

Erster Beratungsgegenstand:

Wettbewerb von Rechtsordnungen

1. Bericht von Professorin Dr. *Anne Peters*, Basel*

Inhalt

	Seite
Einleitung: Szenen des Wettbewerbs	9
I. Grundsatzkritik: Staat versus Markt	11
1. Ökonomischer Fundamenteinwand: Verdoppelung des Marktversagens?	11
2. Verfassungsrechtliche Antinomien	12
II. Fragestellung und Grundbegriffe	12
1. Analytische und normative Frage	12
2. Begriffe	13
III. Analytischer Nutzen des Wettbewerbsparadigmas	14
1. Die Ware Recht	15
2. Die Anbieter von Rechtsordnungen und -instituten	15
a) Globalisierung als Ende des staatlichen Rechts- monopols	15
b) Staatliche und nichtstaatliche Anbieter	16
3. Die Nachfrager und ihre Rechtswahl	17
a) Indirekte Rechtswahl durch Abstimmung („voice“) und Abwanderung („exit“)	17
b) Direkte Rechtswahl mittels Kollisionsrecht	19
c) Die Wahl von Produktstandards durch Kauf	19
d) „Exit“ durch Wechsel der Nationalität	20
4. Der Wettbewerbskreislauf: Anreiz und Anpassung des Rechtsangebots	21
a) Fehlender Wettbewerbskreislauf bei Rechts„export“ beziehungsweise -rezeption	21

* Ich danke Jörg Paul Müller, Simone Peter und Heiner Schwenke für konstruktive Kritik an Vorversionen dieses Beitrags, Urs Behnisch und Peter Jung für steuer- und gesellschaftsrechtliche Hinweise und Georg Noeldeke für wirtschaftswissenschaftliche Aufklärung.

b) Kein Vertrag und kein Preis	22
5. Fazit: Rekonstruktion der Rechtsevolution als Wettbewerb der Rechtsordnungen als sinnvolle Perspektive	24
IV. Bewertung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen	26
1. Freiheitssicherung durch Wettbewerb der Rechtsordnungen	26
2. Wettbewerb der Rechtsordnungen und Gleichheitssatz	27
3. Wettbewerb der Rechtsordnungen und Demokratie	28
a) Ausgleich demokratischer Defizite durch den Wettbewerb der Rechtsordnungen?	28
b) Verlust demokratischer Selbstbestimmung durch Wettbewerb der Rechtsordnungen?	29
4. Wettbewerb der Rechtsordnungen und soziales Prinzip	30
a) Vernachlässigung der Interessen und Präferenzen der Schwachen	31
b) Keine Verteilungsgerechtigkeit	31
c) Die Abwärtsspirale	32
aa) Der Vorwurf	32
bb) Theoretisches Modell und empirische Realität	32
5. Wettbewerb der Rechtsordnungen und Gemeinwohl	25
V. Einbettung des Rechtsordnungswettbewerbs in eine Metaordnung	37
1. Kein explizites oder implizites Rechtswettbewerbsgebot	37
2. Gewährleistung und Kanalisierung des Rechtswettbewerbs nur als Sekundärziel	38
3. Die wettbewerbskonstitutive Metaordnung	39
4. (Wieder-)Beschränkung der Wahlmodalitäten?	41
5. Identifikation unlauterer Regulierungspraktiken	43
a) „Schädlicher“ Steuerwettbewerb	44
b) Unlautere „regulatorische“ Beihilfen?	46
c) Normatives Dumping?	47
d) Nichtregulierung menschenunwürdiger Produktionsbedingungen	47
6. Elemente der qualitätssichernden Metaordnung	48
a) Regeln der internationalen Kooperation	49
b) Regeln für die punktuelle Intensivierung des Rechtswettbewerbs	49
c) Zivilgesellschaftliche Regulierung	49
d) Gezielte Rechtsharmonisierung	50
e) Konfliktlösungsregeln	51
VI. Schluss: Wettbewerb und Würde	52

Einleitung: Szenen des Wettbewerbs

Im Zeitalter der Globalisierung wird die Konkurrenz zwischen Staaten verschärft wahrgenommen. Das World Economic Forum in Davos, das jährliche Treffen der globalen Unternehmensspitzen mit der Politik, veröffentlicht regelmäßig „Global Competitiveness Reports“. Diese Berichte identifizieren als Elemente der nationalen Rechtsordnungen, welche die Geschäftstätigkeit hemmen oder fördern, das Arbeitsrecht, Steuersätze und Steuervorschriften, Außenwährungsvorschriften, die Eigentumsrechte, die richterliche Unabhängigkeit, die Zuverlässigkeit der Polizei und den Schutz von Minderheitenaktionären und stellen eine Rangordnung der Staaten auf.¹

Derartige Rankings veranlassen die Staaten, aktiv die Werbetrommel für ihre eigene Rechtsordnung zu rühren.² Unter der Überschrift „Law

¹ Nach dem Bericht für 2009–10 liegt die Schweiz auf Platz 1, Deutschland auf Platz 7 und Österreich auf Platz 17 (WEF, Global Competitiveness Report, 2009–2010, <http://www.weforum.org/documents/GCR09/index.html>). Auch die Weltbank publiziert regelmäßig „Doing Business“-Berichte, in denen die Rechtsvorschriften fast aller Staaten der Welt miteinander verglichen werden. Der neueste Bericht von 2009 präsentiert quantitative Indikatoren für die Wirtschaftsregulierung und den Schutz von Eigentumsrechten in 181 Volkswirtschaften. Der dynamischste Reformer des Jahres 2008/09 war Aserbaidshan. Auf der absoluten Skala sind die drei Rechtsordnungen, in denen am besten Geschäfte gemacht werden können, Singapur, Neuseeland, und die USA. Die Schweiz liegt auf Platz 21, Deutschland auf Platz 25, Österreich an 27. Stelle (World Bank, Doing Business 2009, hrsg. von Simeon Djankov und Caralee McLiesh, http://www.doingbusiness.org/Documents/FullReport/2009/DB_2009_English.pdf).

² Siehe neben den im folgenden genannten Maßnahmen Deutschlands und Englands auch die französische Lancierung eines Forschungsprojekts zur ökonomischen Attraktivität des Rechts mit Mitteln der Justiz-, Finanz- und Außenministerien unter administrativer Leitung eines Mitglieds des Staatsrates, Bertrand du Marias („l'attractivité économique du droit“), seit 2005. http://www.gip-recherche-justice.fr/aed/presentation_va.htm. Die erste Reihe von Forschungsthemen sind die Robustheit und Methodologie von Indices zur Effizienz des Rechts, Konkursrecht, baurechtliche Haftung, Fusionen, Vertragserfüllung und -durchsetzung sowie öffentliche Aufträge. Beispiele aus dem bundesstaatlichen Wettbewerb der Schweiz: Im Mai 2008 ist die eidgenössische Volksinitiative „Für faire Steuern. Stopp dem Missbrauch beim Steuerwettbewerb“, zustande gekommen, die unter anderem eine weitgehende materielle Steuerharmonisierung fordert (BBl 2008, 4991; siehe die Botschaft dazu in BBl 2009, 1907). Die Credit Suisse Studie 2009 zum Standortwettbewerb bewertet fünf zentrale Standortfaktoren aus den Bereichen Steuerbelastung, Ausbildung der Bevölkerung und verkehrstechnische Erreichbarkeit und kommt zum Ergebnis, dass der Wettbewerb um Arbeitsplätze und Einwohner in der Schweiz an Intensität gewonnen hat (Swiss Issues Regionen, Standortqualität: Welche Region ist die attraktivste? <http://emagazine.creditsuisse.com/app/article/index.cfm?fuseaction=OpenArticle&>

Made in Germany“ wirbt eine von der deutschen Bundesnotarkammer im Verein mit anderen Standesvertretungen herausgegebene und mit einem Vorwort der Bundesministerin der Justiz versehene Broschüre für das deutsche Recht mit den Schlagworten „global – effektiv – kostengünstig.“³ Das Heft preist die Vorteile der Kodifizierung, lobt das Fehlen des Kreuzverhörs und des Strafschadensersatzes und betont die mit dem deutschen Grundbuch- und Handelsregister geschaffene Rechtssicherheit.

Hier wird der traditionelle Wettbewerb zwischen common law und civil law aufgegriffen,⁴ denn die deutsche Werbeschrift reagierte auf das englische Heft „England and Wales: The Jurisdiction of Choice“, das seinerseits von der Law Society of England and Wales, mit Vorwort des britischen Justizministers, publiziert worden war.⁵

aid=266767&lang=DE). Weiche Indikatoren wie die landschaftliche Schönheit und die Qualität der öffentlichen Dienste wurden nicht berücksichtigt, da diese zu schwer messbar seien. Im Ranking 2009 stehen auf den ersten drei Plätzen Zug, Zürich und Basel-Stadt (letzterer Kanton rückte in den letzten Jahren dank Steuersenkungen auf).

³ „Law Made in Germany“, hrsg. von der Bundesnotarkammer, der Bundesrechtsanwaltskammer, dem Deutschen Anwaltverein, Deutschen Notarverein und dem Deutschen Richterbund (<http://www.lawmadeingermany.de>). Das Ministerium, die Justizorganisationen und die genannten berufsständischen Vereinigungen haben auch ein „Bündnis für das deutsche Recht“ geschlossen und laden „alle Akteure, die mit dem deutschen Recht arbeiten“ ein sich hieran zu beteiligen (vgl. Positionspapier vom 27. Oktober 2008).

⁴ Dieser wird vielfach auch als Systemwettbewerb bezeichnet, hierzu näher unten Fn. 17.

⁵ *Law Society of England and Wales* (Hrsg.), *England and Wales: The Jurisdiction of Choice* (www.lawsociety.org.uk). Dieses nannte vor allem drei „Verkaufs“-Argumente: Englisch als Sprache der globalen Wirtschaft, London als Finanzmarktzentrale, sowie die Flexibilität und die schnelleren Entwicklungsmöglichkeiten des common law. Die Bedeutung des Spracharguments wird durch die Tatsache unterstrichen, dass die deutsche Broschüre zweisprachig in deutsch und englisch verfasst ist. In der englischen Broschüre heißt es: „English law ... is more flexible than many civil law systems, which rely on a more rigid and prescriptive civil code.“ (England and Wales ... S. 8 (ohne Jahr)). Tatsächlich wird oft angenommen, dass aufgrund dieser Faktoren das common law besser als das kontinentale Recht der Globalisierung angepasst sei. Gegenwärtig scheinen die relativen Vorteile des civil law, nämlich Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit durch Kodifikation mit Erschließung durch Kommentierungen und die damit einhergehenden typischerweise kürzeren Vertragstexte, die von Begriffbestimmungen und allgemeinen Regeln entlastet sind, nicht auszureichen, um die Wirtschaft häufiger zur Rechtswahl des kontinentalen Rechts zu motivieren. Faktum ist jedenfalls, dass hier ein Wettbewerb zwischen den beiden Rechts„familien“ und Rechtsstilen um die Rechtsanwender besteht.

I. Grundsatzkritik: Staat versus Markt

Diese und ähnliche Aktivitäten haben in den Rechtswissenschaften eine Kontroverse ausgelöst.⁶ Die Grundsatzkritik lautet, dass der Wettbewerb als Interaktionsstruktur des Marktes, verstanden als Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage, in einem Gegensatz zur Organisationsform Staat stehe. So heißt es in den Rechtswissenschaften: „Den Gedanken des Wettbewerbs auf Staaten anzuwenden, ist völlig verfehlt.“⁷ Das Ordnungsprinzip „Hoheit“ stehe dem Ordnungsprinzip „Wettbewerb“ diametral entgegen. Recht sei einfach kein wettbewerbsfähiges Angebot.⁸ In den Wirtschaftswissenschaften schreibt *Werner Sinn*, „[n]ichts könnte irreführender sein als die Analogie“ zwischen Staat und Markt.⁹

1. *Ökonomischer Fundamenteinwand: Verdoppelung des Marktversagens?*

Der ökonomische Fundamenteinwand ist, dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen eine Verdoppelung des Marktversagens darstelle. Wenn Marktversagen als potentielle Rechtfertigung für staatliches Eingreifen angesehen wird, müsse der Staat als Verlegenheitslösung erhalten. Wenn aber der Staat selber „vermarktet“ wird, gehe das nicht mehr.

Die Einbringung des Markts durch die Hintertür des Wettbewerbs der Rechtsordnungen führe dazu, dass die Missstände, die den Staat zur Intervention veranlasst haben, auf der höheren Ebene des zwischenstaatlichen Wettbewerbs wieder auftauchen, so die Kritik.¹⁰

⁶ Grundlegend *E.-M. Kieninger* Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, Tübingen 2002; aus öffentlichrechtlicher Perspektive *V. Mehde* Wettbewerb zwischen Staaten: Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem, Baden-Baden 2005. Aus der neuesten Literatur *L. Michael* Wettbewerb von Rechtsordnungen, DVBl. 17 (2009), 1062–1071; *E. V. Towfigh* u. a. (Hrsg.), 49. Assistententagung öffentliches Recht: Recht und Markt, Wechselbeziehungen zweier Ordnungen, Baden-Baden 2009.

⁷ *P. Kirchhof* Freiheitlicher Wettbewerb und staatliche Autonomie – Solidarität, ORDO 56 (2005), 39–45 (40); „der Anwendungsbereich des Wettbewerbs wird überschätzt“ (ebd., 39).

⁸ *B. Grzeszick* Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. Heidelberg 2003, 367 ff.

⁹ *H. W. Sinn* The New Systems Competition, Oxford 2003, 7, Übersetzung der Verf.

¹⁰ *Sinn* Competition (Fn. 9), 6: „Because the state is a stopgap which fills empty market niches and corrects the failure of existing markets, it cannot be expected that the reintroduction of the market by the back door of regulatory competition will lead

Jedoch herrscht unter Ökonomen über die Brauchbarkeit der Theorie des Marktversagens als Rechtfertigung staatlicher Aufgabenwahrnehmung kein Konsens.¹¹ Damit scheint die Frage der Anwendbarkeit des Marktmodus auf den Staat und seine Rechtsordnung nach der ökonomischen Theorie offen.

2. *Verfassungsrechtliche Antinomien*

Aus verfassungsrechtlicher Sicht können wir holzschnittartig sagen, dass im Spannungsfeld zwischen Gleichheit und Freiheit, den Grundantinomien gesellschaftlicher Organisation, der Markt und sein Steuerungsmodus Wettbewerb für die Freiheit und Individualität stehen, der Staat und der Steuerungsmodus des Gesetzes demgegenüber für die Allgemeinheit und damit eher für die Gleichheit.¹²

Die weiteren Antinomien in der Beschreibung von Staat versus Markt sind bekannt: Spezifische Zwangsbewehrung versus Freiwilligkeit, einseitig-hierarchisches versus vertraglich-horizontales Handeln, Gemeinwohl versus Eigennutz, Übermaßverbot versus Gewinnmaximierung und vor allem Rechtsbindung des Rechtsstaates im Gegensatz zu Wahlfreiheit und Beliebigkeit von Marktanbietern.

Diese Gegensatzpaare deuten darauf hin, dass der Staat einer fundamental vom Markt verschiedenen Funktionslogik folgt, welche einer Anwendung des Wettbewerbsgedankens auf den Staat entgegenstehen könnte. Dennoch zeigen die eingangs genannten Rankings und PR-Maßnahmen, dass sich Staaten zumindest in einem Wettbewerb wähen.

II. *Fragestellung und Grundbegriffe*

1. *Analytische und normative Frage*

Die Divergenz zwischen Praxis und Theorie provoziert zwei Fragen. Die erste Frage ist eine analytische: Hat die Rekonstruktion der hoheitlichen Tätigkeit der Rechtssetzung und Rechtsreform als wettbewerb-

to a reasonable allocation result. Instead, it must be feared that the failures that originally caused the government to take action will now show up again at the higher level of government competition.“

¹¹ Gegenüber der traditionellen Finanzwissenschaft sind Anhänger des public choice der Ansicht, dass staatliche Eingriffe in den Marktprozess regelmäßig zu einer „Verschlimmbesserung“ führen.

¹² R. Stürner Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, München 2007, 87.

liches Angebot einen analytischen Nutzen, auf dem insbesondere dogmatische Erkenntnisse aufbauen können? Die zweite Frage ist eine normative: Darf das Wettbewerbsparadigma eine normative Leitschnur für den Gesetzgeber sein?¹³

2. Begriffe

Bei der Beantwortung dieser beiden Fragen muss Wettbewerb in einem weiten und einem engen Sinne unterschieden werden. Wenn zwei oder mehr Akteure um die Erlangung eines Gutes rivalisieren, handelt es sich um einen Wettbewerb in einem weiten Sinne.¹⁴ Paradebeispiel ist der Sport, in dem mehrere Athleten um den Titel konkurrieren. Die Rivalität politischer Einheiten um eine politische und ökonomische Vormachtstellung ist, angefangen mit Athen und Sparta, immer schon als ein solcher Wettbewerb im weiten Sinne beschrieben worden, in dem auch ein Wettbewerb der jeweiligen Rechtsordnungen (z.B. Demokratie versus Monarchie) liegt.¹⁵

Die neue ökonomische Analyse bezieht sich aber nicht auf solche „zweipoligen“ Verhältnisse, sondern legt einen Markt zugrunde. Hier ist das Verhältnis „dreipolig“, weil Kunden ins Spiel kommen, auf deren Nachfrage ein Anbieter reagiert.¹⁶ Dies ist eine fundamental andere Interaktionsstruktur als die „zweipolige.“ Immanent betrachtet, also im („dreipoligen“) Markt-Wettbewerbsparadigma, bemisst sich der

¹³ Befürwortend z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 27 Systemwettbewerb, 2000, 42: „Daraus ergibt sich die Forderung an die nationale Wirtschaftspolitik, als Grundprinzip einen weltweiten freien Handel und einen unbeschränkten Wettbewerb der Standorte anzustreben.“ Kritisch z.B. H. Wiedemann Gesellschaftsrecht, München 1980, § 14 II 1 (783): „Das Wettbewerbsprinzip ist kein sachgerechter Maßstab für den Gesetzgeber.“

¹⁴ Siehe nur A. Suchanek Wettbewerb, in: W. Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon: Neuausgabe, Stuttgart 2006, Sp. 2697 ff. (2697).

¹⁵ Vgl. Aristoteles Politik, 2. Buch (B), Kritik an den platonischen Gesetzen, 1265b, Stuttgart 1989, 123 f.

¹⁶ Der ökonomische Begriff des Wettbewerbs ist dreipolig: „Als wirtschaftlicher Wettbewerb ist [...] das Streben eines Wirtschaftssubjekts zu verstehen, auf einem gemeinsamen Markt an Stelle eines anderen zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen.“ (W. Hefermehl Wettbewerbsrecht, in: E. von Beckerath/C. Brinkmann (Hrsg.), Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Stuttgart 1962, 49 ff. (49) (Hervorhebung der Verf.). In der Terminologie der Wirtschaftswissenschaften besteht der Wettbewerb auf dem Markt in einem Parallelprozess (zwischen den konkurrierenden Anbietern) und einem Austauschprozess (zwischen den Anbietern und den Nachfragern). Diese Unterscheidung geht auf E. Hopmann Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, ORDO 18 (1967), 77 ff. (88 ff.) zurück.

„Erfolg“ der Rechtsordnungen¹⁷ nicht anhand eines vorgegebenen unabhängigen Maßstabes, sondern anhand der „Kunden“-präferenzen, die sich ihrerseits auf rechtlich geprägte Güter wie Verkehrsinfrastruktur, Schulen, Arbeit, Umweltqualität, Steuerbelastung und ähnliches beziehen. Eine andere Frage ist die externe Bewertung dieses Wettbewerbsprozesses anhand von Rechtswerten wie Sicherheit, Freiheit und Wohlstand für die Allgemeinheit.

III. Analytischer Nutzen des Wettbewerbsparadigmas

Was ist also der analytische Mehrwert der Anwendung des Wettbewerbsparadigmas auf Rechtsordnungen? Die Antwort hängt zunächst von der Stringenz der Analogie ab, die im Folgenden zu prüfen ist.

¹⁷ Unter Rechtsordnung verstehen wir die Gesamtheit aller Rechtssätze und die mit diesen angestrebte Ordnung einer bestimmten menschlichen Gemeinschaft (*H. Tilch/F. Arloth* (Hrsg.), *Deutsches Rechts-Lexikon*, Bd. III, München 2001, 3489). Ein mit dem Wettbewerb der Rechtsordnungen verwandtes Konzept sind der Institutionenwettbewerb (hierzu z.B. *A. Bergh/R. Höijer* (Hrsg.), *Institutional Competition*, Cheltenham 2008), darin insb. *P. Bernholz* *Institutional Competition: International Environment, Levels and Consequences* (ebd., 90–112). Der sogenannte „Wettbewerb der Systeme“ bezog sich auf den Wettstreit zwischen Kommunismus und Kapitalismus, der unter anderem auch die Rechtsordnungen umfasste (hierzu z.B. *H.-J. Wager* *Der Systemwettbewerb die sozialistische Planwirtschaft zu Fall gebracht?*, in: *F. A. Zimmermann u.a.* (Hrsg.), *Ordnungspolitische Aspekte der europäischen Integration*, Baden-Baden 1996, 101–115). Ein Wettbewerbskreislauf im Sinne einer Reaktion der Rechtssetzer auf Kundenentscheidungen fand erst in der allerletzten Phase statt, nachdem die Perestrojka eine Massenauswanderung aus den kommunistischen Ländern ermöglichte, die Bürger so erstmals mit den Füßen abstimmen konnten sowie ihre Stimme in Demonstrationen erheben konnten und schließlich auf diese Weise ihren Machthabern Reformen aufzwingen. Heute wird der Begriff des Systemwettbewerbs teilweise auf das Verhältnis zwischen common law und civil law angewendet, meist jedoch auf den ökonomisch-politischen Vergleich von Staaten. In diesen werden neben den Rechtsordnungen auch das gesamte Regierungssystem, die Wirtschaftsleistung und die Infrastruktur der konkurrierenden Staaten einbezogen. Siehe z.B. *U. Becker/W. Schön* (Hrsg.), *Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb*, Tübingen 2005; *W. Schäfer* (Hrsg.), *Wirtschaftspolitik im Systemwettbewerb*, Berlin 2006. Siehe zur „intergovernmental competition“ z.B. *A. Breton* *Competitive Governments*, Cambridge 1996; zum „Wettbewerb der Jurisdiktionen“ z.B. *W. W. Bratton/J. A. McCahery* *The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World*, *Georgetown Law Journal* 86 (1997), 201–278.

1. *Die Ware Recht*

Der Gegenstand dieses Wettbewerbs ist die Rechtsordnung. Diese ist das Gut oder die Ware und, vergleichbar mit einem Rohstoff, ein Vorprodukt für die eigentliche Güterproduktion.¹⁸ Dieser Rohstoff wird auf dem Rechtsmarkt angeboten.¹⁹

Ein Charakteristikum des Produkts „Rechtsordnung“ ist sein hoher Bündelungsgrad. Dieses Bündel lässt sich nur zu einem gewissen Grad aufschnüren, und die Auswahl an Rechtsordnungen für die Milliarden von Bürger-Kunden mit Milliarden verschiedener Präferenzen ist bei 192 staatlichen Rechtsordnungen sehr gering.

2. *Die Anbieter von Rechtsordnungen und -instituten*

a) *Globalisierung als Ende des staatlichen Rechtsmonopols*

Der Wettbewerb setzt eine Vielfalt der Anbieter voraus. Demgegenüber geht die Staatsrechtslehre traditionell davon aus, dass der Staat ein Monopolist ist. Er gilt als die einzige letzte Quelle des Rechts. In traditioneller staatsrechtlicher Perspektive kann nur kraft staatlicher Gestattung innerhalb des staatlichen Territoriums auch ausländisches oder privat erzeugtes Recht gelten.

Die Globalisierung²⁰ und das globale Regieren haben mit den physischen Ausweichmöglichkeiten der Rechtsunterworfenen, dem Trend zur Ausweitung kollisionsrechtlicher Wahlmöglichkeiten und der immer weiter verselbständigten Rechtssetzungstätigkeit zwischenstaatlicher und nichtstaatlicher Akteure die traditionelle Monopolstellung des Staates als Anbieter von Recht in Frage gestellt. Die Globalisierung hat also eine neue Lage geschaffen, die als „neuer Systemwettbewerb“ bezeichnet wird.²¹

¹⁸ K. Heine Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, Berlin 2003, 100. Zur Ware Recht auch H. Eidenmüller Recht als Produkt, JZ 64 (2009), 641–652.

¹⁹ E. O'Hara/L. E. Ribstein The Law Market, Oxford 2009. Die Marktfähigkeit des Rechts ist nicht a priori dadurch ausgeschlossen, dass der Rahmen des Markts seinerseits durch (andere) Rechtsregeln konstituiert werden muss.

²⁰ Der kommunikationstechnische Fortschritt, die Verbilligung der Güter- und Personentransporte sowie die Beseitigung rechtlicher Mobilitätshindernisse haben die transnationale Beweglichkeit der Produktionsfaktoren, vor allem des Kapitals, massiv gesteigert. Dies ist zwar kein neues Phänomen, aber in quantitativer Hinsicht so bedeutsam, dass hieraus ein qualitativer Sprung resultierte.

²¹ Sinn Competition (Fn. 9).

b) *Staatliche und nichtstaatliche Anbieter*

In diesem Wettbewerb sind die Anbieter der Ware „Rechtsordnung“ die Nationalstaaten, genauer die Legislativen und die Gerichte. Daneben sind es Gliedstaaten in Bundesstaaten, weitere Gebietskörperschaften wie Gemeinden und die internationalen oder supranationalen Organisationen.

Staatliche Rechtsordnungen stehen nicht nur untereinander, sondern auch mit „über“- und „unter“-staatlichen Ordnungen im Wettbewerb. So findet zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates ein vertikaler oder Mehrebenenwettbewerb statt, sofern die Rechtssetzer auf den verschiedenen Ebenen parallele Rechtssetzungskompetenzen besitzen.²²

In begrenztem Umfang sind auch gesellschaftliche Akteure Anbieter von (Teil-)Rechtsordnungen, die in der Geschichte vielfach im Wettbewerb mit staatlichen Ordnungen standen. Historisch bedeutsam ist die mittelalterliche Konkurrenz zwischen kirchlichem und weltlichem Recht, die eine entscheidende Triebkraft für die Herausbildung freiheitlicher Ordnungen in Europa war.²³ Heute existiert ein vielfältiges Angebot nichtstaatlich erzeugter Normenkomplexe, das von indigenem Recht²⁴

²² Für die EU heißt dies, dass ein vertikaler Wettbewerb der Rechtsordnungen nur dann stattfinden kann, wenn die jeweilige Rechtssetzungskompetenz nicht ausschließlich bei den Mitgliedstaaten verblieben ist oder ausschließlich der Union zugeteilt wurde. Mehrebenenwettbewerb findet also nur bei geteilter Zuständigkeit oder bei bloßer Ergänzungs- und Koordinationszuständigkeit der EU im Sinne von Art. 2 Abs. 2, 5 und Art. 4–6 AEUV statt.

²³ *H. Berman* The Western Legal Tradition: The Interaction of Revolutionary Innovation and Evolutionary Growth, in: Bernholz/Streit/Vaubel (Hrsg.), *Political Competition, Innovation, and Growth: A Historical Analysis*, Berlin 1998, 35 ff. (38–9) zum „late eleventh century with the church’s establishment of an external forum, a hierarchy of ecclesiastical courts with exclusive jurisdiction in some matters ... The pluralism of Western law was a source of legal sophistication and of legal growth. It was also a source of freedom.“ Siehe auch *R. Vaubel* A History of Thought on Institutional Competition, in: Bergh/Höijer, *Institutional Competition* (Fn. 17), 29–66, 52 mit zahlreichen Nachweisen; für die Stellung der schweizerischen Landeskirche und Kirchengemeinden (und das von diesen geschaffene Recht) als „Tertium“ oder „Zwischenwelt“ *F. Hafner/U. Brosi* Bischöfliche Personalentscheide und landeskirchliches Recht, Basel 2007, 66.

²⁴ Siehe zum Recht auf Beibehaltung und Weiterentwicklung indigener Rechtssysteme Art. 34 der Erklärung der Vereinten Nationen über die Rechte indigener Völker vom 7. September 2007 (UN-Dok. A/61/L. 67). Zum gegenwärtigen aufgrund personaler Anknüpfung anwendbaren Recht in der hinduistischen, islamischen und talmudischen Tradition *H. P. Glenn* Legal Traditions of the World, 3. Aufl. Oxford 2007, 98, 118, 215, 295, 299, 365 mwN.

über die *lex mercatoria* zu unternehmerischen Verhaltenskodices reicht. In der Perspektive des Rechtspluralismus sind die hier tätigen gesellschaftlichen Gruppen unter Umständen originäre Rechtserzeuger.²⁵

Das Wettbewerbsparadigma unterstreicht diese Sichtweise. Denn wenn das Recht eine Ware ist, dann müsste es, wie jedes andere Produkt auch, von Privaten hergestellt und angeboten werden dürfen, und es bestünde kein Grund, die Rechtsproduktion beim Staat zu monopolisieren.²⁶

3. *Die Nachfrager und ihre Rechtswahl*

Auf dem Rechtsordnungsmarkt sind die Nachfrager die Rechtsunterworfenen, und zwar in ihrer Eigenschaft als Wähler, Steuerzahler, Inhaber von Finanz- oder Realkapital, und Konsument. Die sogenannte „regulatory arbitrage“ durch die Rechtsunterworfenen, also die Auswahl der von ihnen bevorzugten Rechtsordnung, kann in verschiedenen Modalitäten geschehen. Die grundlegenden sind „voice“ und „exit“, also Abstimmung und Abwanderung,²⁷ daneben existieren weitere Modalitäten.

a) *Indirekte Rechtswahl durch Abstimmung („voice“) und Abwanderung („exit“)*

Die „Stimme“ wird in der Demokratie normalerweise in politischen Wahlen abgegeben, daneben in Bürgerprotesten und Lobbytätigkeit erhoben. Die Möglichkeit der Abwanderung bei Unzufriedenheit mit dem geltenden Rechtsregime ist fundamental.²⁸ Bekanntlich machte im Mittelalter „Stadtluft ... frei nach Jahr und Tag“.²⁹ Und ein Kernstück

²⁵ G. Teubner „Global Bukowina“: Legal Pluralism in the World Society, in: Teubner (Hrsg.), *Global Law Without a State*, Ashgate 1997, 3–28; B. de Sousa Santos *Toward a New Legal Common Sense*, 2. Aufl. London 2002.

²⁶ G. Bachmann *Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung*, Tübingen 2006, 50 und 52. In der Konsequenz des Wettbewerbsparadigmas läge es, wenn der Staat Anreize für die Privaten schaffte, um das Gut Recht zu produzieren, indem er Urheberschutz verleihen würde oder Rechtsinstitute bereit stellte, welche die nichtstaatliche Regelsetzung unterstützen.

²⁷ A. O. Hirschman *Abwanderung und Widerspruch*, Tübingen 1974 (orig. 1970).

²⁸ Siehe zum Menschenrechtscharakter unten Fn. 129.

²⁹ Dieses mittelalterliche Rechtssprichwort kann als historisches Beispiel für einen Wettbewerbskreislauf gelesen werden. Die Stadtgründer benötigten Arbeitskräfte und statuierten deshalb, dass die bisherigen Rechtspflichten der Neubürger gegenüber ihren Grundherrschaften erlöschen sollten. Die Einwanderer stimmten mit den Füßen für die neuen Freiheiten ab. H. Hattenhauer *Europäische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl. Heidelberg 2004, 268f.

des Augsburger Religionsfriedens von 1555 war das „beneficium emigrandi“, nach dem Einzelne unter Mitnahme ihres Hab und Gutes in ein Gebiet der Konfession ihrer Wahl auswandern durften.³⁰

Heute sind politische Flüchtlinge sehr deutlich Nachfrager nach einer freien und gerechten Rechtsordnung. Auch Wirtschaftsflüchtlinge stimmen mit den Füßen indirekt gegen ihre heimischen Rechtsordnungen ab, deren Defizite, vom mangelnden Schutz der Eigentumsrechte bis zur Nichtahndung von Korruption, ein massives Entwicklungshemmnis darstellen.³¹

Der Auswahlmodus des „exit“ steht aber nicht allen Rechtsunterworfenen gleichermaßen zur Verfügung.³² Die sogenannten Mobilitätskosten³³ sind für das Finanzkapital weitaus am geringsten, das folglich am mobilsten ist. Natürliche Personen bleiben trotz fortschreitender Individualisierung und Angleichung der Lebensstile in verschiedenen

³⁰ Siehe zu dieser „religiösen Freizügigkeit“ als „ein erstes Grundrecht“ *M. Heckel* Augsburger Religionsfriede, in: R. Herzog u. a. (Hrsg.), *Evangelisches Staatlexikon*, 3. Aufl. Stuttgart 1987, Bd. I, Sp. 111 ff. (112 und 117).

³¹ Siehe *H. de Soto/F. Cheneval* (Hrsg.), *Realizing Property Rights*, Zürich/Bern 2006 zur fehlenden Eigentumsordnung als wichtigem Entwicklungshemmnis; zur juristischen Duldung von Korruption als Entwicklungshemmnis *A. K. Jain* Corruption: A Review, *Journal of Economic Surveys* 15 (2001), 71–121.

³² Radikaler noch als die individuelle Abwanderung ist der kollektive Austritt von Bürgern samt Gebiet durch die Sezession von Territorien aus dem bisherigen Staatsverband. Ökonomen interpretieren die Drohung mit Sezession teilweise als einen prinzipiell zulässigen Wahlmodus, der einen Anpassungsdruck auf die Rechtssetzer erzeuge (*J. Buchanan/R. Faith* Secession and the Limits of Taxation: Toward a Theory of Internal Exit, *American Economic Review* 77 (1987), 1023–31). In dieselbe Richtung geht der Vorschlag der Schaffung funktioneller überlappender Jurisdiktionen, eine Art von Zweckverbänden; hierfür *R. Eichenberger* Eine fünfte Freiheit für Europa: Stärkung des politischen Wettbewerbs durch „FOCJ“, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 45 (1996), 110–130; *B. Frey/R. Eichenberger* *The New Democratic Federalism for Europe: Functional Overlapping and Competing Jurisdictions*, Cheltenham 1999. Jedoch ist die Sezession nach geltendem Völkerrecht grundsätzlich verboten. Das heißt, die „Wahlmodalität“ der Sezession eines Territoriums aus einem Staat ist, obwohl dem Wettbewerbsgedanken entsprechend, prinzipiell aus rechtlichen Gründen nicht verfügbar. Anders wird der in der Wettbewerbsperspektive funktional äquivalente Austritt eines Staates aus einer internationalen Organisation bewertet. Dieser gilt als legal und legitim und stellt somit eine reale Rechtswahlmodalität dar (siehe für die EU Art. 50 EUV nF).

³³ Hierzu gehören die Informationskosten sowie die ideellen und pekuniären Kosten für die tatsächliche Durchführung eines Umzugs. Allerdings ist fraglich ob die für natürliche Personen bedeutsamen emotionalen Faktoren wie Heimat und Familie sinnvoll als „Kosten“ quantifiziert und monetarisiert werden können.

Staaten eher immobil, außer am obersten und unteren Ende der Einkommensskala.³⁴

Anders ist dies nur in kleinräumigen Jurisdiktionen. Es ist also kein Zufall, dass *Charles Tiebout* sein berühmtes Wettbewerbsmodell für US-amerikanische *Gemeinden* aufstellte,³⁵ und dass der Rechtswettbewerb in der Schweiz mit ihren teilweise sehr kleinen Kantonen weltweit am intensivsten ist.³⁶

b) *Direkte Rechtswahl mittels Kollisionsrecht*

Der dritte Wahlmodus ist die direkte kollisionsrechtliche Rechtswahl, die in der Regel keine physische Ortsveränderung erfordert.³⁷ Sie geschieht oft über die prozessrechtliche Schiene mittels Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln. Hier ist die Marktanalogue im Begriff des „forum shopping“ präsent.³⁸

c) *Die Wahl von Produktstandards durch Kauf*

Der vierte Nachfragemodus ist der Kauf von Produkten, die den Standards einer ausländischen Rechtsordnung genügen. Wenn ein Käufer französischen Rohmilchkäse erwirbt, entscheidet er sich für die französischen Produktionsstandards und nimmt seine eigene Gesund-

³⁴ Für die Schweiz *L. Feld* Braucht die Schweiz eine materielle Steuerharmonisierung? *economiesuisse* 2009, 5, Einzelheiten und Daten ebd., 43–47. In Bezug auf die Erklärungskraft des Wettbewerbsmodells wird eingewendet, dass die relative Immobilität der natürlichen Personen unschädlich sei, weil bereits marginale Wanderungsbewegungen ausreichen um den Wettbewerb der Rechtsordnungen auszulösen. Dies ist jedoch empirisch nicht belegt; siehe Fn. 157 zum schwachen Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen in der EU.

³⁵ *C. M. Tiebout* A Pure Theory of Local Expenditures, *The Journal of Political Economy* 64 (1956), 416–424.

³⁶ Hierzu empirisch *L. Feld* Regulatory Competition and Federalism in Switzerland: Diffusion by Horizontal and Vertical Interaction, CREMA (Center for Research in Economics, Management and the Arts) Working Paper No. 2006–22. <http://www.crema-research.ch/papers/2006–22.pdf>.

³⁷ In manchen Rechtsbereichen ist auch für die kollisionsrechtliche Rechtswahl Mobilität erforderlich, etwa wenn das Ortsrecht gilt. Die Eheform richtet sich immer nach Ortsrecht, was zu „Hochzeitstourismus“ führt. Mit der kollisionsrechtlichen Wahl kann nicht, wie mittels Abwanderung, eine Rechtsordnung als ganze, sondern nur einzelne Teile, z. B. das Vertragsrecht, gewählt werden. Dennoch trägt diese Art Wahl zum Wettbewerb der betroffenen Teilrechtsordnungen bei.

³⁸ Vgl. *A. Thompson Denning*, known as *Lord Denning* *The Atlantic Star*, *All English Law Reports* 3 (1972), 705 ff. (709): „This right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. ... You may call this ‘forum shopping’ if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop, both for the quality of the goods and the speed of service.“

heitsgefährdung in Kauf. Er wählt jedenfalls diesen Teil der Rechtsordnung, die Hygienevorschriften, mit dem Portemonnaie.³⁹

d) „Exit“ durch Wechsel der Nationalität

Ein fünfter Nachfragemodus ist der Wechsel der Nationalität. Dieser führt zu einer umfänglichen Anwendbarkeit einer anderen Rechtsordnung kraft Personalhoheit des naturalisierenden Staates.

Für Gesellschaften im Sinne von Art. 48 Abs. 2 EGV ist die Annahme eines neuen Organisationsrechts und damit eines neuen Gesellschaftsstatuts,⁴⁰ etwa durch Neugründung unter einer neuen Rechtsordnung eine Standardhandlung. Diese ist bei Anwendung der Gründungstheorie auch ohne physische Verlegung des Hauptverwaltungssitzes möglich.⁴¹

Anders verhält es sich mit natürlichen Personen. Im Sinne des Wettbewerbsgedankens haben Ökonomen handelbare Staatsbürgerschaften vorgeschlagen, die beim Wechsel in eine andere Jurisdiktion wieder verkauft werden könnten.⁴² Dieser Vorschlag erscheint schwer vereinbar mit dem ideellen und dauerhaften Charakter der Staatsangehörigkeit.⁴³ Und doch hat gerade dieser Typ der Rechtsordnungswahl momentan in Osteuropa Konjunktur. Insbesondere die russische Föderation verleiht

³⁹ H. Muir Watts *Aspects économiques du droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de la Haye 307 (2004), 25–383 (54). Der Käufer übt, wie es im Jargon heisst, seine Konsumentensouveränität aus und gibt seine „consumer-vote“ ab.

⁴⁰ Zwar ist die Staatszugehörigkeit (Nationalität) einer Gesellschaft theoretisch von ihrem Gründungsstatut unterscheidbar, es überlappen sich jedoch die Kriterien zur Ermittlung beider Rechtskategorien. Beide Fragen werden oft vereinfachend vermengt, und praktisch wichtiger ist das Gesellschaftsstatut.

⁴¹ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Slg. 1999, I-1459; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155; Rs. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Slg. 2008, I-3468. Vgl. Generalanwalt A. La Pergola in *Centros*, Rn. 20 bei Fn. 49 unter Verweis auf C. D. Ehlermann zur „competition among rules“. Die neuere Rechtsprechung des EuGH, die in der Regel als Motor des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechtsordnungen in der EU angesehen wird, ordnet nicht die Gründungstheorie als einzig vereinbar mit der Niederlassungsfreiheit an. Die Entscheidungen bestimmen lediglich, dass die Anknüpfung des Wegzugsstaates vom Zuzugsstaat der Gesellschaft zu respektieren ist. Die Mitgliedstaaten müssen eine in einem anderen Mitgliedstaat errichtete Gesellschaft als solche anerkennen, d. h. nach ihrem Gründungsrecht behandeln, auch wenn diese nie eine Tätigkeit in diesem Gründungsstaat entfaltet hatte.

⁴² G. Tullock *Trading Citizenship*, *Kyklos* 50 (1997), 251–252.

⁴³ Nach traditioneller Auffassung begründet die Staatsbürgerschaft eine prinzipiell auf Lebenszeit ausgerichtete Zugehörigkeit zu einer Schicksalsgemeinschaft, der Nation. In der Tat kann der nationale Solidarpakt nur funktionieren, wenn nicht ganze Bevölkerungsgruppen (die Reichen oder die Intellektuellen („brain drain“)) auswandern.

großzügig die russische Staatsangehörigkeit an die Bewohner benachbarter Staaten, und zwar ohne dass diese Wohnsitz in Russland nehmen müssten.⁴⁴

4. *Der Wettbewerbskreislauf: Anreiz und Anpassung des Rechtsangebots*

Die in den geschilderten fünf Modalitäten ausübbarer direkte oder indirekte Wahl der Rechtsordnung durch die Rechtsunterworfenen führt nur dann zu einem eigentlichen Wettbewerb, wenn diese Wahlentscheidungen⁴⁵ einen Anpassungsdruck auf die Rechtssetzer ausüben, so dass jene die Rechtsordnung an die Präferenzen anpassen. Wenn das Wettbewerbsparadigma passte, müssten die Rechtsnachfrager einen Preis für die ihnen genehme Rechtsordnung zahlen, und der Rechtsanbieter müsste einen Gewinn machen, wenn er auf die Wünsche der Rechtsnachfrager einging.

a) *Fehlender Wettbewerbskreislauf bei Rechts„export“ beziehungsweise -rezeption*

Bei der Rezeption ausländischer Rechtsinstitute und -ordnungen, die vielfach als „Maßstabswettbewerb“,⁴⁶ bezeichnet werden, fehlt dieser

⁴⁴ In den beiden separatistischen Gebieten Georgiens, in Südossetien und Abchasien, reißen sich die Bewohner um die russische Staatsbürgerschaft, die ihnen unter anderem einen Anspruch auf russische Sozialhilfe verschafft und die Teilnahme am EU-Visa-Programm ermöglicht. Siehe Independent International Fact-Finding Commission, Bericht vom September 2009, Bd. II, Kapitel 3, Teil 3 „Passportisation“, 147 ff., www.ceiig.ch.

⁴⁵ In diesem Abschnitt behandle ich nur die Anreize, die den Anbietern von Recht durch politische Wahl einer Partei, welche die Legislative beherrscht und mittels der Abwanderungsdrohung (also durch „voice“ und „exit“) gesetzt werden. Auf die Anreize, die durch die anderen Wahlmodalitäten, also Kauf ausländischer Produkte, Sezessionsdrohung oder Aufgabe der Staatsbürgerschaft gesetzt werden, gehe ich nicht näher ein. Der von diesen Präferenzäußerungen ausgehende Anpassungsdruck ist ebenfalls gering.

⁴⁶ Begriff „yardstick-competition“ von A. Shleifer A Theory of Yardstick Competition, The Rand Journal of Economics 16 (1985), 319 ff. Als Ergebnisse eines derartigen Wettbewerbs im weiten Sinne (s. o. Teil II.2.) wäre der Sieg der von den Niederländern bevorzugten Freiheit des Meeres über das englische Modell des mare clausum, die Verbreitung des süddeutschen Modells der Volkswahl des Bürgermeisters gegenüber dem norddeutschen Modell, der „Export“ von Elementen des englischen Umweltrechts wie das „auditing“, die großflächige Rezeption westlichen Rechts im Transformationsprozess Osteuropas und schließlich der autonome Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz anzusehen. Siehe zu den Problemen der „Transplantation“ von Rechtsregeln in ein fremdes kulturelles Umfeld G. M. Rehm Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation, RabelsZ 72 (2008), 1–42.

marktmäßige Mechanismus völlig. Denn die Rezeptionsvorgänge werden nicht maßgeblich durch die Nachfrage der Bürger-„Kunden“ in Gang gesetzt. Die Rechtssetzer vergleichen und übernehmen primär aus „kunden“-fernen Gründen.⁴⁷ Und auf der Seite des „Rechtsexporteurs“ führt die von dem betreffenden Staat durchaus angestrebte Übertragung der heimischen Institute nicht dazu, dass aufgrund von „Kunden“-wünschen die eigene Rechtsordnung verändert würde. Der für den „dreipoligen“ Marktwettbewerb typische Kreislauf in dem Sinne, dass die Anbieter auf die Präferenzen der Kunden reagieren, liegt hier somit nicht vor. Die Etikettierung der Rechtsrezeption als Maßstabswettbewerb verundeutlicht mehr als dass sie klärt.

b) Kein Vertrag und kein Preis

Auch bei Rechtswettbewerb im engeren Sinne liegt eine Besonderheit darin, dass kein einklagbarer Vertrag über das Produkt Recht geschlossen werden darf. Der *contrat social* ist nicht justiziabel.⁴⁸ Ferner meinen auch Befürworter des Wettbewerbs des Rechts keinesfalls, dass ein Bürger etwa für seine Baugenehmigung zahlen solle. Als „Preis“ wird vielmehr dreierlei angesehen: Erstens die Wählerstimme, zweitens der Verbleib im Staat und drittens die Zahlung der Steuern.

Jedoch sind aus juristischer Perspektive Steuern per definitionem nicht das Entgelt für konkrete Gegenleistungen des Staates. Dementprechend richtet sich die Höhe der Steuer nicht nach der kaum mess-

⁴⁷ Die Bereitschaft zur Rezeption hängt ab von der Vertrautheit mit einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung dank Auslandsstudium, von finanziellen Anreizen (Ausstattung ganzer osteuropäischer Universitätsbibliotheken durch gewisse westliche Staaten) und vom Einfluss ausländischer Rechtsberater, der wiederum eine Funktion der politischen Beziehungen zwischen rechtsexportierendem und rezipierendem Staat ist.

⁴⁸ Speziell über die Steuerleistung sind individuelle Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger prinzipiell nicht erlaubt. Sie werden aber in einigen Rechtsordnungen, so auch in der Schweiz, de facto in Form der Pauschalbesteuerung von Ausländern praktiziert, und zwar speziell als Anreiz für die Wohnsitzwahl vermögender Individuen (siehe für die Zulässigkeit der Pauschalbesteuerung von Ausländern Art. 6 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14) sowie Art. 14 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11). Diese Praxis wird jedoch zunehmend als Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Frage gestellt. Siehe für die neue Tendenz in Basel-Stadt die Motion Beat Jans und Konsorten betreffend die Abschaffung der Pauschalbesteuerung von Zugewanderten vom 6. Mai 2009 sowie die Annahme der Zürcher Initiative „Schluss mit den Steuerprivilegien für ausländische Millionärinnen und Millionäre (Abschaffung der Pauschalsteuer)“ am 8. Februar 2009 mit der Folge der Streichung von § 13 Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Zürich.

baren staatlichen Leistung an den Einzelnen, sondern primär nach der Leistungsfähigkeit der Steuerzahler.⁴⁹

Die Einnahme von Steuern und Gebühren (beispielsweise der Gesellschaftsregistrierungsgebühr im US-Bundesstaat Delaware⁵⁰) ebenso wie die Schaffung von Arbeitsplätzen oder die Anziehung qualifizierter Arbeitskräfte sind außerdem nur Mittel zum Zweck der Steigerung der allgemeinen, vor allem wirtschaftlichen Wohlfahrt des Landes.

Letztlich stehen also zwar die Rechtsordnungen im Wettbewerb, aber gleichermaßen wird das Recht als Wettbewerbsfaktor im wirtschaftlichen Wettbewerb eingesetzt. Es ist das Oberziel der ökonomischen Prosperität, welches die konkurrierenden Rechtssetzer anstreben, sei es aus gemeinnützigen Motiven, sei es zur Erhaltung ihrer politischen Machtstellung, die von Wählern bei florierender Wirtschaft honoriert wird.

Jedoch läuft der im Wettbewerbsparadigma postulierte Zyklus vom Kundenwunsch zur Produktinnovation zurück zum Kunden, also der Wettbewerbskreislauf, in Bezug auf die Rechtsordnungen kaum wirklich rund.⁵¹ Auf der Anbieterseite müssten die Rechtssetzer genaue Daten über die Mobilität und sonstigen Rechtswahlentscheidungen ihrer Kunden haben, diese interpretieren und passende Angebote zur Verbesserung ihres Rechtsangebots machen.⁵²

In Wirklichkeit können aber die Rechtssetzer, also konkret die politischen Parteien, die Ursachen von Wählerverlust kaum auf konkrete Aspekte des geltenden Rechts zurückführen.⁵³ Der Anpassungsdruck,

⁴⁹ § 3(1) AO. Es gilt das Leistungsfähigkeitsprinzip und nicht das Äquivalenzprinzip (welches die Steuer in eine Gebühr umwandeln würde). Man könnte Steuern allenfalls als „Preis“ für ein ganzes Leistungspaket ansehen, dessen Zusammensetzung und Güte die Rechtsunterworfenen jedoch nicht direkt durch Zurückbehaltung der Steuer beeinflussen können, sondern nur mittelbar durch die genannten Wahlmodalitäten.

⁵⁰ Der Haushalt von Delaware wird zu einem erheblichen Anteil aus dieser *franchise tax* (30 Del. C, Section 1902(b)(6)) bestritten.

⁵¹ Hierzu *Kieninger* Wettbewerb (Fn. 6), 51–65.

⁵² Beispielsweise kann im Gesellschaftsrecht der Wettbewerb der Rechtsnormen „nur greifen, wenn sich aus den Standortentscheidungen einzelner Unternehmen isolierte Aussagen über die Bewertung einzelner Rechtsregeln ableiten lassen. Die Standortwahl von Gesellschaften erlaubt eine Aussage über die Qualität des Gesellschaftsrechts nur dann, wenn es möglich ist, eine allein am Inhalt des Gesellschaftsrechts orientierte Entscheidung zu treffen und dies von anderen Standortfaktoren zu isolieren.“ *C. Teichmann* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Berlin 2006, 365.

⁵³ Sie haben auch keinen starken Anreiz hierfür, weil das politische Überleben eines in der Gesetzgebung involvierten Akteurs in der Regel nicht von diesen Faktoren abhängt. Des Weiteren verringert eine Reihe von Eigenarten der Ware Recht den Anpassungsdruck auf die Rechtsordnung als Ganze. Im Privatrecht können zahlreiche Vorschriften abbedungen werden, so dass diesbezüglich kein Bedürfnis nach einer neuen Rechtsordnung besteht. Wegen des Abstraktionsgrads und der Flexibilität von

der von Abwanderungsdrohungen der Industrie ausgeht, ist schon deutlich stärker. Im Gegensatz dazu üben Flüchtlinge kaum einen Anpassungsdruck aus, weder auf die defizitäre Rechtsordnung, der sie entfliehen, noch auf den Zielstaat, der sie möglichst wieder loswerden will.

Rechtsreformen werden also kaum eindeutig durch Rechtswahlentscheidungen der Bürger, sei es durch „voice“, sei es durch „exit“, ausgelöst.⁵⁴ Am ehesten, aber auch hier nur eingeschränkt, scheint ein Kreislauf im steuerrechtlichen Standortwettbewerb um Investoren zu funktionieren.

5. *Fazit: Rekonstruktion der Rechtsevolution als Wettbewerb der Rechtsordnungen als sinnvolle Perspektive*

Bringt es also einen Erkenntnisgewinn, den Staat als Produzenten, das Recht als Ware und den Bürger als Kunden anzusehen? Nur insofern als die „Übersetzungsleistung“ von „hoheitlich“ in „wettbewerblich“ ein heuristisches Mittel ist. Die Übersetzungsmethode schärft den Blick für Unterschiede, also dafür, was das Spezifikum des Staates ist und was ihn vom Markt unterscheidet.⁵⁵ Die Rekonstruktion von Rechtsentwicklung als „Wettbewerb“ eröffnet also eine neue Perspektive, die fruchtbar sein kann, aber nur teilweise.

So benötigen wir das Wettbewerbsparadigma, wie dargelegt, nicht, um den Mechanismus der Rechtsrezeption besser zu verstehen.⁵⁶ Dort

Recht besteht praktisch immer Interpretationsspielraum. Hier kann die Anpassung durch die Rechtsprechung erfolgen, und es ist kein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich. Das heißt auch, dass an dieser Stelle der Transmissionsriemen der politischen Wahl ausfällt.

⁵⁴ Im Fall der Abwahl einer Rechtsordnung durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung mittels des IPR ohne physische Mobilität ist der Anreiz für die Rechtssetzer zur Anpassung wohl noch geringer. Der daraus entstehende Nachteil sind geringere Einnahmen der an die Rechtsordnung geknüpften Branchen wie Anwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, die ihrerseits wiederum Steuern zahlen und Arbeitsplätze schaffen. Die eingangs erwähnten Broschüren zu „Law Made in Germany“ u. ä. zeigen zwar, dass die jeweiligen Ministerien gegen den Druck der Beratungsbranchen nicht unempfindlich sind. Ob sie mit substantiellen Änderungen der Rechtsordnung reagieren, ist allerdings zweifelhaft.

⁵⁵ Vor allem entfaltet diese Methode ein kritisches Potential, indem sie die Frage nach der dogmatischen, theoretischen und ethischen Berechtigung oder Nicht-Berechtigung dieser Unterschiede provoziert.

⁵⁶ Schon David Hume stellte (ohne Rekurs auf den „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“) fest, dass die Rechtsrezeption eine Quelle des Fortschritts sei. Der wechselseitige Neid würde die Staaten davon abhalten, zu leichtfertig Reformen aus anderen Ländern zu kopieren, würde zur genauesten Prüfung der Sinnhaftigkeit aller intellek-

wo wir aber sinnvoller rekonstruieren können, haben wir gesehen, dass es im „dreipoligen“ Verhältnis zwischen Rechtsunterworfenen und konkurrierenden Ordnungen ganz unterschiedliche Rechtswahlmechanismen gibt. Diese betreffen selten ganze Rechtsordnungen, sondern eher typische Teilrechtsordnungen.⁵⁷ So steht die kollisionsrechtliche Wahl nicht für Vorschriften des öffentlichen Rechts zur Verfügung. Ferner ist der Steuerrechtswettbewerb⁵⁸ vor allem ein Standortwettbewerb, der Wettbewerb im Vertragsrecht ein weitgehend entterritorialisierter Wettbewerb und der Wettbewerb im Gesellschaftsrecht⁵⁹ beides. Schließlich betrifft die im Kauf ausländischer Ware liegende Entscheidung nur Produktstandards (und diese auch nur nachrangig), so dass es künstlich erscheint, den Vorgang als Rechtswahl zu bezeichnen.

Im Ergebnis bringt also die Beschreibung der Rechtsordnungsentwicklung als „Wettbewerb“ einen gewissen analytischen Nutzen. Wir können sinnvoll davon sprechen, dass es einen Wettbewerb der Rechtsordnungen gibt. Dieser ist jedoch unvollkommen, insbesondere wegen des durch den schwachen Selektionsdruck und die Selektionsungenauigkeit vielfach durchbrochenen Wettbewerbskreislaufs.

Vor allem kann aus dieser Diagnose unmittelbar keine Handlungsempfehlung abgeleitet werden.⁶⁰ Diese hängt von der normativen Bewertung der Phänomene ab, zu der ich nun gelange.

tuellen Erzeugnisse aus dem Ausland führen und somit eine Verbreitung der qualitativ hochwertigen Institutionen, einschließlich der rechtlichen, bewirken (*D. Hume* Of the Rise and Progress of the Arts and Science (orig. 1742), in: E. Miller (Hrsg.), *David Hume: Essays, Moral, Political and Literary*, Indianapolis 1985, 111 ff. (119 f.))

⁵⁷ Wegen der primär territorial definierten Jurisdiktion des Staates kann der Rechtsunterworfenen eine *ganze* Rechtsordnung nur durch Niederlassung in einem anderen Staat wählen, also mittels der Wahlmodalität „exit“.

⁵⁸ Siehe aus der juristischen Literatur zum Steuerwettbewerb *R. S. Avi-Yonah* Globalisation, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State, *Harvard Law Review* 113 (2000), 1573 ff.; *W. Schön* Steuerwettbewerb in Europa, *Archiv des schweizerischen Abgabenrechts* 71 (2002–3), 337–383; *A. Schmehl* Nationales Steuerrecht im internationalen Steuerwettbewerb, in: *W. Schön/K. E. M. Beck* (Hrsg.), *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Berlin u. a. 2009, 99–123. Aus der Fülle der ökonomischen Literatur *L. Gerken/J. Märkt/G. Schick* Internationaler Steuerwettbewerb, *Tübingen* 2000; *R. Höijer* Tax Competition and Tax Cartels, in: *Bergh/Höijer* (Fn. 17), 129–154.

⁵⁹ Hierzu *Teichmann* Gesellschaftsrecht (Fn. 52); *K. Heine* Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, Berlin 2003; aus der ökonomischen Literatur grundlegend *R. Romano* *The Genius of American Corporate Law*, Washington 1993.

⁶⁰ Jedoch ist die ordnende Beschreibung und Typenbildung eine wichtige Voraussetzung dieser Bewertung, weil sie die Einsicht ermöglicht, dass unterschiedliche Arten von Wettbewerb unterschiedliche Legitimationsprobleme aufwerfen könnten.

IV. Bewertung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen

Die Wettbewerbslesart der Rechtsordnungsevolution erlaubt die Identifikation sowohl negativer als auch positiver Auswirkungen der Phänomene. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive interessieren in erster Linie solche Vorzüge und Nachteile, die in der Stärkung oder umgekehrt Gefährdung von Rechtsgütern bestehen. Ich werde mich dabei auf fünf Rechtsgüter beschränken: Freiheit, Gleichheit, Demokratie, Sozialstaatlichkeit und Gemeinwohl.

1. Freiheitssicherung durch Wettbewerb der Rechtsordnungen

Die prinzipielle Rechtfertigung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ist das Freiheitsargument. Schon *Max Weber* hatte behauptet, dass aus der Konkurrenz der neuzeitlichen Staaten um das „freizügige“ Kapital der freie nationale Bürgerstand hervorgegangen sei.⁶¹ Heute betont vor allem die Public-Choice-Schule, dass die Abwanderungsdrohung die Staaten mit ihren Rechtsordnungen dazu zwingt, „schlank“ zu bleiben, womit die Freiheit des Bürgers gestärkt werde.

Jedoch folgt aus dieser potentiell freiheitssichernden Funktion des zwischenstaatlichen Wettbewerbs keinesfalls die Obsoletheit der klassischen, nichtfiskalischen Instrumente zur Machtkontrolle des Staates. Die juristischen Mechanismen der Machtbegrenzung bleiben relevant, weil der Wettbewerb der Staaten und ihrer Rechtsordnungen das Potential zum Machtmissbrauch nicht „wegkonkurrieren“ kann. Der Wettbewerb des Rechts dispensiert also staatliche Instanzen keinesfalls von der Rechts- und Verfassungstreue.⁶²

Diese Einsicht gebietet jedoch nicht zwingend, die klassischen juristischen Machtbegrenzungsmechanismen als einzige zuzulassen. Der Wettbewerb des Rechts darf als Komplementärstrategie gelten, solange die Rechtsstaatlichkeit Vorrang behält.

⁶¹ *M. Weber* Wirtschaftsgeschichte: Abriss der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, München u. a. 1923, 288 f.

⁶² „Der Umstand, daß die Politik und die Interessengruppen aufgrund einer hohen Mobilität der Individuen möglicherweise ‚etwas weniger‘ in der Lage sind, die hoheitliche Macht zu mißbrauchen, impliziert selbstverständlich nicht, daß dadurch die Politik gleichfalls ‚etwas weniger‘ an die Prinzipien der Ordnung der Freiheit gebunden sei.“ *L. Gerken* Der Wettbewerb der Staaten, Tübingen 1999, 56.

2. Wettbewerb der Rechtsordnungen und Gleichheitssatz

Zweitens fordert der Wettbewerb der Rechtsordnungen die gleichheitsrechtliche Dogmatik heraus.⁶³ Die Konkurrenzsituation könnte den Gesetzgeber, insbesondere den Steuergesetzgeber, dazu verführen, den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verletzen, um Arbeitsplätze und Steuerquellen zu erhalten oder zu schaffen.⁶⁴

Jedoch fordert der Gleichheitssatz keine schematisch-identische Behandlung. Sachangemessene Differenzierungen sind zulässig. Die Frage ist nun, ob, unter welchen Bedingungen und in welchem Ausmaß neue Lenkungsziele, wie das Bedürfnis nach Attraktion und Pflege von ausländischem Kapital als legitime Differenzierungsgründe, anzuerkennen sind.⁶⁵ Speziell im Steuerrecht könnte – in engen Grenzen – ein zulässiger Grund für die steuerliche Ungleichbehandlung von Steuersubjekten deren Wettbewerbsempfindlichkeit werden, auch wenn diese Subjekte nach bisheriger Systematik als gleich wirtschaftlich leistungsfähig zu bewerten und somit gleich zu besteuern wären.⁶⁶ Normative Begrün-

⁶³ U. Hufeld Auf Konfliktkurs mit dem Europäischen Steuerrecht: Die Besteuerung der REIT-Aktiengesellschaft und ihrer Anteilseigner, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 19 (2008), 209–219 (218), insbesondere für den Steuergesetzgeber.

⁶⁴ Siehe BGE 133 I 206, E. 10.2. (2007) zur degressiven Einkommenssteuer im Kanton Obwalden: „Dabei betreibt der Kanton auch Steuerpolitik und Steuerwettbewerb, dem er unausweichlich ausgesetzt ist. Das ist nicht zu beanstanden. ... Die Tatsache, dass zwischen den Kantonen Wettbewerb herrscht und unterschiedliche Verhältnisse bestehen, hebt jedoch den verfassungsrechtlichen Individualanspruch auf Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) nicht auf. Es ist Aufgabe des Verfassungsrichters, dafür zu sorgen, dass diese Garantie unter dem Titel ‚Steuerwettbewerb‘ oder ‚Wirtschafts- und Standortförderung‘ nicht verletzt wird.“

⁶⁵ Grundsätzlich befürwortend *Schmehl* Nationales Steuerrecht (Fn. 58), 100 und 104; B. Hansjürgens Das Äquivalenzprinzip als zentraler Maßstab für fairen Steuerwettbewerb. Anmerkungen aus finanzwissenschaftlicher Sicht, in: W. Müller u.a. (Hrsg.), *Regeln für den europäischen Systemwettbewerb: Steuern und soziale Sicherungssysteme*, Marburg 2001, 71–88 (81).

⁶⁶ BVerfGE 116, 164 (192, Rn. 98 f. u. 111) (2006) – *Standortsicherungsgesetz, Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften*: Das wirtschaftspolitische Förderungs- und Lenkungsziel der Verbesserung der Position des Wirtschaftsstandorts Deutschland kann jedenfalls für einen begrenzten Zeitraum eine hinreichende sachliche Begründung für steuerliche Differenzierungen bilden. Siehe auch BVerfGE 110, 274 (299, Rn. 74 ff.) (2004) – *Ökosteuern*: Zu den sachbezogenen Differenzierungen, die der Steuergesetzgeber treffen darf, gehört auch die Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit betroffener Unternehmen. Hier ist unmittelbar der internationale ökonomische Wettbewerb der Unternehmen angesprochen, der jedoch die internationale Standortkonkurrenz mit Mitteln des Steuerrechts hervorruft. Vgl. aus der Literatur *Schmehl* Nationales Steuerrecht (Fn. 58), 104: Die Notwendigkeit der Aufnahme und teilweisen Abwehr des Wettbewerbs des Rechts könnte neue steuerrechtliche

dung solcher Differenzierungen, die in einer geschlossenen Staatlichkeit unzulässig wären, ist das Prinzip der offenen Staatlichkeit.⁶⁷

3. *Wettbewerb der Rechtsordnungen und Demokratie*

Ein Hauptargument der Befürworter des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ist das Demokratieargument.

a) *Ausgleich demokratischer Defizite durch den Wettbewerb der Rechtsordnungen?*

In der Public-Choice-Perspektive gilt der Wettbewerb der Rechtsordnungen als notwendiges Korrektiv der strukturellen Parteilichkeit des innerstaatlichen demokratischen Prozesses, der wegen des Wissensproblems und des Interessengruppeneinflusses⁶⁸ suboptimale staatliche Rechtsvorschriften erzeuge.⁶⁹

Gegen diese Rechtfertigung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen sind mehrere Einwände zu erheben. Erstens besteht die Gefahr, dass der Rechtswettbewerb, anstelle die Verkrustungen des politischen Prozesses aufzubrechen, vielmehr wieder Sonderinteressen bevorzugt.⁷⁰ Dies liegt nahe, weil gerade diejenigen Akteure, die vor allen anderen „mit den Füßen“ abstimmen können, genau dieselben sind, die auch

Unterscheidungen erlauben, die sich zunehmend vom Status der Person lösen und stattdessen nach Art und Ort der Einkommensbestandteile differenzieren.

⁶⁷ U. Di Fabio Steuern und Gerechtigkeit, JZ 62 (2007), 749–755 (755).

⁶⁸ In dieser Perspektive leidet der demokratische Prozess strukturell an einer übermäßigen Einflussnahme der besser organisierten Gruppen, die durch Lobbyismus vorteilhafte Rechtsvorschriften für ihre Branche herbeiführen können, typischerweise zulasten des Durchschnittsbürgers, vor allem in seiner Rolle als Konsument (M. Olson The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups, 21. Aufl. Cambridge (Mass.) 2003). Die neue Praxis der Beauftragung privater Anwaltskanzleien mit der Ausarbeitung von Gesetzesvorlagen, auch in Sachbereichen, in denen Interessenkonflikte offensichtlich sind (Entwurf eines Gesetzes zur Zwangsverwaltung notleidender Banken) dürfte das Übergewicht unternehmerischer Interessen im Gesetzgebungsverfahren verstärken.

⁶⁹ Das Korrektiv liegt nach dieser Behauptung erstens, *intern*, darin, dass Rechtsetzer, die mit der Abwanderungsdrohung von Produktionsfaktoren konfrontiert sind, weniger anfällig für die Erfüllung von Sonderwünschen seien, und zweitens, *extern*, darin, dass die direkte oder indirekte Rechtswahl mit den Füßen den Bürgern erlaube, schlechtes Recht, insbesondere solches, das Partikularinteressen zulasten der Allgemeinheit befriedigt, *außerhalb* des demokratischen Prozesses abzuwählen.

⁷⁰ Kritisch D. Kiwit/S. Voigt Grenzen des institutionellen Wettbewerbs, Jahrbuch für neue politische Ökonomie 17 (1998), 313 ff. (334); Gerken Wettbewerb der Staaten (Fn. 62), 39.

beim Lobbying im Vorteil sind. Eine Meinungsäußerung hat nämlich umso mehr Gewicht, je glaubhafter die Abwanderungsdrohung ist.⁷¹ Das vergrößert den Einfluss des Kapitals, insbesondere des Finanzkapitals, das viel mobiler ist *und* dessen Stimme dadurch gewichtiger wird.⁷² So gesehen, potenziert der Wettbewerb der Rechtsordnungen die Mängel des demokratischen Prozesses eher als dass er sie ausgleicht.

Zweitens ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen untrennbar mit dem politischen Wettbewerb verknüpft, weil die Reaktionen der Rechtsetzer zwangsläufig in einem politischen Prozess erfolgen. Die Defizite des politischen Prozesses schlagen also auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen durch.⁷³ Deshalb ist das Kompensationsargument teilweise zirkulär.

Im Ergebnis ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht geeignet, um demokratische Defizite des politischen Wettbewerbs zu kompensieren und wirkt somit nicht per se demokratiestärkend. Er riskiert im Gegenteil sogar, das Demokratieprinzip zu verletzen. Denn im Verfahren des Wettbewerbs herrscht keine demokratische Gleichheit unter den auswählenden Personen. Die „Konsumenten-Bürger“, beziehungsweise ihre Einflussmöglichkeiten, sind extrem ungleich. Diese Ungleichheit der Einflussmöglichkeiten stellt ein demokratisches Problem dar, weil die individuelle Rechtswahl einiger Akteure sich wegen der wesensmäßigen Allgemeinheit von Rechtsnormen praktisch immer auf unbeteiligte Normunterworfenen auswirkt.

Diese Ungleichheit verletzt jedoch das Demokratieprinzip nur so lange nicht, wie es beim normativen Vorrang der demokratischen und strikt formal egalitären Verfahren bleibt. Der vom Prinzip der ungleichen Marktmacht beherrschte Wettbewerb der Rechtsordnungen ist somit kein alternatives Verfahren zu demokratischen, allgemeinen und gleichen Wahlen und Abstimmungen.

b) Verlust demokratischer Selbstbestimmung durch Wettbewerb der Rechtsordnungen?

Kritiker des Wettbewerbsparadigmas argumentieren weitergehend, dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen demokratieschädlich sei, weil er die Macht des Parlaments unterminiere.⁷⁴ Genau genommen

⁷¹ Monopolkommission (Fn. 13), 17.

⁷² Sinn Competition (Fn. 9), 60: „Capital, except possibly for corporate capital trapped by divided taxes, will be the big winner of systems competition.“

⁷³ Monopolkommission (Fn. 13), 19.

⁷⁴ Speziell in Deutschland scheint dies eine zentrale Erwägung in der Diskussion um den Steuerwettbewerb zu sein (*Schön* Steuerwettbewerb in Europa (Fn. 58), 352).

sind es aber die globalisierungsinduzierten Ausweichmöglichkeiten der Rechtsunterworfenen, die einen „Sachzwang“ bilden. Dadurch, nicht durch die Etikettierung der Phänomene als Wettbewerb, entstehen Steuerungsverluste.

Zwar bleibt der demokratische Gesetzgeber frei, andere politische Prioritäten zu setzen. Nichts zwingt ihn dazu, im Wettbewerb die Spitzenposition anzustreben.⁷⁵ Jedoch würde eine solche Haltung wegen der damit verbundenen Schmälerung des Handlungsspielraums den Verlust demokratischer Selbstbestimmung verschärfen. Das Abseitsstehen würde die nationalstaatliche Demokratie in ihrer Outputdimension stärker schwächen als das Eintreten in den Wettbewerb.⁷⁶ Eine Stärkung der demokratischen Gestaltungskraft kann vor allem dadurch erzielt werden, dass der Wettbewerb als politische Herausforderung angenommen und rechtlich eingebettet wird.

4. *Wettbewerb der Rechtsordnungen und soziales Prinzip*

Neben dem Demokratieproblem besteht das offensichtlichste Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und sozialem Prinzip.⁷⁷ Auf der

⁷⁵ „Der Primat des Politischen wird durch den Rechtsmarkt ... nicht angetastet.“ Eidenmüller *Recht als Produkt* (Fn. 18), 641–652 (649).

⁷⁶ Vgl. Monopolkommission (Fn. 13), 46: „Letztlich kann sich – trotz aller protektionistischer Bemühungen – eine Volkswirtschaft, die in einem Maße in die Weltwirtschaft integriert ist wie Deutschland, nicht dem Einfluß des Systemwettbewerbs entziehen. Sie kann allenfalls den einsetzenden Wettbewerb verzögern. Besser wäre es, sich nicht gegen den internationalen Wettbewerb abzuschotten, sondern sich rechtzeitig den Herausforderungen zu stellen, um nicht langfristig zurückzufallen.“ (Autoren sind C. C. von Weizsäcker, H. Greiffenberger, W. Haastert, W. Möschel, E. Weber-Braun). Der deutsche Bundespräsident Horst Köhler sagte zur Eröffnung des Deutschen Juristentages 2008, das „zunehmend auch die Rechtssysteme, die staatlichen Rechtsordnungen und Rechtskulturen im weltweiten Wettbewerb“ stünden und fuhr fort: „Alle Erfahrung lehrt: Diesen Wettbewerb besteht am besten, wer ihn unverzagt annimmt und an ihm wächst.“ (Grußwort von Bundespräsident Horst Köhler anlässlich der Eröffnung des 67. Deutschen Juristentages am 23. September 2008 in Erfurt, 1 (auffindbar über [www. Bundespraesident.de](http://www.Bundespraesident.de))). Ein Wiedergewinn von Handlungsspielraum ist nicht zuletzt durch Mitwirkung an internationaler Rechtssetzung und Politik zu erwarten. Man kann dies als Paradox bezeichnen: Eine Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Institutionen, beispielsweise eine Wettbewerbsbehörde, könnte sinnvoll sein um diese Hoheitsrechte nicht faktisch an private Wirtschaftsakteure zu verlieren. Siehe mutatis mutandis für das Steuerrecht Schön *Steuerwettbewerb in Europa* (Fn. 58), 348.

⁷⁷ Siehe für Normierungen des sozialen Prinzips auf internationaler Ebene den UN-Pakt über wirtschaftliche und soziale Rechte; auf nationaler Ebene Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 41 schweizerische BV. Siehe für die EU Art. 3 Abs. 3 EUV nF und Art. 151 ff. AEUV.

einen Seite ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen geeignet, indirekt Wohlstand zu generieren, indem die „Güter“ in diesem Wettbewerb, die Rechtsvorschriften, bedarfsgerechtere und bessere Rahmenbedingungen für wirtschaftliche und damit wohlstandsfördernde Aktivitäten werden.

a) *Vernachlässigung der Interessen und Präferenzen der Schwachen*

Ein sozialstaatliches Problem ist jedoch, dass auf einem Markt die Präferenzen der marktmächtigeren Gruppen immer besser befriedigt werden als die der schwächeren Gruppen. Diejenigen Güter oder Akteure, die gar keine Stimme haben, um ihre Präferenzen zu äußern und zu zahlen, wie die Umwelt, Tiere oder nachfolgende Generationen, werden im reinen Marktmechanismus gar nicht berücksichtigt.

b) *Keine Verteilungsgerechtigkeit*

Hinzu kommt, dass der Wettbewerb keine oder wenig soziale Umverteilung erlaubt. Dies zeigt sich insbesondere im Steuerwettbewerb. Um reichen Steuerzahlern den Anreiz zur Abwanderung in Niedrigsteuerjurisdiktionen zu nehmen, sind Jurisdiktionen geneigt, die Steuern zu senken, wodurch die Umverteilungsmasse verringert wird. Die auf die Abwanderungsgefahr reagierende Verlagerung von direkten auf indirekte Steuern schmälert ebenfalls die Umverteilungsmöglichkeiten.⁷⁸

Allgemein kann zwar die „unsichtbare Hand“ die Individuen dahingehend lenken, dass sie durch Verfolgung ihres Eigennutzes ungewollt das Gemeinwohl fördern.⁷⁹ Aber dieser Marktmechanismus schafft nur

⁷⁸ Hierzu auch Text mit Fn. 88. Als normative Gegensteuer gegen die Unterminierung der staatlichen Kapazität zur Umverteilung mit Mitteln des Steuerrechts bietet sich die Stärkung der direkten Demokratie auf nationaler Ebene an. Die Erfahrung der Schweiz zeigt, dass Bürger Umverteilung eher akzeptieren, wenn sie dabei mitbestimmen konnten. Die prozedurale Fairness stabilisiert die dezentrale Umverteilung (*Feld Steuerharmonisierung* (Fn. 34), 53).

⁷⁹ „[E]very individual ... generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. ... [H]e intends only his own gain, and he is in this, ... led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was not part of his intention. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.“ *A. Smith An Inquiry into the Wealth of Nations*, Buch IV, Kapitel ii, Absatz 9 (hrsg. von R. H. Campbell u.a.), Oxford 1979, 456 (orig. London 1776). „It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages.“ (ebd., Buch I, Kap. ii 2 (26f.)). In der klassischen Formulierung durch Adam Smith erhält der Markt seine spezielle Dignität gerade dadurch, dass er Gemeinwohl ohne Gemeinsinn zu erzeugen

ausgleichende Gerechtigkeit durch Geben und Nehmen, also *justitia compensativa*, nicht austeilende Gerechtigkeit, *justitia distributiva*.⁸⁰ Darin liegt eine Verletzung des Solidaritätsprinzips, das ein spezifischer Bestandteil der Sozialstaatlichkeit ist.

c) *Die Abwärtsspirale*

aa) *Der Vorwurf*

Die gravierendste Bedrohung des sozialen Prinzips scheint in der vielfach befürchteten Abwärtsspirale zu liegen.⁸¹ Das schrittweise Herunterkonkurrieren könnte etwa bei Umweltstandards, Sozialstandards, und im gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz stattfinden. Eine Abwärtsspirale in punkto Steuern würde langfristig zu einer Erosion der Steuerbasis und zu einem Aushungern des Staates führen. Der Staat würde zum einen in die Verschuldung getrieben, womit zukünftige Generationen unfair belastet würden, und zum anderen zur Mindererfüllung und Reduzierung staatlicher Aufgaben, auch im Bereich der Daseinsvorsorge, gezwungen. Langfristig droht nach Ansicht der Kritiker des Wettbewerbs die Selbstzerstörung des steuerfinanzierten Staates.⁸²

bb) *Theoretisches Modell und empirische Realität*

Der berühmte *race to the bottom*⁸³ ist allerdings unter Ökonomen weder als theoretisches Modell⁸⁴ noch als empirische Real-

verspricht. Dies ist der „semantische Coup“ des Liberalismus. Markt und Wettbewerb bilden ein Substitut für Tugend. Der Markt mit Wettbewerb ist ein institutioneller Mechanismus, der Gemeinwohl erzeugt, aber keine Gemeinwohlintention verlangt (F. Nullmeier/T. Pritzlaff *Gemeinsinn durch Konkurrenz*, in: H. Münkler/H. Bluhm (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn: Zwischen Normativität und Faktizität*, Berlin 2002, 187–215, 188).

⁸⁰ Papst Benedikt XVI Encyclica *Caritas in veritate* vom 29. Juni 2009, Rn. 35.

⁸¹ Vgl. in Bezug auf das Gesellschaftsrecht BGH Beschl. vom 3. März 2000, JZ 55 (2000), 903, 904 (Vorlagebeschluss im *Überseering*-Verfahren): „Es ist zu befürchten, dass sich im dergestalt eröffneten ‚Wettbewerb der Rechtsordnungen‘ gerade die Rechtsordnung mit dem schwächsten Schutz dritter Interessen durchsetzen würde (‘race to the bottom‘).“

⁸² Kirchhof *Freiheitlicher Wettbewerb* (Fn. 7), 44.

⁸³ Der Begriff „race to laxity“ wurde 1933 vom US Supreme Court Justice Louis Brandeis in Bezug auf den Wettbewerb der US-Gliedstaaten im Gesellschaftsrecht geprägt: „Companies were early formed to provide the charters for corporations in states where the cost was lowest and the laws least restrictive. The states joined in advertising their wares. The race was not one of diligence, but of laxity.“ US Supreme Court, *Liggett Co. v. Lee* (288 U.S. 517, 558–559 (1933), Fußnoten weggelassen).

⁸⁴ Hierzu grundlegend R. Revesz *Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation*, NYU Law

tät⁸⁵ allgemein anerkannt. Erstens passt die „Race to the bottom“-Hypothese auf einige Rechtsbereiche, etwa das Wettbewerbsrecht,⁸⁶ gar nicht, weil diese keine linearen Standards setzen und somit nicht klar ist, was der „Boden“ ist.

In Rechtsgebieten, in denen ein „Boden“ definierbar ist, ist jedoch keine Abwärtsspirale nachweisbar. So hat im Arbeitsrecht die Verlagerung von Produktionsstandorten in Billigländer nicht zu einer Absenkung der Gesundheits- und Unfallverhütungsstandards in den industrialisierten Staaten geführt. Diese bleiben allein schon dank technischem Fortschritt hoch. Demgegenüber sind im Austauschverhältnis, also in Bezug auf Löhne und Kündigungsschutz, in den Industriestaaten Erosionen spürbar. Diese sind aber multifaktoriell begründet und nicht unbedingt auf außereuropäische Konkurrenz zurückzuführen.⁸⁷

Im Steuerrecht ist keine allgemeine Absenkung der Steuern und keine gesamthafte Minderung der Steuereinnahmen feststellbar, jedoch

Review 67 (1992), 1210–1254. Revesz zeigt, dass Race to the bottom-Argumente von den existierenden Modellen des inter-jurisdiktionellen Wettbewerbs nicht gedeckt sind. Er zeigt auch, dass selbst wenn eine Abwärtsspirale der Umweltstandards stattfände, eine Regulierung auf höherer Normstufe (z.B. im Bundesstaat durch Bundesrecht, oder auf völkerrechtlicher Ebene) keine adäquate Antwort gäbe. Staaten, die darum bemüht sind, Unternehmen anzuziehen würden die Standards in anderen Bereichen absenken.

⁸⁵ Nach Auffassung der Monopolkommission (Fn. 13), 23 wird das Ausmaß der Abwärtsspirale in der öffentlichen Diskussion überschätzt. Zum Steuerwettbewerb in der Schweiz stellt Lars Feld fest: Dieser „hat jedoch weder zu einer absoluten Konvergenz der Durchschnittswerte bei der Einkommenssteuer noch zu einer zu niedrigen Besteuerung gemessen an einem effizienten Niveau öffentlicher Leistungen geführt. Ein ‚race to the bottom‘ kann für die Schweiz nicht festgestellt werden.“ (Feld Steuerharmonisierung (Fn. 34) 5, auch 20).

⁸⁶ Im Wettbewerbsrecht gibt es keinen eindeutigen „minimalen“ und „maximalen“ Schutz, weil dessen Bestimmung vom genauen Ziel des jeweiligen Gesetzes abhängt, das wiederum vom zugrunde gelegten Wettbewerbsbegriff und dem wettbewerbstheoretischen Leitbild bestimmt wird (*J. Bätge Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen?*, Baden-Baden 2009, 71). Die Ziele der existierenden nationalen Wettbewerbsordnungen sind nur teilweise ökonomisch und selbst in diesem Rahmen sehr vielfältig: Funktionsfähiger oder wirksamer Wettbewerb, Gesamtwohlfahrt, Konsumentenwohlfahrt, internationale Wettbewerbsfähigkeit, Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen etc. Daneben verfolgen viele Wettbewerbsgesetze weitere politische und soziale Ziele.

⁸⁷ Vgl. hierzu *J.-F. Stöckli Arbeitsrecht zwischen Vertrag und Gesetzgebung*, in: H. Siegenthaler (Hrsg.), *Wissenschaft und Wohlfahrt*, Zürich 1997, 115–135 (insb. 120–133) zur interkantonalen Konkurrenz im Arbeitsrecht der Schweiz der Gründerjahre.

eine gewisse Tendenz zur Verlagerung von direkten Steuern auf indirekten Steuern, und vom mobilen Kapital auf den eher immobilen Produktionsfaktor Arbeit sowie auf das Grundeigentum.⁸⁸ Dies kann als Reaktion auf den Abwanderungsdruck des Kapitals gedeutet werden.

Eine neue Untersuchung zum universellen Rechtswettbewerb zeigt, dass dieser drei Typen von Ergebnissen zeitigt.⁸⁹ In einigen Bereichen hat sich die Regulierung tatsächlich auf einem niedrigen Niveau eingependelt. Hauptfall für diesen Verlauf sind Arbeits- und Sicherheitsvorschriften auf Schiffen. Dieses Phänomen der Billigflaggen lässt jedoch kaum Rückschlüsse auf andere Rechtsbereiche zu, weil im Bereich der Schifffahrt gar kein territorial gebundener Produktions- bzw. Dienstleistungsort existiert und die Besatzungsmitglieder universell mobil sind.⁹⁰

Ein anderer Verlauf des Rechtswettbewerbs ist die Einigung auf einen höheren gemeinsamen Nenner, der sogenannte „race to the top“. Dies ist international etwa mit dem Montrealprotokoll zum Schutz der Ozonschicht geschehen.⁹¹

Der dritte, weitaus häufigste Verlaufstyp des Regulierungswettbewerbs ist die Persistenz von Heterogenität der Standards trotz Wettbewerb. In weiten Regulierungsfeldern ist das der Fall, vom Recht der unlauteren Werbung bis zum Tierschutz. Dies gilt auch regional, wie das Beispiel der Schweiz zeigt. Seit Gründung des schweizerischen Bundesstaates 1848 herrscht in Bezug auf zahlreiche reglementierte Berufe immer

⁸⁸ Zur Nichtnachweisbarkeit der Abwärtsspirale und zur Verlagerung der Steuereinnahmen *V. Curzon-Price* Fiscal Competition and the Optimization of Tax Revenues for Higher Growth, in: Bergh/Höijer (Fn. 17), 155–182.

⁸⁹ *D. D. Murphy* The Structure of Regulatory Competition, Oxford 2004.

⁹⁰ Außerdem sind die Billigflaggen weniger ein Problem der Inhalte oder „Höhe“ der Schutz- und Sicherheitsstandards, sondern der Durchsetzung. Die meisten Billigflaggenstaaten sind an Verträge der internationalen Maritim-Organisation gebunden, sie setzen sie „nur“ nicht richtig um. Dementsprechend setzen alle Abhilfestrategien bei der Durchsetzung an. Erstens wird ein „genuine link“ zwischen dem Flaggenstaat und dem Schiff gefordert und zweitens wird Schiffen unter bestimmten Flaggen der Zugang zu gewissen Häfen verboten. Eine andere Frage sind auch in diesem Rechtsbereich niedrigere Steuern sowie niedrige Löhne. Hier ist eine Abwärtsspirale zu beobachten, zumal traditionelle Seefahrernationen versuchen, die Rückfluggung mit Steuervergünstigungen speziell für Reeder zu erreichen. Zum ganzen *D. König* Flags of Convenience, Max Planck Encyclopedia of International Law 2009 (www.mpepil.com).

⁹¹ Montrealer Protokoll über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen vom 16. September 1987, Neufassung in BGBl. 2003 II, 346. Im innerstaatlichen Bereich wird der „California effect“ der Einführung höherer Abgasgrenzwerte in allen US-Bundesstaaten und auf Bundesebene nach kalifornischem Vorbild genannt.

noch ein Wettbewerbsföderalismus mit Freizügigkeit und gegenseitiger Anerkennung der kantonalen Standards.⁹² Hier findet kein „race to the bottom“ statt.⁹³ Die Dichte und Art der kantonalen Vorschriften über Diplome, Ausbildungsnachweise und Polizeibewilligungen für die Berufsausübung hängt offenbar stark von anderen Faktoren, etwa dem Einfluss lokaler Interessengruppen und vor allem von regionalen kulturellen Werten ab.⁹⁴ Beispielsweise sind Berufe im protestantischen Appenzell Ausserrhoden viel weniger reguliert als im katholischen Appenzell Innerrhoden, obwohl Faktorenmobilität zwischen den beiden direkt benachbarten Kantonen und damit Rechtswettbewerb besteht.⁹⁵

Im Ergebnis ist also im Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht per se die Abwärtsspirale angelegt und damit auch nicht per se eine Gefährdung sozialer (und ökologischer) Prinzipien.

5. *Wettbewerb der Rechtsordnungen und Gemeinwohl*

Der zentrale Einwand gegen die Zulassung eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen ist die Gefahr der Vernachlässigung des Gemeinwohls.⁹⁶ Denn im Wettbewerb konzentriert sich der Anbieter für sein Produktdesign auf die Bedürfnisse der Kunden und versucht spezifische Kundengruppen zu befriedigen.

Aber steht eine nachfrageorientierte Ordnung wirklich einer gemeinwohlorientierten Ordnung entgegen? Es läge kein Widerspruch vor, wenn sich das Gemeinwohl aus der Summe der geäußerten individuellen Präferenzen ergäbe, wie der Utilitarismus annimmt.⁹⁷ Jedoch kann

⁹² Für zahlreiche Berufe im Gesundheits-, Gewerbe-, Dienstleistungs- und juristischen Sektor sind die Ausbildungsnachweise nach wie vor kantonal geregelt, oder es existieren ohne spezifisches Ausbildungserfordernis kantonale Bewilligungspflichten.

⁹³ A. De Chambrier Die Verwirklichung des Binnenmarktes bei reglementierten Berufen, Grundlagenbericht zur Revision des BGBM (Bundesgesetz über den Binnenmarkt) seco – Staatssekretariat für Wirtschaft (2003).

⁹⁴ L. Feld Regulatory Competition and Federalism in Switzerland (Fn. 36), 24. Die Entwicklung der 1990er Jahre zeigt für die Schweiz auch nicht, dass „mimicking behaviour“ (also im Bereich des Rechts die Rezeption) eine große Rolle spielt (ebd.).

⁹⁵ Ebd., 23.

⁹⁶ Siehe P. Kirchhof (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, Tübingen 2005. Das Bundesverfassungsgericht erblickt den „Zweck des Staates“ in der „Wahrung des Gemeinwohls ... in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen“ und betont, „daß alle Staatsgewalt ... am Wohl aller Bürger ausgerichtet zu sein hat.“ BVerfGE 42, 313, 332 (1976); 44, 125, 141 f. (1977).

⁹⁷ So J. Bentham An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, New York 1948 (orig. 1789). Chap. I, Sec. IV (S. 3): „The interest of the community then is, what? – the sum of the interests of the several members who compose it“.

das Ziel, den Willen bzw. die Präferenzen der Kollektivmitglieder in demokratischen Entscheidungsverfahren zu repräsentieren und zugleich die Verteilung der individuellen Präferenzen verfälschungsfrei abzubilden, nicht verwirklicht werden. Es ist nach dem Arrow-Theorem logisch unmöglich, kollektive Entscheidungsverfahren zu finden, die minimalen Anforderungen an demokratische Verfahren näherungsweise genügen und gleichzeitig widerspruchsfrei sind. Es gibt in diesem Sinne keine „Wohlfahrtsfunktion“.⁹⁸ Das heißt, die Verfolgung von Gemeinwohlzielen kann sich schon aus logischen Gründen nicht auf die Befriedigung geäußerter (durch „Zahlungsbereitschaft“ signalisierter) individueller Präferenzen der „Nachfrager“ beschränken.⁹⁹

Damit stehen Erwägungen des Gemeinwohls zwischen denen der Effizienz und der Gerechtigkeit. Einerseits gehen sie von tatsächlichen partikularen Präferenzen aus, andererseits lassen sie auch den Vorrang des Gesamtinteresses eines bestimmten Kollektivs zu.¹⁰⁰ Genau diese Spannungslage zwischen der individuellen Präferenzsouveränität und dem Kollektivinteresse charakterisiert den Gemeinwohlbegriff. Deshalb kommt es auf die Verfahren zur Auflösung dieser Spannungslage im konkreten Fall an.¹⁰¹

Der reine Wettbewerb ist kein geeignetes Verfahren für diese Auflösung. Denn der Wettbewerb schafft lediglich eine vorteilhafte Rechtsordnung für betroffene marktmächtige Individuen im Licht der von diesen tatsächlich verfolgten Ziele und Interessen, gleichgültig worin diese bestehen mögen. Das heißt, der Wettbewerb der Rechtsordnungen muss durch andere Steuerungsmechanismen ergänzt und gegebenenfalls korrigiert werden, um eine Rechtsordnung im Sinne des Gemeinwohls zu schaffen.¹⁰²

⁹⁸ K. J. Arrow *Social Choice and Individual Value*, 2. Aufl. New Haven (Conn.) u. a. 1963 (orig. 1951).

⁹⁹ Gemeinwohlsentscheidungen können aber, auch ohne auf das behauptete „Wohl“ einer nicht existenten überindividuellen Wesenheit wie „Allgemeinheit“ oder „Gesellschaft“ zurückgreifen zu müssen, die Befriedigung vermuteter weitgehend geteilter Interessen und Bedürfnisse anstreben. Vgl. A. Weale *Public Interest*, in: E. Craig (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Vol. 7, London u. a. 1998, 832 ff. (834)

¹⁰⁰ P. Koller *Das Konzept des Gemeinwohls. Versuch einer Begriffsexplikation*, in: W. Brugger u. a. (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden 2002, 41–70 (50–52). Siehe auch C. Engel *Offene Gemeinwohldefinition*, *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 ff.

¹⁰¹ Anerkannte formale Prinzipien zur Gewährleistung der Produktion fairer Gemeinwohlsentscheidungen sind der Grundsatz der Neutralität, der Selbstlosigkeit und Begrenzung (der Amtsgedanke), die ex ante Festlegung von Kompetenzen und Verfahren sowie Kontrolle und Transparenz.

¹⁰² Vgl. Grzeszick *Hoheitskonzept* (Fn. 8), Rn. 17.

V. Einbettung des Rechtsordnungswettbewerbs in eine Metaordnung

Die Bewertung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen anhand von Verfassungsmaßstäben ist gleichermaßen die Leitlinie für die rechtspolitische Antwort auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen, also Leitschnur für seine normative Einbettung.¹⁰³

1. Kein explizites oder implizites Rechtswettbewerbsgebot

Der Wettbewerb ist kein Selbstzweck.¹⁰⁴ Es ist auch keine Rechtspflicht zur Zulassung oder Förderung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen aus allgemeinen Prinzipien ableitbar. Weder die staatliche Souveränität, noch bundesstaatliche Bestandsgarantien der Länder,¹⁰⁵ noch das Subsidiaritätsprinzip,¹⁰⁶ noch die europäischen Grundfreiheiten¹⁰⁷ samt Ursprungslandsprinzip, noch die Privatautonomie¹⁰⁸ kön-

¹⁰³ Vgl. *Gerken/Märkt/Schick* Steuerwettbewerb (Fn. 58), 272.

¹⁰⁴ Der Wettbewerb darf nicht den Charakter einer Ersatzreligion annehmen. Vgl. kritisch *Stürmer* Markt und Wettbewerb über alles? (Fn. 12), 88 und 143: Es gebe gegenwärtig keine Gesamtkonzeption, welche die westliche Zivilisation stärker prägen würde. Sie nehme den Charakter eines geschlossenen Weltbildes und Handlungskonzeptes an und werde damit zur Ideologie. Die Letztverbindlichkeit marktmäßiger Dezision werde wie ein unabwendbares Schicksal nicht mehr hinterfragt.

¹⁰⁵ Siehe Art. 79 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 3 Satz 4 GG; Art. 53 schweizerische BV; Art. 4 sec. 3 der US-amerikanischen Verfassung.

¹⁰⁶ Siehe jedoch für das Subsidiaritätsprinzip als „Forderung nach einem Maximum an Wettbewerb zwischen den Jurisdiktionen“ *W. Kerber* Zum Problem einer Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb, *Jahrbuch für neue politische Ökonomie* 17 (1998), 199 ff. (207).

¹⁰⁷ Hierzu *W. Mussler* Systemwettbewerb als Integrationsstrategie der Europäischen Union, in: M. E. Streit/M. Wohlgemuth (Hrsg.), *Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie*, Baden-Baden 1999, 71–102; *J. P. Terhechte* Wettbewerb der Regulierungen als Integrationsstrategie der Europäischen Union?, in: Scherzberg u.a. (Hrsg.), *Dimensionen des Wettbewerbs – Europäische Integration zwischen Eigendynamik und politischer Gestaltung*, Tübingen 2009, 74–98. Prägnant *I. E. Schwartz* Rechtsangleichung und Rechtswettbewerb im Binnenmarkt – Zum europäischen Modell, *EuR* 42 (2007), 194 (206): Der Wettbewerb der mitgliedstaatlichen und europäischen Rechtsordnung ist nur eine „tatsächliche, gemeinschaftsrechtlich durch das aus der Grundfreiheit fließende Anerkennungsprinzip ermöglichte Erscheinung, nicht eine Institution oder ein Instrument des Gemeinschaftsrechts.“

¹⁰⁸ Die Privatautonomie rechtfertigt zwar nach kontinentaleuropäischer Auffassung die Wahlfreiheit im internationalen Privatrecht und damit eine der Funktionsbedingungen des legislatorischen Wettbewerbs (siehe unten Fn. 122). Diese Rechtfertigung trägt jedoch nur so weit wie keine Drittinteressen berührt werden, was beim Erlass von Normen zwangsläufig der Fall ist.

nen als Wettbewerbsgebote aufgefasst werden. Diese Prinzipien sind lediglich Bedingungen der Möglichkeit des Rechtswettbewerbs, aber nicht sein normativer Grund. Die Gebotenheit der normativen Einbettung des Wettbewerbs ergibt sich somit nicht aus einer rechtskräftigen Pflicht zum Wettbewerb.

2. *Gewährleistung und Kanalisierung des Rechtswettbewerbs nur als Sekundärziel*

Nur insoweit der Rechtswettbewerb tatsächlich Freiheitsräume sichert, Defizite des demokratischen Prozesses ausgleicht und Wohlstand schafft, kann er als Legitimationsprinzip zweiter Ordnung angesehen werden, an dem sich die Rechtspolitik ausrichten darf.¹⁰⁹ Damit habe ich die eingangs gestellte zweite Kernfrage, ob nämlich die Förderung eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen eine normative Leitschnur für den nationalen und übernationalen Gesetzgeber und für andere staatliche Tätigkeit sein darf, positiv beantwortet.

De lege ferenda sollte also die (Meta-)Rechtsordnung¹¹⁰ so ausgestaltet werden, dass der Wettbewerb entfaltet, aber auch gesteuert, kanalisiert und unter Umständen reduziert wird, um dessen positive Auswirkungen auf die genannten Verfassungsprinzipien zu stärken und die negativen einzudämmen. Ziel ist also die Schaffung einer „Wettbewerbsordnung“ im Sinne *Walter Euckens*.¹¹¹

Diese Ordnung benötigt zwei Gruppen von Metaregeln: Erstens solche, die den Wettbewerb der Rechtsordnungen ermöglichen, seine Existenz sichern und ihn gegebenenfalls steigern. Diese Normengruppe kann als wettbewerbskonstitutives Recht bezeichnet werden. Die

¹⁰⁹ Selbstverständlich rechtfertigt der Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht ohne weiteres neue Rechtsregeln und -instrumente, die ansonsten rechts- oder verfassungswidrig wären.

¹¹⁰ Der in der deutschsprachigen ökonomischen Literatur eingebürgerte Ausdruck der Metaordnung impliziert nicht, dass diese Rechtsvorschriften schwächer oder nicht positiviert wären, sondern soll lediglich verdeutlichen, dass diese Vorschriften auf einer anderen Ebene liegen als diejenigen Vorschriften, die den Gegenstand des Wettbewerbs bilden. Die bisher rudimentär existierende Metaordnung stammt aus einem Mehrebenen-Normenbestand, nämlich aus dem nationalen IPR, den Staatsverfassungen und aus dem Völkerrecht. Die Besonderheit dieser Normen ist jedoch, dass sie von den Wettbewerbsteilnehmern selbst, den Staaten, gesetzt werden. Es handelt sich nicht um heteronome Bindungen, wie sie den privaten Marktteilnehmern im Güterwettbewerb vom Staat oder von der EU auferlegt werden.

¹¹¹ *W. Eucken* Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. Tübingen 1990 (1952), 245–250.

zweite Normengruppe besteht aus Regeln, die den schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs des Rechts so weit wie möglich gegensteuern. Das Regelungsziel dieser Wettbewerbsordnung muss die weitestmögliche Verhinderung eines „unfairen“ Wettbewerbs der Rechtsordnungen sein, wobei die „Unfairness“ sich anhand der national und übernational akzeptierten Verfassungsprinzipien bemisst.

3. *Die wettbewerbskonstitutive Metaordnung*

Die wettbewerbskonstitutive Ordnung muss erstens Regeln für den Parallelprozess, also für das Verhältnis der verschiedenen Anbieter von Recht enthalten. Hierzu gehören etwa die Garantien der Vielfalt der Rechtssetzer¹¹² und die Gewähr von Rechtssetzungskompetenzen.¹¹³

Zweitens müssen im Austauschverhältnis die bereits im analytischen Teil angesprochenen direkten *und* indirekten Rechtswahlmodalitäten gewährleistet sein,¹¹⁴ also vor allem demokratische Abstimmungen, Abwanderungsfreiheit, Rechtswahlfreiheit im IPR¹¹⁵ und Warenverkehrsfreiheit.

Im internationalen Recht ist die Personenfreizügigkeit nicht gewährt. Und der Waren- und Dienstleistungsverkehr ist trotz WTO nur teilweise,¹¹⁶ der Kapitalverkehr noch weniger liberalisiert.¹¹⁷ Somit fehlen

¹¹² Souveränitätsprinzip und bundesstaatliche Bestandesgarantien, siehe oben Fn. 105.

¹¹³ Siehe hierzu oben Fn. 22.

¹¹⁴ Siehe hierzu oben Teil III.

¹¹⁵ Man könnte überlegen, ob das IPR weitergehend harmonisiert werden sollte, um eine erleichterte „Mobilität rechtlicher Regelungen“ und damit bessere Bedingungen für den Wettbewerb des Rechts zu gewährleisten (C. Kirchner Zur Ökonomik des legislatorischen Wettbewerbs im europäischen Gesellschaftsrecht, FS Immenga, 2004, 607 ff. (614–5)). Allerdings sind die praktischen Schwierigkeiten der Zentralisierung von Kollisionsnormen enorm. Die Einsparungen wären demgegenüber gering, weil die Anwendung ausländischen Rechts relativ billig ist. Der eigentliche Transfer einer Rechtsnorm kostet gar nichts, es müssen nur die Friktionskosten wie der Rechercheaufwand für die Gerichte, die das fremde Recht auslegen und anwenden müssen, in Rechnung gestellt werden. Im Ergebnis dürfte sich also die Harmonisierung des Kollisionsrechts kaum lohnen.

¹¹⁶ GATT und GATS haben im Wesentlichen nur nichttarifäre Barrieren der Mobilität beseitigt, andere – wie die Zölle – werden aufgrund von Aushandlungsprozessen schrittweise herabgesetzt. Auch bleiben mobilitätshindernde Maßnahmen zum Schutz nationaler öffentlicher Interessen erlaubt (Art. XX GATT, Art. XIV GATS).

¹¹⁷ Der internationale Kapitalverkehr ist, bis auf den Zahlungsverkehr, nicht frei. Kraft ihrer Souveränität dürfen die Nationalstaaten ihn beschränken (vgl. z.B. den Vorbehalt staatlicher Regulierungsbefugnisse in Art. IV(1) und (3) IWF-Abkommen).

zentrale wettbewerbskonstituierende Rechtsbedingungen teilweise auf internationaler Ebene.

Innerhalb der EU und der assoziierten Schweiz¹¹⁸ ist eine „Entry-/exit-Ordnung“ durch die Grundfreiheiten erst gewährt,¹¹⁹ seitdem diese als Beschränkungsverbote aufgefasst werden. Zunächst garantierten die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote nicht ohne weiteres Mobilität, denn es mussten kumulativ die Standards des Herkunftslandes und des Ziellandes eingehalten werden. Jedoch stellen die zur Sicherung zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls erlaubten mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten nach wie vor Mobilitätshindernisse dar, die ihrerseits den Wettbewerb der Rechtsordnungen behindern.¹²⁰ Darüber hinaus schaltet die europäische Rechtsharmonisierung den Wettbewerb der Rechtsordnungen aus, so weit sie reicht. Damit ist ein Wettbewerb des Rechts in der EU nur ein „Residuum, die ‚Restmenge‘ dessen, was den Mitgliedstaaten unter Beachtung der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote einerseits und der Rechtsangleichung andererseits an eigenem Regelungsspielraum verbleibt.“¹²¹

Im Ergebnis liegt in Bezug auf die Bedingungen der Rechtsdiversität und der Faktorenmobilität ein Zielkonflikt vor. Die Diversität der Rechtsordnungen ist die Voraussetzung des Rechtswettbewerbs. Andererseits ist genau diese Diversität ein Mobilitätshindernis, wobei Mobilität ihrerseits ebenfalls eine Voraussetzung des Rechtswettbewerbs ist. Es ist unmöglich, gleichzeitig beide Funktionsbedingungen zu optimie-

Nach Art. XXX (d) IWF-Abkommen ist allein der Zahlungsverkehr (nicht die sonstigen Kapitalflüsse) privilegiert. Auch die WTO sieht keine allgemeine Liberalisierung des Kapitalverkehrs vor, sondern nur des Zahlungsverkehrs (Art. XI GATS). Siehe aus der Literatur *M. Ruffert* Free Flow of Capital, Max Planck Encyclopedia of International Law 2009 (www.mpepil.com).

¹¹⁸ Die Personenfreizügigkeit ist durch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681) garantiert. Siehe zur autonomen Übernahme des Ursprungslandsprinzips für technische Vorschriften durch die Schweiz, samt der „Cassis de Dijon“-Ausnahme zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen die Änderung des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 25. Juni 2009, BBl. 2009, 4463 (Einfügung von Art. 16a THG).

¹¹⁹ Hierzu *Schwartz* Rechtsangleichung und Rechtswettbewerb im Binnenmarkt (Fn. 107).

¹²⁰ Siehe exemplarisch für die Warenverkehrsfreiheit Art. 36 AEUV (ex-Art. 30 EGV) sowie EuGH, Rs. 120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649.

¹²¹ *Teichmann* Gesellschaftsrecht (Fn. 52), 383.

ren, volle Rechtsdiversität und ungehemmte Mobilität. Die Verbesserung der einen Bedingung muss zwangsläufig in Abstrichen an der anderen bestehen.

4. (Wieder-)Beschränkung der Wahlmodalitäten?

Die zweite Normengruppe zur Steuerung des Rechtswettbewerbs sind rechtliche Schranken gegen unlauteren, exzessiven und sonst schädlichen Wettbewerb der Rechtsordnungen. Ich konzentriere mich auf zwei denkbare Hauptstrategien: Erstens die (Wieder-)Beschränkung der Wahlmodalitäten und zweitens Lauterkeitsregelungen.

Die Modalitäten der direkten und indirekten Rechtswahl fließen teilweise aus unabdingbaren Freiheitsverbürgungen. So gilt die kollisionsrechtliche Wahlfreiheit, vor allem im Vertragsrecht, in Kontinentaleuropa als Ausdruck der materiellrechtlichen Privatautonomie und der allgemeinen bürgerlichen Freiheit,¹²² als völkergewohnheitsrechtlich geboten¹²³ und neuerdings sogar als notwendige Konsequenz der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts.¹²⁴

Anders sehen dies die Common law-Tradition¹²⁵ und die französische Schule der objektiven Vertragsanknüpfung.¹²⁶ Aus letzterer beider Sicht dürften die kollisionsrechtlichen Wahlmöglichkeiten theoretisch wieder eingeschränkt werden, was allerdings dem aktuellen Trend genau entgegen liefe.

¹²² Dezidiert Institut de droit international, Resolution „L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privés“ vom 31. August 1991, erhältlich über www.idi-iil.org.

¹²³ J. Kropholler Internationales Privatrecht, 6. Aufl. Tübingen 2006, 295–297.

¹²⁴ Tatsächlich erleichtert die Möglichkeit der einheitlichen Unterstellung unter ein Recht den Unternehmen die Mobilität. Jedoch ist die Rechtswahl einer „Verkaufsmodalität“ im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung vergleichbar. Eine Beschränkung der Rechtswahlfreiheit ist insofern nicht immer auch eine potentielle Beschränkung der Grundfreiheiten (S. Leible Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, FS Jayme, 2004, 485 (502)).

¹²⁵ Im common law wurde die Parteifreiheit erst mit der europäischen Vereinheitlichung des IPR sowohl für die materielle Rechtswahl als auch für die Wahl des Gerichtsstandes akzeptiert. A. Mill The Confluence of Public and Private International Law, Cambridge 2009, 292–93.

¹²⁶ Siehe für den Vorrang einer objektiven Anknüpfung des Vertragsrechts grundlegend H. Battifol Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, Mélanges J. Maury, Paris 1960, Bd. 1, 39–58. Diese Kontroverse ist durch die „Rom I“-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 (ABl. L 177/6) weitgehend entschieden (siehe Art. 3 der VO)).

Bei der Rechtswahlmodalität „exit“ müssen die beiden Varianten und ihre Wahrnehmung durch natürliche und juristische Personen unterschieden werden. Die erste Variante, der Wechsel der Nationalität natürlicher Personen, also der Austritt von Bürgern aus dem staatlichen Personenverband, darf trotz der Ausrichtung der Staatsangehörigkeit auf Dauerhaftigkeit in einer offenen Gesellschaft nicht kategorisch verboten werden.¹²⁷ „Offenheit“ verlangt jedoch keinesfalls, dass natürliche Personen ihre Staatsangehörigkeit beliebig austauschen können. Einschränkungen der Wahlmöglichkeit, sowohl von Seiten des entlassenden Staates als auch von Seiten des naturalisierenden Staates, insbesondere durch das Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer und Wohnsitz im neuen Staat, sind zulässig.¹²⁸

Der „exit“ durch Auswanderung (ohne Wechsel der Staatsangehörigkeit) ist ebenfalls als Grund- oder Menschenrecht garantiert,¹²⁹ und innerhalb Europas außerdem als europäische Grundfreiheit (Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit). Ausreiseverbote für natürliche Personen im Stil der früheren DDR sind als Vernichtungen dieses Rechts klare Menschenrechtsverletzungen.

Eine andere Frage ist die Zulässigkeit indirekter Einschränkungen des Grundrechts beziehungsweise der Grundfreiheiten, wie sie etwa in der Auferlegung einer Wegzugssteuer liegt.¹³⁰ Hier müsste zum einen diskutiert werden, ob eine derartige Steuer steuersystemkonform angeknüpft werden könnte.¹³¹ Die verfassungs- und völkerrechtliche Frage

¹²⁷ Art. 15 Abs. 2 Allgemeine Menschenrechtserklärung vom 10. Dezember 1948: Es darf niemandem „das Recht versagt werden, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln.“ In diesem Sinne auch Art. 8 der Europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit vom 6. November 1997, ETS Nr. 166.

¹²⁸ Auch der Wechsel des Personalstatuts juristischer Personen darf eingeschränkt werden (siehe zu Nationalität und Gesellschaftsstatut von Gesellschaften oben Fn. 40). Die Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere Gesellschaftsform, die dem Recht eines zweiten Mitgliedstaates unterliegt, kann von diesem zweiten Staat selbstverständlich reguliert werden (vgl. obiter dictum in EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio* (Fn. 41), Rn. 111f.)

¹²⁹ Art. 13 Abs. 2 Allgemeine Menschenrechtserklärung; Art. 12 IPBürg; Art. 2 Abs. 2 des Prot. Nr. 4 zur EMRK.; Art. 2 Abs. 1 GG und BVerfGE 6, 32 (36) (1957) – *Elfes*.

¹³⁰ Beispiele sind die russische „Diplomsteuer“; die „Bhagwati“-Steuer zur Abgeltung des „brain drains“ aus Entwicklungsländern sowie die „exit-taxes“ einiger Staaten (hierzu *W. Schön* Steuerstaat und Freizügigkeit, in: Becker/Schön (Fn. 17), 41 ff. (46–50) mwN).

¹³¹ Hierzu ebd. 60–74. Eine Anknüpfung an die der Auswanderung vorausgehende Infrastrukturnutzung oder den Bezug von Sozialleistungen erscheint nicht steuersystemkonform, weil sie dem Prinzip der Gegenleistungsfreiheit der Steuer zuwiderliefe.

ist, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Konstellationen die in einer solchen Steuer liegende Grundrechts- oder Grundfreiheitseinschränkung als Verteidigungsmaßnahme im Wettbewerb der Rechtsordnungen insbesondere bei den hier viel relevanteren juristischen Personen zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen ausnahmsweise rechtfertigbar wäre.¹³²

Man könnte weitergehend argumentieren, dass der selektive „exit“ von mehr oder minder virtuellen Teilen von Grossunternehmen, um Steuern zu sparen, gar nicht im Schutzbereich der Ausreisefreiheit, Wirtschafts-, Vertrags- oder Niederlassungsfreiheit liegt. Schließlich könnten derartige Konzerngestaltungen eventuell als Grundrechts- beziehungsweise Grundfreiheitsmissbrauch qualifiziert werden.¹³³

Diese Strategien sind jedoch in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht schwer realisierbar, unabhängig von ihrer ökonomischen Vernunft oder Unvernunft. Der Fokus sollte darauf gerichtet werden, den Anreiz zur Abwahl der Rechtsordnung zu vermindern, und dies bedeutet im Prinzip, sich dem Wettbewerb der Rechtsordnungen zu stellen.

5. Identifikation unlauterer Regulierungspraktiken

Die in praxi bedeutsamste Strategie zur Kanalisierung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen sind die Lauterkeitsregeln. Diese setzen

Eine Auferlegung von Steuern allein in Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ist völkerrechtlich problematisch und müsste gleichmäßig erfolgen (d.h. nicht nur Emigranten auferlegt werden).

¹³² Nach EuGH, Rs. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie de Sillant*, Slg. 2004, I-2409, Rn. 38–54 schränkte die französische Besteuerung noch nicht realisierter Wertsteigerungen von Wertpapieren allein bei Verlegung des Steuerwohnsitzes ins Ausland die Niederlassungsfreiheit unzulässig ein. Das Ziel der Verhinderung von Steuerflucht kann durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden, z. B. durch die Besteuerung dann, wenn ein Steuerpflichtiger nach einem kurzen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat in seinen Heimatstaat zurückkehrt (Rn. 54). Eine solche Art Wegzugssteuer wäre also mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Die dogmatische Strukturverschiedenheit der Grundfreiheiten im Vergleich zum Grundrecht auf Auswanderung spielt an dieser Stelle wohl keine Rolle.

¹³³ Siehe aber EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes v. Commissioners of Ireland Revenue*, Urteil vom 12. September 2006 (Grosse Kammer), Rn. 35–38: Die Gründung einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat um in den Genuss seiner günstigen (Steuer-)rechtslage zu kommen, ist für sich allein *kein* Missbrauch der Niederlassungsfreiheit. Nach EuGH, *Centros* (Fn. 41), Rn. 27, stellt es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts dar, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm größere Freiheit lassen.

eine Vorstellung dessen voraus, welche Wettbewerbshandlungen von Rechtsanbietern unlauter sind. Um dies zu bestimmen, muss man sich über die Schutzgüter klar werden. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind die Schutzgüter die bereits genannten Verfassungsgüter.

a) „Schädlicher“ Steuerwettbewerb

Unlautere Regulierungspraktiken sind bisher vor allem in Bezug auf den Wettbewerb der Steuervorschriften diskutiert worden.¹³⁴ Im Rahmen der OECD¹³⁵ und in der EU¹³⁶ wurden Ende der 1990er Jahre

¹³⁴ W. Müller Funktionsfähiger Steuerwettbewerb – zur Notwendigkeit, Ausgestaltung und Durchsetzung einer internationalen Steuerwettbewerbsordnung, Marburg 2004. Siehe aus der Staatenpraxis zur Abwehr von „unfairer“ Steuerwettbewerb die hierauf gerichteten Klauseln in Doppelbesteuerungsabkommen, z.B. Art. 28 Abs. 2 des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland – Österreich vom 24. August 2000: „Der Ansässigkeitsstaat ist berechtigt, seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Abwehr von Steuerumgehungen anzuwenden, um missbräuchlichen Gestaltungen oder unfairer Steuerwettbewerb zu begegnen.“

¹³⁵ Siehe OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Paris OECD 1998. Die OECD unterscheidet zwischen Steueroasen („tax havens“) und (nur) „schädlichen Vorzugssteuersystemen“ („harmful preferential tax regimes“). Steuerregime, welche mehrere oder alle der in Fn. 137 genannten Merkmale aufweisen, sind nach Auffassung der OECD schädlich, weil dadurch Finanz- und Realkapitalströme verzerrend umgelenkt werden, weil die Integrität und Fairness der Besteuerungssysteme untergraben werde (m.E. ein zirkuläres Argument), weil die Steuermoral herabgesetzt werde, weil die von einigen Staaten gewünschte Progression und Umverteilung beeinträchtigt werde, weil eine unerwünschte Verlagerung der Steuerlast auf immobile Steuerfaktoren bewirkt werde, weil der von anderen Staaten gewünschte Besteuerungsmix zwangsweise aufgegeben werden müsse und weil der Verwaltungsaufwand erhöht werde (OECD 1998, Rn. 23 und 30). Auch seien die Unternehmen und in einem weiteren Sinne auch die unfairen Staaten Trittbrettfahrer bei der Nutzung öffentlicher Güter, die in den fair besteuerten Staaten geschaffen wurden (ebd., Rn. 24f.). In der Folge wurden im Rahmen des „OECD Project on Harmful Tax Practices“ laufend Fortschrittsberichte veröffentlicht (von 2000, 2001, 2004 und 2006). Siehe auch „Overview of the OECD’s Work on Countering International Tax Evasion“ vom 16. September 2009.

¹³⁶ Schlussfolgerungen des Rates „Wirtschafts- und Finanzfragen“ vom 1. Dezember 1997 zur Steuerpolitik (ABl. EG 1998/C 2/01 f.); Anhang 1: Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten vom 1. Dezember 1997 über einen Verhaltenskodex für Unternehmensbesteuerung (ABl. EG 1998, C 2/02 ff.). In der Literatur G. Larbig Der EU-Verhaltenskodex zur Unternehmensbesteuerung: Kodex und OECD-Report im Vergleich, in: W. Müller u. a. (Hrsg.), Regeln für den europäischen Systemwettbewerb: Steuern und soziale Sicherungssysteme, Marburg 2001, 217–233. Siehe ferner Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (1999), Reform der Kapitaleinkommensbesteuerung (Gutachten), Bonn 1999, Teil E „unfairer Steuerwettbewerb“, 29–31.

Maßnahmepakete gegen sogenannten schädlichen Steuerwettbewerb entworfen.¹³⁷

Bei der rechtlich kaum fassbaren Bestimmung von „schädlichen“ Steuerregimen geht es letztlich um die Festlegung einer Grenze, an welcher die legitime Ausübung der Steuersouveränität, die ein Reflex auch kulturell bedingter unterschiedlicher Auffassungen über Besteuerung ist, in ein unlauteres „Wildern“ in fremden Steuergründen umschlägt. Diese Grenze muss anhand diverser Faktoren bestimmt werden, wobei die bisher von der OECD und der EU formulierten Kriterien nur einen ersten Ansatz¹³⁸ bilden. Des Weiteren muss berücksichtigt werden, dass es unterschiedliche Grade der Schädlichkeit gibt, und dass auch Rechtfertigungsgründe für gewisse steuerliche Maßnahmen in Betracht kom-

¹³⁷ Der OECD-Bericht und ähnlich der europäische Verhaltenskodex definieren schädliche Vorzugssteuerregime durch vier Schlüsselmerkmale (OECD 1998 (Fn. 135), Rn. 57–84; Zusammenfassung der vier Schlüsselfaktoren in ebd., 27, Kasten II): Erstens niedrigere als die übliche oder gar keine Besteuerung; zweitens Abschirmung der steuerbegünstigenden Aktivitäten vom heimischen Markt; drittens mangelnde Transparenz der Regelungen und viertens kein Austausch effektiver Informationen mit ausländischen Steuerbehörden. (Siehe zum letzten Kriterium die ablehnenden Stellungnahmen der Schweiz und Luxemburg im Anhang des OECD-Berichts 1998, 76 ff.) Eine Steueroase zeichnet sich laut OECD zusätzlich dadurch aus, dass ihre Rechtsordnung kein Erfordernis einer substantiellen ökonomischen Tätigkeit im betreffenden Staat aufstellt (Zusammenfassung der Schlüsselkriterien für eine Steueroase in OECD 1998, 23, Kasten I). Die OECD nennt weiter folgende (Hilfs-)kriterien für die Feststellung, ob eine Steuerrechtsordnung „schädlich“ ist: Künstliche Definition der Steuerbemessungsgrundlage; Nichtbefolgung internationaler Verrechnungspreissystemprinzipien; Ausnahmen für Einkommen aus ausländischen Quellen von der Steuer des Wohnsitzstaates; aushandelbarer Steuertarif oder -bemessungsgrundlage; das Bankgeheimnis; Zugang zu einem Netz von Steuerabkommen; Regime, die als Steuereinsparvehikel angepriesen werden (ebd., Rn. 68–79). Der EU-Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung von 1997 (Fn. 136) bezeichnet in leicht abweichender Terminologie dieselben Maßnahmen als „schädlich“ wie die OECD (siehe Art. B des Verhaltenskodex).

¹³⁸ Kritisch zu beiden Kriterienkatalogen *Gerken/Märkt/Schick* Steuerwettbewerb (Fn. 58), 200 f., die einen Neuansatz mit prozess- und ergebnisbezogenen Kriterien vorschlagen. Verschiedentlich wird auf das staatliche Motiv abgestellt. Unlauter soll eine steuerrechtliche Regelung dann sein, wenn die Erosion der Steuerbasis anderer Staaten nicht nur ein Nebeneffekt, sondern das eigentliche Ziel einer Steuerpolitik ist, wenn also Steuernormen darauf angelegt sind, Investitionen und Ersparnisse aus anderen Regionen heranzuziehen (OECD 1998 (Fn. 135), Rn. 29; Wissenschaftlicher Beirat (Fn. 136), 29 f.; *Schön* Steuerwettbewerb in Europa (Fn. 58), 345). Die Abgrenzung anhand des Motivs erscheint allerdings kaum praktikabel.

men, insbesondere das Bedürfnis des Ausgleichs natürlicher Standortnachteile.¹³⁹

b) *Unlautere „regulatorische“ Beihilfen?*

Allgemein gesprochen muss vorrangiges rechtswissenschaftliches und -praktisches Ziel die Erarbeitung eindeutiger Kriterien für die Definition unlauterer oder schädlicher Regulierungspraktiken sein, weil ansonsten eine Metaordnung des Rechtswettbewerbs nicht operationell wäre. Man könnte daran denken, für die Bestimmung, ob eine Rechtsgestaltung „unlauter“ ist, auf die innerhalb der EU etablierten Merkmale und Fallgruppen unzulässiger, erlaubter und genehmigungsfähiger Beihilfen¹⁴⁰ zurückzugreifen.¹⁴¹

Jedoch müsste die Feststellung einer „nackten regulatorischen“ Beihilfe auf sehr komplexen politischen Erwägungen beruhen, über die auf internationaler Ebene kein Konsens besteht.¹⁴² Die Beihilfeverbote sind

¹³⁹ Vgl. OECD 1998 (Fn. 135), Rn. 31 und 27; siehe auch Art. 107 Abs. 3 lit. a) AEUV (ex-Art. 87 Abs. 3 lit. a) EGV) für die Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen aus diesem Grund.

¹⁴⁰ Eine staatliche Beihilfe ist nach Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 87 Abs. 1 EGV) verboten, wenn sie bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt, dadurch den Wettbewerb zu verfälschen droht und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Gewisse Typen von Beihilfen, z.B. an von der Teilung Deutschlands benachteiligte Gebiete sind ausnahmsweise erlaubt, und eine dritte Gruppe von Beihilfen ist von der Kommission nach Ermessen genehmigungsfähig (Abs. 3). Siehe für die WTO Art. XVI GATT sowie das WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen vom 15. April 1994 (ABl. 1994 L 336/156).

¹⁴¹ Für diesen Vorschlag *Mehde* Wettbewerb zwischen Staaten (Fn. 6), 254–256 und 500. Tatsächlich wird in der EU bereits jetzt das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV (ex-Art. 87 EGV) auf präferenzielle Steuern angewendet, wenn diese den „Wettbewerb“ zu verfälschen drohen (EuGH, Rs C-172/03, Slg. 2005, I-1627, insb. Rn. 27 – *Heiser*). Siehe auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung, ABl. 1998 C 384/3; Bericht der Kommission über die Umsetzung dieser Mitteilung (C (2004) 434 vom 9. Februar 2004) für indirekte Unternehmensbesteuerung. Unter den offenen Wortlaut der Vorschrift („Wettbewerb“) könnte man prinzipiell auch den Wettbewerb der Rechtsordnungen subsumieren und damit den Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich erweitern.

¹⁴² Es ist kein operationelles Kriterium erkennbar, anhand dessen bestimmt werden könnte, wann eine Rechtsvorschrift legitimer Ausdruck staatlicher, souveräner Regelungshoheit ist und wann sie demgegenüber eine illegitime „nackte regulatorische Subvention“ darstellt, und es wurden bisher noch keine Verfahren für die Prüfung und Messung regulatorischer Beihilfen konzipiert. *J. Trachtman* International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction, Harvard International Law Journal 34 (1993), 47, 50 und 91.

somit nach Sinn und Zweck nicht auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen anwendbar.

c) Normatives Dumping?

Hier sind die existierenden Anti-Dumping-Vorschriften der WTO¹⁴³ gegen die behauptete Unterregulierung gewisser Rechtsbereiche, polemisch „normatives Dumping“¹⁴⁴ oder „Öko- und Sozialdumping“ genannt, nicht einsetzbar. Weil die Diskrepanz von Löhnen, Sozial- oder Umweltstandards eine normale Folge des Marktmechanismus darstellt, ist umstritten ob die Beseitigung dieses Wettbewerbsvorteils der „Billigländer“ geboten oder vielmehr als protektionistische Strategie der Industriestaaten verboten sein sollte. Angesichts dieser Unsicherheit ist bereits das Konzept des normativen Dumpings momentan nicht konsensfähig. Anti-Dumping-Recht ist somit auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht anwendbar.

d) Nichtregulierung menschenunwürdiger Produktionsbedingungen

Das Gegenbeispiel bildet die staatliche Duldung von Zwangsarbeit.¹⁴⁵ Hierbei handelt es sich um eine unlautere Praktik im Wettbewerb des Rechts. Sie ist unlauter, weil ein Standortvorteil auf menschenunwürdigen Produktionsbedingungen aufbaut. Zwischen dem hinzunehmenden Wettbewerbsvorteil und der klar unlauteren Zwangsarbeit liegt eine breite Grauzone von Arbeitsverhältnissen und -bedingungen, deren „Lauterkeit“ fragwürdig ist. Hier sollte unterschieden werden zwischen Gesundheitsschutz und Unfallverhütung einerseits und Löhnen und Kündigungsschutz andererseits.¹⁴⁶ Eine zu laxen Regulierung im ersteren

¹⁴³ Art. VI GATT sowie das Übereinkommen zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens vom 15. April 194 („Anti-Dumping-abkommen“), ABl. 1994 L 336/103, umgesetzt in der EU per VO Nr. 384/96, ABl. 1996, L 56/1.

¹⁴⁴ Als Begriff des Außenhandelsrechts bedeutet Dumping, zu Deutsch Preisunterbietung, die Zulassung des Verkaufs von Gütern im Ausland zu einem niedrigeren Preis als im Herstellungsland. Eine Ware gilt nach der Legaldefinition in Art. 2 des Anti-Dumping-Übereinkommens (Fn. 143) als „gedumpt“, wenn sie „unter ihrem Normalwert auf den Markt eines anderen Landes gebracht“ wird, also wenn „ihr Preis bei der Ausfuhr von einem Land in ein anderes niedriger ist als der vergleichbare Preis der zum Verbrauch im Ausfuhrland bestimmten gleichartigen Ware im normalen Handelsverkehr“.

¹⁴⁵ Verboten nach Art. 4 EMRK; Art. 8 Abs. 3 IPBürg.

¹⁴⁶ Die sogenannten Kernarbeitsstandards der Internationalen Arbeitsorganisation scheinen zu stark auf Löhne, Lohngleichheit und institutionelle Rechte wie Koalitionsfreiheit fokussiert zu sein, um als Maßstab der internationalen Lauterkeit im

Bereich sollte tendenziell als unlautere Regulierungspraktik im Wettbewerb der Rechtsordnungen um Produktionsstandorte qualifiziert werden.¹⁴⁷

6. *Elemente der qualitätssichernden Metaordnung*

Die Metaordnung zur Eindämmung der negativen Wirkungen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen müsste mehrere allgemeine Elemente beinhalten.¹⁴⁸

a) *Regeln der internationalen Kooperation*

Die Metaordnung müsste erstens die internationale Kooperation bei der Bekämpfung unlauterer Praktiken regeln.¹⁴⁹ Ein Beispiel aus dem Steuerbereich ist die OECD-Strategie zur Verbesserung von Transparenz und Informationsaustausch.¹⁵⁰

Wettbewerb der Rechtsordnungen um Produktionsstandorte zu gelten. Vgl. *P. Alston* Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime, *EJIL* 15 (2004), 457–521.

¹⁴⁷ Dabei muss die Grenze zur Unlauterkeit wegen der unterschiedlichen gesellschaftlichen Ansprüche an Gesundheit und Sicherheit nicht universell identisch sein. Dieser Gradualität trägt der internationale Sozialpakt dadurch Rechnung, dass die Vertragsstaaten nur verpflichtet werden „nach und nach“ die volle Verwirklichung des Rechts auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen zu erreichen. Siehe Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 7 lit. b) und 12 Abs. 2 lit. b) IPwskR. Klar unlauter werden niedrige Arbeitsschutz- und Hygienestandards aber dann, wenn sie auch nach lokaler Auffassung Persönlichkeitsrechte der Arbeiter verletzen.

¹⁴⁸ Mit der Metaordnung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ist keine Superordnung gemeint, in der alle Menschheitsprobleme aufzugreifen wären. Regelungen zum Umwelt- und Klimaschutz, zur Friedenssicherung, Armutsbekämpfung usw. müssen selbstverständlich daneben bestehen.

¹⁴⁹ Siehe für eine multilaterale Lösung zur Bekämpfung des unlauteren Steuerwettbewerbs *Avi-Yonah* Welfare State (Fn. 58).

¹⁵⁰ Siehe hierzu das OECD-Dokument „Overview of the OECD’s Work on Countering International Tax Evasion“ vom 16. September 2009. Zu den notwendigen Verfahrensregeln dieser Kooperation gehört die mittlerweile von allen OECD-Mitgliedern anerkannte Erteilung von Auskünften auf Verlangen, vgl. Art. 26 OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung von Einkommen und Vermögen (Model Tax Convention on Income and on Capital) vom 17. Juli 2008 (<http://www.oecd.org/dataoecd/43/57/42219418.pdf>). Alle OECD-Mitgliedstaaten akzeptieren seit dem kürzlichen Rückzug des schweizerischen, belgischen, luxemburgischen und österreichischen „Vorbehalts“ zu Art. 26 des genannten OECD-Musterabkommens das Prinzip der Herausgabe von vorhersehbar relevanter („foreseeably relevant“) Information auf Verlangen („on request“), die aus *Ordre-Public*-Gründen auch verweigert werden darf.

b) *Regeln für die punktuelle Intensivierung des Rechtswettbewerbs*

Die qualitätssichernde Metaordnung könnte auch punktuell eine Intensivierung des Wettbewerbs anstreben. Dies könnte beispielsweise durch die Verbreiterung der direkten Rechtswahlmöglichkeiten im IPR geschehen. Wenn niedrige Standards von denjenigen, die hierdurch benachteiligt werden, abgewählt werden können, wird ein „race to the top“ hervorgerufen. Beispielsweise erlaubt die EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht¹⁵¹ für plurilokale Umweltschäden die Rechtswahl des Opfers.¹⁵² Diese verschafft den Geschädigten den Zugriff auf höhere Umweltstandards und ist damit geeignet eine Aufwärtsspirale in Gang zu setzen.¹⁵³

c) *Zivilgesellschaftliche Regulierung*

Weitergehend müsste die Metaordnung des Rechtswettbewerbs die Dichotomie Staat versus Markt überwinden, beispielsweise durch Anerkennung der Zivilgesellschaft als dritte Kraft.¹⁵⁴ Die zivilgesellschaftlichen Gruppen wirken auf andere Weise als im Modus der Hoheit oder des Wettbewerbs auf die Weiterentwicklung der Rechtsordnungen ein. Die sogenannte „zivile Regulierung“ resultiert aus einem Zusammenspiel privater, gesellschaftlicher und staatlicher Ak-

¹⁵¹ VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

¹⁵² Art. 7 der VO (Umweltschädigung) lautet: „Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Umweltschädigung oder einem aus einer solchen Schädigung herrührenden Personen- oder Sachschaden ist das nach Artikel 4 Absatz 1 geltende Recht anzuwenden, es sei denn, der Geschädigte hat sich dazu entschieden, seinen Anspruch auf das Recht des Staates zu stützen, in dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist.“

¹⁵³ Siehe für ein Wahlrecht des Geschädigten auch Art. 135 und 138 des schweizerischen Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (SR 291) für Ansprüche aus Produkthaftung und bei schädigenden Immissionen.

¹⁵⁴ H. Arendt hat bereits vor 50 Jahren mit ihrer Unterscheidung zwischen öffentlicher, privater und der gesellschaftlichen Sphäre den Aufstieg der Zivilgesellschaft vorweggenommen (H. Arendt *The Human Condition*, Chicago 1958, 35–45). Diese „dritte Sphäre“ ist nach Arendt aus autonomen öffentlichen Domänen (im Plural) zusammengesetzt, in der Akteure ihre politischen Ideen und Ziele ausdrücken können. In diesem Modell bildet die öffentliche Sphäre, zu der auch der Staat gehört, nach wie vor den überwölbenden Bereich, in dem alle Mitglieder der Gesellschaft an der Rechtssetzung in den formaldemokratischen Verfahren mitwirken. Daneben kristallisieren sich jedoch gesellschaftliche Öffentlichkeiten (im Plural) um gemeinsame Interessen und Werte heraus, und zwar zunehmend transnational.

teure.¹⁵⁵ Die Förderung und Ordnung der zivilen Regulierung, in der sich die jeweiligen Legitimationsdefizite der beteiligten Gruppen teilweise ausgleichen, könnte als Beitrag zur Sicherung der Fairness des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ausgestaltet werden.

d) *Gezielte Rechtsharmonisierung*

In Abwesenheit der zwar behaupteten,¹⁵⁶ aber nicht empirisch nachweisbaren¹⁵⁷ „natürlichen“ Rechtskonvergenz durch Wettbewerb muss ein essentieller Bestandteil der Metaordnung des Rechtswettbewerbs die gezielte Rechtsharmonisierung sein.¹⁵⁸ Diese sollte sich erstens auf Verfahren beziehen.¹⁵⁹ Zweitens ist zur Verhinderung des Absinkens rechtlicher Standards unter das Erträgliche die Mindestharmonisierung

¹⁵⁵ A. Peters/T. Förster/L. Koehlin, Towards Non-state Actors as Effective, Legitimate, and Accountable Standard Setters in: A. Peters u.a. (Hrsg.), Non-state Actors as Standard Setters, Cambridge 2009, 492–562.

¹⁵⁶ Rechtspolitisch wird argumentiert, dass gezielte, förmliche Vereinbarungen oder zentrale Vorgaben zur Rechtsangleichung entbehrlich und die Gefahr überschiessender Uniformierung gebannt würde, wenn wir uns auf den Wettbewerb verlassen, der spontan und allmählich eine „natürliche“ Konvergenz herbeiführt, die exakt das präferenzentsprechende Maß hätte. Anders als im Fall der gezielten Rechtsangleichung „von oben“ wäre die durch den Wettbewerb erreichte Konvergenz nicht formell fixiert und wäre dementsprechend labil und jederzeit reversibel. Nach dieser Annahme wäre das Ergebnis des Wettbewerbs letztlich seine eigene Aufhebung, weil der Endzustand der Konvergenz die Auswahlfreiheit und damit verbundenen Anreize zur Verbesserung des Rechtsangebots zunichte macht.

¹⁵⁷ In den Rechtsbereichen, in denen intensiver Wettbewerb herrscht, z.B. im Vertrags- oder Gesellschaftsrecht, ist keine „natürliche“ Angleichung feststellbar (siehe für das Gesellschaftsrecht in Europa W. W. Bratton/J. A. McCahery/E. P. M. Vermeulen How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis, American Journal of Comparative Law 57 (2009) 347–385). Dies verwundert nicht, denn eine Angleichung wäre nur dann zu erwarten, wenn die überwiegende Zahl der Nachfrager dieselben Präferenzen über Regeln hätten. Dies ist nur bei den sogenannten „homogenen“, also neutralen Rechtsvorschriften der Fall (grundlegend hierzu A. Ogus Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law, ICLQ 48 (1999), 405 ff.; siehe auch Muir Watts Aspects économiques (Fn. 39), 79–82). Solche gibt es aber kaum, weil selbst scheinbar neutrale Form- und Verfahrensvorschriften gewisse Interessen und Gruppen schützen, und andere eher benachteiligen.

¹⁵⁸ Diese ist nicht zwangsläufig eine Bremse oder Ausschaltung des Wettbewerbs der Regelgeber, sondern kann auch umgekehrt dazu beitragen, einen solchen Wettbewerb zu begründen und einzubetten (Teichmann Gesellschaftsrecht (Fn. 52), 386).

¹⁵⁹ Zu den sinnvollerweise uniformen Prozeduren gehören vor allem die Informationsregeln. Eine informierte Entscheidung ist eine wesentliche Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb des Rechts, der durch „exit“ ausgelöst wird, da leicht erhältliche Information die Mobilitätskosten senkt (ebd., 385–86).

materieller Standards anzustreben, insbesondere in den Bereichen Arbeitssicherheits- und Umweltstandards¹⁶⁰ sowie Steuerbemessungsgrundlagen.¹⁶¹ Sofern derartige Harmonisierungsvereinbarungen kündbar sind, behalten die einzelnen Jurisdiktionen ein residuales Kontrollrecht, und damit bleibt ein vertikaler Wettbewerb bestehen. Die anstehende Forschungsaufgabe ist die Identifikation von Variablen, um die optimale Mischung von Rechtswettbewerb und Kooperation zu erzielen.¹⁶²

e) Konfliktlösungsregeln

Schließlich müsste die Metaordnung zur Qualitätssicherung des Rechtswettbewerbs Konfliktlösungsmechanismen vorsehen. Ein Beispiel sind die im EU-Recht vorhandenen, aber bisher noch nie genutz-

¹⁶⁰ Siehe für die Beibehaltung bundesweiter Mindeststandards im Immissionsschutzrecht und damit gegen Länderwettbewerb in diesem Rechtsbereich *H. Schulze-Fielitz* Immissionsschutzrecht als Feld bundesstaatlichen Wettbewerbs? Natur und Recht 24 (2002), 1 ff. Siehe für die europäische Ebene in Bezug auf technische Standards Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vollendung des Binnenmarktes (Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat), KOM (85) 310 endgültig (1985), Rn. 67–73 zum „neuen Ansatz“ bei der Harmonisierung, der in einer bloßen Mindestharmonisierung der „Grundvoraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit eines Produkts“ besteht und durch privat-öffentliche Normungsgremien unter Einbezug der betroffenen „stakeholder“ (z. B. Verbraucher) mit Unterstützung der Kommission realisiert wird. Jenseits der Mindestharmonisierung herrscht ein Wettbewerb der Standards. Siehe für Mindestharmonisierung im Umweltbereich Art. 192–193 AEUV (ex-Art. 175–176 EG). Siehe für ein Harmonisierungsverbot im Unionsrecht Art. 153 Abs. 2 lit. a) AEUV (ex-Art. 137 Abs. 2 EGV).

¹⁶¹ Eine internationale Harmonisierung sollte sich nur auf die Bestimmungen zur Feststellung der Bemessungsgrundlagen beziehen und die Gestaltung des Steuertarifs, also der Höhe und der Progression, dem Wettbewerb überlassen (*Gerken/Märkt/Schick* Steuerwettbewerb (Fn. 58), 266). Das neue schweizerische Steuerharmonisierungsgesetz, welches lediglich das Steuersubjekt, -objekt sowie sachliche und zeitliche Bemessung regelt und den Steuersatz weiterhin dem kantonalen Wettbewerb überlässt, könnte insofern ein Vorbild für die internationale Steuerharmonisierung sein. Die Realisierung einer derartigen bundesweiten begrenzten Harmonisierung in der Schweiz hat 15 Jahre gedauert. Die Einigung auf das Gesetz und die Zustimmung der Kantone hierzu kam einer kleinen Sensation gleich. Eine solche Sensation sollte auch auf internationaler Ebene nicht als denkunmöglich abgeschrieben werden.

¹⁶² Damit würde eine „regulatorische Ökologie“ entwickelt, die teilweise kompetitiv, teilweise symbiotisch wäre. *D. Esty/D. Geradin* Regulatory Co-opetition, Journal of International Economic Law 3 (2000), 235–255. Die Mischung aus Konkurrenz und Kooperation, die „co-opetition“, existiert nach den Autoren in drei Dimensionen: inter-gouvernemental, intra-gouvernemental und extra-gouvernemental. Siehe zur Kombination von Wettbewerb und Koordination auch *J. Trachtman* The Economic Structure of International Law, Harvard 2008, 62–63.

ten speziellen, nichtkontradiktorischen Konfliktlösungsmechanismen für binnenmarktverfälschende nationale Rechtsvorschriften.¹⁶³

VI. Schluss: Wettbewerb und Würde

Die Bewertung der prinzipiellen Tauglichkeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, aufgefasst als mögliches Verfahren zur Sicherung von Freiheit und Demokratie und seiner Kanalisierbarkeit durch eine Metaordnung hängt ab vom Staatsbild und vom Bild des demokratischen Prozesses, das der Beobachter sich macht.¹⁶⁴ Wer den gemeinwohlfördernden Staat ohnehin für einen Mythos hält¹⁶⁵ wird die freiheits- und gleichheitsfördernden und solidaritätsermöglichenden Potentiale eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen eher hoch bewerten und den Wettbewerb als ein sinnvolles Korrektiv gegen übermäßige Abgaben und Regulierungen ansehen. Jedoch stellt der rein soziologische Befund, dass Staat und demokratischer Prozess notwendig von bestimmten Gruppeninteressen „gefangen“ seien, in einer auch disziplinar bedingten Spannung zur rechtswissenschaftlichen Analyse, die Staat und Demokratie als normative und damit auch zu einem gewissen Grad kontrafaktische Konzepte postuliert. Das Argument der „capture“ hat also nur eine begrenzte Kraft im juristischen Diskurs.¹⁶⁶

¹⁶³ Art. 116 und 117 AEUV (ex-Art. 96 und 97 EGV). Art. 116 AEUV lautet: „Stellt die Kommission fest, dass vorhandene Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die Wettbewerbsbedingungen auf dem Binnenmarkt verfälschen und dadurch eine Verzerrung hervorrufen, die zu beseitigen ist, so tritt sie mit den betreffenden Mitgliedstaaten in Beratungen ein.“ Für die Anwendung dieser Vorschriften zur Konfliktlösung im Steuerwettbewerb *Schön* Steuerwettbewerb in Europa (Fn. 58), 358.

¹⁶⁴ *Kieninger* Wettbewerb (Fn. 6), 73; *Mehde* Wettbewerb zwischen Staaten (Fn. 6), 296; *Feld* Steuerharmonisierung (Fn. 34), 42.

¹⁶⁵ Vgl. *J. M. Buchanan* Public Choice: Politics without Romance, Policy 19/Nr. 3 (2003), 13 ff.

¹⁶⁶ Demgegenüber ist für den Ökonomen die Annahme des benevolenten Staates eben so naiv wie die Annahme, dass der Monopolist seine Monopolstellung auf dem Markt nicht missbrauchen werde (*Vaubel* Institutional Competition (Fn. 23), 55). Doch auch Juristen rechnen damit, dass Regierende zeitweise oder teilweise eigennützig handeln. Bereits in den Federalist Papers hieß es, dass für Engel gar keine Regierung nötig wäre, dass es aber für eine Herrschaft von Menschen über Menschen entscheidend auf die Maßnahmen zur Kontrolle der Regierenden ankäme (*J. Madison* Federalist Paper Nr. 51, in *The Federalist Papers*, hrsg. von J. Rossiter, New York 1961, 320 ff. (322)).

Verfassungsjuristen erkennen die fundamentale Ambivalenz des Staates an, der einerseits den Krieg aller gegen alle einzudämmen vermag, jedoch andererseits als ungezügelter Leviathan unerträgliches Unrecht anrichten kann. Angesichts dieser fundamentalen Ambivalenz soll der Wettbewerb zwischen Staaten und ihren Rechtsordnungen zu einem komplementären und nachrangigen Verfahren zur Gewährleistung der fundamentalen Güter, Freiheit, Gleichheit, Demokratie, Solidarität und Gemeinwohl ausgestaltet werden, indem er sinnvoll normativ eingebettet wird.

Ein Grundbaustein dieser Einbettung ist die Gewährleistung unabdingbarer Rechtsprinzipien. Unabdingbarkeit heißt, dass die dahinter stehenden Güter unabhängig von einer Zahlungsbereitschaft, wie sie sich vor allem in „voice“ oder Nicht-„exit“ manifestiert, zu respektieren sind. Diese Güter müssen unabhängig vom und gänzlich jenseits des Wettbewerbs der Rechtsordnungen als Fixpunkt rechtlich geschützt bleiben. Denn sie haben – mit *Kant* gesprochen¹⁶⁷ – keinen Preis, sondern eine Würde.

¹⁶⁷ *I. Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. VII, hrsg. v. W. Weischedel, Frankfurt a.M. 1977 (orig. 1785), 68: „Im Reich der Zwecke hat alles entweder einen Preis oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.“

Leitsätze der 1. Berichterstatterin über:

Wettbewerb von Rechtsordnungen

Zu II: Fragestellung und Begriffe

1. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht sind eine analytische und eine normative Frage zu stellen:

- *Hat die Rekonstruktion der hoheitlichen Tätigkeit der Rechtssetzung und Rechtsreform als wettbewerbliches Angebot einen analytischen Nutzen, auf dem insbesondere dogmatische Erkenntnisse aufbauen können?*
- *Darf das Wettbewerbsparadigma eine normative Leitschnur für den Gesetzgeber sein?*

2. Die aktuelle Rekonstruktion der Rechtsentwicklung als Wettbewerb legt einen Markt zugrunde, womit ein dreipoliges Verhältnis zwischen rivalisierenden Rechtsanbietern und Kunden etabliert wird.

Zu III: Analytischer Nutzen

3. Die unterschiedlichen Rechtswahlmechanismen (Abstimmung, Abwanderung, kollisionsrechtliche Rechtswahl, Kauf ausländischer Produkte, Annahme einer neuen Staatsangehörigkeit) erzeugen verschiedene Typen von Wettbewerb der Rechtsordnungen.

4. Bei den meisten Typen fehlt der Zyklus vom Kundenwunsch zur Produktinnovation zurück zum Kunden (Wettbewerbskreislauf) in der Entwicklung des Rechts.

5. Die Rekonstruktion von Rechtsevolution als „Wettbewerb“ eröffnet eine neue Perspektive, die fruchtbar sein kann.

Zu IV: Bewertung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen

6. **Freiheit:** Die klassischen juristischen Mechanismen der Machtbegrenzung bleiben relevant und vorrangig, weil der Wettbewerb der Staaten und ihrer Rechtsordnungen das Potential zum Machtmissbrauch nicht wegkonkurrieren kann.

7. **Gleichbehandlung:** Unter gewissen Voraussetzungen sind neue Lenkungsziele wie das Bedürfnis nach der Attraktion und Pflege von ausländischem Kapital als legitime Differenzierungsgründe anzuerkennen. Normative Begründung ist das Prinzip der offenen Staatlichkeit.

8. **Demokratie:** a) Wegen der Verstärkung der Stimme des mobilen Kapitals durch seine Abwanderungsdrohung potenziert der Wettbewerb der Rechtsordnungen die Mängel des demokratischen Prozesses eher, als dass er sie ausgleicht.

b) Weil der Wettbewerb der Rechtsordnungen untrennbar mit dem politischen Wettbewerb verknüpft ist, schlagen die Defizite des politischen Prozesses durch.

c) Weil im Wettbewerb keine demokratische Gleichheit unter den auswählenden Personen herrscht, muss das demokratische und strikt formal egalitäre demokratische Verfahren normativ vorrangig bleiben.

d) Eine Stärkung der demokratischen Gestaltungskraft nationaler Parlamente kann vor allem dadurch erzielt werden, dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen als politische Herausforderung angenommen und rechtlich eingebettet wird.

9. **Soziales Prinzip:** a) Der Marktmechanismus befriedigt per se die Präferenzen der marktmächtigeren Gruppen besser als die schwächeren Nachfrager, ignoriert die Interessen der zahlungsunfähigen Interessenträger wie Umwelt und nachfolgende Generationen und steht insofern in Spannung zum sozialen Prinzip.

b) Der Marktmechanismus schafft nur ausgleichende Gerechtigkeit, keine austeilende Gerechtigkeit und ist insofern defizitär.

c) Im Wettbewerb der Rechtsordnungen ist nicht per se die Abwärtsspirale angelegt und damit auch nicht per se eine Gefährdung sozialer (und ökologischer) Prinzipien.

10. **Gemeinwohl:** Der Gemeinwohlbegriff charakterisiert die Spannungslage zwischen der individuellen Präferenzsouveränität und dem Kollektivinteresse, und der reine Wettbewerb ist kein geeignetes Verfahren für die Auflösung dieser Spannungslage im konkreten Fall.

*Zu V: Einbettung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen
in eine Metaordnung*

11. Nur insoweit der Rechtsordnungswettbewerb tatsächlich Freiheitsräume sichert, Defizite des demokratischen Prozesses ausgleicht und Wohlstand schafft, kann er als Legitimationsprinzip zweiter Ordnung angesehen werden, an dem sich die Rechtspolitik ausrichten darf.

12. Die wettbewerbskonstitutive Ordnung muss Regeln für den Parallelprozess und für den Austauschprozess enthalten, wobei letztere auf internationaler Ebene vor allem in Ermangelung von Grundfreiheiten vielfach fehlen.

13. Die (Wieder-)Beschränkung der Rechtswahlmodalitäten als rechtliche Schranke gegen exzessiven Rechtswettbewerb ist kaum realisierbar, weil die Modalitäten der direkten und indirekten Rechtswahl teilweise aus Freiheitsverbürgungen fließen.

14. Vorrangiges rechtswissenschaftliches und -praktisches Ziel ist die Erarbeitung eindeutiger Kriterien für die Definition unlauterer oder schädlicher Regulierungspraktiken, weil ansonsten eine Metaordnung des Rechtswettbewerbs nicht operationell wäre.

15. Die Förderung und Ordnung der zivilen Regulierung, in der sich die jeweiligen Legitimationsdefizite der beteiligten Gruppen teilweise ausgleichen, kann als Beitrag zur Sicherung der Fairness des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ausgestaltet werden.

16. Ein essentieller Bestandteil der Metaordnung des Rechtswettbewerbs ist die gezielte Rechtsharmonisierung, die den Wettbewerb der Rechtsordnungen bremsen, aber auch begründen und einbetten kann.

17. Angesichts der fundamentalen Ambivalenz des Staates soll der Wettbewerb zwischen Staaten und ihren Rechtsordnungen durch sinnvolle normative Einbettung zu einem komplementären und nachrangigen Verfahren zur Gewährleistung der fundamentalen Güter, Freiheit, Gleichheit, Demokratie, Solidarität und Gemeinwohl ausgestaltet werden.

18. Unabdingbare, das heißt unabhängig von einer Zahlungsbereitschaft zu respektierende Güter, müssen gänzlich jenseits des Wettbewerbs der Rechtsordnungen rechtlich geschützt bleiben.