Aufsätze

Christoph Alexander Kern, Lausanne/Heidelberg*

Wettbewerbsverzerrungen im Wettbewerb der Rechtsordnungen – Die vergessene Seite der Medaille

Wer vom „Wettbewerb der Rechtsordnungen" spricht, will meist nicht nur ein Phänomen beschreiben, sondern verbindet damit auch die Idee, dieser Wettbewerb führe wie auf dem Produktmarkt zu einer Qualitätssteigerung. Hierbei wird häufig übersehen, dass der Wettbewerb zwischen den verschiedenen staatlichen Rechten in ganz erheblichem Maße unter Wettbewerbsverzerrungen leidet. Der Beitrag zeigt die wichtigsten dieser Wettbewerbsverzerrungen auf und kommt zu dem Schluss, dass die Wirklichkeit vom Modell eines Qualitätswettbewerbs weit entfernt ist.

I. Einleitung

Der „Wettbewerb der Rechtsordnungen" – kaum eine Phrase könnte besser illustrieren, wie sehr die *Ökonomische Analyse* heute die Perspektive vorgibt, von der aus man das Recht beurteilt. Ist das *Wettbewerbsrecht*, die ursprüngliche Heimat von *Law & Economics*, nicht mehr als ein Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts, so erfasst der *Rechtswettbewerb* das gesamte Recht, d.h. sämtliche Rechtsmaterien ohne Unterschied. Je nachdem, wie man die Worte „Recht" und „Wettbewerb" zusammensetzt, ist das Recht entweder der Herrscher – so beim Wettbewerbsrecht, das die rechtlichen Vorgaben für das Verhalten der Wirtschaftsteilnehmer im Wettbewerb bezeichnet – oder der Beherrschte – so beim Rechtswettbewerb, wo der Wettbewerb das Recht zum Objekt degradiert; einem Objekt, das sich im Wettbewerb behaupten muss. Während das Wettbewerbsrecht für die Wirtschaftsteilnehmer Regeln aufstellt und damit auch die Rahmenbedingungen vorgibt, mit denen sich die Wirtschaftswissenschaften befassen müssen, sind es beim Rechtswettbewerb die Wirtschaftswissenschaften, die sich mit ihren Werkzeugen das Recht untertan machen.

Doch es wäre weit gefehlt, diese ökonomische Herangehensweise nur in den Wirtschaftswissenschaften zu suchen. Im Gegenteil, eine ganze Generation von Rechtswissenschaftlern im In- und Ausland steht mehr oder weniger stark im Bann der Ökonomie mit ihren so sauberen und klaren Modellwelten. Dass die *Ökonomische Analyse* das Wettbewerbsrecht selbst fest in ihren Händen hält, bedarf keiner Erwähnung.[1] Im Privatrecht ist die ökonomische Analyse ebenfalls schon längst heimisch;[2] sie fühlt sich dort etwa im Schadensrecht besonders wohl,[3] fand aber in Deutschland bis zur Schuldrechtsreform auch im ach so antiquierten deutschen Leistungsstörungsrecht[4] einen „Traumgegner" und ist nunmehr um einiges zufriedener[5]. Selbst in den klassischen Materien des Öffentlichen Rechts tritt sie, teils unter den Namen „Neues Steuerungsmodell" und „*public choice*", in den letzten Jahren vermehrt auf.[6]

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen, verstanden als Wettbewerb der Ideen,[7] der zur Übernahme erfolgreicher Institute eines fremden Rechts ins eigene führt, ist dabei keineswegs etwas sonderlich Neues. Die Rechtsvergleichung hat hierin schon seit jeher eine ihrer Funktionen, eines ihrer Ziele gesehen.[8] Relativ neu ist aber zum einen das aggressive, kämpferische Moment, das diesem Begriff innewohnt, zum anderen die Beurteilung dieses Phänomens anhand der Lehren der Wettbewerbs- und der Marktprozesstheorie.

Allerdings finden diese Lehren bislang auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen eine recht einseitige An-

* Prof. Dr. *Christoph Alexander Kern*, LL.M. (Harvard), war Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches Recht an der Universität Lausanne und ist nunmehr einer der Direktoren des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Der Beitrag geht auf einen Festvortrag zurück, den der Verfasser im Frühjahr 2009 auf Einladung der Rheinischen Notarkammer in Trier gehalten hat.

1 Zur Rolle des *Antitrust Law* als „Katalysator" der Ökonomischen Analyse s. *Coase*, Law and Economics at Chicago, Journal of Law & Economics 36 (1993), 239 (247 ff.). Zur Rolle des Wirtschaftsprofessors *Mario Monti* an der Spitze der entsprechenden Generaldirektion von 1999 bis 2004 etwa *R. Stürner/J. Bormann*, Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe? – Kritische Gedanken zur Deregulierung des Berufsrechts und zur Aushöhlung der anwaltlichen Unabhängigkeit, NJW 2004, 1481 (1489).

2 S. für das deutsche Recht *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012 (1. Aufl. 1986).

3 S. etwa *Calabresi*, The Costs of Accidents. A legal and economic analysis, 1970; *R. A. Posner*, A Theory of Negligence, Journal of Legal Studies 1 (1972), 29-96; deutschsprachig z.B. *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse (Fn. 2), S. 145 ff. m.w.N.; *G. Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, 6. Aufl. 2013, vor § 823 Rn. 45-61; Würdigung bei *Taupitz*, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), 114-165.

4 Dazu nur *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 36 VI (S. 511 ff.).

5 Vgl. wiederum *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse (Fn. 2), S. 495 ff., 513 ff.

6 S. nur *Budäus*, Public Management. Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, 4. Aufl. 1998 (1. Aufl. 1994); *Damkowski/Precht*, Public Management: neuere Steuerungskonzepte für den öffentlichen Sektor, 1995, S. 14 ff.; *Voßkuhle*, Der „Dienstleistungsstaat". Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, Der Staat 40 (2001), 495-523; *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, 209-218; *Grzeszick*, Läßt sich eine Verfassung kalkulieren?, JZ 2003, 647-655; zur Übernahme dieses Denkens in die Politik grundlegend *A. Downs*, An Economic Theory of Democracy, 1957.

7 *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 18 ff., 39 f.; s.a. *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge N.F. 56 (1968).

8 S. nur *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 4), § 2 II (S. 14 ff.).

wendung. Die eine Seite der Medaille, die des Wettbewerbs und seiner teils sicher kaum bestreitbaren Vorteile, glänzt vielfach so hell, dass die andere Seite, die der ganz erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, fast völlig ignoriert wird. Diese andere Seite der Medaille soll im Folgenden im Mittelpunkt stehen. Nach einer kurzen Vorstellung der Idee vom Wettbewerb der Rechtsordnungen soll der Weg über die bisher diskutierten Probleme zu den wenig gestellten Fragen führen und sodann die Frage der Wettbewerbsverzerrungen ins Zentrum stellen.

II. Die Idee vom „Wettbewerb der Rechtsordnungen"

Die Idee vom Wettbewerb der Rechtsordnungen ist nichts anderes als eine Übertragung der Marktprozesstheorien des Produktmarktes auf den Rechtsmarkt.[9] Die Rechtsordnung wird zu einem Produkt,[10] das sich anbietet und gewählt werden will. Eine jede Rechtsordnung muss sich gegen andere Rechtsordnungen, ihre Mitbewerber, durchsetzen. Nachgefragt wird die Rechtsordnung einmal von den Rechtsunterworfenen, und zwar insbesondere dort, wo diese das anwendbare Recht wählen können,[11] zum anderen von den Gesetzgebern, die jederzeit geltendes Recht gegen neues, fremdem Vorbild folgendes Recht austauschen können, wenn sie sich hiervon Vorteile versprechen[12].

Durch das Angebot an verschiedenen rechtlichen Regeln für ein und denselben Lebenssachverhalt einerseits, die Nachfrage durch die Rechtsunterworfenen und die Gesetzgeber andererseits entsteht ein Rechtswettbewerb.[13] Dieser Rechtswettbewerb soll in der Theorie wie auf dem Produktmarkt dazu führen, dass sich jeder Nachfrager aus den Rechtsordnungen als den Produkten dieses Marktes das für ihn beste Recht heraussucht, hierdurch seinen eigenen Vorteil maximiert und so zur gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsmaximierung beiträgt. Zugleich soll dieser Wettbewerb Anreize zur Innovation schaffen und auf Dauer dazu führen, dass sich das beste Recht durchsetzt.[14]

Als prominentestes und allseits bekanntes Beispiel sei hier nur der Wettbewerb der U.S.-amerikanischen Einzelstaaten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts genannt, der sich – von Gesetzgeber und Rechtsprechung unbeabsichtigt[15] – infolge der Anerkennung von Gesellschaften anderer Einzelstaaten entwickeln konnte und dem kleinen Ostküstenstaat Delaware zu weltweiter Berühmtheit unter den Juristen verholfen hat.[16]

III. Gemeinhin diskutierte Probleme

Natürlich beschreiben die Marktprozesstheorien schon den Produktmarkt nur modellhaft. Erst recht muss dies dann auch für den Rechtsmarkt gelten. Und in der Tat werden im Zusammenhang mit dem Wettbewerb der Rechtsordnungen durchaus einige Probleme dieses Ansatzes diskutiert.

So überlegt man zum einen, ob es tatsächlich einen hinreichenden Zusammenhang zwischen den Präferenzen der Rechtsunterworfenen und dem Handeln des jeweiligen Gesetzgebers gibt oder ob dieser in seinen Entscheidungen nicht doch eher von anderen Faktoren bestimmt ist.[17]

Zum anderen wird gefragt, ob dort, wo die Parteien die Möglichkeit der Rechtswahl haben, diese Wahl auch tatsächlich etwas über deren Präferenzen aussagt. Dagegen könnte sprechen, dass aufgrund äußerer Vorgaben und früherer Entscheidungen, wie etwa dem Gesamtsystem der Rechts- und Wirtschaftsordnung in einem Land, die Ergebnisse prädeterminiert sind – das Phänomen der *path dependence*[18]. Auch könnte es sein, dass aufgrund eines „rationalen Desinteresses" von der Wahlmöglichkeit gar nicht effektiv Gebrauch gemacht oder die durch eine Partei getroffene Wahl von der anderen hingenommen wird, weil die Beschäftigung mit den Alternativen aufwendiger als die Hinnahme einer gegebenen Situation

9 Statt aller *M. Dreher*, Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, JZ 1999, 105 (108 f.); *Meessen*, Prinzip Wettbewerb, JZ 2009, 697 (703).

10 S. nur den Titel des Beitrags von *Eidenmüller*, Recht als Produkt, JZ 2009, 641-653; ebenso *ders.*, Kampf um die Ware Recht, FAZ vom 26.03.2009, Nr. 72, S. 8; weiter *A. Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2010), 7 (15), Überschrift III.1.: „Die Ware Recht".

11 Ausführlicher *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (17-21), zur Rechtswahl S. 19; *Giegerich*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, VVDStRL 69 (2010), 57 (66 f.).

12 Vgl. Diskussionsbeitrag *Küpper*, VVDStRL 69 (2010), 114 f.

13 *Wie* genau dieser Wettbewerb zustande kommt, mag im Einzelnen fraglich sein (dazu *Dreher* (Fn. 9), JZ 1999, 105 (109); *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (21 ff.)); *dass* ein derartiger Wettbewerb jedenfalls auf bestimmten Gebieten entsteht, dürfte aber kaum zu bezweifeln sein; s. etwa die vielfach expliziten Ausführungen des Gesetzgebers, z.B. die Begründung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen mit der Diskussion um den „Sanierungsstandort Deutschland", BR-Drs. 127/11 vom 04.03.2011, S. 1, 21; weiter etwa auch Diskussionsbeitrag *Meessen*, VVDStRL 69 (2010), 106 mit den Beispielen der Finanzmarktregulierung und der BITs.

14 *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 (648 f.).

15 *Tung*, Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine, Journal of Corporation Law 32 (2006), 33 ff.

16 Statt vieler *Conard*, Michigan Law Review 71 (1973), 621 (631 ff.); *Cary*, Yale Law Journal 83 (1974), 663 ff.; *Winter*, Journal of Legal Studies 6 (1977), 251 (254-262); *Romano*, Cardozo Law Review 8 (1987), 709, (740 ff.); *dies.*, Yale Journal on Regulation 23 (2006), 209 ff.; *Wells*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 11 (2009), 573 (576 ff.); deutschsprachig bereits *Flechtheim*, RabelsZ 3 (1929), 101 (102 f.); weiter z.B. *Hirte*, Einige Gedanken zur Entwicklung des Bezugsrechts in den Vereinigten Staaten, AG 1991, 166 (167); *Merkt*, Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des „Wettbewerbs der Gesetzgeber", RabelsZ 59 (1995), 545 (547, 549 ff.); *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 332 ff.

17 *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen (Fn. 7), S. 62; *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (21 ff.).

18 Für das Gesellschaftsrecht z.B. *Heine/Kerber*, European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence, European Journal of Law & Economics 13 (2002), 47 (53 ff.); allgemein *Kieninger*, Wettberweb der Privatrechtsordnungen (Fn. 7), S. 63 ff., 92 f.

ist.[19] Beispiel für rationales Desinteresse ist der Verzicht auf individuelles Aushandeln aller einzelnen Bestimmungen in AGB-Klauselwerken,[20] die durchaus nicht selten auch Rechtswahlklauseln enthalten. Weiter könnte das Verhalten der Rechtsunterworfenen gänzlich, vielleicht sogar systematisch, irrational sein.[21] Zur Illustration systematisch irrationalen Verhaltens wird etwa die Präferenz einer schnell und billig zu gründenden, aber hohe Folgekosten verursachenden englischen *Limited* angeführt.[22]

Schließlich steht immer im Raum, dass der Wettbewerb nicht zu einer Wohlfahrtssteigerung führt, sondern im Gegenteil zu einem *race to the bottom* oder *race to laxity*, weil sich nur die Interessen einer bestimmten Gruppe durchsetzen und dies auf Kosten von Drittinteressen geht, die höher wiegen sollten.[23] Gelegentlich wird auch die Problematik angesprochen, dass dieser Wettbewerb der Rechtsordnungen seinerseits kaum oder nur schwer auf einer „Meta-Ebene" zu regeln sei.[24]

IV. Die selten gestellten Fragen

Bei alldem werden aber einige Fragen kaum gestellt oder als unangebracht abgetan. Dazu gehört etwa die Frage, ob es denn wirklich eine optimale rechtliche Regelung geben kann, die es nur mit Hilfe des Rechtswettbewerbs zu entdecken und sodann zu implementieren gilt.[25] Viel spricht dafür, dass ein Ansatz verfehlt ist, der glaubt, allgemeingültig feststellen zu können, was am besten funktioniert[26] – *what works best*.

Doch abgesehen von solchen Fragen, die aus dem Wettbewerbsdenken hinaus führen,[27] haben noch nicht einmal alle diejenigen Probleme das gebührende Augenmerk gefunden, die der Idee des Rechtswettbewerbs immanent sind. Dazu gehört das Problem der Wettbewerbsverzerrungen.[28]

V. Das vernachlässigte Problem der Wettbewerbsverzerrungen

Das *Wettbewerbsrecht* versucht, mit Regeln über die Lauterkeit von Wettbewerbshandlungen und die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen den ungestörten Wettbewerb sicherzustellen. Denn sowohl exzessive Geschäftspraktiken als auch Maßnahmen, die – wie beispielsweise Kartellabsprachen – einen freien Wettbewerb gefährden, führen zu einer Verzerrung des Wettbewerbs und stören damit die wohlfahrtssteigernde Funktion, die dem Wettbewerb im ökonomischen Modell zukommt.

Wie sieht es nun aber mit Wettbewerbsverzerrungen im *Rechtswettbewerb* aus? Um dies beurteilen zu können, müssen wir einen Blick auf die Eigenheiten des Rechtsmarktes werfen, wie er sich in der Wirklichkeit darstellt. Dabei wird sich zeigen, dass schon die Startbedingungen ungleich sind und hohe Eintrittsschranken bestehen. Wir werden dann sehen, dass auf diesem Markt sowohl unlautere Werbung zu beobachten ist als auch Phänomene auftreten, die dem wettbewerbsrechtlichen Topos des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zugeordnet werden können, während Absprachen regelmäßig als positiv gelten.

1. Ungleiche Startbedingungen

Wenn man die Literatur über den Wettbewerb der Rechtsordnungen zur Hand nimmt, bekommt man oft den Eindruck, dieser Wettbewerb finde in einem Labor statt. Gewiss, mit *path dependence* werden bestimmte Störfaktoren abstrakt behandelt. Was aber vielfach fehlt, ist der Blick auf die Wirklichkeit unserer heutigen Welt. In dieser gibt es nicht nur hier oder dort Fälle, in denen die äußeren Rahmenbedingungen den Wettbewerb der Rechtsordnungen in dem einen oder anderen Sinne einschränken. Nein, es gibt – man mag es begrüßen oder bedauern – ei-

19 *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 (650).

20 Vgl. *Mankowski*, Does contract suffice to protect the creditors of a company and their interests?, in: Lutter (Hrsg.), Legal Capital in Europe, ECFR Special Volume 1, 2006, S. 394 (403); *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 (650).

21 Vgl. allgemein *Korobkin/Ulen*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 88 (2000), 1051 (1053 ff.); *Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 (218 ff.).

22 *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 (650 f.).

23 Vgl. *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen (Fn. 7), S. 68; *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 (648 ff.); *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (32-35) – je mit Verweis auf die *dissenting opinion* von Justice *Brandeis* in *Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517, 558 f. (1933); s.a. BGH, JZ 2000, 903 (904); *Dreher* (Fn. 9), JZ 1999, 105 (110).

24 Vgl. *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen (Fn. 7), S. 65 f.; *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (37 ff.); *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (81 ff.).

25 Exemplarisch *Barth/Caprio Jr./Levine*, Bank Regulation and Supervision: What Works Best?, Journal of Financial Intermediation 13 (2004), 205-248; *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, What Works in Securities Laws?, The Journal of Finance 61 (2006), 1-31 (2006) (frühere Fassung abrufbar unter http://papers.nber.org/papers/w9882.pdf, Abruf v. 23.03.2014).

26 Kritik von ökonomischer Seite bei *Rodrik*, One Economics, Many Recipies: Globalization, Institutions, and Economic Growth, Princeton 2007, Chapter 6 – Getting Institutions Rights, S. 184 ff. (190) mit der Betonung, „there is no unique, noncontext specific way of achieving desirable institutional outcomes" und der Schlussfolgerung „[w]hat works will depend on local constraints and opportunities"; s. von juristischer Seite *C. A. Kern*, Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement, ZZPInt 12 (2007), 351 (378).

27 Weiterführend die Diskussion *P. Kirchhof*, Freiheitlicher Wettbewerb und staatliche Autonomie – Solidarität, ORDO 56 (2005), 39 (43 f.); *Vanberg*, Auch Staaten tut der Wettbewerb gut: Eine Replik auf Paul Kirchhof, ORDO 56 (2005), 47 (51 ff.); *P. Kirchhof*, Der Staat tut dem Wettbewerb gut: Eine gedankliche Begegnung mit Viktor Vanberg, ORDO 56 (2005), 55 (57 ff.).

28 Angesprochen bei *H. Hauser*, Harmonisierung oder Wettbewerb nationaler Regulierungssysteme in einem integrierten Wirtschaftsraum, Aussenwirtschaft 48 (1993), 459 (471 f.); *Dreher* (Fn. 9), JZ 1999, 105 (110) bei Fn. 50; *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (39, 43 ff.); *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (69 f.); *Eidenmüller*, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, JZ 2007, 487 (490 re. Sp.); Diskussionsbeitrag *Pernice*, VVDStRL 69 (2010), 108.

nen immensen Vorsprung des anglo-amerikanischen Rechts,[29] der sich aus Faktoren erklären lässt, die über die Qualität des Produktes „Recht" wenig aussagen.

a) Das Gesamtumfeld

Historisch war England ohne jeden Zweifel über Jahrzehnte die bedeutendste Handelsmacht, die die Welt je gesehen hat. Das englische *Commonwealth*, selbst aus Handelsinteressen erwachsen, spannte ein Netz von Kolonien relativer Stabilität über den gesamten Erdball, von denen aus englische Händler den Welthandel kontrollierten. Die Reputation Englands als Handelsnation hat sich das englische Recht geschickt zueigen gemacht – vielleicht sogar in ganz anachronistischer Weise, weil zur Zeit größter Blüte das englische Handels- und Wirtschaftsrecht keineswegs von allen Zeitgenossen als ausgereift betrachtet wurde.[30] Abgelöst wurde England spätestens nach dem Zweiten Weltkrieg durch die USA. Sie überflügelten England nicht nur wegen ihrer viel größeren Binnenwirtschaft und des gleichzeitigen Zerfalls des *Commonwealth*, sondern wurden als siegreiche Großmacht im Zweiten Weltkrieg und insbesondere als Garant der Freiheit und starkes Bollwerk der westlichen Welt zum großen, bewunderten Bruder Europas.[31]

Dass aus diesem historischen Kontext heraus die englische Sprache,[32] aber auch die anglo-amerikanische Kultur und ihre Philosophie immer stärkeren Einfluss auf den Rest der Welt nahm, kann kaum verwundern. Dabei verlief diese Entwicklung nicht linear und auch keineswegs in allen Ländern gleich; nationale Politik und weltpolitische Ereignisse beeinflussten das Maß der Annäherung oder Ablehnung. Gerade in den letzten Jahrzehnten war es aber die in den USA besonders gepflegte Marktphilosophie, die sich dank der ökonomischen Erfolge dieses Landes, gepaart mit geschickter Politik der Wirtschaftselite, in Nordamerika und sodann weltweit immer stärker durchsetzen konnte[33] – nicht zuletzt auch aufgrund des enormen Bedeutungszuwachses der internationalen Kapitalmärkte, die fest in englischer und US-amerikanischer Hand waren und sind. Mit der Sprache und der Gesamtkultur war es aber auch das Recht, in erster Linie das Recht der erfolgreichen USA, das sich immer größeres Ansehen oder auch nur Bekanntheit erwarb[34] – dies umso mehr, als dem klassischen kontinentaleuropäischen Recht, und insbesondere dem im Ausland noch immer auf Positivismus und Pandektistik reduzierten deutschen Recht, der Umgang mit einer globalisierten Welt schwerer fällt[35] und ihm zudem in vielen Ländern der Geruch einer Mitschuld am politischen und moralischen Zusammenbruch Deutschlands in Gestalt des Nationalsozialismus' anhaftet[36].

Die Liberalisierung des Rechtsberatungsmarktes in Europa und die Übernahmen kontinentaleuropäischer Kanzleien durch anglo-amerikanische *law firms* beschleunigten den Siegeszug des anglo-amerikanischen Rechts.[37] Deutsche Anwälte prophezeien den Untergang deutschen Rechtsdenkens. Wer enthüllt, dass eine Idee aus Deutschland stammt, gibt ihr auf internationalem Parkett den *kiss of death*,[38] und anderen Rechtskulturen geht es oft nicht viel besser. Es liegt auf der Hand, dass in einem solchen Gesamtumfeld keine gleichen Startbedingungen für die im Wettbewerb stehenden Rechte herrschen.

b) Das Informationsproblem

Der weltweite Wettbewerb der Ideen setzt natürlich voraus, dass den Nachfragern die vorhandenen Ideen überhaupt bekannt werden. Das Informationsproblem, mit dem sich die Wirtschaftswissenschaft an anderer Stelle, nämlich in der Kapitalmarkttheorie, intensiv auseinandersetzt,[39] ist gerade auch auf dem Rechtsmarkt besonders akut. Dabei liegt auf der Hand, dass manche Rechte schlicht aus sprachlichen Gründen unbekannt bleiben, mögen ihre Ideen auch noch so gut sein.[40] Englische Übersetzungen der Gesetzestexte, wie sie mittlerweile von vielen auch offiziellen Seiten kostenlos im Internet angeboten werden,[41] sind sicher ein Fortschritt. Die Rechtsvergleichung lehrt jedoch zu Recht, dass Übersetzungen nicht unproblematisch sind, vor allem aber das *law in the books* und erst recht das bloße Gesetzesrecht nicht unbedingt

29 S. nur *M. Reimann*, The American Advantage in Global Lawyering, RabelsZ 78 (2014), 1 (2); den Vorsprung des anglo-amerikanischen Rechts spricht auch *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 ff., an, ohne hieraus aber weitere Folgerungen für die Funktionsfähigkeit des Rechtsmarkts zu ziehen.

30 Vgl. etwa die Beschreibung des englischen Kaufrechts durch *Sir Mackenzie Chalmers*, The Codification of the Law of Sale, (1891) 12 Journal of the Institute of Bankers II, 12-13 (auszugsweise wiedergegeben bei *Dame Mary Arden*, Time for an English Commercial Code?, [1997] 56 C.L.J. 516 [519]).

31 S. *R. Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2008, S. 167, der die USA und das moderne Europa als „Zwillingsschwestern" bezeichnet, „von denen sich eine allerdings das bisher glücklichere Schicksal gewählt hat"; weiter *Reimann* (Fn. 29), RabelsZ 78 (2014), 1 (2).

32 Zu Englisch als der Weltsprache des Rechts s. *von Mehren/Murray*, Law in the United States, 2. Aufl. 2007, S. 287-288, 295.

33 Umfassend *Stürner*, Markt und Wettbewerb (Fn. 31), insbes. S. 35 ff., 53 ff.

34 Zur medialen Vermittlung z.B. *Mankowski*, Rechtskultur, JZ 2009, 321 (325).

35 *Reimann* (Fn. 29), RabelsZ 78 (2014), 1 (16 ff.).

36 Vgl. *Stürner*, Markt und Wettbewerb (Fn. 31), S. 71 bei Fn. 533.

37 *Stürner/Bormann* (Fn. 1), NJW 2004, 1481 (1484 ff.).

38 Wiederum *Stürner*, Markt und Wettbewerb (Fn. 31), S. 71 bei Fn. 533.

39 S. nur *Fama*, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, Journal of Finance 25 (1970), 383-417; *ders.*, Efficient Capital Markets: II, Journal of Finance 46 (1991), 1575-1616; *Kaplow/Shavell*, Fairness versus Welfare, 2002, S. 410 ff.; *Schwarcz*, Rethinking the Disclosure Paradigm in a World of Complexity, University of Illinois Law Review 2004, 1 ff. m.w.N.; Überblick in deutscher Sprache bei *Eidenmüller* (Fn. 21), JZ 2005, 216 (221).

40 Vgl. nur *Mankowski* (Fn. 34), JZ 2009, 321 (329); *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (69) Fn. 68 mit zugehörigem Text.

41 Vorbildlich etwa Frankreich unter www.legifrance.org; zu zaghaft Deutschland unter http://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html (Abruf v. 23.03.2014).

die Rechtswirklichkeit wiedergeben.[42] Aber auch abgesehen vom Sprachproblem ist es ausgeschlossen, sich vor jeder Entscheidung voll zu informieren. Dies haben die Protagonisten des Rechtswettbewerbs zwar durchaus erfasst, wenn sie das rationale Desinteresse erörtern.[43] Unbemerkt geblieben ist offenbar aber, dass hier wieder ein Rechtssystem oder besser eine Rechtsfamilie im Vorteil ist: das anglo-amerikanische Recht. Dies liegt nun sicher nicht daran, dass es gerade dieses Recht dem Nachfrager besonders leicht machen würde, seinen Inhalt zu ermitteln – eher ist das Gegenteil der Fall; man denke nur an die unglaublich detaillierten Gesetzestexte einerseits, die Schwierigkeit der Ermittlung und Interpretation von *case law* andererseits. Der Vorsprung der anglo-amerikanischen Rechtsfamilie beruht vielmehr darauf, dass zahlreiche Nachfrager sich über deren Recht besser informiert *fühlen*. Zum einen ist das Recht dieser Rechtsfamilie, weil alle Texte in Englisch verfügbar sind, insoweit in der Tat leichter zugänglich. Zum anderen ist die schiere Zahl von Menschen, die unter Rechtsordnungen dieser Rechtsfamilie leben, sehr hoch.[44] Es liegt auf der Hand, dass sich diese Menschen bevorzugt einer Rechtsordnung ihrer eigenen Rechtsfamilie bedienen, insbesondere der englischen als Mutterrechtsordnung, des Bundesrechts der USA sowie des Rechts einiger besonders bedeutsamer Einzelstaaten wie etwa New York oder Kalifornien.

c) Wahl des Rechts oder Wahl des Forums?

Soweit es um den Wettbewerb der Rechtsordnungen geht, der sich aus den Möglichkeiten der Rechtswahl ergibt, stellt sich immer auch die Frage, ob ein bestimmtes Recht deshalb gewählt wird, weil die Parteien seinen Inhalt bevorzugen, oder ob die Rechtswahl nicht der Wahl eines Gerichtsstandes folgt, an dem die Parteien etwaige Streitigkeiten austragen wollen. Dahinter steht der Gedanke, dass man die Gerichte am besten ihr eigenes Recht anwenden lässt, weil die Ergebnisse bei Anwendung fremden Rechts schwer vorhersehbar sind. Wer aber einen bestimmten Gerichtsstand bevorzugt, etwa weil er in einer der dort zulässigen Verfahrenssprachen prozessieren will[45] oder von der Kompetenz der dortigen Richter, den niedrigen Kosten, der kurzen Verfahrensdauer oder der Unabhängigkeit und Unbestechlichkeit der Justiz in diesem Land überzeugt ist, wird dann vielleicht aus diesen Gründen das dazugehörige Recht wählen[46]. Eine empirische Studie, die das *Institute of European and Comparative Law* und das *Centre for Socio-Legal Studies* der *Oxford University* unter der Leitung von *Stefan Vogenauer* und *Christopher Hodges* durchgeführt haben, weist in diese Richtung.[47] Bei aller gebotenen Vorsicht mit empirischen Untersuchungen scheint man dieser Studie zum Beispiel immerhin entnehmen zu können, dass der italienischen Rechtsordnung die notorisch lange Verfahrensdauer zum Nachteil gereicht,[48] also aufgrund der Langsamkeit der italienischen Gerichte auch selten italienisches Recht gewählt wird.

Damit sind nur einige der Rahmenbedingungen genannt, unter denen sich der Wettbewerb der Rechtsordnungen in der Wirklichkeit zuträgt. Diese allein lassen jedoch schon erkennen, dass in diesem Wettbewerb von gleichen Startbedingungen für alle Rechtsordnungen keine Rede sein kann.

2. Unlautere Werbung

Nicht nur die Startbedingungen für die einzelnen Rechtsordnungen sprechen gegen die Annahme eines unverzerrten Wettbewerbs. Auch der Blickwinkel des Lauterkeitsrechts bringt Verzerrungen im Wettbewerb der Rechtsordnungen zutage, und dies in einem Kernbereich der Lauterkeitsregeln, nämlich den Regeln über die Werbung.

Schon mit der Werbung für rechtliche Beratungsleistungen hatten unsere Großväter ihre Schwierigkeiten.[49] Erst recht konnten sie sich nicht vorstellen, dass man einmal für ganze Rechtsordnungen mit denselben Methoden werben würde, wie dies für Produkte geschieht. Doch die Zeiten haben sich gewandelt. Beschränkungen der Werbung für Kanzleien fallen zunehmend,[50] und Anwälten, die nach einem Großschadensfall im Fernsehen auftreten, um sich von Angehörigen zum Vertreter in einem Schadensersatzprozess bestellen zu lassen, begegnet man nicht mehr nur in den USA, sondern gelegentlich auch in Kontinentaleuropa.

Gewandelt haben sich die Zeiten auch hinsichtlich der Werbung für einzelne Rechtsordnungen. Dabei ist diese Werbung als solche sicher nicht stets verwerflich. Auch die Tatsache, dass manche Rechtskulturen sich erst allmählich an den Gedanken gewöhnt haben, dass man das

42 S. nur *Pound*, Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1910), 12 ff.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 4), § 1 III (S. 11 f.).

43 S.o. bei Fn. 19.

44 *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 4), § 16 (S. 214 ff.), nach denen „fast ein Drittel der Weltbevölkerung heute in Gebieten [lebt], deren Recht in mehr oder minder starkem Maße vom *Common Law* geprägt ist".

45 Dazu *C. A. Kern*, English as a Court Language in Continental Courts, Erasmus Law Review 5, Issue 3 (2012), 187 (188 f.) – abrufbar unter www.erasmuslawreview.nl/files/Volume05Issue03_Kern (Abruf v. 23.03.2014); *Astrid Stadler*, Practical Obstacles in Cross-Border Litigation and Communication Between (EU) Courts, Erasmus Law Review 5, Issue 3 (2012), 151 ff. – abrufbar unter www.erasmuslawreview.nl/files/Volume05Issue03-Stadler (Abruf v. 23.03.2014).

46 Vgl. *C. A. Kern*, Perception, Performance, and Politics: Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems, ZZPInt 14 (2009), 445 (492 ff.); *Eidenmüller* (Fn. 10), JZ 2009, 641 (645 f.).

47 Ergebnisse unter http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/ocjsurvey.shtml (Abruf v. 23.03.2014); zur Veröffentlichung bestimmt in *Hodges/Vogenauer* (Hrsg.), Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law (Erscheinen ungewiss).

48 Id.

49 Vgl. nur *Hirte*, Anwaltswerbung, ZZP 116 (2003), 135-163; *Varano/De Luca*, (2007) 7 Global Jurist Iss. 1 (Advances), Article 6, S. 7; *Hodges*, (2007) 26 (JAN) C.J.Q. 96 (113).

50 Jüngst etwa BGH, NJW 2014, 554 (Kommanditistenbrief) m. Anm. *Kleine-Cosack*, NJW 2014, 514 ff.

eigene Recht vermarkten könne und müsse,[51] macht die Werbung der anderen noch nicht unlauter. Doch wo über Konkurrenzprodukte bewusst die Unwahrheit verbreitet wird, ist die Grenze zur vorsätzlichen Wettbewerbsverzerrung überschritten. Genau dies aber macht beispielsweise die – bezeichnenderweise von englischen Kanzleien geförderte – Broschüre der *Law Society of England and Wales*, die England und Wales als die *Jurisdiction of Choice* anpreist[52] und mit Musterklauseln zur Rechts- und Gerichtsstandswahl schließt, welche – natürlich – nach England und Wales weisen[53]. So heißt es in der Broschüre beispielsweise, das englische Recht biete mehr Rechtssicherheit als die Länder des *Civil Law*[54] – eine Wertung, die für ein Recht in der Tradition des *case law* doch überrascht. Dickere Bretter bohrt die Broschüre dort, wo sie postuliert, das englische Recht basiere auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit, das flexibler sei als viele Systeme des *Civil Law*.[55] Denn die englischen Philosophen[56] haben natürlich weder die Idee der Vertragsfreiheit „erfunden"[57] noch ein Monopol hierauf, ist die Vertragsfreiheit doch eine Grundfeste auch und gerade des kontinentalen Vertragsrechts[58]. Schließlich betont die Broschüre ungeniert, ein englisches Urteil lasse sich innerhalb der Europäischen Union dank der EuGVVO und der Verordnung über den Europäischen Mahnbescheid leicht vollstrecken[59] – als würde dies für die anderen Länder der EU nicht ebenso gelten, vielleicht sogar mit mehr Berechtigung, da doch England einer der Mitgliedstaaten ist, die nicht automatisch an den europäischen Rechtsvereinheitlichungs- und Rechtsharmonisierungsunternehmungen auf dem Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nach Art. 81 AEUV (früher Art. 65 EG) teilnehmen[60].

Der deutschen Replik auf die englische Werbebroschüre, die von der Bundesnotarkammer und dem Deutschen Notarverein, der Bundesrechtsanwaltskammer und dem Deutschen Anwaltsverein sowie dem Deutschen Richterbund mitgetragen wird,[61] kann glücklicherweise der Vorwurf unlauterer Werbung nicht gemacht werden. Ihr Titel, *Law Made in Germany*, stellt nicht von ungefähr die Verbindung zum Produktmarkt her, wo sich *made in Germany* nach dem Zweiten Weltkrieg zu einem Qualitätssiegel entwickelte. Allerdings sollte man bei einer eventuell anstehenden Neuauflage Stil und Akzentsetzung doch noch einmal überdenken: Zu große Nähe zum englischen Konkurrenzprodukt wird man besser vermeiden; auch würde der Broschüre ein klarer Verweis auf die – gerade in Osteuropa und Asien geschätzte – deutsche Rechts*wissenschaft* nicht schaden. Auf kurze Frist mag dabei die Gefahr bestehen, dass der Ehrliche der Dumme ist, also derjenige verliert, der nicht zu unlauteren Maßnahmen greift. Auf lange Sicht könnte aber gerade dem deutschen Recht zu aggressives Auftreten eher schaden denn nützen. Auch wenn die deutsche Werbebroschüre mittlerweile in dritter Auflage erschienen ist, fällt sie doch in der Flut an Publikationen, die seit dem englischen Vorstoß erschienen sind und den Titel *Jurisdiction of Choice* tragen,[62] kaum ins Gewicht. Dass dabei Publikationen aus Ländern des *Common Law* überwiegen, versteht sich fast von selbst.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Das Kartellrecht bekämpft unter anderem Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei sind vielfältige Formen eines unzulässigen Missbrauchs denkbar.

51 Dazu *R. Stürner*, Schlussbetrachtung und Ausblick, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Jahrbuch Bitburger Gespräche 41 (München 2003), S. 143 (150); *ders.*, Markt und Wettbewerb (Fn. 31), S. 71 f.

52 *The Law Society of England and Wales*, England and Wales: The jurisdiction of choice, früher verfügbar unter http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf (Abruf v. 28.07.2012), nunmehr ist bei der Law Society nur noch die interne Ankündigung vom 28.11.2007 verfügbar unter http://governance.lawsociety.org.uk/secure/meeting/170817/Item_15_and_15.pdf (Abruf v. 23.03.2014).

53 The Law Society, England and Wales (Fn. 52), S. 22 f.

54 The Law Society, England and Wales (Fn. 52), S. 8 (English law gives guidance „with greater certainty than in many civil law systems").

55 The Law Society, England and Wales (Fn. 52), S. 8 („English law is based on the principle of freedom of contract which is more flexible than many civil law systems").

56 S. etwa *Hobbes*, Leviathan or the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil, 1651, in der von *Hermann Klenner* herausgegebenen Übersetzung von *Julia Schlösser*, 1996, S. 179; *Locke*, Second Treatise of Government, passim.

57 Historischer Überblick vom römischen Recht bis zur Gegenwart bei *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 46-53.

58 S. nur die Herausarbeitung der privatrechtstheoretischen Diskussionen im Deutschland des 19. Jahrhunderts bei *S. Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 2001, passim.

59 The Law Society (Fn. 52), S. 9 („An English judgment can be easily enforced within the European union by virtue of the Brussels 1 Regulation and the European Enforcement order.").

60 Protokoll (Nr. 21) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EU Nr. C 115 v. 09.05.2008, S. 295; früher Protokoll (Nr. 4) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

61 *BNotK/DNotV/BRAK/DAV/DRB*, Law Made in Germany, 1. Aufl. 2008, 2. Aufl. 2010, 3. Aufl. 2012 (fälschlicherweise als 2. Aufl. bezeichnet, ab der 3. Aufl. firmiert als Herausgeber zusätzlich noch der DIHK), http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf (Abruf v. 23.03.2014).

62 Z.B. *The Law Society of England and Wales*, Islamic Finance in England and Wales: the jurisdiction of choice (2014), http://international.lawsociety.org.uk/node/13695 (Abruf v. 23.03.2014); *Matheson*, Ireland – The SPV Jurisdiction of Choice for Structured Finance Transactions (2012), http://www.matheson.com/images/uploads/documents/Matheson2__Ireland_-_The_SPV_Jurisdiction_of_Choice_for_Structured_Finance_Transactions.pdf (Abruf v. 23.03.2014); *Conyers Dill & Pearman*, Bermuda: Jurisdiction of Choice for Trust and Wealth Structures (May 2012), http://www.conyersdill.com/publication-files/Bermuda_Jurisdication_of_Choice.pdf (Abruf v. 23.03.2014); *Gray*, Guernsey: The offshore jurisdiction of choice for intellectual property rights (2009), http://www.guernseyfinance.com/media/164505/Guernsey%20The%20offshore%20jurisdiction%20of%20choice%20for%20intellectual%20property%20rights0.pdf (Abruf v. 23.03.2014).

Dies lässt sich auf den Rechtsmarkt übertragen.[63] Geht man – was angesichts der dargelegten Startbedingungen kaum von der Hand zu weisen ist – davon aus, dass die anglo-amerikanische Rechtsfamilie auf dem Rechtsmarkt eine beherrschende Stellung innehat, so könnte ein Missbrauch darin liegen, dass dort auch die Kriterien definiert wurden, nach denen heute Fachwelt und Öffentlichkeit Rechtsordnungen bewerten, dass man zudem dort die Methoden erfunden hat, mit denen die verschiedenen Rechtsordnungen an den gesetzten Kriterien gemessen werden, und dass schließlich Sendungsbewusstsein und ökonomische Potenz Vorgehensweisen hervorbringen, die mit einem Qualitätswettbewerb wenig gemein haben.

a) Definition der Kriterien durch die dominierende Seite

Nach welchen Kriterien werden Rechtsordnungen beurteilt? Die Kriterien der logischen Schlüssigkeit und der inneren Systematik, die im Deutschland der Pandektistik hochgehalten wurden, sind heute nicht nur vielfach verpönt, sondern lassen sich in einer Welt insularer Rechtsvereinheitlichung, wie sie in der EU, aber auch in den USA, vorherrscht, rein praktisch kaum noch erreichen.[64] Das Kriterium der Gerechtigkeit hat ebenfalls schlechte Karten, erscheint es doch für die meisten Bereiche zu allgemein, um operabel zu sein; es ist überdies von verschiedenen Seiten jeweils im eigenen Sinne strapaziert worden. An dieser Stelle nun hat die Ökonomische Analyse ihren Platz gefunden. Scheinbar wertneutral beurteilt sie die Rechtsordnungen nach der ökonomischen Effizienz, die ihre Regelungen erreichen. Effizienz wird dabei unter Rückgriff auf volkswirtschaftliche Lehren, insbesondere die Überlegungen des in Lausanne als Nachfolger von *Léon Walras* lehrenden Ökonomen *Vilfredo Pareto* (1848-1923) sowie der Ökonomen *Nicholas Kaldor* (1908-1986) und *John Richard Hicks* (1904-1989), als ein Zustand höchstmöglichen Wohlstandes verstanden. Konzentrierte sich diese Effizienzkontrolle ursprünglich auf die Untersuchung einzelner Regeln etwa des Vertrags- oder Schadensrechts, nimmt sie nunmehr ganze Rechtsbereiche, ja ganze Rechtsordnungen in den Blick.

Auch wenn nun immer wieder beteuert wird, dass sich der verwendete Wohlstandsbegriff nicht auf *ökonomischen* Wohlstand beschränke,[65] lässt sich *ökonomischer* Wohlstand natürlich doch viel einfacher messen als etwa die von einem bestimmten Ergebnis hervorgerufenen „Glücksgefühle". Wo deren Feststellung und Umrechnung versucht wird,[66] erweckt sie bei einem nüchternen Juristen doch eher Mitleid, als dass sie überzeugt. Dies gilt etwa dann, wenn das emotionale Interesse an der ungestörten Erhaltung einer besonders schönen Naturlandschaft zum Zweck der optimalen Bemessung von *punitive damages* dadurch in Geldbeträge umgewandelt werden soll, dass man in einer Umfrage erhebt, wie viel die Befragten bereit wären zu zahlen, um zu wissen, dass eine von einem Tanker verursachte Ölpest nicht mehr vorkommen wird.[67] Letztlich entscheidet in der praktischen Anwendung auch durch die empirisch arbeitenden Ökonomen eben doch der ökonomische Wohlstand, dessen Verteilung zudem oft gar nicht in die Beurteilung einfließt.

Dass dabei die Rechtsordnungen der Länder gut abschneiden, die auch ökonomisch erfolgreich sind, versteht sich von selbst. Allerdings ist keineswegs klar, wie eng der Zusammenhang zwischen dem wirtschaftlichen Erfolg eines Landes und seiner Rechtsordnung ist. Auch berücksichtigt die kurzfristige Verknüpfung nicht längere konjunkturelle Auf- und Abwärtsbewegungen. Angesichts der Konjunkturentwicklung in den letzten Jahrzehnten musste das *Common Law* gut abschneiden. Wählt die meinungsführende Rechtsfamilie das Effizienz-Kriterium in einer Phase eigenen wirtschaftlichen Aufschwungs, kann hierin durchaus eine Form des Missbrauchs einer zumindest den Meinungsmarkt beherrschenden Stellung liegen – es sei denn, man wollte wirklich annehmen, dass der Aufschwung gerade durch die Rechtsordnung bedingt sei.

b) Vorgabe der Methoden durch die dominierende Seite

Nicht nur die heute gültigen Kriterien, auch die vorherrschenden Methoden der Erhebung sind von der dominierenden Seite eingeführt worden und haben die Tendenz, das Ergebnis zu deren Gunsten zu verzerren.

Traditionellerweise ist es die Rechtsvergleichung, die verschiedene Rechtsordnungen einander gegenüberstellt und, sofern sie sich nicht nur auf eine Sammlung von Länderberichten beschränkt, die verschiedenen Informationen literarisch verarbeitet. Diese Ausführungen sind oft sehr differenziert und bemühen sich um die Einbeziehung rechtskultureller und rechtshistorischer Aspekte; sie bieten selten eine einfache und einheitliche Bewertung.[68]

Ganz anders verfahren die heute in Mode stehenden Methoden, für die nicht etwa Juristen, sondern Ökonomen verantwortlich zeichnen und die von den USA aus ihren Siegeszug angetreten haben.[69] Hier werden Informationen über das Recht eines Landes in Zahlen umge-

63 Vgl. aus Sicht der Schweiz im Verhältnis zur EG *Hauser* (Fn. 28), Aussenwirtschaft 48 (1993), 459 (471 f.).

64 *J. Koch*, Die Einheit der nationalen Rechtsordnung und die europäische Privatrechtsangleichung, JZ 2006, 277 (278 ff.).

65 *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 595 ff.

66 So etwa *Kahneman/Krueger/Schkade/Schwarz/Stone*, A Survey Method for Characterizing Daily Life Experience: The Day Reconstruction Method, Science 306 (2004), 1776-1780.

67 Vgl. zum Fall der Havarie der *Exxon Valdez* im Prince William Sound z.B. *K. Rollins*, Measuring Ecosystem Values, in: Jensen/Bourgeron (Hrsg.), A Guidebook for Integrated Ecological Assessments, 2001, S. 221 (236 f.).

68 Allgemein *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 4), § 3 II ff. (S. 33 ff.).

69 S. allgemein von ökonomischer Seite *Djankov/Glaeser/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, The new comparative economics, Journal of Comparative Economics 31 (2003), 595-619; von juristischer Seite *Siems*, Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Law in Order to Reduce Complexity?, Cardozo Journal of International and Comparative Law 13 (2005), 521 (523 ff.); weiter *Vagts*, Comparative Company Law, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, 2002, S. 595 (596 ff.).

wandelt, miteinander und mit anderen Daten verknüpft und dann mit den Werkzeugen der Ökonometrie analysiert. Ergebnis dieser Studien ist typischerweise eine einheitliche Kennzahl für jede der untersuchten Rechtsordnungen, aus der dann eine Rangliste, ein *country ranking*, erstellt wird.[70]

Derartige empirische Studien erfordern einen gewissen personellen wie finanziellen Aufwand, den sich oft verschiedene Institutionen teilen. Nicht selten ist dabei die Weltbank mit im Boot, die in diesen Studien ein Mittel zur Legitimation ihrer Empfehlungen zur Rechtsreform sieht.[71] Auch wenn das Zahlenmaterial, auf dem diese Studien basieren, auf den ersten Blick als unbestechlich und objektiv erscheint, überlässt diese Methode doch dem „*Impresario* des Vergleichs"[72] einen immensen Spielraum. Durch die Auswahl der zu untersuchenden Aspekte, die Art der Fragen, die Umwandlung ihrer Ergebnisse in Zahlen und die Kombination dieser Zahlen erscheint es möglich, nahezu jedes gewünschte Ergebnis zu erzielen, ohne dass eine etwaige Beeinflussung des Ergebnisses für einen außenstehenden Dritten ohne weiteres erkennbar wäre.[73]

Die bisher verfügbaren Studien stammen nun überwiegend von Forschern, die ihre wissenschaftliche Heimat in den USA haben. Sie untersuchen ganz unterschiedliche Rechtsbereiche, kommen aber stets doch mehr oder weniger deutlich zu dem Ergebnis, dass das *Common Law* den anderen Rechtsfamilien überlegen sei.[74] Dabei schneidet zwar nicht immer gerade das englische oder das US-amerikanische Recht am besten ab. Klar ist aber, dass es diese Rechte sind und nicht etwa das Recht Neuseelands als des stolzen „Gewinners" der Studien, die im Wettbewerb der Rechtsordnungen von der positiven Beurteilung des *Common Law* profitieren. Dieses Ergebnis ist gewiss teilweise dadurch zu erklären, dass die Studien den wirtschaftlichen Erfolg, gemessen etwa durch bestimmte Kapitalmarktdaten, explizit in die Berechnung einfließen lassen.[75] Indessen liegt auf der Hand, dass die entsprechenden Ergebnisse zumindest alles andere als unerwünscht sind. Natürlich können diese Studien in ihren Einzeldaten überprüft oder gar Gegenstudien aufgesetzt werden, die dasselbe Thema unter Verwendung anderer Faktoren beleuchten[76]. Allerdings bleibt doch die scheinbare Autorität der Studien der ersten Stunde, die hier unmissverständlich für die marktbeherrschende Seite spricht - *honni soit qui mal y pense!*

c) Sendungsbewusstsein und ökonomische Potenz

Nicht zuletzt verzerren den Wettbewerb der Rechtsordnungen auch Maßnahmen, die sich aus einer marktbeherrschenden Stellung heraus erklären, ganz gleich, ob sie den Rechtsexport zum Ziel oder nur zur Folge haben. So sollen Vertreter der USA vor einigen Jahren einem kleinen osteuropäischen Land angeboten haben, diesem eine komplette Universität zu bauen und zu finanzieren, wenn sich das Land nur von seiner deutschrechtlichen Tradition abwenden würde.[77] Der genaue Wahrheitsgehalt dieser Anekdote mag auf sich beruhen; man kann jedenfalls durchaus glauben, dass sich die Dinge so oder ähnlich zugetragen haben. Die berichtete Verknüpfung von Finanzierung und Inhalten, die nur einer starken Wirtschaftsmacht zur Verfügung steht, mag auf den ersten Blick den Eindruck eines brachialen Rechtsimperialismus' erwecken. Hiermit dürfte man den Amerikanern aber Unrecht tun. Neben dem Wunsch, die eigene Einflusssphäre zu erweitern, wird zumindest gleichberechtigt die Überzeugung von der Überlegenheit des eigenen Rechts gestanden haben, an der man das Empfängerland teilhaben lassen wollte;[78] vielleicht spielte auch der in den USA verbreitete Gedanke einer Mitschuld deutschen Rechtsdenkens am Nationalsozialismus eine Rolle. Wie dem auch sei – außer Frage steht, dass ein derartiges Auftreten eine Selbstgewissheit und ein Sendungsbewusstsein voraussetzen, die wohl auch als Ausfluss einer ohnehin beherrschenden Stellung auf dem Rechtsmarkt verstanden werden müssen. Fragen der Qualität der beteiligten Rechtsordnungen spielen bei solchen Maßnahmen offensichtlich keine Rolle mehr.

4. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen

Will man im Bild bleiben, so findet man auch auf dem Rechtsmarkt wettbewerbsbeschränkende Absprachen, und zwar sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite. Anders als auf dem Produktmarkt sind auf dem Rechtsmarkt wettbewerbsbeschränkende Absprachen keineswegs von vornherein negativ belegt.[79] Dies ändert indes nichts daran, dass auch hier wettbewerbsbeschrän-

70 S. etwa die *Doing-Business-Reports*; dazu *C. A. Kern*, Die Doing-Business-Reports der Weltbank – fragwürdige Quantifizierung rechtlicher Qualität?, JZ 2009, 498 ff. m.w.N.

71 Näher hierzu *Siems*, Statistische Rechtsvergleichung, RabelsZ 72 (2008), 354 (365-368); *C. A. Kern*, Justice between Simplification and Formalism, 2007, S. 120-122 m.w.N.

72 Vgl. zum Begriff *Galanter/Cahill*, „Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements, Stanford Law Review 46 (1994), 1339 (1347).

73 Vgl. *Kern* (Fn. 70), JZ 2009, 498 (498; 500 ff.); *ders.* (Fn. 46), ZZPInt 14 (2009), 445 ff.; *ders.*, Justice (Fn. 71), passim.

74 Explizit ausgesprochen wird dies von der Gruppe an Studien, die ihre Daten mit den angeblichen „*legal origins*" verknüpfen und so unmittelbar zu Aussagen über das Abschneiden der jeweiligen Rechtskreise gelangen. Dieser Methode folgen insbesondere die Autoren *Rafael La Porta*, *Florencio Lopez-de-Silanes*, *Andrei Shleifer* und *Robert W. Vishny*, oft abgekürzt als „LLSV", z.B. Law and Finance, Journal of Political Economy 106 (1998), 1113-1155; The Quality of Government, Journal of Law, Economics, and Organization 15 (1999), 222-279.

75 Z.B. *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, Legal Determinants of External Finance, Journal of Finance 52 (1997), 1131 ff.

76 S. z.B. zur Studie *La Porta et al.* (Fn. 74), J. Pol. Econ. 106 (1998), 1113 ff., die Neukodierung bei *Pagano/Volpin*, The Political Economy of Corporate Governance, American Economic Review 95 (2005), 1005 ff.; *Spamann*, On the Insignificance and/or Endogeneity of La Porta et al.'s „Anti-Director Rights Index" under Consistent Coding, Working Paper (2006), http://ssrn.com/abstract=894301 (Abruf v. 23.03.2014).

77 Diskussionsbeitrag *Schoch*, VVDStRL 69 (2010), 109.

78 Vgl. *Mankowski* (Fn. 34), JZ 2009, 321 (330).

79 *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (69, 84 f.).

kende Absprachen die im Modell qualitätssteigernde Wirkung des Wettbewerbs bedrohen.

a) Anbieterkartelle

Anbieterkartelle gibt es auf dem Rechtsmarkt in der Gestalt einer Absprache zwischen Staaten, nur einheitliche Rechtsregeln anzubieten,[80] gelegentlich kombiniert mit Maßnahmen wie etwa einer Vereinheitlichung des Kollisionsrechts oder der Regeln über die internationale Zuständigkeit, die das Ausweichen auf andere Rechte unmöglich machen sollen. Die Foren für die Schaffung von derartigem Einheitsrecht sind zahlreich; sie reichen von isolierten internationalen Konferenzen wie die Genfer Wechsel- und Scheckrechtskonferenzen[81] über Institutionen wie die Haager Konferenz für internationales Privatrecht, auf die etwa erhebliche Erleichterungen in der internationalen Rechtshilfe zurückgehen,[82] oder die Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL), deren erfolgreichstes Projekt das sogenannte UN-Kaufrecht (CISG) ist,[83] bis hin zur Europäischen Union, die mit Verordnungen[84] für die Mitgliedstaaten Einheitsrecht schafft. Als Absprache kann man über die Rechtsvereinheitlichung hinaus auch bereits die Rechtsharmonisierung ansehen, wie sie in den USA seit 1892 die Uniform Law Commission (ULC)[85] mit ihren Modellgesetzen vorantreibt und in der EU in der Gestalt von Richtlinien[86] erfolgt.

Für die einheitlichen Rechtsregeln wird allerdings regelmäßig nicht das bereits geltende Recht eines Staates ausgewählt. Vielmehr handeln die Staaten neue Regeln aus, die sich mehr oder weniger an bestehendes Recht anlehnen; innerhalb des Verhandlungsprozesses findet also vielfach ein Rechtswettbewerb statt. Schafft es eine Rechtsordnung, in diesem Prozess zum Vorbild für die vereinheitlichten oder harmonisierten Regeln zu werden, so ist ihre Dominanz zementiert, ist doch als Kehrseite der Vereinheitlichung oder Harmonisierung der Wettbewerb auf dem jeweiligen Gebiet ausgeschaltet.[87] Verzerrungen entstehen hier in verschiedenster Form. Statt der Qualität der „Vorlage" entscheiden so etwa das Verhandlungsgeschick und die Verhandlungsmacht, die sich daraus ergeben kann, dass die Beteiligung eines bestimmten Staates unbedingt erreicht werden soll, sodass dieser Staat seine Vorstellungen durchsetzen kann; in institutionalisierten Foren mag es statt auf die Qualität der „Vorlage" auf das Stimmgewicht ankommen;[88] und nicht zuletzt sind externe Faktoren wie die politische Gesamtlage nicht zu unterschätzen.

b) Nachfragerkartelle

Vielleicht nicht auf den ersten Blick sichtbar sind Nachfragerkartelle. Angesprochen wurde das Phänomen indes bereits, nämlich im Zusammenhang mit der zunehmenden Bedeutung internationaler Anwaltskanzleien. Wenn sich eine solche Kanzlei dafür entscheidet, bestimmte Verträge oder Transaktionen überall auf der Welt stets einem einzigen Recht zu unterstellen, so ist diese Entscheidung meist nicht von Qualitätserwägungen getragen. Ausschlaggebend sind vielmehr Präferenzen des für den jeweiligen Bereich zuständigen Partners oder Gremiums, die wiederum typischerweise in England oder den USA sozialisiert sind. Da zumeist auch auf Seiten des Gegners oder weiterer Beteiligter ebenfalls große Kanzleien agieren, die in verschiedener Zusammensetzung immer wieder aufeinandertreffen, ergibt sich eine Sogwirkung zugunsten eines einzigen oder einiger weniger Rechte.[89] Auch hier ist es wiederum ersichtlich nicht notwendigerweise die Qualität der gewählten Rechtsordnung, die über das gewählte Recht entscheidet. Den nationalen Gesetzgebern bleibt dann nur, den praktischen Bedeutungsverlust ihrer eigenen Regeln hinzunehmen oder ihr Recht dem dominierenden Recht weitgehend anzupassen, in der Hoffnung, es möge damit wenigstens gelegentlich zur Anwendung kommen und dann in Randbereichen die Durchsetzung eigener Vorstellungen erlauben.

VI. Schluss und Ausblick

Was ist nun das Ergebnis des Blicks auf die vergessene Seite der Medaille? Klar geworden dürfte sein, dass der in der Wissenschaft nicht selten bejubelte, jedenfalls oft unreflektiert bemühte Wettbewerb der Rechtsordnungen in der Wirklichkeit unter ganz erheblichen, kaum zu korrigierenden Verzerrungen leidet. Es erscheint daher durchaus zweifelhaft, dass er tatsächlich zum Obsiegen der „besten Idee", sprich: der besten rechtlichen Lösung, führt – sofern man überhaupt an die Möglichkeit einer abstrakt „besten" Lösung glaubt.

Dass dieses doch recht ernüchternde Ergebnis selten deutlich ausgesprochen wird, überrascht. Eigentlich sollte man doch annehmen, dass gerade Juristen, die über den Rechtswettbewerb nachdenken, sich auch der Existenz und Notwendigkeit eines Wettbewerbsrechts erinnern. Dessen Anliegen, den Markt um seiner erwünsch-

80 *Meessen* (Fn. 9), JZ 2009, 697 (704).

81 Dazu z.B. *C. A. Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, 2013, S. 269 ff., 277 f. m.w.N.

82 Insbesondere das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15.11.1965 sowie das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18.03.1970.

83 S. nur *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 5 ff.

84 Art. 288 Abs. 2 AEUV.

85 National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).

86 Art. 288 Abs. 3 AEUV.

87 S. schon *Dreher* (Fn. 9), JZ 1999, 105 (110 f.); *Meessen* (Fn. 9), JZ 2009, 697 (704); vgl. auch *Peters* (Fn. 10), VVDStRL 69 (2010), 7 (40) einerseits, (50 Fn. 158) andererseits; *Teichmann*, Gesellschaftsrecht (Fn. 16), S. 383, 388 einerseits, S. 386 andererseits; weiter *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (62, 86 f.).

88 Ohne Problembewusstsein angesprochen von *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (87).

89 Vgl. *Mankowski* (Fn. 34), JZ 2009, 321 (330); Diskussionsbeitrag *Schuppert*, VVDStRL 69 (2010), 113.

ten Funktion willen vor Verzerrungen zu schützen, müsste eigentlich die Frage nahelegen, wie es mit den Verzerrungen auf dem Rechtsmarkt aussieht.

Für dieses überraschende Phänomen drängen sich zwei mögliche Erklärungen auf. Entweder verschließen sich die Protagonisten des Rechtsmarkts unter den Juristen der Kehrseite der Medaille, weil sie auch auf globaler Ebene nicht von der Idee einer Evolution durch Wettbewerb[90] und der dadurch geadelten Beschäftigung mit der dominierenden Rechtsordnung lassen wollen. Oder aber sie stehen selbst derart im Bann einer ökonomischen Modellwelt, dass sie den Sinn für die Wirklichkeit auf diesem Markt – die kaum zu korrigierenden Wettbewerbsverzerrungen – verloren haben. Beide Positionen dürften sich für Juristinnen und Juristen in der heutigen Zeit nicht empfehlen. Angezeigt ist vielmehr ein nüchterner Blick auf beide Seiten der Medaille: Im Wettbewerb der Rechtsordnungen gewinnt nicht notwendigerweise der Bessere.

90 Vgl. dazu *Giegerich* (Fn. 11), VVDStRL 69 (2010), 57 (63) m.w.N.