur wenige Grenzen. Ein Höchstmaß an Offenheit erweist es völker- und europarechtlichen Regelungsansätzen, die unter deutscher Mitwirkung formuliert worden sind.*

VI. Legitimation und Transparenz von Entscheidungen über das Wettbewerbsergebnis

24. *Als Schiedsrichter im materiellen Wettbewerb fungieren private Unternehmen mit ihren Exit-Optionen. Ihren Änderungsdruck auf den demokratischen Gesetzgeber kann nur eine Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen auf Metarechtsebene abbauen, über die freilich auch der „Sieger“ im Wettbewerb mitentscheidet. Dies erschwert die politische Steuerung des Regulierungswettbewerbs und gefährdet die Erfüllung der Gemeinwohlverantwortung. Zur Abhilfe müssen die Egoismen der Wettbewerber auf metarechtlicher Ebene ausgeglichen werden.*

25. *Der deutsche parlamentarische Gesetzgeber ist im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung ermächtigt, externe Regelungsmodelle in das deutsche Recht zu übernehmen. Er muss deren Vor- und Nachteile prüfen und komparative Einflüsse auf seine Legislativakte im Interesse demokratischer Rechenschaft offen legen. Eine Verletzung dieser politischen Obliegenheiten macht ein Gesetz aber nur verfassungswidrig, wenn sie zu inhaltlichen Defiziten führt.*

26. *Nationale, supranationale und internationale Gerichte sind bei der Interpretation und Fortbildung ihres Rechts legitimiert, externes Recht in sorgfältiger, umsichtiger und transparenter Weise einzubeziehen. Ihre Rezeptionskompetenz reicht ebenso weit wie ihre sonstige Interpretations- und Fortbildungskompetenz.*

VII. Abschließende Bewertung: Wettbewerb als deskriptives Paradigma ohne normativen Anspruch

27. a) *Wettbewerb ist als deskriptives Paradigma geeignet, das Verhältnis von Rechtsordnungen zu erhellen. Einen normativen Gehalt hat das Wettbewerbskonzept als solches hingegen nicht. Regulative Bemühungen um Chancengleichheit der Wettbewerber sind dementsprechend nur schwach erkennbar.*

b) *Überdies bilden die Paradigmen Kooperation und Integration Kontrapunkte, die mit dem Wettbewerb in einem immer neu auszutarierenden Dreieck konkurrierender Instrumente zur Gemeinwohlverwirklichung stehen. Über deren optimales Verhältnis herrscht kein Konsens.*

c) *Metarechtsordnungen tendieren zur wettbewerbsbegrenzenden Regelungsverdichtung, die jedoch Dezentralisierungsbestrebungen mit ihrer stets immanenten wettbewerbslichen Komponente hervorruft.*

28. a) *Keine Metarechtsordnung stuft den Regulierungswettbewerb eindeutig als positiv oder negativ ein. Vielmehr wird er als faktisches Ereignis hingenommen und im Gemeinwohlinteresse teils einschränkend, teils fördernd reguliert, je nach Evaluierung seines Optimierungs- und Gefahrenpotentials.*

b) *Seine materielle Komponente thematisiert einerseits die Zählung von Staatsmacht, andererseits die Notwendigkeit politischer Kontrolle von Wirtschaftsmacht. Seine ideelle Komponente generiert Fortschritte in der Rechtsentwicklung durch den Dialog der Rechtskulturen, wirft aber auch Fragen der Gewaltenteilung und demokratischen Selbstbestimmung auf. Entscheidungen über das Wettbewerbsergebnis werden nicht durchgängig von hinreichend legitimierten Instanzen in umsichtiger und transparenter Weise getroffen.*

29. *Einen Königsweg zum nationalen, supranationalen und internationalen Gemeinwohl zeichnet der Regulierungswettbewerb nicht vor, aber immerhin eine der Annäherungsmöglichkeiten, die Entscheidungsträger bei ihrer Rechtsetzung und Rechtsanwendung in kritischer Aufgeschlossenheit einkalkulieren sollten.*