

STEFAN KORTE

Standortfaktor
Öffentliches Recht

Jus Publicum

257

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 257



Stefan Korte

Standortfaktor Öffentliches Recht

Integration und Wettbewerb in föderalen Ordnungen
am Beispiel der Gesetzgebung

Mohr Siebeck

Stefan Korte, geboren 1975; Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten Göttingen und Hamburg; 2001 Erste juristische Staatsprüfung; 2004 Promotion; 2006 Zweite juristische Staatsprüfung; 2008 Dipl.-Kaufmann; 2013 Habilitation; Vertretungsprofessuren in Bochum, Hannover, Frankfurt/Oder, Mannheim und Berlin; seit dem WiSe 2015/2016 Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Technischen Universität Chemnitz.

Gedruckt mit Unterstützung des Bundesministeriums des Innern und der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

e-ISBN PDF 978-3-16-153985-5
ISBN 978-3-16-153494-2
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Daseinsberechtigung, Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbsföderalismus werden seit geraumer Zeit in der Rechts-, Wirtschafts- und Politikwissenschaft diskutiert – vor allem, wenn es um eine Neuordnung der Verteilung von Gesetzgebungskompetenzen geht und die avisierten Umstrukturierungen einer möglichst plakativen Bezeichnung bedürfen. Gleichwohl herrscht bislang keine Einigkeit darüber, ob es Wettbewerbsföderalismus gibt und wenn ja, wie er funktioniert. Unklar sind zudem der rechtswissenschaftliche Mehrwert und die integrierende Kraft zwischenstaatlicher Konkurrenz.

Diese offenen Fragen motivierten zur vorliegenden Untersuchung. Sie wurde im Wintersemester 2012/2013 vom Fachbereich Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Bis zur Drucklegung dauerte es dann noch einmal gut drei Jahre. Mehrere Vertretungsprofessuren, Berufungsverfahren und Gemeinschaftsprojekte zeichneten dafür verantwortlich, dass die Überarbeitung des Manuskripts sich immer wieder verzögerte, bis sie dann doch gelang. Die Untersuchung sowie die eingearbeitete Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Ende 2015.

Ganz besonders danken möchte ich meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. iur. Christian Calliess. Er hat mir nicht nur das Vertrauen geschenkt, mein Habilitationsvorhaben zu betreuen, sondern mir während der Zeit an seinen Lehrstühlen in Göttingen und Berlin auch den Freiraum gelassen, der für die Fertigstellung der Arbeit erforderlich war, und mich stets durch Rat und Tat gefördert und unterstützt. Zudem zeigte er mir einen Zugang zum rechtswissenschaftlichen Denken, den ich, als ich mich zu habilitieren begann, noch nicht kannte. Großer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h.c. mult. Philip Kunig, der die Mühe auf sich nahm, das Zweitgutachten zu erstellen.

Danken möchte ich ferner Prof. Dr. iur. Reiner Schmidt, der mich 2011 zur sog. Hohbühl-Runde einlud, wo ich meine Arbeit einer kleinen Gruppe berufener Fachwissenschaftler präsentieren durfte. Zudem danke ich Frau Marlene Wagner und Frau Ass. iur. Luise Johné für ihre umsichtige Hilfe im Rahmen der Korrekturarbeiten. Ohne die Unterstützung meiner Familie und vor allem meiner Ehefrau Dr. iur. Maya Korte hätte diese Untersuchung jedoch nicht gelingen können; ihr sei dieses Buch daher gewidmet.

Göttingen, im Mai 2016

Stefan Korte

Inhaltsübersicht

1. Teil:

Allgemeiner Teil – Grundlagen der Gesetzgebungskonkurrenz

1

Erstes Kapitel: Einleitung	3
A. <i>Tatsächliche Phänomene</i>	3
I. Unionsebene	3
II. Bundesebene	4
B. <i>Rechtliche Hintergründe</i>	6
I. Integrations- und Wettbewerbsdimensionen	6
II. Projektion auf ausgewählte Rechtsordnungen	7
III. Kompetitive Interpretation des Rahmenrechts	9
C. <i>Ausgrenzungen</i>	10
I. Fokussierung auf legislatives Handeln	10
II. Fokussierung auf öffentlich-rechtliches Handeln	11
III. Fokussierung auf ausgewählte Rechtsordnungen	11
IV. Fokussierung kompetitiver Ordnungen	12
D. <i>Methodischer Ansatz</i>	12
E. <i>Stand der Forschung</i>	14
Zweites Kapitel: Integrations- und Wettbewerbsdimensionen	17
A. <i>Föderalismus als Bezugspunkt</i>	17
I. Drei Mindestelemente föderaler Ordnungen	17
II. Bestehen weiterer Strukturelemente?	19
III. Ausgrenzung nach Mindestelementen	22
IV. Zwischenergebnis	25
B. <i>Die dynamische Kraft zwischenstaatlicher Konkurrenz</i>	25
I. Der sog. Systemwettbewerb	26
II. Der sog. Leistungswettbewerb	108
III. Rechtsexport	119
C. <i>Integration durch Competition?</i>	123
I. Die Integrationslehre <i>Smends</i> als Ausgangspunkt	123
II. Das Verhältnis von Integration und Competition	130
III. Integration und Competition – Konvergenz und Dissonanz	153

2. Teil:
Besonderer Teil – Projektion auf ausgewählte Rechtsordnungen
155

Erstes Kapitel: Gesetzgebungskonkurrenz unter den EU-Verträgen . . .	157
A. <i>Einordnung anhand des Selbstverständnisses</i>	157
I. Vertragstexte als Argumentationsmuster	157
II. Faktisch-funktionale Argumentationsmuster	159
III. Zwischenergebnis	160
B. <i>Einordnung anhand der fünf Gebote kompetitiver Ordnungen</i>	160
I. Gemeinwohlbasis als Ausgangspunkt	161
II. Durchsetzbarkeit des Unionsrechts	185
III. Individuelle Gewährleistungen	212
IV. Organisationsbezogene Anforderungen	289
V. Konkurrenzschützende Elemente	295
C. <i>Kompetitive Interpretation als unionsgerichtliche Direktive</i>	315
I. Auswirkungen auf die Kompetenzverteilungsregeln	316
II. Auswirkungen auf die Grundfreiheiten	331
 Zweites Kapitel: Gesetzgebungskonkurrenz unter dem Grundgesetz . . .	 349
A. <i>Einordnung anhand des Selbstverständnisses</i>	349
I. Verfassungstext als Argumentationsmuster	349
II. Faktisch-funktionale Argumentationsmuster	350
III. Zwischenergebnis	351
B. <i>Einordnung anhand der fünf Gebote kompetitiver Ordnungen</i>	351
I. Gemeinwohlbasis als Ausgangspunkt	351
II. Durchsetzbarkeit des Bundesrechts	359
III. Individuelle Gewährleistungen	374
IV. Organisationsbezogene Anforderungen	428
V. Konkurrenzschützende Elemente	431
C. <i>Das Grundgesetz – eine Form des Gestaltungsföderalismus</i>	435

3. Teil:
Schlussbetrachtung
437

4. Teil:
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse
441

<i>A. Integrations- und Wettbewerbsdimensionen</i>	441
<i>B. Gesetzgebungskonkurrenz unter den EU-Verträgen</i>	445
<i>C. Gesetzgebungskonkurrenz unter dem Grundgesetz</i>	449
Literaturverzeichnis	453
Sachregister	523

Inhaltsverzeichnis

1. Teil:

Allgemeiner Teil – Grundlagen der Gesetzgebungskonkurrenz

1

Erstes Kapitel: Einleitung	3
A. <i>Tatsächliche Phänomene</i>	3
I. Unionsebene	3
II. Bundesebene	4
B. <i>Rechtliche Hintergründe</i>	6
I. Integrations- und Wettbewerbsdimensionen	6
II. Projektion auf ausgewählte Rechtsordnungen	7
1. <i>Unionsrecht</i>	8
2. <i>Nationales Verfassungsrecht</i>	9
III. Kompetitive Interpretation des Rahmenrechts	9
C. <i>Ausgrenzungen</i>	10
I. Fokussierung auf legislatives Handeln	10
II. Fokussierung auf öffentlich-rechtliches Handeln	11
III. Fokussierung auf ausgewählte Rechtsordnungen	11
IV. Fokussierung kompetitiver Ordnungen	12
D. <i>Methodischer Ansatz</i>	12
E. <i>Stand der Forschung</i>	14
Zweites Kapitel: Integrations- und Wettbewerbsdimensionen	17
A. <i>Föderalismus als Bezugspunkt</i>	17
I. Drei Mindestelemente föderaler Ordnungen	17
II. Bestehen weiterer Strukturelemente?	19
1. <i>Beschränkung auf staatliche Bezugsobjekte</i>	19
2. <i>Zusätzliche materielle Anforderungen</i>	21
3. <i>Zwischenergebnis</i>	22
III. Ausgrenzung nach Mindestelementen	22
1. <i>Hoheitsträger als zusammengeschlossene Akteure</i>	22
2. <i>Interessenbezogener Verbund als übergreifende Ordnung</i>	23
3. <i>Bestehen qualifizierter Institutionen</i>	24

IV. Zwischenergebnis	25
B. Die dynamische Kraft zwischenstaatlicher Konkurrenz	25
I. Der sog. Systemwettbewerb	26
1. Unternehmerischer Wettbewerb als Vorbild	26
a) Grundlegende Strukturelemente	26
aa) Vielfalt der Wettbewerbsbilder	26
(1) Modell des ökonomischen Liberalismus	27
(2) Modell vollkommenen Wettbewerbs	27
(3) Modell vollständigen Wettbewerbs	28
(4) Modelle dynamischen Wettbewerbs	28
bb) Vielfalt im Grundsätzlichen	30
b) Konkrete Funktionsbedingungen	30
aa) Marktmechanismus	31
bb) Austausch- und Parallelprozess	31
2. Systemwettbewerb als Adaption	32
a) Grundlegende Strukturelemente	33
aa) Vielfalt der Wettbewerbsbilder	33
(1) Neoklassischer Ansatz	33
(a) Ausgangsmodell	33
(b) Weiterungen	34
(c) Kritik	35
(2) Evolutionsorientierter Ansatz	36
(a) Ausgangsmodell	36
(b) Weiterungen	37
(3) Negationsversuche	38
(a) Außenhandelstheoretischer Ansatz	38
(b) Marktversagensbezogener Ansatz	40
bb) Vielfalt im Grundsätzlichen	41
cc) Ausgrenzungen	43
b) Konkrete Funktionsbedingungen	43
aa) Marktmechanismus	43
(1) Marktobjekt	44
(2) Hinreichende Anzahl an Marktakteuren	46
(3) Rivalität	46
(4) Standortwettbewerb als Anbieterwettbewerb	47
bb) Austausch- und Parallelprozess	47
(1) Leistungsfähigkeit	48
(a) Staaten als Anbieter	48
(aa) Gemeinwohlbindung als Hemmnis?	48
(a) Gefahr eines Gemeinwohlverlusts	48
(β) Gemeinwohlbasis im Bundesrecht	50
(γ) Gemeinwohlausformung des Bundes	51
(δ) Durchsetzbarkeit des Bundesrechts	53
(ε) Terminologische Konsequenzen	54
(bb) Endogene Grenzen	55
(b) Faktorinhaber als Nachfrager	56
(aa) Tatsächliche Hindernisse	56
(bb) Rechtliche Grenzen	57

(2) Leistungswilligkeit	58
(a) Staaten als Anbieter	58
(aa) Bestehen eines Motivators	58
(α) Machterhalt als Katalysator	59
(β) Rationale Ignoranz als Hemmnis?	60
(γ) Maßgeblichkeit des Medianwählers	61
(δ) Folgen für die Rahmenordnung	62
(bb) Umgang mit Störfaktoren	63
(α) Wahlbezogene Einflussgrößen	63
(β) Marktbezogene Einflussgrößen	65
(γ) Transparenzbezogene Einflussgrößen	67
(cc) Abhängigkeit vom Regelungsbereich	68
(b) Faktorinhaber als Nachfrager	70
(aa) Ressourceneinsparung als Motivator	70
(bb) Umgang mit Störfaktoren	70
(α) Transparenzbezogene Einflussgrößen	70
(β) Topografische Einflussgrößen	71
(cc) Abhängigkeit vom Regelungsbereich	72
cc) Systemwettbewerb als Form staatlicher Konkurrenz	73
3. Rahmen gemeinwohlbasierter Gesetzgebungskonkurrenz	73
a) Rahmenrecht – eine Anmaßung von Wissen?	74
b) Änderungsfestigkeit des Rahmenrechts	74
c) Konkreter Inhalt des Rahmenrechts	75
aa) Gemeinwohlbasis als Ausgangspunkt	76
(1) Bund und Glieder als Adressaten	76
(2) Maßgeblichkeit der Bundesperspektive	76
(3) Bundesrecht übergreifende Reichweite	76
(4) Inhaltliche Anforderungen	77
bb) Durchsetzbarkeit des Bundesrechts	78
cc) Individuelle Gewährleistungen	79
(1) zugunsten der Faktorinhaber als Rechtsnachfrager	79
(a) Investitionssicherheit	79
(b) Investitionsfreiheit und -gleichheit	80
(aa) Gewährleistungsgehalt	80
(bb) Mögliche Beeinträchtigungen	81
(cc) Rechtfertigungsmöglichkeiten	81
(α) Herkunftslandprinzip	82
(β) Erfordernis einer Interessenabwägung	83
(2) zugunsten der Gliedstaaten als Rechtsanbieter	83
(a) Handlungsfähigkeit	83
(b) Rechtsetzungsautonomie	84
(c) Finanzielle Autonomie	85
(aa) Ertragshoheit auf Seiten der Gliedstaaten	85
(bb) Mehreinnahmeverwendungsautonomie	86
(cc) Einnahmenviellierungsverbot	87
(dd) Unerhebliche Faktoren	87
(d) Chancengleichheit	88
(aa) Institutionelle Dimension	88

	(bb) Materiell-rechtliche Dimension	89
	(a) Grundlagen	89
	(β) Startgleichheit als Forderung?	90
	dd) Organisationsbezogene Anforderungen	91
	(1) Transparenz des gliedstaatlichen Rechts	91
	(2) Demokratische Mitbestimmungsrechte	91
	(3) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	92
	ee) Konkurrenzschützende Elemente	92
	(1) Schutz vor zwischenstaatlichen Absprachen	92
	(a) Zentralisierungen	92
	(b) Kartellierungen	93
	(aa) Beteiligung aller Gliedstaaten	93
	(bb) Beteiligung mehrerer Gliedstaaten	93
	(c) Zwischenergebnis	94
	(2) Schutz vor gliedstaatlichen Zuwendungen	94
	ff) Zwischenergebnis	96
	4. Konsequenzen kompetitiver Ordnungen	96
	a) Aufleben der Wettbewerbsfunktionen	96
	aa) Unternehmerischer Wettbewerb als Vorbild	96
	bb) Gemeinwohlbasierte Gesetzgebungskonkurrenz	97
	(1) Allokationsfunktion	98
	(2) Innovationsfunktion	99
	(3) Freiheitsfunktion	100
	cc) Demokratischer bzw. rechtsstaatlicher Mehrwert?	101
	dd) Zwischenergebnis	102
	b) Kompetitive Interpretation der Rahmenordnung	103
	aa) Zulässigkeit	103
	bb) Anknüpfungspunkte	103
	cc) Inhalt	105
	dd) Zwischenergebnis	108
II.	Der sog. Leistungswettbewerb	108
	1. Grundlegende Strukturelemente	108
	2. Ausgrenzungen	110
	3. Konkrete Funktionsbedingungen	112
	a) Marktmechanismus	112
	b) Austausch- und Parallelprozess	113
	aa) Mittelbare Anreizstrukturen als Ausgangsproblem	113
	bb) Leistungsfähigkeit	114
	(1) Entscheidungsträger als Anbieter	114
	(2) Wähler als Nachfrager	115
	cc) Leistungswilligkeit	115
	(1) Entscheidungsträger als Anbieter	116
	(2) Wähler als Nachfrager	116
	4. Leistungswettbewerb – ein bloßes Benchmarking	118
III.	Der sog. Rechtsexport	119
	1. Grundlegende Strukturelemente	119
	2. Konkrete Funktionsbedingungen	120
	a) Marktmechanismus	120

b) Austausch- und Parallelprozess	121
aa) Leistungsfähigkeit	121
bb) Leistungswilligkeit	121
3. Rechtsexport – ein bloßer Kodifikationswettbewerb	122
C. Integration durch Kooperation?	122
I. Die Integrationslehre Smends als Ausgangspunkt	123
1. Die Rolle der Gesellschaft im Integrationsprozess	123
a) Litts Theorie des geschlossenen Kreises als Basis	123
b) Die maßgeblichen Integrationsfaktoren	124
c) Die Rolle des Rechts im Integrationsprozess	125
d) Kohärenz der bisherigen Ausgrenzungen	126
2. Die Rolle von Staaten im Integrationsprozess	128
II. Das Verhältnis von Integration und Kooperation	130
1. Integrationsimpulse aus dem gliedstaatlichen Recht?	130
a) Vollharmonisierung als Folge von Konkurrenz?	130
b) Kernharmonisierung als Folge von Konkurrenz?	131
c) Homogene Siedlungsstruktur als Folge von Konkurrenz	131
d) Zwischenergebnis	132
2. Integrationsimpulse im Bundesrecht	132
a) Nachbarwissenschaftliche Ansätze	133
aa) Politikwissenschaftliche Integrationstheorien	133
bb) Ökonomische Integrationstheorien	134
b) Rechtswissenschaftliche Ansätze	135
aa) Eigenständigkeit der rechtlichen Integration?	135
bb) Erfordernis eines umfassenden Ansatzes	136
(1) Impulse aus der Lehre der Staatenverbindungen	136
(a) Staatenbund und Bundesstaat als Eckpunkte	136
(b) Umgang mit Zwischenlagen	137
(aa) Einordnung als unselbstständige Stadien	137
(bb) Einordnung als eigenständige Kategorien	139
(a) Der Bund	139
(β) Der Staaten- und Verfassungsverbund	140
(γ) Der Verfassungsverbund	141
(c) Zwischenergebnis	142
(2) Existenz weiterer integrierender Impulse	142
(a) Indirekte Integration über die Gliedstaaten	142
(aa) Institutionelle Verdichtung	143
(a) Beteiligung im Entscheidungsprozess	143
(β) Fehlende Einflussnahmechaniken	144
(bb) Politische Gestaltungskraft des Bundes	145
(a) Umfang der Bundeskompetenzen	145
(β) Bedeutung des Regelungsbereichs	146
(γ) Bedeutung der Verbindlichkeit	147
(cc) Homogenität der Hoheitsträger	148
(a) Strukturelle Gemeinsamkeiten	148
(β) Bedeutung von Alleingängen	149
(dd) Rücksichtnahmepflichten	150

(b) <i>Direkte Integration über die Angehörigen</i>	150
(aa) <i>Mitbestimmungsrechte</i>	150
(bb) <i>Gemeinsame Werte</i>	151
(cc) <i>Wirkweise des Bundesrechts</i>	152
III. <i>Integration und Kooperation – Konvergenz und Dissonanz</i>	152

2. Teil:

Besonderer Teil – Projektion auf ausgewählte Rechtsordnungen

155

Erstes Kapitel: Gesetzgebungskonkurrenz unter den EU-Verträgen	157
A. <i>Einordnung anhand des Selbstverständnisses</i>	157
I. <i>Vertragstexte als Argumentationsmuster</i>	157
1. <i>Die „Wettbewerbsregeln“ der Art. 101ff. AEUV</i>	157
2. <i>Die Angleichungskompetenzen der Art. 114ff. AEUV</i>	158
3. <i>Das Recht der verstärkten Zusammenarbeit</i>	158
II. <i>Faktisch-funktionale Argumentationsmuster</i>	159
III. <i>Zwischenergebnis</i>	160
B. <i>Einordnung anhand der fünf Gebote kompetitiver Ordnungen</i>	160
I. <i>Gemeinwohlbasis als Ausgangspunkt</i>	161
1. <i>Unionsgrundrechte, Art. 6 EUV</i>	161
2. <i>Binnenmarktbezogene Begründungsversuche</i>	162
3. <i>Homogenitätsklausel, Art. 2 EUV</i>	164
a) <i>Einordnung als Gemeinwohlbasis</i>	164
aa) <i>Konzeption als Mindeststandard</i>	164
bb) <i>Hinreichende Bestimmtheit</i>	166
cc) <i>Umfassender Ansatz des Art. 2 EUV</i>	167
dd) <i>Beurteilungsperspektive</i>	168
(1) <i>Maßgeblichkeit der Unionsvorstellungen</i>	168
(2) <i>Rückbindung an nationale Vorstellungen</i>	169
b) <i>Reichweite der Gemeinwohlbasis</i>	171
aa) <i>Hoheitsträgerbezogene Bindungen</i>	171
(1) <i>Menschenwürde</i>	171
(2) <i>Menschen- und Minderheitenrechte</i>	172
(a) <i>Bezugspunkt</i>	173
(b) <i>Inhalt</i>	174
(aa) <i>Abwehrdimension</i>	174
(bb) <i>Schutzdimension</i>	175
(cc) <i>Soziale Dimension</i>	176
(3) <i>Gleichheit</i>	177
bb) <i>Gesellschaftsbezogene Bindungen</i>	178
c) <i>Zwischenergebnis</i>	179

4. Solidaritätspflichten	179
a) Einordnung als Gemeinwohlbasis	180
aa) Konzeption als Mindeststandard	180
bb) Umfassender Ansatz	180
(1) Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten	180
(2) Solidarität zwischen Union und Mitgliedstaaten	182
(3) Zwischenergebnis	182
b) Reichweite der Gemeinwohlbasis	183
aa) Inhalt des Solidaritätsgrundsatzes	183
bb) Solidarität und Konkurrenz – eine Antinomie?	184
5. Zwischenergebnis	185
II. Durchsetzbarkeit des Unionsrechts	185
1. Verbindlichkeit des Unionsrechts	186
a) Geltungsgrund des Anwendungsvorrangs	186
b) Voraussetzungen des Anwendungsvorrangs	187
c) Rechtsfolgen des Anwendungsvorrangs	187
aa) Wirkweise	188
bb) Adressaten	189
2. Wirksamkeit des Rechtsbehelfssystems	189
a) Verstoß gegen Art. 2 EUV	190
aa) Vertragsverletzungsverfahren	190
bb) Frühwarn- und Sanktionsmechanismus	191
(1) Objektivität der Entscheidungsfindung	191
(2) Kontrollinitüierung	192
(3) Erkenntnisverfahren	193
(4) Durchsetzungsverfahren	194
(a) Frühwarnmechanismus	194
(b) Sanktionsmechanismus	195
b) Verletzung des übrigen Unionsrechts	195
aa) Objektivität der Entscheidungsfindung	196
bb) Effektivität der relevanten Rechtsbehelfe	197
(1) Zentrale Kontrollmechanismen	197
(a) Kontrollinitüierung	197
(b) Erkenntnisverfahren	199
(aa) Umfassender Prüfungsmaßstab	199
(bb) Inhaltliche Entscheidungswirkung	200
(cc) Zeitliche Entscheidungswirkung	200
(c) Durchsetzungsverfahren	202
(aa) Zwangsgelder und Pauschalbeträge	202
(bb) Weitere Sanktionsmittel	205
(a) Mechanismen aus Art. 7 EUV	205
(β) Völkerrechtliche Repressalien	206
(2) Dezentrale Kontrollmechanismen	207
(a) Kontrollinitüierung	207
(b) Erkenntnisverfahren	209
(aa) Umfassender Auslegungsmaßstab	209
(bb) Entscheidungswirkung	209

(c) Durchsetzungsverfahren	210
c) Verletzung des Solidaritätsgrundsatzes als Sonderfall	211
3. Zwischenergebnis	212
III. Individuelle Gewährleistungen	212
1. Gewährleistungen zugunsten der Faktorinhaber	212
a) Investitionssicherheit durch die Eigentumsgarantie	212
aa) Art. 2 EUV als Anknüpfungspunkt	212
bb) Investitionssicherheit als Menschenrechtskern?	213
b) Investitionsfreiheit / -gleichheit durch Grundfreiheiten	214
aa) Gewährleistungsgehalt	215
(1) Grenzüberschreitender Bezug	215
(2) Schutzgegenstand	216
(a) Produktionsfaktorbezogene Grundfreiheiten	216
(aa) Kapitalverkehrsfreiheit	216
(bb) Niederlassungsfreiheit	217
(a) Freiheit der Standortwahl	217
(β) Besonderheiten bei Gesellschaften	217
(cc) Arbeitnehmerfreizügigkeit	218
(b) Produktbezogene Grundfreiheiten	219
(aa) Warenverkehrsfreiheit	219
(bb) Dienstleistungsfreiheit	220
(c) Die Rolle der Zahlungsverkehrsfreiheit	220
(d) Bereichsausnahmen	221
(e) Zwischenergebnis	222
(3) Schutzadressat	222
bb) Mögliche Beeinträchtigungen	223
(1) Nationalitätsbezogene Diskriminierungen	223
(a) In- und EU-ausländische Faktorinhaber	223
(b) EU-ausländische Faktorinhaber	224
(2) Sonstige Beschränkungen	224
(a) Exklusivität des Diskriminierungsverbots?	224
(b) Regelungen des Zielstaates	225
(c) Regelungen des Herkunftsstaates	226
(aa) Wortlaut als Interpretationshemmnis?	227
(bb) Wegzugsbeschränkung als Ansatzpunkt?	227
cc) Rechtfertigungsmöglichkeiten	229
(1) Geltungskraft des Herkunftslandprinzips?	229
(2) Erfordernis einer Interessenabwägung	230
(a) Generierung von Rechtfertigungsgründen	230
(b) Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	231
(aa) Funktionsweise	231
(bb) Grundsatz gegenseitiger Anerkennung	232
c) Zwischenergebnis	233
2. Gewährleistungen zugunsten der Mitgliedstaaten	233
a) Handlungsfähigkeit	233
b) Rechtsetzungsautonomie	234
aa) Relation von Unionskompetenz und Konkurrenz	234
(1) Felder umfassender Konkurrenz	234

(a)	Grundsatz der Einzelermächtigung	234
(b)	Begrenzungen der Einzelermächtigung	236
(aa)	Ziele der Union	236
(bb)	Finalität der Unionskompetenzen	237
(cc)	Tatbestand von Unionskompetenzen	238
(c)	Zwischenergebnis	239
(2)	Felder eingeschränkter Konkurrenz	239
(a)	Subsidiaritätsgrundsatz	240
(aa)	Funktionsweise	240
(bb)	Inhalt	241
(b)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	242
(c)	Treuepflichten	243
(3)	Konkurrenz trotz Unionskompetenz?	244
(a)	Felder unmöglicher Konkurrenz	244
(aa)	Ausschließliche Kompetenzen	244
(bb)	Ausnahmen	245
(b)	Felder bedingter Konkurrenz	246
(aa)	Geteilte Kompetenz mit Sperrwirkung	247
(bb)	Geteilte Kompetenz ohne Sperrwirkung	249
(cc)	Parallele Kompetenz	249
(dd)	Koordinierungskompetenz	251
(4)	Zwischenergebnis	252
bb)	Disziplinierung der Unionsrechtsetzung	252
(1)	Vor Maßnahmeerlass ansetzende Mechanismen	253
(a)	Rolle des Ministerrates	253
(b)	Rolle der nationalen Parlamente	254
(aa)	Funktion des Frühwarnmechanismus	254
(bb)	Maßstab der Subsidiaritätsrüge	255
(cc)	Kompetitiver Mehrwert	257
(dd)	Zwischenergebnis	258
(2)	Nach Maßnahmeerlass ansetzende Mechanismen	259
(3)	Die Bedeutung des Austrittsrechts	260
(a)	Funktionsweise	260
(b)	Kompetitiver Mehrwert	261
c)	Finanzielle Autonomie	262
aa)	Ertragshoheit auf Seiten der Mitgliedstaaten	262
(1)	Steueraufkommen zugunsten der Mitgliedstaaten	262
(2)	Bezug zur Faktoransiedlung	263
bb)	Mehreinnahmeverwendungsautonomie	263
cc)	Einnahmenvellierungsverbot	263
(1)	Bail-Out-Verbot als Grundsatz	264
(2)	Abführungspflichten der Union	265
(a)	Unionsfonds	265
(b)	Beistandspflichten	266
(aa)	(Drohende) Schwierigkeiten	266
(bb)	Außergewöhnliches Ereignis	267
(cc)	Kausalität	268
(dd)	Rechtsfolge	268

(3) <i>Abführungspflichten der Mitgliedstaaten</i>	269
(4) <i>Rechtslage außerhalb der Eurozone</i>	270
d) <i>Chancengleichheit</i>	272
aa) <i>Unerheblichkeit vertraglicher Sonderrechte</i>	272
bb) <i>Institutionelle Dimension</i>	272
(1) <i>Europäischer Rat</i>	273
(2) <i>Europäische Kommission</i>	274
(3) <i>Ministerrat</i>	275
(a) <i>Einstimmigkeit</i>	275
(b) <i>Qualifizierte Mehrheit</i>	276
(aa) <i>Ungleichbehandlung</i>	276
(α) <i>Vertrag von Nizza</i>	276
(β) <i>Vertrag von Lissabon</i>	277
(bb) <i>Folgen für den Wettbewerbsprozess</i>	278
(α) <i>Änderungen des Art. 16 Abs. 4 EUV</i>	278
(β) <i>Organisation und Arbeitsweise im Rat</i>	279
(c) <i>Einfache Mehrheit</i>	281
(d) <i>Zwischenergebnis</i>	282
(4) <i>Europäisches Parlament</i>	282
(a) <i>Ungleichbehandlung</i>	283
(b) <i>Folgen für den Wettbewerbsprozess</i>	283
(aa) <i>Auswirkungen der Weisungsfreiheit</i>	283
(bb) <i>Auswirkungen der Parlamentsarbeit</i>	284
(5) <i>Zwischenergebnis</i>	286
cc) <i>Materiell-rechtliche Dimension</i>	286
(1) <i>Herleitung</i>	286
(2) <i>Beeinträchtigung durch Ungleichbehandlung</i>	287
(3) <i>Rechtfertigungsmöglichkeiten</i>	288
dd) <i>Zwischenergebnis</i>	289
IV. <i>Organisationsbezogene Anforderungen</i>	289
1. <i>Transparenz des nationalen Rechts</i>	289
a) <i>Homogenitätsklausel, Art. 2 EUV</i>	290
aa) <i>Gesetzespublikation und -begründung</i>	290
bb) <i>Dokumentenzugang</i>	290
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	291
b) <i>Grundsatz der Offenheit, Art. 1 Abs. 2 EUV</i>	291
c) <i>Vergleichsmöglichkeiten</i>	293
2. <i>Demokratische Mitbestimmungsrechte</i>	294
3. <i>Rechtssicherheit und Vertrauensschutz</i>	295
V. <i>Konkurrenzschützende Elemente</i>	295
1. <i>Zwischenstaatliche Absprachen</i>	296
a) <i>Vereinbarung einer verstärkten Zusammenarbeit</i>	296
aa) <i>Anwendungsbereich</i>	296
bb) <i>Schutzmechanismen</i>	296
(1) <i>Verfahrensrechtliche Vorkehrungen</i>	297
(2) <i>Materiell-rechtliche Vorkehrungen</i>	297
(3) <i>Zwischenergebnis</i>	299

b) Vereinbarung völkerrechtlicher Verträge	300
aa) Anwendungsbereich	300
bb) Schutzmechanismen	301
(1) Verfahrensrechtliche Vorkehrungen	301
(2) Materiell-rechtliche Vorkehrungen	302
c) Zwischenergebnis	303
2. Mitgliedstaatliche Zuwendungen an Faktorinhaber	303
a) Beihilfeverbot als Schutzvorkehrung, Art. 107 Abs. 1 AEUV	303
aa) Beihilfen gleich welcher Art	304
bb) Unternehmen oder Produktionszweige	305
cc) Spezifität	305
dd) Staatlicher Ursprung der Mittel	307
ee) Verfälschung zwischenstaatlicher Konkurrenz	308
ff) Zwischenergebnis	308
b) Einschränkungen des Beihilfeverbots	309
aa) Legalausnahmen des Art. 107 Abs. 2 AEUV	309
bb) Ermessenstatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV	309
c) Zwischenergebnis	311
3. Konkurrenzverfälschung durch Steuersenkung?	311
a) Umfang des EU-Kodex zur Unternehmensbesteuerung	311
b) Vergleich mit dem geltenden Unionsrecht	313
aa) Reichweite des Beihilfeaufsichtsrechts	313
bb) Reichweite gleichheitsbezogener Mindeststandards	313
(1) Anwendungsbereich	314
(2) Rechtfertigungsmöglichkeiten	314
4. Zwischenergebnis	315
C. Kompetitive Interpretation als unionsgerichtliche Direktive	315
I. Auswirkungen auf die Kompetenzverteilungsregeln	316
1. Auslegung von Zuständigkeitstiteln der Union	316
a) Reichweite von Kompetenzen	316
aa) Erforderliche Binnenmarkteffekte	316
(1) Bestehen eines negativen Binnenmarkteffekts	317
(a) Tatsächlich existierendes Hindernis	317
(aa) Marktzugangsbeeinträchtigungen	317
(bb) Spürbare Wettbewerbsverzerrungen	317
(b) Gefahr eines Hindernisses	319
(2) Prognose eines positiven Binnenmarkteffekts	320
bb) Grenzüberschreitender Bezug	321
b) Einschlägigkeit mehrerer Kompetenztitel	323
aa) Unionsgerichtliche Rechtsprechung	323
bb) Die Perspektive der Literatur	324
cc) Die kompetitive Interpretation der Verträge	326
2. Reichweite der Kompetenzausübungsschranken	326
a) Grundsatz der Subsidiarität	326
aa) Unionsgerichtliche Rechtsprechung	326
bb) Die Perspektive der Literatur	327
cc) Die kompetitive Interpretation der Verträge	329

b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	329
aa) Unionsgerichtliche Rechtsprechung	330
bb) Die Perspektive der Literatur	330
cc) Die kompetitive Interpretation der Verträge	331
II. Auswirkungen auf die Grundfreiheiten	331
1. Beeinträchtigung des Gewährleistungsgehalts	332
2. Generierung von Rechtfertigungsgründen	333
a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe	333
aa) Unionsgerichtliche Rechtsprechung	333
bb) Die Perspektive der Literatur	334
cc) Die kompetitive Interpretation der Verträge	334
b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	335
3. Verhältnismäßigkeit	335
a) Abstrakter Umfang der Kontrolldichte	336
aa) Unionsgerichtliche Rechtsprechung	336
(1) Eignung	336
(2) Erforderlichkeit	337
bb) Die Perspektive der Literatur	337
(1) Grundfreiheitsstruktur als Ansatzpunkt	338
(2) Gefahren- bzw. Schadensneigung als Ansatzpunkt	339
(3) Vertikale Kompetenzverteilung als Ansatzpunkt	340
cc) Die kompetitive Interpretation der Verträge	341
b) Konkrete Konstellationen reduzierter Kontrolldichte	342
aa) Entwicklung von Fallgruppen	342
bb) Spiegelung an der unionalen Judikatur	343
(1) Harmonisierungsverbote	343
(2) Einstimmigkeitsvorbehalt im Ministerrat	345
cc) Materielle Maßstäbe reduzierter Kontrolldichte	345
(1) Eignung	345
(2) Erforderlichkeit	346
c) Konsequenz überschrittener Prärogativen	347
 Zweites Kapitel: Gesetzgebungskonkurrenz unter dem Grundgesetz	 349
A. Einordnung anhand des Selbstverständnisses	349
I. Verfassungstext als Argumentationsmuster	349
II. Faktisch-funktionale Argumentationsmuster	350
III. Zwischenergebnis	351
B. Einordnung anhand der fünf Gebote kompetitiver Ordnungen	351
I. Gemeinwohlbasis als Ausgangspunkt	351
1. Durchgriffsbestimmungen	352
a) Grundrechtsbindung der Legislative, Art. 1 Abs. 3 GG	352
aa) Einordnung als Gemeinwohlbasis	352
bb) Reichweite der Gemeinwohlbasis	353
cc) Bundesgrundrechte als Mindeststandards?	354
b) Umwelt- und Tierschutz, Art. 20a GG	355
c) Grundsatz der Bundestreue	356
2. Normativbestimmungen	358

3. <i>Zwischenergebnis</i>	359
II. <i>Durchsetzbarkeit des Bundesrechts</i>	359
1. <i>Verbindlichkeit des Bundesrechts</i>	359
a) <i>Geltungskraft gegenüber dem Landesrecht</i>	359
aa) <i>Nichtigkeit nach den Art. 1 Abs. 3, 28, 70ff. GG</i>	359
bb) <i>Kollisionsnormen</i>	361
(1) <i>Nichtigkeit aufgrund von Art. 31 GG</i>	361
(2) <i>Einschränkung aufgrund von Art. 142 GG?</i>	362
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	363
b) <i>Sicherung des Vorrangs von Bundesrecht</i>	363
2. <i>Wirksamkeit des Rechtsbehelfssystems</i>	365
a) <i>Objektivität der Entscheidungsfindung</i>	366
aa) <i>Organisatorische Unabhängigkeit</i>	366
bb) <i>Sachliche Unabhängigkeit</i>	367
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	367
b) <i>Effektivität der relevanten Rechtsbehelfe</i>	367
aa) <i>Zentrale Kontrollmechanismen</i>	367
(1) <i>Abstrakte Normenkontrolle</i>	368
(a) <i>Kontrollinitiierung</i>	368
(b) <i>Erkenntnisverfahren</i>	368
(c) <i>Durchsetzungsverfahren</i>	370
(2) <i>Föderale Streitigkeiten</i>	371
(3) <i>Verfassungsbeschwerde</i>	371
bb) <i>Dezentrale Kontrollmechanismen</i>	372
3. <i>Zwischenergebnis</i>	374
III. <i>Individuelle Gewährleistungen</i>	374
1. <i>Gewährleistungen zugunsten der Faktorinhaber</i>	374
a) <i>Investitionssicherheit durch die Eigentumsgarantie</i>	374
b) <i>Investitionsfreiheit / -gleichheit durch Grundrechte</i>	375
aa) <i>Umgang mit interföderalen Regelungsgefällen</i>	375
(1) <i>Investitionsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG</i>	376
(a) <i>Schutzbereich</i>	376
(b) <i>Mögliche Beeinträchtigungen</i>	377
(c) <i>Rechtfertigungsmöglichkeiten</i>	378
(d) <i>Zwischenergebnis</i>	380
(2) <i>Investitionsfreiheit durch Art. 11 Abs. 1 GG</i>	381
(a) <i>Schutzbereich</i>	381
(aa) <i>Landesgrenzen überschreitender Bezug</i>	381
(bb) <i>Schutzgegenstand</i>	382
(a) <i>Produktbezogene Dimension</i>	382
(β) <i>Faktorbezogene Dimension</i>	382
(b) <i>Zwischenergebnis</i>	384
(3) <i>Investitionsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG</i>	384
bb) <i>Umgang mit herkunftsbezogenen Differenzierungen</i>	384
(1) <i>Investitionsgleichheit durch Art. 3 Abs. 3 GG</i>	385
(2) <i>Investitionsgleichheit durch Art. 33 Abs. 1 GG</i>	385
(3) <i>Investitionsgleichheit durch Art. 3 Abs. 1 GG</i>	387
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	387

2. Gewährleistungen zugunsten der Bundesländer	387
a) Handlungsfähigkeit	387
b) Rechtsetzungsautonomie	388
aa) Relation von Bundeskompetenz und Konkurrenz	388
(1) Felder umfassender Konkurrenz	388
(a) Residueller Ansatz des Art. 70 Abs. 1 GG	388
(b) Konkurrenzaffine Regelungsbereiche	389
(c) Auswirkungen der Föderalismusreform 2006	391
(2) Felder eingeschränkter Konkurrenz	393
(a) Erforderlichkeitsklausel	393
(aa) Mögliche Anknüpfungspunkte	393
(a) Gleichwertige Lebensverhältnisse	394
(β) Rechts- oder Wirtschaftseinheit	394
(bb) Erforderlichkeit	395
(b) Bundestreue	396
(3) Konkurrenz trotz Bundeskompetenz	396
(a) Felder unmöglicher Konkurrenz	396
(b) Felder bedingter Konkurrenz	398
(c) Felder geschwächter Konkurrenz	399
(aa) Sachgebiete	399
(bb) Funktionsweise	400
(cc) Wettbewerbsintensität	401
(4) Zwischenergebnis	402
bb) Disziplinierung der Bundesgesetzgebung	403
(1) Vor Maßnahmeerlass ansetzende Mechanismen	403
(2) Nach Maßnahmeerlass ansetzende Mechanismen	404
(a) Kompetenzkontrollverfahren	404
(b) Kompetenzfreigabeverfahren	405
(3) Zwischenergebnis	406
c) Finanzielle Autonomie	407
aa) Ertragshoheit auf Seiten der Bundesländer	407
(1) Steueraufkommen zugunsten der Länder	407
(2) Bezug zur Faktoransiedlung	408
(a) Einkommens- und Körperschaftssteuer	408
(b) Landessteuern	410
(c) Gewerbesteuer	411
(3) Zwischenergebnis	411
bb) Mehreinnahmeverwendungsautonomie	411
cc) Einnahmenvellierungsverbot	412
(1) Sekundärer horizontaler Finanzausgleich	412
(a) Unterschiedliche Finanzkraft	412
(b) Angemessener Ausgleich	413
(aa) Aussagen der Art. 20 Abs. 1, 72 Abs. 2 GG	414
(bb) Verfassungsgerichtliche Sichtweise	414
(cc) Folgen der Selbstständigkeit aller Länder	415
(dd) Folgen des bündischen Elements	416
(2) Bundesergänzungszuweisungen	417
(a) Fehlbetragszuweisungen	418
(b) Sonderbedarfszuweisungen	418

(c) Sanierungshilfen	419
(3) Zwischenergebnis	421
d) Chancengleichheit	421
aa) Institutionelle Dimension	421
(1) Bundesrat	422
(a) Ungleichbehandlung	422
(b) Folgen für den Wettbewerbsprozess	422
(2) Bundestag	423
(3) Bundesregierung	424
(4) Zwischenergebnis	424
bb) Materiell-rechtliche Dimension	424
(1) Herleitung	425
(2) Inhalt am Beispiel des Art. 143d Abs. 2 GG	425
(a) Funktionsweise	425
(b) Ungleichheit strukturschwacher Länder?	426
(c) Einnahmenviellierungsgefahren?	427
cc) Zwischenergebnis	428
IV Organisationsbezogene Anforderungen	428
1. Auslegung des Art. 28 Abs. 1 GG	428
2. Inhalt des Art. 28 Abs. 1 GG	429
a) Transparenz des Landesrechts	430
b) Demokratische Mitbestimmungsrechte	430
c) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	430
3. Zwischenergebnis	431
V. Konkurrenzschützende Elemente	431
1. Länderübergreifende Absprachen	431
2. Zuwendungen der Länder an Faktorinhaber	433
C. Das Grundgesetz – eine Form des Gestaltungsföderalismus	435

3. Teil:
Schlussbetrachtung
437

4. Teil:
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse
441

A. Integrations- und Wettbewerbsdimensionen	441
B. Gesetzgebungskonkurrenz unter den EU-Verträgen	445
C. Gesetzgebungskonkurrenz unter dem Grundgesetz	449
Literaturverzeichnis	453
Sachregister	523

Grundlagen der Gesetzgebungskonkurrenz

Unternehmerischer Wettbewerb führt wegen des ihm immanenten freien Spiels der Kräfte in Form von Angebot und Nachfrage sowie der koordinierenden Funktion von Preisen zu einer Optimierung von Kosten und Nutzen zugunsten beider Marktseiten. Dieser Vorzug ist im ökonomischen Diskurs (mittlerweile) allgemein anerkannt¹ und durch den Niedergang der planwirtschaftlichen Systeme in Osteuropa auch geschichtlich belegt.² Weitaus weniger eindeutig sind demgegenüber die Meinungen zu zwischenstaatlicher Konkurrenz. Die insoweit bestehenden Divergenzen fußen vor allem darauf, dass sich die Vorzüge von Wettbewerbsprozessen aus ökonomischer Sicht dann am besten entfalten, wenn sich die Hoheitsträger in möglichst starker Zurückhaltung üben. Denn dieses Gebot der Mäßigung scheint ein etwaiges Konkurrieren von Staaten aufgrund der dann zwangsläufig erforderlich werdenden hoheitlichen Aktivitäten zu pervertieren.³ Es lässt deshalb Zweifel an der Daseinsberechtigung zwischenstaatlichen Wettbewerbs aufkommen.⁴

Diese Skepsis verwundert indes wiederum deshalb, weil eine Übertragung der Funktionsbedingungen von Märkten auf staatliche Entscheidungsprozesse durchaus ertragreich sein kann: So ließen sich die von verschiedenen Hoheitsträgern angebotenen Regeln zum einen als Produkt verstehen, das die Unternehmer im Rahmen ihrer Standortentscheidung nachfragen. Führt man diesen Gedanken fort, so würde dort investiert, wo in Bezug auf die jeweilige Tätigkeit relativ günstigere Vorschriften existieren, so dass sich nach und nach aufgrund der Knappheit der zur Verfügung stehenden Ressourcen das optimale Recht herauschälen könnte.⁵ Zum anderen ist zwischenstaatlicher Wettbewerb aber auch als Vergleichsprozess denkbar, wenn verschiedene Formen hoheitlicher Gemeinwohlerwirklichung angeboten, einander gegenübergestellt, bewertet und ggf. adaptiert werden. Denn da die Initiatoren der unterschiedlichen Regelungen – die sog. Entscheidungsträger – am Erhalt ihrer Macht interessiert sind, könnte sich auch insoweit die optimierende Funktion des Marktes entfalten.

¹ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 13 ff.

² Vgl. *Walter*, Wirtschaftsgeschichte, S. 299 ff.

³ So z. B. *Sinn*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2002, 391, 399 ff.

⁴ Siehe dazu nur *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdbStR V, § 99 Rn. 35 ff.; ebenso schon *Krüger*, Allg. Staatslehre, S. 122, 132 f.

⁵ Vgl. *Peters*, VVDStRL 69 (2009), 7, 14 ff.

ten – so, weil die Wählerstimmen knapp sind oder der Staat Ressourcen einsparen kann. In der Folge entsteht dann ein mittelbarer Zwang zur Übernahme etwaiger „besserer“ Konzepte.⁶

Ein bedingungsloser Wettbewerb um Wählerstimmen und/oder Investitionen birgt nun aber die Gefahr, dass die Gemeinwohlbelange aus dem Blick geraten, die kaum zu Effizienz- oder Standortvorteilen führen und deshalb eher kein Teil marktmäßiger Optimierung sein können⁷ – so in der Umwelt- oder Sozialpolitik.⁸ Denn will ein Staat diese Belange schützen, drohen ihm ggf. Wettbewerbsnachteile, wenn die Konkurrenz auf vergleichbare Normen verzichtet.⁹ Nicht unmittelbar marktgängige Interessen müssen daher vor zügelloser zwischenstaatlicher Konkurrenz geschützt werden. In Betracht kommen übergreifende Gemeinwohlbindungen¹⁰, die föderale Systeme sicherstellen können, soweit das Bundesrecht für alle Gliedstaaten verbindliche Schutzmechanismen enthält¹¹. Der damit zwangsläufig auch einhergehende Integrationsprozess könnte nun aber wiederum in einem latenten Widerspruch zu zwischenstaatlichem Wettbewerb stehen, weil die Interaktion föderal verbundener Staaten zumindest prima facie eher auf ein koordiniertes Mit- als auf ein konkurrierendes Gegeneinander angelegt zu sein scheint.¹²

⁶ Vgl. *Benz*, *VerwArch.* 97 (2006), 318, 320 ff.

⁷ Vgl. *Peters*, *VVDStRL* 69 (2009), 7, 31, 36.

⁸ *Calliess*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, S. 12 ff.

⁹ Ausf. zu diesen Zusammenhängen *Scharpf*, in: *Freiherr vom Stein Gesellschaft* (Hg.), *Cappenberger Gespräche* 23 (1989), S. 7, 13 ff.

¹⁰ Vgl. dazu näher *Anderheiden*, in: *Bungenberg/Danz/Heinrich u. a.* (Hg.), *Recht und Ökonomik*, S. 113, 113 ff.

¹¹ Vgl. *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, § 38; *Würtenberger*, in: *Duso/Krawietz/Wyduckel* (Hg.), *Konsens und Konsoziation*, S. 355, 367.

¹² *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *HdbStR V*, § 99 Rn. 39.

Erstes Kapitel

Einleitung

Gerade in föderalen Systemen zeigt sich also ein Spannungsverhältnis zwischen Integration und Konkurrenz. Ihm ist insbesondere die Hoheitsfunktion der Schaffung formeller Gesetze – d. h. also die Legislative¹ – ausgesetzt. Denn sie bildet in demokratisch-rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten Staaten die Basis für hoheitliches Handeln mit Eingriffscharakter.²

A. Tatsächliche Phänomene

Die Existenz eines solchen Spannungsverhältnisses bestätigen einige Beobachtungen aus der jüngeren Vergangenheit auf Unions- und Bundesebene.

I. Unionsebene

So wurde auf Unionsebene der Dualismus von Integration und Konkurrenz zuletzt im Zuge der Verabschiedung der sog. Dienstleistungsrichtlinie³ offenbar. Dieser Sekundärrechtsakt erleichtert für den Fall einer vorübergehenden Tätigkeit in anderen Mitgliedstaaten den Marktzugang, indem er nationale Regelungen jedenfalls nach überwiegender und im Übrigen auch vorzugswürdiger Ansicht⁴ nur noch dann zulässt, wenn sie keine nationalitätsbezogene Diskriminierung mit sich bringen und aus Gründen der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit und Ordnung oder des Umweltschutzes gerechtfertigt sind. Dadurch wird die zwischenstaatliche Konkurrenz um Ansiedlungen erheblich forciert, weil die Bedingungen am Standort gegenüber denen des Absatzmarktes für eine etwaige Investitionsentscheidung an Bedeutung gewinnen. Denn ein Unternehmen kann sich aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie nun in dem Mitgliedstaat niederlassen, wo ihm der (rechtliche) Rahmen besonders günstig erscheint,⁵ um

¹ Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 4 Rn. 10f.

² Vgl. dazu *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 14f.

³ RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 36ff.

⁴ Ausf. zum Streitstand *Korte*, DVBl. 2009, 489, 491 ff.; siehe auch *Luch/Schulz*, GewArch. 2009, 184, 184 ff.; abw. z. B. *Heidfeld*, NVwZ 2009, 1471, 1471 ff.

⁵ *Calliess/Korte*, Handbuch Dienstleistungsrecht, § 1 Rn. 72; vgl. auch *Blanke*, in: *Blanke/Scherzberg/Wegner* (Hg.), Dimensionen des Wettbewerbs, S. 345, 361 ff.

von dort aus seine Dienstleistungen zu exportieren, ohne im Zielstaat z.B. Verbraucherschützenden Restriktionen ausgesetzt zu sein. Nicht zuletzt deshalb wurden im Zuge des Rechtsetzungsprozesses Stimmen laut, die zur Gewährleistung eines hinreichenden Rechtsgüterschutzes forderten, im Sekundärrecht für die vorübergehende Leistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat binnenmarktweit geltende Mindestschutzvorkehrungen zu treffen. Dadurch betonten sie zugleich die Notwendigkeit (weiterer) integrierender Impulse in der Dienstleistungsrichtlinie.⁶

Abgesehen davon zeigen sich im Unionsrecht aber auch Tendenzen, die nicht auf die Generierung von Ansiedlungen, sondern auf ein gegenseitiges Lernen der Mitgliedstaaten ausgerichtet sind und auf eine sog. Diffusion rechtlicher Standards abzielen. Sie manifestiert sich in einer vertikalen Ausprägung z.B. im Bestreben größerer Mitgliedstaaten, ihr nationales Umweltrecht in das Unionsrecht zu überführen, um es so binnenmarktweit verbindlich zu machen.⁷ Demgegenüber lässt sich eine sog. horizontale Diffusion⁸ z.B. in den Niederlanden beobachten, die in Teilen (soweit ersichtlich ohne Anstoß von dritter Seite) das deutsche Immissionschutzrecht übernommen hat.⁹ Ähnliche Entwicklungen scheinen auch von der Dienstleistungsrichtlinie intendiert zu sein, soweit man auf das dort normierte Verfahren gegenseitiger Evaluierung abstellt, das eine fortlaufende Kenntnisaufnahme neuer richtlinienkonformer Vorschriften im nationalen Recht anderer Mitgliedstaaten ermöglicht.¹⁰ Denn dadurch könnte ein von der Kommission moderierter Prozess der Diffusion des nach welchen Kriterien auch immer besseren Rechts eines Mitgliedstaats in andere nationale Rechtsordnungen entstehen.¹¹ In all diesen Fällen zeigen sich einerseits kompetitive Züge, soweit man auf die Knappheit der Rechtsordnungen übernahmebereiter Hoheitsträger abstellt. Andererseits ergeben sich im Falle einer Adaption aber auch Integrationsgewinne. Sie sind in Abhängigkeit dazu, ob eine Regelung vollständig, teilweise oder (nur) modifiziert übernommen wird, unterschiedlich hoch.

II. Bundesebene

Auf nationaler Ebene zeigt sich der Dualismus konkurrierender und integrierender Momente in der staatlichen Gesetzgebung z.B. im öffentlichen Dienstrecht.

⁶ Vgl. z.B. *Möstl*, DÖV 2006, 281, 286 ff.; *Reim*, NJW 2005, 1553, 1554 f.

⁷ *Héritier/Knill/Mingers*, Ringing the Changes in Europe, S. 331 ff.

⁸ Ausf. dazu *Blancke*, Politikinnovationen, S. 98 ff.

⁹ *Kern*, Horizontale und vertikale Politikdiffusion in Mehrebenensystemen, S. 16.

¹⁰ *Kluth*, in: ders. (Hg.), Jahrbuch Kammer- und Berufsrecht 2007, S. 341, 351 ff.; *Cornils*, in: *Schlachter/Ohler* (Hg.), Dienstleistungsrichtlinie, Art. 39 Rn. 14 f.

¹¹ Vgl. dazu näher *Korte*, NVwZ 2007, 501, 503; *ders.*, in: *Schliesky* (Hg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie Bd. 2, S. 57, 68.

So soll es dort zwar nach manchen Stimmen in der Literatur¹² einen bundesweit gültigen Leitgedanken der Homogenität und Solidarität geben. Er hinderte Baden-Württemberg aber nicht daran, rechtliche Rahmenbedingungen – vor allem in Form einer Verbeamtung und (deshalb) lukrativeren Besoldung – zu konzipieren, um Lehrkräfte aus anderen Bundesländern in das eigene Hoheitsgebiet zu lenken. Auch wenn dadurch das eigene Bildungsangebot gestärkt werden sollte, waren mit diesem Vorgehen *volens volens* Rückwirkungen auf die Schulausbildung in anderen Bundesländern verbunden, die die Betroffenen wiederum zu Reaktionen insbesondere in Form eigener Gehaltserhöhungen zwangen.¹³ Nimmt man hinzu, dass Lehrkräfte ein „knappes Gut“ sind, weist das Handeln Baden-Württembergs somit nicht zu ignorierende Wettbewerbsselemente auf, was Forderungen nach einem bundeseinheitlichen Besoldungssystem im öffentlichen Dienstrecht laut werden ließ.¹⁴ Solche Appelle sind indes schon deshalb nicht ohne Brisanz, weil mit ihnen eine Rückkehr zu der Rechtslage einhergehen würde, die vor der Föderalismusreform von 2006¹⁵ bestand.¹⁶

Abgesehen davon ist die (mit dieser Verfassungsänderung einhergegangene) Einführung einer Abweichungskompetenz für das Phänomen zwischenstaatlichen Wettbewerbs von Bedeutung, weil sie es den Ländern gestattet Bundesrecht in der Hoffnung zu verändern, dass der Bund die neu geschaffene Regelung übernimmt, so dass sie sich als allgemein geltender Standard im Sinne einer „best practice“ durchsetzt. Denn dadurch können die insbesondere im Umweltrecht bestehenden Abweichungskompetenzen vertikale Diffusionsprozesse anstoßen. Hingegen lassen sich im Schulrecht horizontale Ausbreitungen erfolgreicher Vorschriften nachweisen,¹⁷ die zugleich den bundesweiten Integrationsstand in einem an sich dem Landesrecht überantworteten Sachgebiet erhöhen. So ist beispielsweise die sog. Schulautonomie, die grob gesprochen die Erweiterung der Selbstständigkeit der einzelnen Schulen unter anderem durch Lockerungen im Landesschulrecht zum Ziel hat,¹⁸ ursprünglich allein in einigen südlichen Bundesländern und vor allem in Hessen eingeführt und erprobt worden.¹⁹ Mittlerweile sind die damit verbundenen administrativen, finanziellen und pädagogischen Freiheiten allerdings bundesweit als „best practice“ anerkannt und zumindest dem Grunde nach im jeweiligen Landesschulrecht niedergelegt.²⁰ Sie

¹² Breuer, in: Grote/Härtel/Hain u. a. (Hg.), FS-Starck, S. 165, 176.

¹³ Vgl. dazu z. B. Kloepfer, F.A.S. 8/2009 vom 22.02.2009, S. 31.

¹⁴ Vgl. Schmoll, F.A.Z. 49/2009 vom 27.02.2009, S. 1.

¹⁵ BGBl. I vom 31.08.2006, S. 2034 ff.

¹⁶ Mehde, Wettbewerb zwischen Staaten, S. 173 ff.

¹⁷ Vgl. dazu Wallrabenstein, VVDStRL 73 (2013), 41, 55 ff.

¹⁸ Langenfeld, Die Verwaltung 40 (2007), 347, 358 f.

¹⁹ Rürup, Innovationswege im deutschen Bildungssystem, S. 293 ff.

²⁰ Ausf. dazu Müller, Schulische Eigenverantwortung, S. 111 ff.

unterliegen außerdem ständiger²¹ Innovation²², auch damit die amtierenden Politiker die Zufriedenheit der Bürger mit der eigenen Schulpolitik steigern, um vor der nächsten Wahl eine positive Regierungsbilanz ziehen und so ihre Machterhaltungschancen verbessern zu können.

B. Rechtliche Hintergründe

Diese Beispiele für integrative und kompetitive Einflüsse auf die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten bzw. Bundesländer deuten vielerlei offene rechtswissenschaftliche Fragen an, die im Folgenden umschrieben werden sollen, um einen Überblick über den Untersuchungsgegenstand zu geben.

I. Integrations- und Wettbewerbsdimensionen

So müssen zunächst die Termini Föderalismus, Integration und Konkurrenz in Abgrenzung zu verwandten Phänomenen konturiert werden, um von keiner inhaltlich unsicheren Basis aus zu argumentieren²³. In diesem Kontext kommt es einerseits darauf an, die Bedeutung von Einheit und Vielfalt in föderalen Ordnungen auszuloten und zu möglichen Integrationsfaktoren in Beziehung zu setzen. Andererseits ist aber nicht zuletzt im Lichte der hoheitlichen Gemeinwohlbindungen auch zu ergründen, ob es zwischenstaatliche Wettbewerbsprozesse überhaupt geben kann. Zur Beantwortung dieser Frage könnte sich eine Parallele zur unternehmerischen Konkurrenz anbieten, indem deren Übertragbarkeit auf bzw. Nutzen für den zwischenstaatlichen Bereich ermittelt wird. Die Möglichkeiten und Grenzen des dazu nötigen Analogieschlusses dürften insbesondere davon abhängen, zu welchem Zweck die staatlichen Entscheidungsträger miteinander konkurrieren:

Er kann erstens darin liegen, die Inhaber von mobilen Produktionsfaktoren (sog. Faktorinhaber) dazu zu bewegen, Arbeit oder Kapital aus anderen Staaten abzuziehen und dann im eigenen Hoheitsgebiet zu investieren, um so Steuererhöhungen und zusätzliche Wählerstimmen zu generieren (sog. Systemwettbewerb²⁴). Möglich ist aber auch zweitens eine Optimierung der eigenen Rechtsordnung zum Zwecke der Einsparung von Ressourcen oder der Generie-

²¹ Vgl. zu entsprechenden Modellversuchen z.B. das in Bayern angesiedelte Projekt „Modus 21“, das unter anderem mit Innovationspreisen operiert; siehe dazu auch *Knauss*, RdJB 2003, 482, 483 f.

²² *Rürup*, Innovationswege im deutschen Bildungssystem, S. 366 ff.

²³ *Seiffert*, Einführung in die Wissenschaftstheorie Bd. I, S. 54; ein solches Desiderat sieht bezogen auf die Vorträge zur 69. Staatsrechtslehrertagung mit dem Titel „Gemeinwohl durch Wettbewerb?“ auch *Heun*, RW 2010, 99, 103.

²⁴ Vgl. dazu z. B. *Berthold/Fricke*, in: Härtel (Hg.), HdbFöd. II, § 30 Rn. 4 ff.

zung von Wählerstimmen (sog. Leistungswettbewerb²⁵). Zudem kann drittens das Ziel der Optimierung der Investitionsbedingungen für heimische Unternehmen jenseits des eigenen Hoheitsgebiets verfolgt werden, bringt doch die Übernahme von Heimatrecht durch andere Staaten einen Gewinn an Rechts- und in der Folge Anlagesicherheit mit sich (sog. Rechtsexport²⁶).²⁷ Die beiden letztgenannten Facetten zwischenstaatlicher Konkurrenz in Form des Leistungswettbewerbs und des Rechtsexports prägt im Unterschied zum Systemwettbewerb, dass sie anderen Staaten nicht zum Nachteil gereichen, sondern das nach welchen Kriterien auch immer leistungsfähigste Recht generieren.²⁸

Falls sich erweisen sollte, dass zwischenstaatliche Konkurrenz nicht nur als tatsächliches Phänomen wahrgenommen wird, sondern auch als ökonomischer Prozess existiert, ist zu erörtern, ob sie sich frei entfalten können darf oder durch übergreifende Vorgaben in geordnete Bahnen gelenkt werden muss. Sollten Steuerungsmechanismen erforderlich sein, müsste der Frage nachgegangen werden, wie sie auszugestalten sind. Die damit einhergehende Rekonstruktion von Rechtsordnungen als Wettbewerbsordnungen erinnert unabhängig von der Form der Konkurrenz in ihrem Aufbau unweigerlich an föderale Strukturen, weil sich die staatliche Gesetzgebung an wie auch immer übergeordneten Rahmenbedingungen ausrichten muss. Aus diesem Grunde sind die denkbaren Dimensionen zwischenstaatlicher Konkurrenz abschließend zum Phänomen der Integration in Beziehung zu setzen, um deren vereinende Kraft ermitteln zu können. Die daraus ableitbaren Erkenntnisse könnten als Folie dienen, auf deren Hintergrund sich Möglichkeiten und Grenzen eines Wettbewerbs in föderalen Ordnungen nachzeichnen lassen.

II. Projektion auf ausgewählte Rechtsordnungen

Die so beschriebene Entfaltung der Dimensionen des zwischenstaatlichen Wettbewerbsprozesses bliebe abstrakt, wenn man sie nicht an tatsächlich existenten, mehrere Staaten verbindenden Rechtsordnungen spiegelte. Die dazu nötige Projektion soll anhand des Unions- und des nationalen Verfassungsrechts – so diese Normenkomplexe auf föderale Ordnungen bezogen sind – vorgenommen werden.

²⁵ Vgl. dazu *Benz*, *VerwArch.* 97 (2006), 318, 318 ff.

²⁶ Vgl. dazu z. B. *Dreier*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hg.), *HdbJusPublEuRI*, § 1 Rn. 82; siehe auch *Grimm*, *JZ* 2009, 596, 599.

²⁷ Vgl. dazu insgesamt auch *Giegerich*, *VVDStRL* 69 (2009), 57, 73 ff.

²⁸ Ähnl. *Benz*, *VerwArch.* 97 (2006), 318, 322.

1. Unionsrecht

In Umsetzung dessen scheint die Funktionsfähigkeit zwischenstaatlicher Wettbewerbsprozesse im Bereiche der Gesetzgebung zunächst Rechtsetzungsautonomie vorauszusetzen. Daher ist zu erörtern, wie weit die zugunsten der Mitgliedstaaten bestehenden Gesetzgebungsspielräume im Unionsrecht genau reichen, weil nur in deren Anwendungsbereich Raum für kompetitive Interaktionen bleibt. Dazu sind neben den einzelnen Zuständigkeitsformen und -titeln auch das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 3f. EUV zu beleuchten, weil sie Vorgaben für die Möglichkeiten und Grenzen der Gemeinwohlausformung auf Unionsebene machen. Dieselbe Funktion könnte etwaigen zwischenstaatlichen Absprachen zukommen, so dass auch deren Bedeutung für kompetitive Interaktionen zu ergründen ist. In diesem Kontext dürfte insbesondere die in den Art. 121, 145 ff. AEUV niedergelegte Pflicht der Mitgliedstaaten zur Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik relevant werden. Die aus all diesen Vertragsvorschriften resultierenden Determinanten des Wettbewerbsprozesses zwischen den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern verlangen freilich nach ihrer Durchsetzbarkeit, um Wirksamkeit zu entfalten. Sie scheint wegen des Fehlens von Zwangsmitteln auf Unionsebene jenseits der Art. 7 EUV, 354 AEUV aber ebenfalls zumindest erörterungsbedürftig.

Abgesehen davon stellt sich die Frage, welche Rolle die Grundfreiheiten im Rahmen des zwischenstaatlichen Wettbewerbsprozesses spielen. Denn soweit sie auf einen grundsätzlich unbeeinträchtigten Marktzugang und eine in der Folge prinzipiell unbedingte Faktormobilität gerichtet sind, drohen beinahe zwangsläufig Kollisionen mit der mitgliedstaatlichen Gemeinwohlverantwortung. Zudem ist das Verhältnis des in Art. 4 Abs. 2 EUV enthaltenen Grundsatzes der Staatengleichheit zu kompetitiven Interaktionen der Mitgliedstaaten erörterungsbedürftig. Denn die daraus resultierenden Gleichbehandlungspflichten könnten ggf. in Verbindung mit dem in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Grundsatz der Unionstreue die Kraft haben, zwischenstaatliche Wettbewerbsprozesse nachträglich zu nivellieren oder aufgrund etwaiger Rücksichtnahmepflichten ggf. sogar im Keim zu ersticken. Abgesehen davon scheint die Existenz von Mehrheitsentscheidungen im Ministerrat der Annahme von Chancengleichheit unter den Mitgliedstaaten schon dem Grunde nach entgegenzustehen, weil dadurch der Wille einzelner Konkurrenten marginalisiert werden könnte. Und schließlich fragt sich, ob den Mitgliedstaaten im Unionsrecht hinreichende Wettbewerbsanreize geboten werden, wo doch die in den Art. 122 Abs. 2, 143 AEUV enthaltenen Einstandspflichten Ausnahmen vom Grundsatz des „No Bailout“ zu machen scheinen.

2. Nationales Verfassungsrecht

Betrachtet man die Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts, hängt auch dort die Funktionsfähigkeit zwischenstaatlicher Wettbewerbsprozesse im Bereiche der Gesetzgebung zunächst maßgeblich vom Maß der den Bundesländern zur Seite stehenden Rechtsetzungsbefugnisse ab. Daher ist auch insoweit zu erörtern, wie weit die bestehenden Gesetzgebungsspielräume genau reichen, weil nur in deren Anwendungsbereich Raum für kompetitive Interaktion bleibt. Dazu sind vor allem die einzelnen Zuständigkeitstitel und -formen sowie insbesondere die in Art. 72 Abs. 2 GG normierte Erforderlichkeitsklausel und die in Art. 72 Abs. 3, 84 Abs. 1 S. 2ff. GG enthaltenen Abweichungskompetenzen zu beleuchten. Abgesehen davon könnten auch Absprachen zwischen den Bundesländern Einflüsse auf die Möglichkeiten und Grenzen der Gemeinwohlausformung auf Bundesebene und auf den für zwischenstaatliche Wettbewerbsprozesse offenbar notwendigen Prozess des Vergleichs der verschiedenen Regelungsvorschläge haben, so dass sie ebenfalls in die Untersuchung einzubeziehen sind.

Zudem stellt sich die Frage, ob das nationale Verfassungsrecht in hinreichendem Maße vor protektionistischem, unternehmerische Investitionen hindern dem Verhalten anderer Bundesländer schützt. Denn dem Grundgesetz scheinen Vorschriften, die nach dem Vorbild der Grundfreiheiten an den Übertritt von Ländergrenzen ansetzen, fremd zu sein. Einzig die Grundrechte könnten daher Faktormobilität garantieren und etwaigen Wettbewerbsverfälschungen der Bundesländer vorbeugen. Eine solche Funktion scheint aber wiederum mit deren Wirkweise als generelle, nicht auf föderale Gefährdungslagen zugeschnittene Abwehrrechte zu kollidieren. Zudem könnten der Funktionsfähigkeit zwischenstaatlicher Wettbewerbsprozesse etwaige föderative Gleichbehandlungspflichten, soweit sie im nationalen Recht enthalten sind, sowie die dem Mehrheitsprinzip verpflichteten Abstimmungsmodi im Bundesrat entgegenstehen. Und schließlich ließe sich die Existenz hinreichender Wettbewerbsanreize bezweifeln, weil der Finanzausgleich erwirtschaftete Vorteile rückgängig macht, die Steuererhebung weitgehend beim Bund monopolisiert ist und den Ländern ihr Finanzierungsspielraum mit der Föderalismusreform 2009²⁹ durch die Schuldenbremse ein Stück weit genommen wird.

III. Kompetitive Interpretation des Rahmenrechts

Falls sich herausstellen sollte, dass das Unions- und/oder das nationale Verfassungsrecht den Anforderungen gerecht wird/werden, die eine Rahmenordnung erfüllen muss, um zwischenstaatliche Wettbewerbsprozesse funktionsfähig zu halten, ist abschließend nach dem rechtswissenschaftlichen Mehrwert dieser Erkenntnis zu fragen. Er könnte sich aus einer kompetitiven Interpretation des

²⁹ BGBl. I vom 29.07.2009, S. 2248ff.

Rahmenrechts ergeben, die nach einer Auslegung der dort enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe im Lichte zwischenstaatlicher Konkurrenz verlangen würde.³⁰ Daran anknüpfend wäre zu fragen, ob ein derartiger Interpretationsansatz überhaupt zulässig ist und wenn ja, auf welche Regelungen er angewendet werden kann. In Betracht kommen insoweit vor allem die Grundfreiheiten und/oder Grundrechte sowie die Vorgaben der unionalen bzw. nationalen Kompetenzordnungen, weil deren Reichweite über den Grad an Autonomie entscheidet, der den Mitgliedstaaten bzw. Bundesländern im Wettbewerb zur Verfügung steht. Auf Basis dieses Anknüpfungspunktes wäre dann anschließend zu bestimmen, welche der zugehörigen Anforderungen sich im Einzelnen kompetitiv interpretieren lassen und welche Rechtsfolgen sich aus dieser Auslegung genau ergeben. In diesem Kontext stellt sich dann ggf. die Frage nach der gerichtlichen Kontrolldichte, falls etwaige Beurteilungsspielräume zugunsten der Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten bzw. Bundesländern anerkannt werden müssen.

C. Ausgrenzungen

Mit Hilfe der so umrissenen Forschungsfelder lassen sich diejenigen Rechtsfragen ausgrenzen, die nicht Gegenstand der Untersuchung werden können.

I. Fokussierung auf legislatives Handeln

So werden zwar gelegentlich Wettbewerbsprozesse im Bereich der Judikative identifiziert,³¹ obwohl deren Rechtsbindung und Unabhängigkeit auf den ersten Blick wenig marktspezifisch zu sein scheint.³² Ob man insoweit von zwischenstaatlicher Konkurrenz sprechen kann, braucht aber nicht erörtert zu werden, weil diese Untersuchung legislatives Handeln fokussiert.

Zudem können wegen dieser Beschränkung Wettbewerbsprozesse in der Verwaltung ausgeklammert bleiben, auch wenn nicht von der Hand zu weisen ist, dass exekutives Handeln einem durch unternehmerische Standortentscheidungen induzierten Konkurrenzdruck ausgesetzt ist,³³ der ggf. Verwaltungshandeln effektuieren bzw. optimieren kann.³⁴

³⁰ Ähnl. der Ansatz bei *Calliess*, DÖV 1997, 889, 889.

³¹ So *Giegerich*, VVDStRL 69 (2009), 57, 68; vgl. auch *Oebbecke*, DÖV 2007, 177, 182 ff.; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 52 ff.; *Michael*, DVBl. 2009, 1062, 1066.

³² Vgl. dazu nur *Sodan*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HdbStR V, § 113 Rn. 4, 19 ff.

³³ Vgl. *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 407.

³⁴ *Dittmann*, in: *Maurer* (Hg.), FS-Dürig, S. 223, 231 ff.

Fokussiert man das legislative Handeln, lässt sich abgesehen davon auch der Wettbewerb im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung aufgrund der Zuordnung dieser Bereiche zur Exekutive³⁵ ausklammern. Damit soll aber natürlich nicht negiert werden, dass namentlich Krankenkassen³⁶ oder Universitäten³⁷ um Mitglieder bzw. Studenten konkurrieren können.

Nicht untersucht werden ferner kompetitive Prozesse im kommunalen Bereich. Denn obwohl beispielsweise das Satzungsrecht gelegentlich Benchmarking-Prozessen ausgesetzt ist,³⁸ die eine gewisse Verwandtschaft zum hier sog. Leistungswettbewerb aufweisen, ist das Handeln auf kommunaler Ebene der Exekutive zuzuordnen und kein Teil der Legislative.

II. Fokussierung auf öffentlich-rechtliches Handeln

Eine weitere Ausgrenzung ergibt sich daraus, dass vorliegend kompetitive Prozesse im öffentlichen Recht beleuchtet werden sollen. Denn infolgedessen werden diejenigen Rechtsbereiche fokussiert, in denen Hoheitsträgern als solchen – d. h. also unter Berücksichtigung ihrer spezifischen Eigenschaften – Entscheidungsbefugnisse gesetzlich zugewiesen werden, die Privatrechtssubjekte wegen der fehlenden Gemeinwohlbindung in dieser Form nicht wahrnehmen können.³⁹ Unbehandelt bleiben daher solche Rechtsvorschriften, die dem Ausgleich von Privatinteressen zu dienen bestimmt sind, auch wenn Staaten z. B. über eine besonders günstige Ausgestaltung ihres Gesellschaftsrechts⁴⁰ durchaus miteinander konkurrieren können.

III. Fokussierung auf ausgewählte Rechtsordnungen

Weitere Ausgrenzungen aus der Untersuchung folgen daraus, dass sich die vorhergehenden Ausführungen und insbesondere die beschriebenen tatsächlichen Phänomene auf das Rechtssystem Deutschlands beschränken. Denn infolgedessen werden keine weiteren Staaten mit föderaler Struktur wie beispielsweise die Schweiz untersucht, obwohl gerade sie vor allem in der ökonomischen Literatur immer wieder als Musterbeispiel eines funktionsfähigen Wettbewerbsföderalismus herangezogen wird, so dass eine nähere Untersuchung⁴¹ durchaus Früchte tragen kann.

³⁵ *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdbStR VIII, § 177 Rn. 33.

³⁶ Vgl. dazu *Reile*, Gestaltungsoptionen von Krankenkassen, S. 220ff.

³⁷ Vgl. dazu z. B. *von Coelln*, DVBl. 2009, 1090, 1092f.

³⁸ Vgl. dazu *Machura*, Die Verwaltung 32 (1999), 403, 417ff.

³⁹ Vgl. dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 9; *ausf. Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober u. a., Verwaltungsrecht I, § 22 Rn. 19ff., 28f.

⁴⁰ Vgl. dazu z. B. *Heine*, Regulierungswettbewerb, S. 122f.

⁴¹ Sie wird vorgenommen bei *Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, S. 360ff.

Überdies bleiben in Fortschreibung dieser Argumentation andere Internationale Organisationen als die EU ausgeklammert, so dass z. B. das WTO-System nicht behandelt wird. Damit ist freilich nicht gesagt, dass dort keine Wettbewerbsprozesse auszumachen sind, wie z. B. die regelmäßigen Verhandlungen über die zulässigen Höchstausstoßmengen an Treibhausgasen zeigen. Denn sie sind dadurch belastet, dass einige Staaten in der Klimapolitik eigene Wege gehen wollen, auch um sich Vorteile gegenüber ihren Konkurrenten im Wettbewerb um Ansiedlungen zu verschaffen.⁴²

IV. Fokussierung kompetitiver Ordnungen

Schließlich erlaubt noch die Tatsache eine Ausgrenzung, dass vorliegend die Rahmenordnungen des sog. System- bzw. Leistungswettbewerbs oder des Rechtsexports im Mittelpunkt der Untersuchung stehen sollen. Denn infolgedessen sind nur solche Vorschriften zu untersuchen, die „top down“ die Auswirkungen der Wettbewerbsbedingungen im Recht der Mitgliedstaaten bzw. der Bundesländer determinieren. Ausgeklammert bleiben somit diejenigen Bestimmungen im nationalen Verfassungsrecht, die „bottom up“ operieren – so namentlich Art. 23 GG,⁴³ der Anforderungen an die europäische Integration stellt.

D. Methodischer Ansatz

Um die genannten Forschungsfelder zu bestellen, bedarf es eines mehrdimensionalen Ansatzes: So nimmt insbesondere die Übertragung des unternehmerischen Wettbewerbsverständnisses auf den zwischenstaatlichen Bereich Anleihen an den Erkenntnissen der Neuen (Konstitutionellen⁴⁴) politischen Ökonomie bzw. der Neuen Institutionenökonomie⁴⁵. Denn diese Theorien projizieren die Funktionsweise wirtschaftswissenschaftlicher Phänomene wie den Wettbewerb auf soziale Einrichtungen wie Staaten,⁴⁶ um die Rationalität hoheitlichen Handelns zu ergründen bzw. zu bewerten.⁴⁷ Hingegen will der Versuch einer Rekonstruktion des Unions- und/oder des nationalen Verfassungsrechts als Ordnung(en) zwischenstaatlicher Konkurrenz diejenigen Rahmenbedingungen nachweisen, die erforderlich sind, damit die Mitgliedstaaten bzw. Bundesländer durch kompetitive Interaktionen die Effizienz ihres Rechts aus der Pers-

⁴² Vgl. dazu z. B. *Bail*, EuZW 1998, 457, 460.

⁴³ Vgl. dazu *Calliess*, Vertrag von Lissabon, S. 219 ff.; siehe auch *Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, S. 146 ff.

⁴⁴ Vgl. *Leschke*, Ökonomische Verfassungstheorie, S. 23 ff.

⁴⁵ Zu diesen Begriffen *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 39 ff.; *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, S. 46 ff.

⁴⁶ *Voigt*, in: Grözinger/Panther (Hg.), Konstitutionelle Ökonomie, S. 279, 312 ff.

⁴⁷ *Grzeszick*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdbStR IV, § 78 Rn. 16.

pektive der Normadressaten steigern können. Folglich fußt dieser wissenschaftliche Ansatz jedenfalls auch auf Grundgedanken der ökonomischen Analyse des Rechts, der es als Teilbereich der Neuen Institutionenökonomie⁴⁸ um eine Erforschung der Wirkweise des Rechts und dessen Bewertung anhand des Kriteriums der Effizienz vor dem Hintergrund bestimmter wirtschaftswissenschaftlicher Verhaltensannahmen geht.⁴⁹ Soweit schließlich die systemprägenden Parameter etwaiger Wettbewerbsordnungen fruchtbar gemacht werden sollen, um die dort bestehenden Freiräume der Mitgliedstaaten bzw. Bundesländer kompetitiv zu interpretieren, ist eine vorwiegend rechtlich orientierte Auslegung des Unions- bzw. nationalen Verfassungsrechts vorzunehmen.

Ein solcher Methodenmix könnte sich nun vordergründig dem Vorwurf eines systematischen Bruches ausgesetzt sehen, weil verschiedene wissenschaftliche Ansätze innerhalb einer Untersuchung zusammengeführt werden. Die damit einhergehenden Bedenken dürften vor allem die kompetitive Interpretation etwaiger Wettbewerbsordnungen betreffen, in deren Rahmen die für die Klassifikation des Unions- bzw. des nationalen Verfassungsrechts als Wettbewerbsordnung verantwortlichen Determinanten, die mit Hilfe einer ökonomischen Analyse des Rechts gewonnen worden sind, als Maßstab für die Auslegung konkreter Vorschriften aus dem übergeordneten Recht herangezogen werden. Problematisch könnte dieses Vorgehen vor allem deshalb sein, weil rechtsökonomischen Erkenntnissen oftmals ihre Relevanz für die Interpretation eines Normtextes abgesprochen wird, entfernen sie sich doch ein Stück weit von rechtlichen Erwägungen zugunsten wirtschaftlicher Aspekte.⁵⁰ Diese Argumentation greift jedoch schon deshalb zu kurz, weil auch die objektiv-teleologische Auslegung die Sphäre des Rechtsetzers verlässt, indem sie den einer Vorschrift zugrunde liegenden Zweck mit Hilfe der Rechtswirklichkeit ermittelt und dadurch verobjektiviert, um Veränderungen im tatsächlichen Normkontext Rechnung tragen zu können.⁵¹ Trotzdem wird diese Interpretationsmethode wohl aufgrund der damit einhergehenden Freiräume gelegentlich als „Krone der Auslegung“⁵² bezeichnet, obwohl sie letztlich eine rechtspolitische Überprüfung des geltenden Rechts ermöglicht.⁵³ In Fortschreibung dessen dürfte dann aber auch die fehlende Basis rechtsökonomischer Erkenntnisse im Normtext nicht deren Relevanz für die Normauslegung in Frage stellen.⁵⁴

Hinzu kommt, dass die kompetitive Interpretation etwaiger Wettbewerbsordnungen anders als die ökonomische Analyse des Rechts gerade nicht außer-

⁴⁸ Weigel, Rechtsökonomik, S. 10f.; Behrens, Ökonomische Grundlagen, S. 4.

⁴⁹ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21.

⁵⁰ Ladew, JahrbfRechtsSoz 8 (1982), S. 110, 110ff.

⁵¹ Larenz/Canaris, Juristische Methodenlehre, S. 143 ff.

⁵² Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 17 IV 1 b.

⁵³ Haverkate, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, S. 118.

⁵⁴ Lieth, Die ökonomische Analyse des Rechts, S. 97.

halb des Normtextes ansetzt, sondern an die systemprägenden Determinanten des Rahmenrechts anknüpft. Aus diesem Grunde schlägt zudem der Versuch fehl, die These von der Irrelevanz dieses wissenschaftlichen Ansatzes für die Normauslegung damit zu begründen, dass rechtsökonomische Erkenntnismethoden ausschließlich Effizienzgesichtspunkte berücksichtigen.⁵⁵ Denn so berechtigt diese Kritik wegen der damit verbundenen Instrumentalisierung individueller Rechte und Freiheiten zugunsten der Gesamtwohlfahrt auf Kosten der Positionen des Einzelnen⁵⁶ an sich auch ist, so wenig findet sie im Rahmen der kompetitiven Interpretation einen Ansatzpunkt: Sie argumentiert nämlich mit den Determinanten etwaiger Wettbewerbsordnungen, während Effizienzgesichtspunkte nur eine funktionelle Rolle spielen, falls das Unions- und/oder das nationale Verfassungsrecht als Ordnung(en) zwischenstaatlicher Wettbewerbsprozesse zu klassifizieren sein sollte(n). Im Ergebnis geht der Vorwurf eines systematisch brüchigen Methodenmixes somit fehl, obwohl die in dieser Untersuchung aufgeworfenen Rechtsfragen mit Hilfe verschiedener wissenschaftlicher Ansätze beantwortet werden sollen.

E. Stand der Forschung

Gerade in der jüngeren Vergangenheit finden sich zunehmend Abhandlungen, die eine gewisse Verwandtschaft zu den in dieser Arbeit zu bestellenden Forschungsfeldern aufweisen. So werden zwischenstaatliche Wettbewerbsprozesse teilweise in Bezug auf die Verwaltung⁵⁷, teilweise aber zumindest auch⁵⁸ oder sogar ausschließlich⁵⁹ in Bezug auf die Rechtsetzung beleuchtet. Eine Analyse dieser hoheitlichen Entscheidungsprozesse im Lichte der verschiedenen Wettbewerbsziele und -gegenstände ist dem rechtswissenschaftlichen Diskurs aber dennoch bislang weitgehend fremd⁶⁰ – sei es, weil sich die existenten Untersuchungen im Unterschied zur vorliegenden auf das Ziel der Generierung von Produktionsfaktoren konzentrieren und nur am Rande Ausführungen zu den Anforderungen an eine funktionsfähige Wettbewerbsordnung machen,⁶¹ oder sei es, weil sie die verschiedenen Wettbewerbsdimensionen primär abstrakt entfalten und dabei zwar auch Aussagen zu den Vorgaben einer sog. Metaordnung

⁵⁵ So vor allem *Posner*, Hofstra Law Review 9 (1981), 775, 780.

⁵⁶ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 207 ff.

⁵⁷ *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, passim.

⁵⁸ Vgl. aber *Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, passim.

⁵⁹ *Peters*, VVDStRL 69 (2009), passim; *Giegerich*, VVDStRL 69 (2009), passim.

⁶⁰ So auch *Leisner*, in: Kirchhof/Lehner/Raupach u. a. (Hg.), FS-Vogel, S. 593, 604; *Seidel*, in: Klein/Pieper/Ress (Hg.), GS-Bleckmann, S. 365, 365; ähnl. *Duvigneau*, Allgemeinheit des Rechts, S. 28 ff.

⁶¹ So die Arbeiten von *Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, passim; *Hohler*, Competition statt Kooperation, passim.

treffen, sie aber nur am Rande auf föderale Ordnungen wie (ggf.) die EU oder die Bundesrepublik Deutschland projizieren.⁶²

Hinzu kommt, dass in den existierenden Arbeiten zur zwischenstaatlichen Konkurrenz die integrativen Momente und die Option einer kompetitiven Interpretation der Rahmenordnung weitgehend unbehandelt bleiben.⁶³ Und außerdem arbeiten sich die bestehenden Untersuchungen zum Föderalismus⁶⁴ und zur zwischenstaatlichen Integration⁶⁵ an konkreten Rechtsordnungen ab, ohne übergreifende Zusammenhänge in Form von Entwicklungsstufen föderaler Ordnungen mit ihren Gemeinsamkeiten und Unterschieden im Spannungsfeld von Integration und Konkurrenz zu generieren.⁶⁶ All diese Lücken wollen die folgenden Ausführungen schließen.

⁶² So die Arbeit von *Peters*, VVDStRL 69 (2009), passim; *Giegerich*, VVDStRL 69 (2009), passim.

⁶³ *Michael*, DVBl. 2009, 1062, 1069.

⁶⁴ Vgl. z.B. *Reuter*, Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, passim; *Heckel*, Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung, passim.

⁶⁵ Vgl. z.B. *Schmitz*, Integration in der supranationalen Union, passim; *Oeter*, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, passim.

⁶⁶ So schon die Forderungen bei *Behrens*, RabelsZ 45 (1981), 1, 38, 47.

Zweites Kapitel

Integrations- und Wettbewerbsdimensionen

Gesetzgebungskonkurrenz verlangt entsprechend der soeben gemachten Ausführungen zunächst nach einer Entfaltung der Möglichkeiten und Grenzen von Integrations- und Wettbewerbsdimensionen innerhalb föderaler Ordnungen. Dazu sind der Inhalt dieser Termini sowie deren Beziehung zueinander zu konkretisieren, um von keiner ungenauen Basis aus zu argumentieren.

A. Föderalismus als Bezugspunkt

Den Ausgangs- bzw. Bezugspunkt der in Umsetzung dessen anzustellenden Überlegungen bildet der Begriff des Föderalismus.

I. Drei Mindestelemente föderaler Ordnungen

Dessen Konturen sind trotz vieler einschlägiger Theorien und der Rückführbarkeit auf lateinische Wurzeln („foedus“), die an sich die Existenz einer eindeutigen Definition vermuten lassen, bisher kaum vermessen. Vielmehr besteht eine verwirrende Vielfalt an Deutungsvarianten, die jedenfalls im Ausgangspunkt ausnahmslos von der Überzeugung getragen sind, dass es sich um eine Organisationsform handelt.¹ Deren Rahmenbedingungen stehen jedoch nicht unabdingbar fest, sondern sind vielmehr eine Frage politischer Opportunität. Sie können daher in Abhängigkeit zu den gesellschaftspolitischen Herausforderungen der jeweiligen Epoche starke Unterschiede aufweisen.² Föderale Ordnungen spiegeln somit weniger ein rechtliches System mit genauen inhaltlichen Vorgaben als vielmehr eine politische Vorstellung wider.³ Infolgedessen ist eine griffige Definition des Föderalismus kaum zu finden.⁴ Gerade in der dadurch gewonnenen Flexibilität, Elastizität und Entwicklungsoffenheit liegt aber auch der wesentliche Vorzug dieser Organisationsform gegenüber anderen, weil die-

¹ *Pernthaler*, Allg. Staatslehre, S. 409; vgl. auch *Kilper/Lbotta*, Föderalismus, S. 23.

² *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *HdbStR VI*, § 126 Rn. 2f.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 219; *Heckel*, Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung, S. 11f.; *Maier*, *AöR* 115 (1990), 213, 230.

³ *Schmitt-Glaeser*, in: *Tilch/Arloth* (Hg.), *Deutsches Rechtslexikon Bd. I*, S. 1655 (Stichwort Föderalismus); vgl. auch *Dennewitz*, Föderalismus, S. 21, 84ff.

⁴ Vgl. z. B. *Stern*, Staatsrecht I, S. 660f.

se Eigenschaften föderaler Ordnungen dazu führen, dass sie eigendynamische, selbststeuernde Kräfte im Sinne eines prozesshaften Charakters entwickeln können.⁵ Damit ist zwar weniger etwas über die Mindestelemente als vielmehr etwas über die Struktur bzw. Funktionsweise des Föderalismus gesagt.⁶ Bestimmte grundlegende, dessen einzelne Facetten übergreifende Bausteine lassen sich gleichwohl identifizieren. Sie knüpfen allerdings weniger an Bezeichnungen wie föderal, föderativ oder Föderation an, weil damit letztlich nur die organisatorischen Ebenen bzw. die darin wirkenden Kräfte umschrieben werden, sondern legen vielmehr die grundlegenden Strukturelemente des Föderalismus als Organisationsprinzip offen.⁷

Im Einzelnen ist zunächst die Existenz zweier Ebenen in Form eines stufenweisen Aufbaus bestehend aus dem Bund und seinen Gliedern prägend für föderale Formen.⁸ Es kann sich um einen Zusammenschluss gesellschaftlicher Kräfte handeln. Normalerweise beziehen sich föderale Ordnungen aber auf eine Verbindung mehrerer Hoheitsträger. Sie können, müssen aber nicht die organisatorische Verdichtung eines Staates im klassischen Sinne der Drei-Elemente-Lehre bestehend aus einem unabgeleiteten Staatsgebiet und -volk sowie einer selbstbestimmten, souveränen Herrschaftsmacht⁹ erreicht haben.¹⁰ Föderale Ordnungen sind grundsätzlich auf Dauer angelegt und vom Gedanken der gemeinsamen Verwirklichung bestimmter Interessen auf Basis eines übergreifenden rechtlichen Bandes, das grundsätzlich autonom vereinbart, aber auch heteronom vorgegeben sein kann, getragen.¹¹ Trotz der damit einhergehenden Unterordnung bleiben die dadurch zusammengeschlossenen Glieder weiterhin (zumindest teilweise) autonom, so dass sie in bestimmten Bereichen eigene politische Vorstellungen realisieren können.¹² Werden sie in die Tat umgesetzt, entfalten sich je nach deren Kompatibilität mit der Bundespolitik zentripetale, die Verbindung stützende oder zentrifugale, die Autonomie der zusammengeschlossenen Glieder stärkende Kräfte. Sie drücken den Prozesscharakter des Föderalismus bzw. dessen dynamische Kraft im Sinne eines ständigen Span-

⁵ *Schmalenbach*, Föderalismus und Unitarismus, S. 3.

⁶ Siehe dazu *Sarcevic*, Bundestaatsprinzip, S. 13; vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 14 Rn. 25.

⁷ Vgl. dazu *Schmitt-Glaeser*, in: Tilch/Arloth (Hg.), Deutsches Rechtslexikon Bd. I, S. 1655 (Stichwort Föderalismus); vgl. auch *Dennewitz*, Föderalismus, S. 21, 84 ff.

⁸ *Kilper/Lhotta*, Föderalismus, S. 30; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 38 I; *Würtenberger*, in: Duso/Krawietz/Wyduckel (Hg.), Konsens und Konsoziation, Rechtstheorie Beih. 16/1997, 355, 356.

⁹ *Herzog*, Allg. Staatslehre, S. 88; *Doebbring*, Allg. Staatslehre, Rn. 78 f.

¹⁰ *Blanke*, Föderalismus und Integrationsgewalt, S. 361 f.; ähnl. *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, S. 328.

¹¹ *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 219; vgl. auch *Bülck*, VVDStRL 21 (1964), 1, 44.

¹² Vgl. *Pernthaler*, Allg. Staatslehre, S. 412 ff.

nungsverhältnisses aus,¹³ das permanent nach Abstimmung und Ausgleich verlangt.¹⁴ Der daraus resultierende Kooperationsbedarf fordert institutionelle Vorkehrungen auf Bundesebene z.B. in Form einer Versammlung von Repräsentanten der verbundenen Glieder,¹⁵ um deren Einfluss auf die Entscheidungen der übergreifenden Ebene zu sichern.¹⁶

II. Bestehen weiterer Strukturelemente?

Neben diesen Mindestelementen in Form eines rechtlichen Bandes mehrerer, zumindest teilweise autonomer Hoheitsträger, die an der Willensbildung des Bundes mittels der im Bundesrecht vorgesehenen Repräsentationsorgane mitwirken, sind weitere zwingende Bausteine föderaler Ordnungen im Gespräch.

1. Beschränkung auf staatliche Bezugsobjekte

So wird gelegentlich aus einer vergleichsweise etatistischen Perspektive davon ausgegangen, dass man den Bund als neuen Staat im klassischen Sinne der Dreielemente-Lehre einordnen können müsse, um von einer föderalen Ordnung sprechen zu dürfen.¹⁷ Eng mit diesem Verständnis verbunden ist die Einschätzung, für die föderale Form reiche ein vereinbarter Vertrag als rechtliches Band nicht aus, sondern es bedürfe einer Verfassung im formellen, d. h. unabgeleitete Hoheitsgewalt vermittelnden¹⁸ Sinne.¹⁹ Begründet werden diese Vorstellungen damit, dass die internationale Zusammenarbeit nur eine auf Zweckmäßigkeit angelegte und damit rationale Kooperation sei, die jeder Emotion entbehre, so dass deren Klassifikation als föderale Ordnung zu einer Verwässerung und Verflachung dieser Organisationsform führe. Stattdessen präge das Zusammenwachsen der Glieder durch eine gemeinsame nationale Erfahrung insbesondere in Form der Staatswerdung²⁰ den Föderalismus.²¹ Demgegenüber gibt es aber

¹³ Vgl. dazu *Sarcevic*, Bundestaatsprinzip, S. 12, 16; *Thöni*, Politökonomische Theorie des Föderalismus, S. 30; *Stern*, Staatsrecht I, S. 660.

¹⁴ *Friedrich*, PVS 5 (1964), 154, 179; *Bülck*, VVDStRL 21 (1964), 1, 2; vgl. dazu aus einer rechtshistorischen Perspektive *Maier*, AÖR 115 (1990), 213, 220 ff.

¹⁵ *Würtenberger*, in: *Duso/Krawietz/Wyduckel* (Hg.), *Konsens und Konsoziation*, *Rechtstheorie Beih.* 16/1997, 355, 356; *Zippelius*, *Allg. Staatslehre*, § 40 I; vgl. auch *Herrmann/Ohler/Weiß*, *Welthandelsrecht*, § 3 Rn. 38.

¹⁶ *Heckel*, *Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung*, S. 12 f.; insg. ähnlich *Himmel*, *Regionale Interessenvertretung in der EU*, S. 30 f.

¹⁷ *Kaufmann*, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 110, 120 ff., 153.

¹⁸ *Morlok*, in: *Heun/Honnecker/Morlok u. a.* (Hg.), *EvStLex*, S. 2556, 2557 (Stichwort *Verfassung*).

¹⁹ *Mehde*, *Wettbewerb zwischen Staaten*, S. 100 f.; in diese Richtung wohl auch *Häberle*, *Europäische Verfassungslehre*, S. 620.

²⁰ So auch *Hrbek*, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung* (Hg.), *Europäischer Föderalismus im 21. Jahrhundert*, S. 178, 182.

²¹ *Schambeck*, in: *Leibholz/Faller/Mikat u. a.* (Hg.), *FS-Geiger*, S. 643, 645; *Klein*, *VVDStRL* 21 (1964), 125, 126; *Scheuner*, ebenda, 122, 123; *Menzel*, ebenda, 127, 128.

auch Stimmen, die innerhalb eines weitgefassten Verständnisses eine engere Gemarkung abgrenzen wollen²² und die Existenz föderaler Ordnungen jenseits des Zusammenschlusses zu einem Staat im klassischen Sinne anerkennen, indem sie auch eine nicht näher spezifizierte Überordnung des Ganzen im Verhältnis zu seinen Gliedern als eine mögliche Form des Föderalismus begreifen.²³ Dazu passt dessen bisweilen vorgenommene Einordnung als nicht nur nationale, sondern auch internationale und damit Staaten im klassischen Sinne übergreifende Organisationsform²⁴ zur Verfolgung gemeinsamer Interessen – so z. B. solche wirtschaftspolitischer Natur wie im Falle des deutschen Zollvereins.²⁵

Für die Richtigkeit eines weiten Verständnisses spricht insbesondere, dass eine staatszentrierte Lesart des Föderalismus trotz ihrer historischen Anknüpfungspunkte gerade im deutschen Rechtsraum in dessen lateinischer Wurzel genauso wenig angelegt ist wie das Erfordernis eines geschichtsträchtigen, die Glieder zusammenschmiedenden Ereignisses. Im Gegenteil basierte auch der Vorschlag einer föderalen Republik von *Montesquieu*²⁶ als entstehungsgeschichtlicher Prototyp des Föderalismus²⁷ auf verteidigungspolitischen Überlegungen und scheint jedenfalls nicht zwingend die Gründung eines Staates im klassischen Sinne vorauszusetzen, sondern vielmehr an die Bildung einer vertraglich organisierten Gemeinschaft von Gemeinschaften anzuknüpfen, die sich durch Hinzunahme weiterer Bundesgenossen vergrößern kann.²⁸ Vor allem aber ist der „Föderalismus“ schon wegen seiner Bedeutungsweite keine Figur, die sich zur Klassifikation konkreter Organisationsformen eignet, so dass ein auf Staatswerdung gerichtetes Verständnis föderaler Ordnungen nur auf den ersten Blick Trennschärfe vermittelt, bei näherem Hinsehen aber Gefahr läuft, die diese Organisationsform prägende Eigendynamik aus den Augen zu verlieren²⁹ und dadurch manövrierunfähig zu werden.³⁰ Stattdessen spiegelt jede föderale Ordnung eine Etappe innerhalb eines Prozesses wider, der mit politischen Absprachen beginnt und zur Staatsgründung führen, aber auch umgekehrt verlaufen kann.³¹ So gesehen bilden der interessenorientierte und der staatszentrierte Fö-

²² *Maier*, AÖR 115 (1990), 213, 215.

²³ *Krüger*, VVDStRL 21 (1964), 105, 105, 108; *Kaiser*, ebenda, 106, 107.

²⁴ *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 38 I; *Grzeszick*, Vom Reich zur Bundesstaatsidee, S. 23; *Pernthaler*, Allg. Staatslehre, S. 410f.; ähnl. *Münch*, VVDStRL 21 (1964), 109, 109; *Bothe*, Kompetenzstruktur, S. 33.

²⁵ Dazu *Bülcke*, VVDStRL 21 (1964), 1, 16 ff.

²⁶ Vgl. dazu *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, S. 119.

²⁷ *Deuerlein*, Föderalismus, S. 41 ff.

²⁸ *Friedrich*, PVS 5 (1964), 154, 156; *Beaud*, in: Pernice/Otto (Hg.), Europa neu verfasst ohne Verfassung, S. 59, 66.

²⁹ *Martenczuk*, in: Scholz (Hg.), Europa als Union des Rechts, S. 187, 190.

³⁰ *Maier*, AÖR 115 (1990), 213, 230; ähnl. *Bülcke*, VVDStRL 21 (1964), 1, 2 sowie *von Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus, S. 63.

³¹ *Friedrich*, PVS 5 (1964), 154, 166 f.; in diese Richtung auch *Badura*, in: Badura/Scholz (Hg.), FS-Lerche, S. 370, 375.

deralismus also nur zwei Eckpunkte einer Entwicklung von einer zarten, durch Vertrag mehrerer Hoheitsträger begründeten Verbindung zu einem festen Zusammenschluss im Sinne eines Staates im klassischen Sinne, was namentlich eine Klassifikation der EU als föderale Organisationsform³² erlaubt.

2. Zusätzliche materielle Anforderungen

Abgesehen von der somit nicht angängigen Beschränkung des Kreises föderaler Ordnungen auf Zusammenschlüsse mit Staatsqualität werden bisweilen Anforderungen an den Inhalt des rechtlichen Bandes gestellt und in der Folge zu den Mindestelementen föderaler Ordnungen gezählt – freilich regelmäßig ohne Begründungen dafür zu liefern. Im Gespräch sind vor allem konkrete inhaltliche Vorgaben für die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Gliedern als prägendes Merkmal föderaler Formen³³ – so nach manchen Stimmen anhand des Subsidiaritätsprinzips im Sinne eines Vorrangs der Problemlösung auf der untergeordneten vor der übergeordneten Ebene.³⁴ Hinzu tritt die gelegentlich zu hörende Forderung nach einem System geteilter Herrschaft³⁵ und (eng damit verbunden) nach Aufsichtsbefugnissen oder einer Schiedsinstanz zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Gliedern und Bund³⁶ sowie schließlich die Behauptung, in föderalen Systemen wäre eine Zugehörigkeit des Bürgers zu beiden Ebenen zwingend.³⁷

Für die Anerkennung dieser Elemente als Teile föderaler Ordnungen spricht zwar das vergleichsweise rechtstatsächliche Argument, dass sie innerhalb derartiger Bündnisse oftmals anzutreffen sein werden. Zur zwingenden Vorgabe werden diese Kriterien dadurch aber gleichwohl nicht. Anderenfalls ergäbe sich ein latenter Widerspruch zum eigendynamischen, auf Selbststeuerung ausgerichteten Charakter föderaler Ordnungen, die auf Entwicklung der rechtlichen Grundlagen angelegt sind, so dass ihre konkreten Anforderungen an die Kontrollmöglichkeiten, den Bürgerstatus oder die Kompetenzaufteilung nicht in Stein gemeißelt sein dürfen. So zeigt beispielsweise die schweizerische Rechtsgeschichte, dass eine gerichtliche Kontrolle darüber, ob der Bund die Grenzen der ihm zugewiesenen Kompetenzen einhält, nicht zwingend erforderlich ist,³⁸ um einen Staat als föderale Ordnung einzustufen. Im Ergebnis kommen födera-

³² Ähnl. zu *Guttenberg*, Verfassung und Verfassungsvertrag, S. 326 im Anschluss an *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507, 513 ff.

³³ Vgl. dazu *Paulus*, in: Dunoff/Trachtman (Hg.), *Ruling the World?*, S. 69, 101 ff.

³⁴ *Pernthaler*, Allg. Staatslehre, S. 413; ähnl. *Stern*, Staatsrecht I, S. 660 f.

³⁵ *Blanke*, ZG 2004, 225, 226.

³⁶ *Magiera*, in: Schneider/Wessels (Hg.), *Föderale Union*, S. 71, 77, 80; ähnl. *Schmitz*, *Integration in der supranationalen Union*, S. 172 ff.

³⁷ *Von Bogdandy*, in: Brenner/Huber/Möstl (Hg.), *FS-Badura*, S. 1033, 1037.

³⁸ Vgl. dazu *Frowein*, *EuR Beih.* 1/1992, 63, 68 f. sowie *Oeter*, *ZaöRV* 50 (1990), 545, 567; siehe auch *Häfelin/Haller/Keller*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Rn. 2057 f.

le Ordnungen daher ohne zusätzliche materielle Anforderungen, die über die einer Interessenvertretung der Glieder auf Bundesebene hinausgehen, aus.³⁹

3. Zwischenergebnis

Kurz gesprochen: Föderalismus lebt von einer rechtlichen Verbindung (1) mehrerer weiterhin autonomer, aber gemeinsame Interessen verfolgender Hoheitsträger (2), ggf. in Form von Staaten im Sinne der Drei-Elemente-Lehre. Das sie zusammenschließende Band (hier auch sog. übergreifendes bzw. Rahmen- oder Bundesrecht) kann ihnen vorgegeben oder vereinbart sein, erzeugt aber jedenfalls eine übergreifende Ebene als neue Ordnung (hier sog. Bund) mit eigenen Institutionen. Deren Rechtssystem muss zumindest die Einflussmöglichkeiten der verbundenen Glieder z. B. über deren Regierungen oder gewählte Repräsentanten auf den Entscheidungsprozess im Bund sichern (3), damit sich eigendynamische, selbststeuernde Kräfte entfalten können.

III. Ausgrenzung nach Mindestelementen

Diese Mindestbausteine föderaler Ordnungen ermöglichen die Ausklammerung ähnlicher, aber dennoch graduell abweichender Kooperationsformen.

1. Hoheitsträger als zusammengeschlossene Akteure

So erlaubt das Erfordernis einer Verbindung mehrerer Hoheitsträger eine Ausgrenzung pluraler Ordnungen, in deren Rahmen gesellschaftliche Kräfte Regelungen mit selbstbindendem Charakter treffen,⁴⁰ weil sich dieser sog. Rechtspluralismus⁴¹ keiner Hoheitsgewalt zuordnen lässt. Vor allem aber führt diese Anforderung dazu, dass unitarisch organisierte Staaten irrelevant werden, weil sie auch bei einem hohen Dezentalisierungsgrad eine monolithische Staatsstruktur mit ungeteilter Hoheitsgewalt prägt.⁴² Das Recht eines zentral organisierten Staatswesens lässt sich infolgedessen nicht als föderale Ordnung begreifen, selbst wenn eigenverantwortlich agierende Verwaltungsbezirke existieren. Hingegen sind die derzeit bestehenden Bundesländer unabhängig davon, ob es sich um Staaten im Sinne der Drei-Elemente-Lehre handelt⁴³ oder

³⁹ *Isensee*, AöR 115 (1990), 248, 260; *Bülck*, VVDStRL 21 (1964), 1, 25ff.; im Ergebnis ebenso, aber ohne Begründung *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 219.

⁴⁰ Dazu näher *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 26.

⁴¹ Vgl. dazu ausf. *Teubner*, ZaöRV, 63 (2003), 1, 5; *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, S. 182ff.

⁴² *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 8 Rn. 2; *Schöbener/Knauff*, Allg. Staatslehre, § 6 Rn. 2; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HdbStR VI, § 126 Rn. 4.

⁴³ So z. B. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HdbStR VI, § 126 Rn. 65, 72f.; *ders.*, in: *Due/Lutter/Schwarze* (Hg.), FS-Everling Bd. I, S. 567, 576; vgl. dazu ausf. *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG III, Art. 20 IV Rn. 89ff.

nicht⁴⁴, taugliche Glieder der föderalen Ordnung Deutschlands, weil ihnen Art. 79 Abs. 3 GG unabgeleitete Hoheitsgewalt in Form eines Kernbestands eigener Aufgaben als ein wesentliches Charakteristikum der Bundesstaatlichkeit im Sinne des Art. 20 Abs. 1 GG garantiert.⁴⁵

Geht man wie herkömmlich davon aus, dass Hoheitsgewalt territorial radiert ist und damit ein Hoheitsgebiet als Bezugsgröße⁴⁶ voraussetzt, wird überdies eine Ausgrenzung des Regionalismus möglich, da es insoweit um die Sicherung der Autonomie ethnischer Minderheiten geht, deren Einflussgebiet nicht an Hoheitsgrenzen halt machen muss.⁴⁷ Vor allem aber lässt dieses Charakteristikum den dynamischen bzw. funktionalen Föderalismus für die Untersuchung irrelevant werden. Denn das damit verbundene System der „functional overlapping competing jurisdictions“ (FOCJ)⁴⁸ basiert auf einer Entkopplung von Hoheitsgewalt (auch in Form der Gesetzgebung) und Hoheitsgebiet, indem es dem Bürger unabhängig von seinem Standort die Auswahl zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Normenkomplexen – so z. B. dem Schulrecht mehrerer Hoheitsträger⁴⁹ – lässt.⁵⁰ Da dieses Regelungssystem somit Abstand von der örtlichen Radizierung der Hoheitsgewalt nimmt, harmonisiert es aber wiederum grundsätzlich nicht mit den Funktionsbedingungen föderaler Ordnungen, sondern allenfalls dann, wenn es im rechtlichen Band der zusammengeschlossenen Hoheitsträger normiert ist.

2. Interessenbezogener Verbund als übergreifende Ordnung

Föderale Strukturen setzen zudem einen Zusammenschluss im Sinne einer übergreifenden Ordnung voraus, die auf die Verwirklichung gemeinsamer Ziele ausgerichtet ist. Diese Anforderung zeigt, dass eine darüber hinausgehende Zusammenarbeit zwischen den Gliedstaaten zwar eine zumindest de facto unentbehrliche Notwendigkeit föderaler Strukturen⁵¹ sein mag, dadurch aber jedenfalls nicht zu einem Bestandteil der übergreifenden Ordnung selbst wird.⁵² Im Gegenteil dienen zusätzliche Vereinbarungen im Rahmen dieses sog. koopera-

⁴⁴ Kritisch zu dieser Einordnung insbesondere *Möllers*, Staat als Argument, S. 350 ff.

⁴⁵ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG V, Art. 79 Rn. 91 ff.; BVerfGE 34, 9, 20.

⁴⁶ *Isensee*, AöR 115 (1990), 248, 251 f.

⁴⁷ *Kilper/Lhotta*, Föderalismus, S. 32 f.; *Pernthaler*, Allg. Staatslehre, S. 54 ff.; *Isensee* AöR 115 (1990), 248, 278 f.; *Zippelius*, Allg. Staatslehre, § 11 III; *Graf Vitzthum*, AöR 115 (1990), 281, 285; *Himmel*, Regionale Interessenvertretung in der EU, S. 31.

⁴⁸ Vgl. dazu ausf. *Eichenberger*, ZfW 45 (1996) 110, 112 ff.; *Frey*, Ein neuer Föderalismus für Europa: Die Idee der FOCJ, S. 48 ff.

⁴⁹ Vgl. zu diesem in der Schweiz bereits erprobten Beispiel *Kerber*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2003, 43, 52.

⁵⁰ So ausdrücklich *Straubhaar*, ORDO 46 (1995), 185, 190 f.

⁵¹ So insb. *Rudolf*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HdbStR VI, § 141 Rn. 2.

⁵² So auch *Münch*, in: Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung (Hg.), Jahrbuch des Föderalismus 2001, S. 115, 116.

tiven Föderalismus – unabhängig davon, ob sie zwischen einzelnen oder allen zusammengeschlossenen Staaten bestehen⁵³ – vielmehr dazu, im Wege von Absprachen neue Absichten zu entwickeln, zu vereinbaren bzw. zu verfolgen oder bestehende zu modifizieren bzw. zu konkretisieren,⁵⁴ ohne dass dadurch die Ziele der übergreifenden Ordnung beeinträchtigt werden dürfen.⁵⁵ Stattdessen geht es um deren Ausformung, so dass das Phänomen des kooperativen Föderalismus an föderale Ordnungen anschließt und damit gewissermaßen deren Ausdruck ist, nicht aber zu deren Bestandteil wird.

3. Bestehen qualifizierter Institutionen

Das Erfordernis einer Institutionalisierung als Teil der rechtlichen Verbindung zwischen Staaten macht schließlich deutlich, dass nicht jede Vereinbarung von Rechten und Pflichten auf staatsvertraglicher Grundlage ausreicht, um eine föderale Ordnung zu begründen. Denn solange kein ständiger Austausch zwischen den verbundenen Hoheitsträgern innerhalb eines dazu geeigneten, insbesondere regelmäßig tagenden Forums möglich ist, können sich die zentripetalen und -fugalen Kräfte des Föderalismus nicht entfalten. Stattdessen geht es dann nur um einen sporadischen, ggf. sogar nur einmaligen Interessenausgleich und nicht um eine auf Dauer angelegte Koordination.⁵⁶

Zudem ermöglicht die Funktion des auf Bundesebene einzurichtenden Repräsentationsorgans als Mittel der Einflussicherung der zusammengeschlossenen Glieder eine Ausgrenzung des sog. doppelten Föderalismus⁵⁷. Denn diese Organisationsform prägt, dass die verbundenen Hoheitsträger ebenfalls föderal organisiert sind, so dass es den dann doppelt verbundenen Gliedern normalerweise an echtem Einfluss auf der zweifach übergeordneten Ebene fehlt – und zwar auch, wenn deren Interessen dort ein institutionalisiertes Forum finden, weil es normalerweise keine hinreichenden Partizipationsmöglichkeiten bietet.⁵⁸ So führt z. B. die Mitgliedschaft (auch) der Bundesländer im Ausschuss der Regionen neben anderen Gebietskörperschaften⁵⁹ nur zu einem vergleichsweise

⁵³ Vgl. für die EU *Thym*, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht, S. 297 ff. und für das Grundgesetz *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 57 ff.

⁵⁴ *Bothe*, Kompetenzstruktur, S. 281 f.; vgl. auch *Rudolf*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *HdbStR VI*, § 141 Rn. 18 ff.

⁵⁵ Vgl. zu den insoweit bestehenden Rahmenbedingungen in Bezug auf das Unionsrecht *Thym*, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht, S. 297 ff. und in Bezug auf das Grundgesetz *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, S. 132 ff.

⁵⁶ *Nettesheim*, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung* (Hg.), *Europäischer Föderalismus im 21. Jahrhundert*, S. 27, 28; *Zippelius*, *Allg. Staatslehre*, § 40 I.

⁵⁷ Vgl. dazu beispielsweise *Schick*, *Doppelter Föderalismus in Europa*, passim; *Schindler*, *VVDStRL 53* (1994), 70, 81 ff.; *Isensee*, *NdsVBl.* 2015, S. 1, 2 ff.

⁵⁸ So auch *Börzel*, *PVS Sonderh.* 32/2001, S. 363, 370 f.

⁵⁹ *Subr*, in: *Callies/Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV*, Art. 305 Rn. 6 ff.

zahnlosen Anhörungsrecht, nicht aber zu echten, über Beratung hinausgehenden Einflüssen auf die Willensbildung der Union.⁶⁰

IV. Zwischenergebnis

Auch wenn nach alledem Klarheit über die Mindestelemente föderaler Ordnungen, insbesondere in Abgrenzung zu verwandten Organisationen gewonnen ist, bleiben Funktion, Struktur und Gegenstand der dynamischen Kraft des Föderalismus nach wie vor wenig greifbar, obgleich es sich um dessen wesentliches Kennzeichen handelt. In der Folge wird diese Organisationsform auch von den zusammengeschlossenen Gliedern ambivalent als „reife Form moderner Herrschaft“⁶¹ oder als „dirty F-word“⁶² beurteilt,⁶³ weitgehend ohne das Entwicklungspotenzial föderaler Ordnungen einzubeziehen. Dadurch weicht der dynamische Charakter dieser Organisationsform einem vergleichsweise statischen Verständnis, das den zentripetalen und -fugalen Strömungen, die innerhalb des Föderalismus wirken, kaum gerecht wird. Nicht zuletzt deshalb ist der Frage nachzugehen, mit Hilfe welcher Mechanismen sich dessen selbststeuernde, prozesshafte Kraft Ausdruck verschafft.

B. Die dynamische Kraft zwischenstaatlicher Konkurrenz

Ein gangbarer Weg, um der dynamischen Kraft föderaler Ordnungen Konturenschärfe zu verleihen, könnte darin liegen, das Verhältnis der zusammengeschlossenen Glieder untereinander bzw. gegenüber dem Bund als ein durch Wettbewerb geprägtes zu verstehen, belebt doch schon nach dem Volksmund Konkurrenz jedenfalls zwischen Unternehmen das Geschäft, so dass ihr ähnliche selbststeuernde Kräfte wie dem Föderalismus zu Eigen zu sein scheinen. Zudem kann eine Betrachtung des Föderalismus aus dem Blickwinkel eines Wettbewerbs der Hoheitsträger ggf. dabei helfen, in Orientierung an unternehmerischem Handeln bestimmte Vorzüge oder Funktionen föderaler Ord-

⁶⁰ Vgl. dazu *Calliess*, AöR 121 (1996), 509, 524 ff.; *Graf Vitzthum*, AöR 115 (1990), 281, 285 ff.; *Schindler*, VVDStRL 53 (1994), 70, 81 ff.; *Thiele*, in: Härtel (Hg.), HdbFöd. IV, § 93 Rn. 44 ff.

⁶¹ *Nettesheim*, in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung (Hg.), *Europäischer Föderalismus im 21. Jahrhundert*, S. 27, 32.

⁶² *Oeter*, in: von Bogdandy/Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 73, 74.

⁶³ Vgl. für die EU *Puttler*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), *EUV/AEUV*, Art. 4 EUV Rn. 43 im Anschluss an *Jachtenfuchs*, EA 1992, 279, 280; *Friedrich*, PVS 5 (1964), 154, 174.

nungen aufzuzeigen, die deren Klassifikation als Wettbewerbs-⁶⁴, Konkurrenz-⁶⁵ oder kompetitiver Föderalismus⁶⁶ mit sich bringen könnte.

I. Der sog. Systemwettbewerb

Mit diesen Begriffen wird jedenfalls in der gesellschaftspolitischen Debatte vor allem der sog. Systemwettbewerb – gelegentlich auch als Institutionen- bzw. Regulierungswettbewerb bezeichnet⁶⁷ – in Verbindung gebracht. Fraglich ist aber schon, ob diese Form zwischenstaatlicher Konkurrenz überhaupt als „Wettbewerb“ bezeichnet werden kann. Juristische Definitionsversuche bringen insoweit kaum Licht ins Dunkel,⁶⁸ weil sich die Gesetzgeber sowie Literatur und Rechtsprechung zwar gelegentlich auf Wettbewerbsverhältnisse beziehen, dabei aber entweder das Phänomen zwischenstaatlicher Konkurrenz ausdrücklich außer Betracht lassen⁶⁹ oder aber die Existenz und Funktionsweise des Wettbewerbs als bekannt voraussetzen⁷⁰.

1. Unternehmerischer Wettbewerb als Vorbild

Daher ist auf nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse, insbesondere aus der Ökonomie zurückzugreifen, um ermitteln zu können, welchen Vorgaben der Systemwettbewerb gerecht werden muss, damit er als „echter“ Wettbewerb begriffen werden und an dessen Funktionsbedingungen teilhaben kann.

a) Grundlegende Strukturelemente

Dort werden mehrere Formen unternehmerischen Wettbewerbs⁷¹ identifiziert.

aa) Vielfalt der Wettbewerbsbilder

Sie finden allesamt ihre Grundlage im klassischen Modell von der unsichtbaren Hand des Marktes, weisen aber in ihren darüber hinausgehenden Annahmen

⁶⁴ So z.B. die Bezeichnung bei *Zenthöfer*, Wettbewerbsföderalismus, S.36ff.; vgl. auch *Kerber*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2003, 43, 47; *Benz*, RuR 2005, 123, 125; *Münch*, in: Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung (Hg.), Jahrbuch des Föderalismus 2001, S. 115, 120; kritisch dazu auch *Heun*, RW 2010, 99, 99, 103.

⁶⁵ So z.B. die Bezeichnung bei *Publ*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), HdbStR VI, § 48 Rn. 17 (dort Fn. 64); *Klatt*, APuZ 1982, 3, 21 ff.

⁶⁶ So z.B. die Bezeichnung bei *Calliess*, DÖV 1997, 889, 889ff.; *Hobler*, Kooperation statt Kooperation, passim; *Stamm/Merkel*, ZRP 1998, 467, 467 ff.

⁶⁷ *Rosin*, Kompetenzabgrenzung und Kompetenzausübung in der EU, S. 62; *Apolte*, Die ökonomische Konstitution eines föderalen Systems, S. 2 ff.

⁶⁸ So auch *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 12 im Anschluss an *Baur*, ZHR 134 (1970), 97, 116; vgl. auch *Michael*, DVBl. 2009, 1062, 1063.

⁶⁹ *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Korte/Magen* (Hg.), Öff. Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 10.

⁷⁰ So auch z.B. *Eilmansberger*, in: *Streinz* (Hg.), EUV/AEUV, Art. 101 Rn. 37.

⁷¹ Vgl. den Überblick bei *Olten*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S. 31 ff.

teilweise erhebliche Unterschiede auf – je nachdem, ob man das Modell des vollkommenen, vollständigen oder dynamischen Wettbewerbs betrachtet.

(1) Modell des ökonomischen Liberalismus

Schon der ökonomische Liberalismus betonte die Bedeutung des Marktes als dezentraler Lenkungsmechanismus, der durch die Bildung freier Preise als Knappheitsindikator zur Koordinierung von Angebot und Nachfrage durch vorstoßende und nachahmende Marktakteure führt. Dieser dynamische Wettbewerbsprozess fußt auf unterschiedlichen Interessen beider Marktseiten und bewirkt deren Anpassung mit der Folge eines optimalen Marktergebnisses – also einer gerechten Entlohnung auf Anbieter- und gerechten Preisen auf Nachfragerseite. Dadurch fördert das individuelle Erwerbsstreben mit Hilfe der unsichtbaren Hand des Marktes die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt. Da sich dieser Mechanismus quasi von selbst entfaltet, ist der Staat auf die Schaffung von Rahmenbedingungen beschränkt: So hat er insbesondere für Sicherheit und Ordnung zu sorgen, unlukrative öffentliche Güter bereitzustellen sowie Rechtssicherheit durch Rechtspflege zu gewährleisten, während Wettbewerbsverfälschungen durch Absprachen oder Monopole den Marktmechanismus zwar stören, aber als Ausdruck individueller Freiheit nach Ansicht der Vertreter des ökonomischen Liberalismus hinzunehmen sind.⁷²

(2) Modell vollkommenen Wettbewerbs

An die Bedeutung des Wettbewerbs für die Gesamtwohlfahrt und weniger an dessen Dynamik knüpft das neoklassische Modell der vollkommenen Konkurrenz an. Es setzt einen Idealmarkt ohne Marktzugangsschranken, Informationsasymmetrien oder Transaktionskosten voraus, auf dem vielerlei Anbieter interagieren, die aufgrund dieser atomistischen Struktur keinen Einfluss auf den Preis haben. Da im neoklassischen Modell jeder alles weiß, sind Innovationen zwar ausgeschlossen. Die umfassenden Kenntnisse der Marktakteure haben aber jedenfalls den Vorteil, dass ein sog. Wettbewerbsgleichgewicht in Form eines Wohlfahrtmaximums⁷³ berechenbar wird, auf das der Markt durch Anpassung von Angebot und Nachfrage zusteuert. Wird dieser Punkt erreicht, herrscht eine optimale Kosten-Nutzen-Relation auf beiden Marktseiten im Sinne einer pareto-effizienten Allokation der zur Verfügung stehenden Ressourcen. Es kann also kein Akteur besser gestellt werden, ohne einen anderen schlechter zu stellen.⁷⁴ Die Aufgabe des Staates besteht im Modell der vollkom-

⁷² Vgl. dazu *Smith*, *Wealth of Nations*, S. 53 ff.

⁷³ *Vanberg*, in: *Goldtschmidt/Wohlgemuth* (Hg.), *Wettbewerb und Regelordnung*, S. 117, 121; *Kerber*, in: *Bender/Berg/Cassel u. a.* (Hg.), *Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, S. 239, 248.

⁷⁴ *Varian*, *Mikroökonomie*, S. 226.

menen Konkurrenz darin, ein Marktversagen zu beheben, das insbesondere beim Missbrauch von Marktmacht, bei asymmetrischen Informationen oder bei externen Effekten vorliegen kann. Die öffentliche Hand hat also nur einzuschreiten, wenn die Selbststeuerungskräfte des Marktes über Angebot und Nachfrage das Wettbewerbsgleichgewicht nicht erreichen können.⁷⁵

(3) *Modell vollständigen Wettbewerbs*

Die Wiederbelebung des dynamischen Charakters von Konkurrenz ist der ordoliberalen Theorie des vollständigen Wettbewerbs zu verdanken. Sie betont den Gesamtzusammenhang zwischen wirtschaftlicher, gesellschaftlicher sowie staatlicher Ordnung und stellt in diesem Kontext die Wichtigkeit eines funktionsfähigen Preismechanismus in den Vordergrund. Im Gegensatz zum Modell der vollkommenen Konkurrenz vertraut der Ordoliberalismus nicht (nur) auf die Selbstheilungskräfte des Marktes.⁷⁶ Stattdessen sind dem Wettbewerbsprozess vielmehr auch ordnungspolitische Rahmenbedingungen an die Hand zu geben, mit deren Hilfe die Funktionsfähigkeit des Preismechanismus sichergestellt werden soll. Sie reichen von der Gewährleistung individueller Freiheiten (Privateigentum, Vertragsfreiheit) und Bindungen (Haftung) über marktbezogene Vorgaben (offene Märkte) auf eher makropolitische Forderungen z.B. nach Geldwertstabilität und einer konstanten Wirtschaftspolitik. Die Aufgabe des Staates besteht daran anknüpfend in der Kontrolle von Monopolen, der Internalisierung externer Kosten, der Korrektur der Einkommensverteilung durch Besteuerung und der Behebung einer anomalen Angebotsstruktur, die insbesondere dann vorliegt, wenn die existierenden Marktpreise nicht die tatsächlichen Knappheiten spiegeln.⁷⁷

(4) *Modelle dynamischen Wettbewerbs*

Das Modell des dynamischen Wettbewerbs überwindet ebenfalls die mit der neoklassischen Vorstellung von vollkommener Konkurrenz verbundenen Annahmen. Zwar hielt der Nukleus dieses Ansatzes noch am Gedanken eines Idealmarkts als anzustrebendem Optimum fest – allerdings im Sinne eines unerreichbaren Richtmaßes, so dass Marktunvollkommenheiten als zweitbeste Lösung hinzunehmen sind und den Wettbewerb nicht zerstören müssen, sondern auch als Gegengift fördern können.⁷⁸ Daran anknüpfend wurde erkannt, dass Wohlfahrtssteigerungen infolge unternehmerischen Wettbewerbs auf dessen Funktionsweise als Entdeckungsverfahren⁷⁹ basieren, indem durch Marktbeob-

⁷⁵ Vgl. *Molitor*, Wirtschaftspolitik, S. 42f., 48.

⁷⁶ *Gerken*, Badische Zeitung vom 22.09.2007, S. 4.

⁷⁷ *Eucken*, ORDO 2 (1949), 1, 64ff.

⁷⁸ *Clark*, in: Herdzina (Hg.), Wettbewerbstheorie, S. 269, 271ff.

⁷⁹ *Von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 9.

achtungen Informationen wie z.B. Nachfragepräferenzen, aber auch bessere Wirtschaftsstrukturen generiert werden, die als Akt schöpferischer Zerstörung zu neuen Angeboten führen⁸⁰. Wettbewerb besteht somit aus einer ständigen Abfolge von Vorstoß und Verfolgung. Beide Elemente dieses dynamischen Prozesses bedingen sich gegenseitig, weil ohne Nachahmung Monopole entstehen und ohne Erfindungen der Wettbewerbsprozess lahm⁸¹.

An das so beschriebene dynamische Verständnis von Wettbewerb knüpfen verschiedene Modelle an, die zu kontroversen Vorstellungen über die Aufgaben staatlicher Wettbewerbspolitik führen: So basiert das Leitbild der optimalen Wettbewerbsintensität auf einer Dreiteilung, nach der vorbehaltlich vereinzelter Rückwirkungen normalerweise die Marktstruktur (z.B. die Anzahl der Anbieter) das Marktverhalten (z.B. die Preisfestsetzung) determiniert, das wiederum für das Marktergebnis (z.B. die Monopolrente) verantwortlich ist. Eine optimale Wettbewerbsintensität hängt nach diesem Ansatz nicht zuletzt wegen der grundsätzlichen Rückführbarkeit kompetitiver Prozesse auf die Marktstruktur von deren bestmöglicher Konditionierung ab. Liegt sie vor, ist auch für den Innovator die Geschwindigkeit beim Abbau des Innovationsgewinns optimal und es werden die gesamtwirtschaftlichen Wirkungen des Wettbewerbs (so beispielsweise die Generierung einer leistungsgerechten Einkommensverteilung) am ehesten verwirklicht. Folgt man dem Leitbild der optimalen Wettbewerbsintensität müssen somit staatliche Eingriffe auf die Herstellung einer bestmöglichen Marktstruktur gerichtet sein, um effizient zu sein.⁸²

Das Leitbild der Wettbewerbsfreiheit basiert demgegenüber auf der Annahme, dass das Ergebnis unternehmerischer Konkurrenz unvorhersehbar ist, so dass optimale Wettbewerbsintensitäten nicht abstrakt vorgegeben werden können. Stattdessen ist Wettbewerb vielmehr ein Wert an sich, dem zwei Funktionsbedingungen zugrunde liegen – nämlich das Bestehen von nicht nur gesellschaftspolitisch, sondern auch ökonomisch relevanter Wettbewerbsfreiheit und die Existenz von Konkurrenz verstanden als wirtschaftlich vorteilhafter Mechanismus der Interaktion von Unternehmen. Um diese Funktionsbedingungen zu erfüllen, müssen staatliche Eingriffe möglichst weitgehend⁸³ konsumtive Freiheit im Güteraustausch von Anbieter und Nachfrager (z.B. freie Preisbildung), kompetitive Freiheit (in der Regel) auf Anbieterseite (z.B. freier Marktzugang) und dynamische Freiheit von Vorstoß und Verfolgung (z.B. im Bereich des Absatzes) sicherstellen.⁸⁴

Eine demgegenüber weniger invasive Wettbewerbspolitik mahnt das Leitbild der Chicago School an. Diesem Ansatz liegt das Ziel der Maximierung der Kon-

⁸⁰ *Schumpeter*, in: Herdzina (Hg.), *Wettbewerbstheorie*, S. 118, 120.

⁸¹ *Clark*, *Competition as a Dynamic Process*, S. 182 ff.

⁸² *Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, S. 128 ff.

⁸³ *Magen*, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hg.), *Öff. Wettbewerbsrecht*, § 2 Rn. 43 ff.

⁸⁴ *Hopmann*, *ORDO* 18 (1967), S. 77, 82 f.