

## Europäischer Systemwettbewerb durch Wahl der Rechtsregeln in einem Binnenmarkt für mitgliedstaatliche Regulierungen?

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M., Jens-Daniel Braun und Ralf Capito, Bonn\*

Mit der Cassis de Dijon-Formel hat sich das Herkunftslandprinzip auf der Verbraucherseite zum Motor für einen mitgliedstaatlichen Regulierungswettbewerb entwickelt. Durch die Anerkennung der Zulassungsregeln anderer Mitgliedstaaten für die Verkehrsfähigkeit des Produktes im eigenen Mitgliedstaat konkurrieren die staatlichen Regulierungssysteme in einem Wettbewerb, ja sogar in einem Binnenmarkt für Regulierungen: Wählt der Verbraucher zum Beispiel ein italienisches Produkt, so entscheidet er sich damit inzident auch für die italienische Regulierung der Herstellung und damit für die dort eingeführten Produktstandards. Während dem Verbraucher die Wahlfreiheit für Produktstandards zukommt, wird der standortgebundene Hersteller auf die Regulierung seines Mitgliedstaates festgelegt. Die folgende Abhandlung untersucht die These, nach der auch den standortgebundenen Herstellern ohne Sitzverlegung eine Wahlfreiheit entsprechend der Cassis-Formel zustehen sollte, und die Vereinbarkeit eines solchen Ansatzes mit zwingendem deutschen und europäischen Recht. Da eine Regulierungswahlfreiheit mit Ungewissheiten, möglicherweise auch mit Risiken für Schutz- und Sicherheitsstandards, verbunden wäre, sollte sich das Experiment – zeitlich begrenzt – zunächst nur auf einen sachlich eng definierten Sektor beschränken. Erst ein solches Experiment schafft bessere Prognosegrundlagen dafür, ob der Ausbau des mitgliedstaatlichen Regulierungswettbewerbs geeignet ist, die Binnenmarktziele zu fördern.

### I. Die Entwicklung des Herkunftslandprinzips nach der Cassis-Formel

In der sogenannten Cassis de Dijon-Entscheidung<sup>1</sup> vom 20. 2. 1979 hat der EuGH den Begriff der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ in Art. 28 EGV näher konkretisiert. Danach sind nationale Regelungen, die den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beschränken, nicht als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen, soweit diese Regelungen unterschiedslos wirken und sofern sie durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind<sup>2</sup>. Maßnahmen, die zwingenden Erfordernissen wie dem Verbraucherschutz, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, der Kulturpolitik oder dem Umweltschutz<sup>3</sup> dienen, müssen aber stets dem in

der Regel streng verstandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen<sup>4</sup>. Dies führt dazu, daß ein Mitgliedstaat in bezug auf bestehende oder geplante produktbezogene<sup>5</sup> Schutzregulierungen genau prüfen muß, ob die angestrebte Schutzwirkung hinsichtlich der Waren aus anderen Mitgliedstaaten bereits durch die dortige Regulierung gewährleistet wird<sup>6</sup>. Im Zweifel muß er die in anderen Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen als ausreichend anerkennen. Waren, die in einem Mitgliedstaat der EG rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, sind damit grundsätzlich auch in allen anderen Mitgliedstaaten einfuhr- und verkehrsfähig, selbst wenn sie den dort geltenden innerstaatlichen Verkehrsfähigkeitsanforderungen im einzelnen nicht entsprechen<sup>7</sup>. Dieses sogenannte Herkunftslandprinzip – häufig auch als Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bezeichnet – stellt damit eine Konkretisierung des Grundsatzes der Warenverkehrsfreiheit im Sinne einer Beseitigung von Handelsbeschränkungen dar<sup>8</sup>.

\* Die Autoren stellen wir Ihnen auf S. VIII vor.

1 EuGH, 20. 2. 1979 – Rs. 120/78, Rewe-Zentral-AG Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649 (662) Rdnr. 8.

2 Seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. nur EuGH, 10. 11. 1982 – Rs. 261/81, Rau, Slg. 1982, 3961 (3972), Rdnr. 12; 12. 3. 1987 – Rs. 178/84, Kommission/Deutschland (Reinheitsgebot), Slg. 1987, 1262 (1270), RIW 1987, 394, Rdnr. 28; 20. 9. 1988 – Rs. 302/86, Kommission Dänemark (Pfandflaschen), Slg. 1988, 4607 (4629), Rdnr. 6.

3 Der Katalog der zwingenden Erfordernisse ist nicht abschließend. Der EuGH erweitert den Katalog bei Bedarf; siehe zuletzt EuGH, 26. 6. 1997 – Rs. C-368/95, Familiapress, Slg. 1997, I-3689 (3715), EWS 1997, 272, Rdnr. 24.

4 Dazu EuGH, 26. 6. 1997 – Familiapress (Fn. 3), Slg. 1997, I-3715, Rdnr. 24; 10. 11. 1982 – Rau (Fn. 2). Vgl. auch Ahlfeld, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV, 1997, S. 246.

5 Diese Einschränkung nahm der EuGH erst in der Keck-Entscheidung vor; EuGH, 24. 11. 1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 (6131), EWS 1994, 25 m. Anm. Jestaedt/Kästle, Rdnr. 16.

6 EuGH, 17. 12. 1981 – Rs. 272/80, Biologische Producten, Slg. 1981, 3277 (3291), RIW 1982, 344, Rdnr. 14; vgl. auch EuGH, 8. 11. 1979 – Rs. 251/78, Denkavit, Slg. 1979, 3369 (3391 f.), RIW 1980, 51, Rdnr. 23 und von Borries/Petschke, DVBl. 1996, 1343 (1345 f.).

7 Erstmals EuGH, 20. 2. 1979 – Cassis de Dijon, Slg. 1979, 664, Rdnr. 14; siehe auch von Borries/Petschke (Fn. 6), 1345 f.

8 Schütz, Jura 1998, 631 (636).

## II. Die ökonomischen Wirkungen des Herkunftslandprinzips

Die Einführung des Herkunftslandprinzips durch die Cassis-Entscheidung machte es für in einem der Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen grundsätzlich – also vorbehaltlich der oben erwähnten Schranken – möglich, ihre gemäß den nationalen Vorschriften „ihres“ Mitgliedstaates hergestellten Produkte in allen anderen Mitgliedstaaten zu verkaufen, unabhängig davon, ob die jeweiligen Produkte den Vorschriften des Staates entsprechen, in den sie importiert werden. In allen Mitgliedstaaten kam es daher in der Folgezeit zu einem Angebot von Produkten, deren Herstellung von unterschiedlichen Vorschriften reguliert wird. Die Verbraucher wählen daher bei ihrer Kaufentscheidung nicht nur zwischen verschiedenen Produkten, sondern implizit auch zwischen verschiedenen Regulierungen aus.

Folgendes Beispiel soll diesen Gedankengang verdeutlichen:

Würde in den Medien berichtet, daß in Nudeln eines italienischen Herstellers gesundheitsschädliche Stoffe gefunden worden seien, so hätte dies zur Folge, daß der Absatz von Produkten dieses Herstellers, aber auch anderer italienischer Nudelproduzenten in allen Mitgliedstaaten signifikant zurückginge: Die europäischen Verbraucher hätten – zumindest vorübergehend – das Vertrauen in die italienischen Regeln der Nudelproduktion verloren.

Folglich gibt es Anzeichen dafür, daß es nicht nur einen Wettbewerb zwischen Produkten verschiedener Hersteller, sondern – ausgelöst durch das Cassis-Urteil – auch zwischen verschiedenen Regulierungssystemen und damit auch zwischen den Mitgliedstaaten gibt<sup>9</sup>.

Die Cassis-Rechtsprechung führte zu einem bis dahin unbekanntem Problem: Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung änderte nichts daran, daß Verbraucherschützende Bestimmungen etwa in Deutschland auch weiterhin für die hier produzierenden Hersteller Geltung besitzen: ein Phänomen, das schnell unter dem Schlagwort „Inländerdiskriminierung“ bekannt wurde. Die Inländerdiskriminierung stellt zumindest potentiell eine Wettbewerbsverzerrung dar<sup>10</sup>. Im Anschluß an das Cassis-Urteil kam es nicht zu einem Regulierungswettbewerb um den bestmöglichen Schutz der Verbraucher, sondern zu Wettbewerbsprozessen zwischen nationalen Regulierungssystemen für einheimische Produzenten<sup>11</sup>. Statt der Verbesserung des Verbraucherschutzes wurde die Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Regulierung zum tragenden Leitmotiv von Änderungen der Verbraucherschützenden Bestimmungen: Die nationalen Verbraucherschutzvorschriften werden so zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Industrie instrumentalisiert<sup>12</sup>.

## III. Ein Binnenmarkt mitgliedstaatlicher Regulierungen – Mobilität von Rechtsregeln („floating law“)?

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Problem der Inländerdiskriminierung und die damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen nicht dadurch gelöst werden könnten, daß man es nicht nur den Verbrauchern ermöglicht – vermittelt über die Wahl eines Produktes –, eine bestimmte Regulierung zu wählen, sondern diese Freiheit auch den Herstellern zubilligt, ohne daß diese dabei ihren Standort verlegen müssen<sup>13</sup>. Zur Verdeutlichung:

Ein deutscher Nudelhersteller könnte demnach die belgischen Bestimmungen in bezug auf die Nudelproduktion wählen<sup>14</sup>, freilich verbunden mit der Verpflichtung, die Wahl des belgischen Regulierungssystems auf der Packung zu kennzeichnen.

Dies hätte zur Folge, daß innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ein Binnenmarkt für Regulierungssysteme entstünde, auf dem 15 (oder bald mehr) nationale Qualitäts- und Produktstandards mit ihren jeweiligen „Labels“ um die Gunst der Produzenten (und das Vertrauen der Verbraucher) werben<sup>15</sup>. Mit diesem Wettbewerb würde dem Dogma, daß Wirtschaftssubjekte in ihrem jeweiligen Sitzland grundsätzlich nur auf die inländische Rechtsordnung zurückgreifen können (Territorialität des Rechts), ein Ende bereitet: Rechtliche Regelungen würden mobil („floating law“)<sup>16</sup>.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine solche Freiheit der Rechtswahl den sitzgebundenen Herstellern bereits de lege lata zusteht oder aber de lege ferenda durch eine entsprechende Änderung des EG-Vertrages geschaffen werden müßte. Der EG-Vertrag geht in seiner jetzigen Fassung von dem Grundsatz der Territorialität des mitgliedstaatlichen Rechts aus. Dies wird im Bereich der Niederlassungsfreiheit besonders deutlich. In Art. 43 Abs. 2 EGV heißt es etwa: „[D]ie Niederlassungsfreiheit [umfaßt] die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen (...) nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“<sup>17</sup>. Damit verlangt die Niederlassungsfreiheit de lege lata mit der unternehmerischen Sitzentscheidung eine Unterwerfung unter die Rechtsordnung des Empfangsstaates<sup>18</sup>. Schon aus diesem Grunde bestehen daher Bedenken, im Wege der Auslegung eine Freiheit der Rechtswahl zugunsten der standortgebundenen Hersteller zu etablieren, die mit dem Grundsatz der Territorialität des Rechts bricht<sup>19</sup>. Somit kann eine Freiheit der Rechtswahl zugunsten der bisher sitzgebundenen Hersteller dem EG-Vertrag nicht im Wege der Auslegung entnommen werden, sondern müßte durch eine Vertragsänderung eingefügt werden. Dies vermeidet insoweit auch einen neuerlichen Konflikt des EuGH mit dem

<sup>9</sup> S. jedoch *Krugman*, *Foreign Affairs* 1994, 28 (34), der vor einer Gleichsetzung dieser beiden Arten von Wettbewerb warnt: „[C]ountries do not compete with each other the way corporations do. (...) International trade (...) is not a zero-sum game“; ähnlich *Dreher*, *JZ* 1999, 105 (108ff.).

<sup>10</sup> Vgl. *von Heydebrand/Lasa*, *European Law Review* 1991, 391 (409 ff.); *Kerber*, *Fordham International Law Review* 1999 (erscheint demnächst), Manuskript S. 24; *ders.*, „Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht“, in: *Grundmann* (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten der Harmonisierung*, 1999, Manuskript, S. 11 f.

<sup>11</sup> S. *Kerber*, *Fordham International Law Review* 1999 (Fn. 10), S. 24.

<sup>12</sup> Vgl. *Kerber*, *Fordham International Law Review* 1999 (Fn. 10), S. 24.

<sup>13</sup> Vgl. *Kerber*, *Fordham International Law Review* 1999 (Fn. 10), S. 24.

<sup>14</sup> Weiterhin verbindlich blieben aber die nicht direkt produktbezogenen Regelungen, etwa die Bestimmungen des Arbeitsrechts, wobei „produktbezogen“ hier nicht im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH verstanden werden darf.

<sup>15</sup> S. *Kerber*, *Fordham International Law Review* 1999 (Fn. 10), S. 24.

<sup>16</sup> Vgl. *Kerber*, *Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht* (Fn. 10), S. 11 f.

<sup>17</sup> Vgl. ferner Art. 19 Abs. 1 Satz 1, Art. 19 Abs. 2 Satz 1, Art. 39 Abs. 3 lit. c), Art. 50 Abs. 3 Satz 1 a. E. EGV.

<sup>18</sup> Zur Auswirkung der *Centros*-Entscheidung auf diesen Grundsatz siehe unten unter VII.

<sup>19</sup> Darüber hinaus ist vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 7 Abs. 1 EGV) zweifelhaft, ob der EuGH eine solche Entscheidung zugunsten eines Binnenmarktes mitgliedstaatlicher Regulierungen, deren weitreichende Auswirkungen selbst die der *Costa/ENEL*-Entscheidung (EuGH, 15. 7. 1964 – Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, *Slg.* 1964, 1251 (1269 f.)), *AWD* 1964, 233, 258 übersteigen könnten, überhaupt treffen darf.

BVerfG<sup>20</sup>. Die Einführung einer Rechtswahlfreiheit im Wege der Auslegung durch den EuGH wäre – da diese bei der Behandlung des Zustimmungsgesetzes durch Bundestag und Bundesrat nicht absehbar war – nicht mehr durch das deutsche Zustimmungsgesetz gedeckt.

Aus ökonomischer Sicht erhofft man sich von einem Wettbewerb der Regulierungen innovative Lösungen für die Ausgestaltungen der Qualitäts- und Produktstandards<sup>21</sup>. Ein solcher Ansatz wirft jedoch auch eine Reihe Probleme juristischer wie tatsächlicher Art auf, die im folgenden diskutiert werden sollen. Ein zentrales Problem offenbart sich in der Frage, wie in einem solchen Binnenmarkt für Regulierungssysteme verhindert werden könnte, daß sich die jeweils niedrigsten Qualitäts- und Produktstandards durchsetzen, mit der Folge, daß sich in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft das Verbraucherschutzniveau stark absenken würde („race to the bottom“). Die Brisanz dieses Problems wird besonders im Umweltrecht deutlich, wenn man sich etwa vor Augen hält, daß die EG sich völkerrechtlich im Rahmen des Kyoto-Klimaschutzregimes verpflichtet hat, verschiedene Schadstoff-Emissionen zu reduzieren – so daß insoweit eher Mechanismen für ein „race to the top“ gefragt sind<sup>22</sup>. Die Problematik einer Freiheit der Rechtswahl zugunsten des sitz- bzw. zweigniederlassungsgebundenen Herstellers wird mit einem vergleichenden Blick auf das amerikanische Gesellschaftsrecht deutlich.

#### IV. A race of laxity?

Das amerikanische Gesellschaftsrecht bildet das prominenteste Beispiel eines Regulierungswettbewerbs. Die Gesetzgebung im Bereich des Gesellschaftsrechts ist in den USA grundsätzlich Sache der Einzelstaaten<sup>23</sup>. Da die Gesellschaften ihren Gründungsstaat weitgehend frei wählen können und die einzelnen US-Bundesstaaten ein finanzielles Interesse daran haben, daß möglichst viele Kapitalgesellschaften sich in ihrem Gebiet gründen, herrscht ein reger Wettbewerb unter den US-Bundesstaaten um die Ansiedlung von Kapitalgesellschaften<sup>24</sup>. Unumstrittener Marktführer ist dabei der kleine US-Bundesstaat Delaware, der sich durch ein „liberales bis laxes“<sup>25</sup> Gesellschaftsrecht „auszeichnet“<sup>26</sup>. In den Vereinigten Staaten folgt man sowohl im „interstate“-Gesellschaftsrecht wie im internationalen Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie<sup>27</sup>. Daher werden Delaware-Gesellschaften als solche Gesellschaften samt ihrer leicht errungenen Rechtsfähigkeit und den sonstigen Belangen des durch das Recht von Delaware geprägten Gesellschaftsstatuts anerkannt, auch wenn sie später ihren Sitz in einem US-Bundesstaat mit strengerem Gesellschaftsrecht (zum Beispiel New York) nehmen und von dort aus ihre unternehmerischen Aktivitäten entfalten<sup>28</sup>. Das Recht des jeweiligen Gründungsstaates ist also für die internen Verhältnisse der Gesellschaft maßgeblich<sup>29</sup>. Die Gesellschaften genießen den Schutz, den innerhalb der bundesstaatlichen Ordnung die aus dem „fremden“ US-Bundesstaat stammende „Foreign Corporation“ kraft Bundesverfassung genießen muß<sup>30</sup>. Allerdings sind einige US-Bundesstaaten – wie etwa Kalifornien und New York – dazu übergegangen, elementare Vorschriften ihres eigenen Gesellschaftsrechts auch auf Gesellschaften anzuwenden, die zwar in anderen US-Bundesstaaten gegründet wurden, aber in Kalifornien oder New York in erheblichem Umfang geschäftlich tätig sind<sup>31</sup>.

Seit vielen Jahren wird heftig über die Frage gestritten, ob dieser Wettbewerb um die Ansiedlung von Gesellschaften zu

einem „race to the bottom“ („race of laxity“<sup>32</sup>) in bezug auf die Rechte der Aktionäre geführt hat, weil der Wettbewerb die US-Bundesstaaten dazu anhalte, die Interessen der Manager und großer Mehrheitsaktionäre einseitig zu bevorzugen, da diese maßgeblich über den Sitz der (Neu-)Gründung entscheiden<sup>33</sup>. Während einerseits ein solcher „race to the bottom“ konstatiert wird<sup>34</sup>, vertreten andere Stimmen die Auffassung, der Wettbewerb würde umgekehrt den Interessen der Aktionäre großen Nutzen bringen („race to the top“)<sup>35</sup>. Von besonderer Bedeutung ist jedoch die Frage, welche Auswirkungen der Wettbewerb der Rechtsordnungen auf die Interessen Dritter hat („externe Effekte“). In einer grundlegenden Studie hat *Bebchuk* die These bestätigt, nach der die Interessen Dritter in diesem Regulierungswettbewerb regelmäßig vernachlässigt werden<sup>36</sup>. Seiner Auffassung nach liegt die Ursache dafür in dem Umstand begründet, daß jeder US-Bundesstaat, der Drittinteressen in seinem Gesellschaftsrecht in stärkerem Maße berücksichtigen will, damit rechnen muß, daß viele Gesellschaften in diejenigen US-Bundesstaaten abwandern werden, in denen die Interessen Dritter eine geringere Rolle spielen<sup>37</sup>. Besonders in der Regelung von Übernahmeangeboten und Offenlegungspflichten sowie dem Schutz von Gläubigern macht *Bebchuk* gravierende negative externe Effekte des Wettbewerbs der Rechtsordnungen aus. Zur Vermeidung externer Effekte schlägt er vor, in allen Bereichen, in denen Drittinteressen durch den Wettbewerb negativ beeinträchtigt werden, im Wege der Harmonisierung die Regelungsdichte der bundesgesetzlichen Bestimmungen deutlich zu erhöhen und so den Bereich, in dem ein Regulie-

20 Vgl. nur BVerfG, 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134, 2159 92, BVerfGE 89, 155 (188).

21 Vgl. *Kerber*, *Fordham International Law Review* 1999 (Fn. 10), S. 25.

22 S. zum Kyoto-Klimaschutzregime etwa *Breier*, *EuZW* 1999, 11 (11 ff.); *Bail*, *EuZW* 1998, 457 (457).

23 S. *Bebchuk*, *Harvard Law Review* 1992, 1437 (1438 und 1442 f.); *Merkt*, *US-amerikanisches Gesellschaftsrecht*, 1991, Rdnr. 147; dort auch jeweils zu Gesetzgebungskompetenzen des Bundesgesetzgebers.

24 *Bebchuk* (Fn. 23), 1438; *Bungert*, *Gesellschaftsrecht in den USA*, 2. Aufl. 1999, S. 2.

25 „Liberal bis lax“ bedeutet: geringe Anforderungen an die Voraussetzungen und Förmlichkeiten der Gründung einer juristischen Person, eine teilweise Freistellung von Direktoren und leitenden Angestellten von Haftung, niedrige Sorgfaltspflichtenstandards („standard of care“), kaum Schutzbestimmungen für Minderheitsgesellschafter etc.; vgl. *Korner*, *Das Recht der US-amerikanischen Kapitalgesellschaften*, 1989, S. 81 ff.

26 *Hohloch*, *JuS* 1995, 1037 (1038); *Bebchuk* (Fn. 23), 1438; vgl. auch das Beispiel bei *Bungert* (Fn. 24), S. 38.

27 *Hohloch* (Fn. 26), 1038.

28 *Hohloch* (Fn. 26), 1038.

29 *Elsing/Van Alstine*, *US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 1999, S. 232, Rdnr. 576.

30 *Hohloch* (Fn. 26), 1038; dort auch zur Ausnahme der sogenannten „pseudo-foreign corporations“.

31 *Elsing/Van Alstine* (Fn. 29), S. 233 f., Rdnr. 581 und Fn. 13; siehe dazu etwa *New York Business Corporation Law* §§ 1301 ff., insbesondere § 1319 (Anwendbarkeit der New Yorker Vorschriften über Aktionärsklagen und Haftungsfreistellungen für Verwaltungsratsmitglieder auf *foreign corporations*).

32 Der letztere Ausdruck stammt von Justice *Brandeis* (*Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517, 558-559 (1933)): „Companies were early formed to provide charters for corporations in states where the cost was lowest and the laws least restrictive. The states joined in advertising their wares. The race was one not of diligence but of laxity“.

33 Zu dieser Debatte siehe nur *Korner* (Fn. 25), S. 78 ff.; *Bebchuk* (Fn. 23), 1444 ff.; *Merkt* (Fn. 23), Rdnr. 191 ff.; *Romano*, *The Yale Law Journal* 1998, 2359 (2361) und 2383 ff.; *Kübler*, *Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl. 1998, § 34 II 2 a und § 35 V 3; *Bungert*, *Die GmbH im US-amerikanischen Recht – Close Corporation*, 1993, S. 105; *ders.*, *Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 1994, S. 55 f. m. w. N.

34 Vgl. die Nachweise bei *Bebchuk* (Fn. 23), 1444.

35 So vor allem *Romano* (Fn. 33), 2361 und 2383 ff. m. w. N.

36 *Bebchuk* (Fn. 23), 1485 ff. et passim.

37 *Bebchuk* (Fn. 23), 1486; so etwa auch *Korner* (Fn. 25), S. 84 ff.

rungswettbewerb stattfinden kann, zu verkleinern<sup>38</sup>. Auf der bundesgesetzgeberischen Ebene würden Drittinteressen weniger vernachlässigt, sondern vielmehr mit den Interessen anderer Betroffener im Wege eines politischen Kompromisses in Einklang gebracht. Der Schutz der Interessen Dritter sei dann gewährleistet, da Gesellschaften sich einer bundesgesetzlichen Regelung nicht ohne weiteres entziehen könnten<sup>39</sup>.

Ganz ähnlich sind die Erkenntnisse aus der amerikanischen Diskussion um etwaige Übertragungen gesetzgeberischer Kompetenzen von der bundesstaatlichen auf die einzelstaatliche Ebene im Bereich des Umweltrechts. Auch in diesem Bereich gibt es eine Reihe von Indizien für die Annahme, daß ein Wettbewerb der einzelstaatlichen Regulierungen zumindest insoweit negative Auswirkungen zeitigen würde, als die Interessen der nachfolgenden Generationen betroffen sind<sup>40</sup>.

Was bedeutet dieser Befund nun für die Idee eines Binnenmarktes für Regulierungssysteme innerhalb der Europäischen Gemeinschaft? Bei jeder rechtsvergleichenden Betrachtung stellt sich die Frage, inwieweit Stärken und Schwächen eines bestimmten Regulierungskonzeptes auch in den Rechtssystemen aufträten, in die man es importieren würde. Zudem würde eine detaillierte Analyse externer Effekte im amerikanischen Gesellschaftsrecht den gegebenen Rahmen dieses Beitrages bei weitem sprengen. Folgendes kann jedoch festgehalten werden: Die amerikanische Diskussion macht deutlich, daß das „race to the bottom“-Problem nicht eindimensional in bezug auf die Interessen von Herstellern und Verbrauchern gesehen werden darf, sondern daß darüber hinaus auch Externalitäten – beispielsweise die Interessen der nachfolgenden Generationen – mit in die Betrachtung einbezogen werden müssen: Denn so wie im amerikanischen Gesellschaftsrecht Dritte den Wettbewerb der US-Bundesstaaten um die Ansiedelung von Kapitalgesellschaften nicht beeinflussen können und daher ihre Interessen – wie von *Bebchuk* eindrucksvoll demonstriert – vernachlässigt werden, so ist im vorliegenden Kontext zu berücksichtigen, daß der nach Einfügung der Rechtswahlfreiheit in den EG-Vertrag verstärkte Regulierungswettbewerb dazu führen könnte, daß die Interessen beispielsweise der nachfolgenden Generationen ausgeblendet würden. Somit zeigt der Blick in das amerikanische Recht, daß ein Binnenmarkt für Regulierungssysteme eine ganze Reihe harmonisierter, auf den Regulierungswettbewerb zugeschnittener Schutzregeln voraussetzt, um in diesen Bereichen einen „race to the bottom“ zu vermeiden.

## V. Rechtliche Schranken und praktische Probleme eines Binnenmarktes mitgliedstaatlicher Regulierungen

Ein Binnenmarkt mitgliedstaatlicher Regulierungen unterliegt nach dem ihm zugrunde liegenden ökonomischen Modell grundsätzlich dem freien Spiel der Kräfte. Dies bedeutet, daß sich die optimal konfigurierte Regulierung aus einem stetigen Wettbewerb jeweils neu herausbilden würde. Nach diesem Ansatz könnte es zum Beispiel kurzzeitig zu einer Absenkung verschiedener Schutzstandards kommen, bevor die durch diese niedrigen Schutzstandards induzierten negativen Folgen (etwa Gesundheitsbeeinträchtigungen aufgrund mangelhafter Lebensmittelkontrollen) dazu führen, daß diese Standards wieder angehoben werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwie-

weit rechtliche und tatsächliche Schranken der Einführung einer Rechtswahlfreiheit und einer damit eventuell verbundenen Absenkung des Verbraucher- und Umweltschutzniveaus entgegenstehen würden. Dabei muß jedoch bedacht werden, daß viele Bereiche der Regulierung schon dem Wettbewerb dadurch entzogen worden sind, daß die Gemeinschaft entsprechende Harmonisierungsrichtlinien und -verordnungen erlassen hat.

### 1. Schranken der Cassis-Rechtsprechung als Schranken der Rechtswahlfreiheit

Überträgt man *de lege ferenda* die bisher nur dem Verbraucher nach der Cassis-Rechtsprechung zustehende Möglichkeit, sich (inzident) für eine bestimmte Regulierung zu entscheiden, auf den bisher sitzgebundenen Hersteller, so muß konsequenterweise diese Freiheit den Cassis-Schranken unterliegen: Denn wenn schon der belgische Hersteller gewisse nach der Cassis-Formel gerechtfertigte Maßnahmen erdulden muß, so hat dies erst recht auch für den heimischen Hersteller zu gelten, der in Deutschland nach belgischen Produkt- und Sicherheitsstandards produzieren möchte. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel:

Angenommen, in Belgien wären im Gegensatz zu Deutschland keine Drucksicherheitstests für Heizkessel vorgeschrieben. Für den Verkauf belgischer Heizkessel in Deutschland müßten diese aber den entsprechenden deutschen Anforderungen genügen, wenn diese – wie hier vorausgesetzt – aufgrund des zwingenden Erfordernisses Verbraucherschutz gerechtfertigt wären. Der deutsche Hersteller, der nach Einfügung der Rechtswahlfreiheit in den EG-Vertrag nach belgischen Standards produzieren möchte, müßte daher auch weiterhin die vorgeschriebenen Drucksicherheitstests durchführen.

Die Cassis-Schranken müssen daher auch Schranken der Rechtswahlfreiheit darstellen und sind prinzipiell geeignet, dem „race to the bottom“ entgegenzuwirken. Doch darf dieser Aspekt nicht überschätzt werden: In den vergangenen 20 Jahren haben die Mitgliedstaaten sich vor dem EuGH immer wieder auf die zwingenden Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung berufen, damit aber nur in den seltensten Fällen Erfolg gehabt. Bei Aufnahme einer herstellerbezogenen Freiheit der Rechtswahl in den EG-Vertrag müßte der EuGH seine Rechtsprechung den neuen Herausforderungen des Regulierungswettbewerbs mit Blick auf die Gewährleistung von Schutz- und Sicherheitsstandards anpassen.

### 2. Schutzpflichten der Mitgliedstaaten aus der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK) als Schranken der Rechtswahlfreiheit

Eine weitere Schranke der Rechtswahlfreiheit und zugleich eine Sicherung gegen einen „race to the bottom“ könnten Schutzpflichten darstellen, die sich für die Mitgliedstaaten aus der EMRK ergeben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind die Staaten nicht bloß zum Unterlassen menschenrechtsverletzender Maßnahmen verpflichtet. Unter gewissen Umständen obliegt den Mitgliedstaaten auch die positive Verpflichtung, gesetzgeberische oder andere Vorkehrungen zu treffen, um

38 *Bebchuk* (Fn. 23), 1485 ff.

39 *Bebchuk* (Fn. 23), 1486.

40 Vgl. vornehmlich *Swire*, *Yale Journal on Regulation* (14) 1996, 67; der gesamte Text ist im Internet unter der Adresse <http://www.acs.ohio-state.edu/units/law/swire1/psrace.htm> (Stand 2. 7. 1999) abrufbar.

so Menschenrechtsverletzungen vorzubeugen<sup>41</sup>. Jedoch müssen jeweils konkrete Indizien dafür sprechen, daß sich die Gefahr einer Konventionsverletzung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfüllen wird<sup>42</sup>. Im übrigen schreibt die Konvention den Mitgliedstaaten keine bestimmten Maßnahmen vor, sondern räumt ihnen einen weiten Gestaltungsspielraum ein<sup>43</sup>. Ein Staat genügt danach seinen Schutzpflichten bereits, indem er überhaupt irgendwelche Maßnahmen zum Schutz der betreffenden Rechtsposition ergreift. Wegen dieser restriktiven Handhabung der Schutzpflichten durch den EGMR bieten die Menschenrechte der EMRK insoweit nur einen minimalen Schutzstandard<sup>44</sup>. Somit würde das Schutzpflichtsystem der EMRK die Freiheit der Rechtswahl nur geringfügig beschränken.

### 3. Schutzpflichten des deutschen Verfassungsrechts als Schranke der Rechtswahlfreiheit

Einer herstellerbezogenen Rechtswahlfreiheit mit dem Risiko einer Absenkung der Schutzstandards durch den deutschen Gesetzgeber sind aber auch nach deutschem Verfassungsrecht gewisse Grenzen gesetzt. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der Staat verpflichtet, den Einzelnen gegen Eingriffe Dritter in seine Grundrechte zu schützen<sup>45</sup>. Der Gesetzgeber hat – wie auch bei den Schutzpflichten der EMRK – bei der Erfüllung dieser Pflichten einen weiten Gestaltungsspielraum<sup>46</sup>, jedoch endet dieser dort, wo die Verfassung bestimmte Mittel des Schutzes vorschreibt oder wo sich ganz bestimmte Mittel als erforderlich zum Schutz eines Schutzgutes erweisen<sup>47</sup>. Der Staat verläßt die ihm zur Verfügung stehenden Spielräume auch dann, wenn er völlig untätig bleibt oder evident unzureichende Maßnahmen zum Schutz des Grundrechts trifft<sup>48</sup>. Gerade diesem Untermaßverbot hat das BVerfG zuletzt eine hohe Bedeutung beigegeben und verlangt, daß „die Vorkehrungen des Gesetzgebers ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen“ müssen<sup>49</sup>. Die Tatsache, daß die Schutzpflichten durch die Rechtsprechung des BVerfG stärker ausgeprägt sind<sup>50</sup>, hat zur Konsequenz, daß dem Regulierungswettbewerb in Deutschland Grenzen gesetzt sind, die er so sicher nicht in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft findet.

### 4. „Ten artykuł odpowiada polskim wymogom bezpieczeństwa“ – Überwachungs- und Sprachprobleme einer Rechtswahlfreiheit

Bisher in ihren praktischen Auswirkungen kaum überschaubare – praktische wie rechtliche – Probleme würde eine Freiheit der Rechtswahl in bezug auf die Kontrollmöglichkeiten der nationalen Behörden und die damit unweigerlich verbundenen Sprachhürden aufwerfen. Zum einen ist noch offen, wie beispielsweise ein Hersteller in Deutschland, der nach portugiesischen Standards Heizkessel produzieren möchte, überhaupt an die entsprechenden Bestimmungen in einer ihm verständlichen Sprache gelangt. Allerdings scheint dieses Problem mittelfristig lösbar: Es bietet sich an, bei der EG-Kommission eine Datenbank aller relevanten Produkt- und Sicherheitsbestimmungen – die vom Sprachdienst der Kommission in alle Amtssprachen übersetzt werden – anzulegen. Diese könnte gegen ein Entgelt über das Internet abgefragt werden.

Gravierender erscheint dagegen folgendes Problem: Wie sollen Aufsichtsbehörden nachprüfen, ob und inwieweit die Sicherheitsstandards anderer Regulierungssysteme eingehalten

werden? Gesetzt den Fall, ein Verbraucherschutzverein in Deutschland würde rügen, daß ein hier produzierender Hersteller – entgegen der Etikettierung – die portugiesischen Sicherheitsbestimmungen tatsächlich *nicht* einhält, so kommt als einzige derzeit verfassungskonforme Handlungsalternative in Betracht, daß die deutsche Behörde portugiesisches Recht anwendet<sup>51</sup>. Dazu braucht die Behörde nicht nur Kenntnisse über das geltende portugiesische Recht (dies könnte ja über die Internet-Datenbank abgefragt werden), sondern auch über die einschlägige Rechtsprechung. Eine Übersetzung auch dieser Texte würde alle Kapazitäten in finanzieller, personeller und fachlicher Hinsicht sprengen. Somit müßte jede deutsche Behörde über genügend Beamte mit hinreichenden Sprachkenntnissen in den jeweiligen Amtssprachen verfügen. Entsprechende Probleme würden sich für die Justiz in allen Instanzen stellen, wenn sie in dem Beispiel etwa mit einer Klage gegen den Bescheid der Behörde befaßt wäre.

Eine zumindest im Ansatz ähnliche Konstellation findet sich im deutschen internationalen Privatrecht. Anders als in bezug auf deutsches Recht (einschließlich des deutschen IPR) – hier gilt das Prinzip *iura novit curia* – bedarf ausländisches Recht, das dem Gericht unbekannt ist, des Beweises (§ 293 Satz 1 ZPO). Bei der Ermittlung des ausländischen Rechts darf das Gericht sich aber nicht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise beschränken, sondern muß gegebenenfalls auch andere Erkenntnisquellen benutzen und „zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche“ anordnen (§ 293 Satz 2 ZPO)<sup>52</sup>. Der Grundsatz des internationalen Entscheidungseinklanges gebietet es dabei, ausländisches Recht so anzuwenden, wie es im Ausland effektiv angewandt wird; somit ist auch die ausländische Rechtsprechung mit dem Gewicht zu berücksichtigen, das ihr nach der im Ausland geltenden Auf-

41 Solche Schutzpflichten ergeben sich insbesondere aus dem Recht auf Leben gemäß Art. 2 EMRK, der Freiheit des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK und aus der Eigentumsgarantie gemäß Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK. Vgl. EGMR, EuGRZ 1999, 188 (188) – Guerra m. Anm. Schmidt-Radefeldt.

42 Vgl. EGMR, Soering, Série A, Nr. 161 Ziff. 90, EuGRZ 1989, 314 (319).

43 EGMR, Série A Nr. 121 Ziff. 62, EuGRZ 1990, 533 (540).

44 Eine Ausweitung haben die Schutzpflichten aber dadurch erfahren, daß nach der neuesten Rechtsprechung des EGMR die Konventionsstaaten sich ihren Verpflichtungen aus der Konvention nicht durch die Übertragung von Kompetenzen auf die EG entziehen können. Vgl. EGMR, 18. 2. 1999 – 24833/94, Matthews/Vereinigtes Königreich (Gibraltar), EuZW 1999, 308 (309) Tz. 34 m. Anm. Lenz.

45 BVerfG, 30. 11. 1988 – 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174 (201 f.); 29. 10. 1987 – 2 BvR 624 u. a./83, BVerfGE 77, 170 (214); 8. 8. 1978 – 2 BvL 8 77, BVerfGE 49, 89 (141 f.); 25. 2. 1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6 74, BVerfGE 39, 1 (41 f.).

46 Erichsen, Jura 1997, 85 (89) spricht von „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsprärogativen“.

47 Murswiek, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 1996, Art. 2, Rdnr. 30.

48 BVerfG, 30. 11. 1988 – 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174 (201 f.); 29. 10. 1987 – 2 Bv 624 u. a./83, BVerfGE 77, 170 (214 f.); 14. 1. 1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (80 f.).

49 BVerfG, 28. 5. 1993 – 1 BvF 2/90 u. a., BVerfGE 88, 203 (254).

50 Noch weiter als das BVerfG geht wohl das BAG in seiner Rechtsprechung zu den Schutzpflichten des Staates aus Art. 12 GG. Vgl. etwa BAG, NZA 1998, 716 (719).

51 Der anderen Denkmöglichkeit – portugiesische Beamte nehmen in Deutschland die entsprechenden Aufgaben wahr – steht Art. 33 Abs. 4 GG entgegen. Danach soll die dauernde Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Beamten übertragen werden (Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Art. 33, Rdnr. 11). Soweit Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen werden, ist dies mit dem Grundgesetz nicht vereinbar (BVerfG, 27. 4. 1959 – 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 284 (268)). Nichts anderes kann für die Übertragung auf nichtdeutsche Beamte aus dem Ausland gelten. Denkbar wäre allenfalls eine beratende Tätigkeit des Beamten aus Portugal, während deutsche Beamte weiterhin die hoheitlichen Aufgaben selbst vornehmen würden.

52 S. etwa BGH, 12. 10. 1993 – X ZR 25/92, IPRax 1995, 38 (38 ff.); vgl. ferner Junker, Internationales Privatrecht 1993, § 11, Rdnr. 250 ff.

fassung zukommt<sup>53</sup>. In der deutschen IPR-Praxis wird häufig zur Klärung von ausländischen Rechtsfragen ein Rechtsgutachten eingeholt. Ein solches Vorgehen würde sich auch nach Einführung der Rechtswahlfreiheit anbieten. Doch es ist davon auszugehen, daß es eine überaus große Anzahl von Rechtsstreitigkeiten geben würde, in denen ausländisches öffentliches Recht entscheidungserheblich ist. Demnach hätten die im Zusammenhang mit der Anwendung ausländischen Rechts auftretenden Probleme eine ganz andere Dimension als heute im deutschen internationalen Privatrecht.

Des Weiteren ist zu bedenken, daß die „Transplantation“ eines Normenkomplexes in ein in sich geschlossenes Rechtssystem wegen der unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regulierungstechniken zu Systembrüchen führen könnte. Die Übertragung eines Normkomplexes aus einem auf Kooperation angelegten Regulierungssystem in ein dem Gedanken der Subordination folgendes System würde letzteres sinnwidrig konterkarieren. Im übrigen müßte schon von vornherein einem „Rosinenpicken“ vorgebeugt werden: Hersteller sollen sich für die Herstellung eines Produktes nicht beliebige Einzelnormen aus einer Vielzahl von Rechtsordnungen zusammensuchen dürfen. Um dies zu verhindern, wäre eine entsprechende Klarstellung bei der Aufnahme der Rechtswahlfreiheit in den EG-Vertrag angebracht: Rechtswahlfreiheit bedeutet danach die Wahl einer mitgliedstaatlichen Regulierung in bezug auf einen bestimmten Regulierungsgegenstand.

Sprachprobleme können sich theoretisch nicht nur für die staatlichen Stellen ergeben. Auch der Verbraucher könnte mit fremdsprachigen „Labels“ konfrontiert werden. Allerdings sind die Mitgliedstaaten beispielsweise gemäß Art. 13 a der Richtlinie 79/112/EWG des Rates<sup>54</sup> verpflichtet sicherzustellen, daß in ihrem Hoheitsgebiet nur Lebensmittel in den Verkehr gebracht werden, auf deren Verpackung bestimmte Angaben über Herkunft und Zusammensetzung eines Produktes in einer dem Verbraucher leicht verständlichen Sprache abgefaßt sind. Somit würde sich zumindest für den wichtigen Bereich der Lebensmittel kein Sprachproblem ergeben. Eine solche Verpflichtung wäre bei Einführung der Rechtswahlfreiheit primärrechtlich über den Bereich der Lebensmittel hinaus auf andere Güter zu erstrecken. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß aller Erfahrung nach viele Verbraucher Etiketten gar nicht oder nur oberflächlich lesen<sup>55</sup>. Die Gefahr, daß Produkte, die nach „niedrigen“ Gesundheitsstandards hergestellt wurden, aufgrund ihres geringen Preises einen reißenden Absatz finden, ist selbst dann groß, wenn der entsprechende Standard bei den Verbrauchern einen schlechten Ruf genießt, da vielen Verbrauchern nicht bewußt werden wird, nach welchen Standards das Produkt hergestellt wurde.

Fraglich ist auch, wie die Bevölkerung auf die Geltung fremder Rechtsnormen in den Mitgliedstaaten reagieren würde. In diesem Zusammenhang ist die völkerrechtliche Problematik des passiven Personalitätsprinzips („passive personality principle“) von Interesse. Nach diesem Prinzip ist ein Staat unabhängig vom Tatort berechtigt, einen Täter fremder Staatsangehörigkeit zu bestrafen, wenn dessen Tat gegen einen eigenen Staatsangehörigen gerichtet war<sup>56</sup>. Auch heute ist dieses Prinzip noch starken Einwänden ausgesetzt<sup>57</sup>. Gerügt wird vor allem, daß es dazu führe, daß ein Staatsangehöriger eines Staates den Schutz des (Straf-)Rechts dieses Staates gleichsam in jedes Land mitnehme, in das er reise – mit der Folge, daß jeder, der mit ihm Kontakt habe, diesem (Straf-)Recht ausgesetzt sei<sup>58</sup>. Die Binnenmarktkonzeption hat aber ohnehin schon dazu geführt, daß der Verbraucher in vielfältiger

Weise über die von ihm nachgefragten Produkte aus anderen Mitgliedstaaten mit fremden Rechtsnormen in Kontakt gekommen ist. Von daher ist in bezug auf die EG-ausländischen Rechtsnormen nach Einführung einer Rechtswahlfreiheit ein gewisser Gewöhnungsprozeß zu erwarten.

Diese Überwachungs- und Sprachprobleme legen es nahe, das Konzept der Rechtswahlfreiheit weiteren Modifikationen zu unterwerfen. Zum einen bietet es sich an, in dieser Situation der Ungewißheit über die tatsächliche Bewährung der Rechtswahlfreiheit eine Experimentierphase einzuleiten. Diese Experimentierphase kann helfen, eine gesicherte Sachverhaltskenntnis und Prognosegrundlage für nachfolgende sowie breiter angelegte, dauerhaft haltbare Regelungen zu schaffen<sup>59</sup>. In dieser Phase sollte sich die Freiheit der Rechtswahl – zeitlich begrenzt – zunächst nur auf einen sachlich eng definierten Sektor beschränken.

Zum anderen ist die Geltung der Rechtswahlfreiheit an die Bedingung zu knüpfen, daß zuvor in dem entsprechenden Sachbereich eine Mindestharmonisierung stattgefunden hat, um so einem „race to the bottom“ entgegenzuwirken. Im unmittelbaren Anschluß an diese Mindestharmonisierung sind die nationalen Regelungen – insoweit ähnlich dem Verfahren nach Art. 95 Abs. 4 bis 10 EGV<sup>60</sup> – bei der Kommission mit dem Antrag auf Anerkennung anzumelden. Maßstab für die Anerkennung durch die Kommission sind die gemeinschaftsrechtlich festgelegten Mindestregeln. Im Wege eines geeigneten Verfahrens ist jedoch sicherzustellen, daß ein „race to the bottom“ nicht schon bei der Festsetzung der Mindeststandards einsetzt, da die Mitgliedstaaten mit geringen Standards regelmäßig versuchen werden, die Mindeststandards so niedrig wie möglich anzusetzen. Um die Mitgliedstaaten mit hohen Schutzstandards vor einem „race to the bottom“ zu bewahren, ist daher an eine rigide und qualifizierte Sperrminorität von zwei Mitgliedstaaten zu denken<sup>61</sup>.

Dem Kontrollproblem – der Überwachung der Einhaltung der gewählten EG-ausländischen Standards und die damit für inländische Behörden verbundene Auseinandersetzung mit EG-ausländischem Recht – könnte man dergestalt begegnen, daß man die Kontrollpflicht durch die mitgliedstaatliche Behörde auf die Einhaltung von gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Mindeststandards beschränkt. Allerdings ist zuzugeben, daß dieser Lösungsansatz insofern ein neues Problem in sich birgt, als ein Hersteller, der eine anspruchsvolle Regulierung gewählt zu haben vorgibt, sich durch die Behörde des

53 Vgl. nur *Junker* (Fn. 52), § 11, Rdnr. 256 ff.; BGH, 30. 3. 1976 – VI ZR 143/74, NJW 1976, 1581 (1589); RIW 1976, 373.

54 Vom 18. 12. 1978, ABl. 1979, L 33, 1, geändert durch RL 97/4 EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. 1. 1997 (ABl. 1997, L 43, 21).

55 Vgl. nur von *Heydebrand/Lusa* (Fn. 10), 391 (409 ff.).

56 Vgl. *Doehring*, Völkerrecht, 1999, § 16, Rdnr. 817; siehe ferner *Oxman*, „Jurisdiction of States“, in: Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, 1997, S. 55 (58); *Shaw*, *International Law*, 4. Aufl. 1997, S. 467 f.; *Dixon*, *Textbook on International Law*, 3. Aufl. 1996, S. 135 f.; *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 1184, S. 780; vgl. auch § 7 StGB.

57 S. *Oxman* (Fn. 56), S. 55 (58): „Perhaps the most controversial basis of jurisdiction (...)“. Das Prinzip fand etwa keine Aufnahme in das Statut des internationalen Strafgerichtshofes, vgl. dazu nur *Fastenrath*, JuS 1999, 632 (634).

58 Vgl. die kritischen Bemerkungen von *Dixon* (Fn. 56), S. 135.

59 Vgl. zur parallelen Problematik im deutschen Recht *Horn*, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989, S. 282; *Koenig*, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungsentwicklung*, 1994, S. 386 ff.

60 Siehe dazu nur *Streinz*, *Europarecht*, 4. Aufl. 1999, § 18, Rdnr. 964 ff.

61 Könnte damit einem „race to the bottom“ nicht hinreichend entgegenzuwirken werden, wäre alternativ auf ein Einstimmigkeitserfordernis zurückzugreifen.

Mitgliedstaates, in dem er produziert, nur auf die Einhaltung der Mindeststandards kontrollieren lassen muß. Für den Bereich zwischen Mindest- und vorgeblich gewähltem Standard klafft dann regelmäßig eine Kontrollücke<sup>62</sup>. Diese könnte aber unter Umständen durch Verbraucherschutzverbände ausgefüllt werden<sup>63</sup>, deren Aufgabe es dann wäre, die erforderlichen Gutachten bezüglich des anzuwendenden EG-ausländischen Rechts in Auftrag zu geben, um so dem mit der Sache befaßten Gericht eine kompetente Entscheidung zu ermöglichen. Den Verbraucherschutzverbänden müßte dann ein Kostenerstattungsanspruch gegen diejenigen Hersteller eingeräumt werden, die das erforderliche Gutachten durch ihre Rechtsverletzung veranlaßt haben.

## VI. Die Freiheit der Rechtswahl vor den Schranken des deutschen Verfassungsrechts

### 1. Die Freiheit der Rechtswahl vs. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes?

Fügt man die Freiheit der Rechtswahl in den EG-Vertrag ein, so ist das deutsche Zustimmungsgesetz zu dem so geänderten EG-Vertrag an den einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes – etwa Art. 23 GG, dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) – zu messen. Bedenken in bezug auf die Vereinbarkeit des Zustimmungsgesetzes mit dem Demokratieprinzip könnten sich ergeben, wenn man sich die folgende Passage aus dem Maastricht-Urteil des BVerfG in Erinnerung ruft:

„Vermitteln die Staatsvölker – wie gegenwärtig – über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind mithin der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (...), rechtlichen Ausdruck zu geben. Aus alledem folgt, daß dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben müssen.“<sup>64</sup>

Erweisen sich nach Einführung einer Rechtswahlfreiheit verschiedene Bereiche deutscher Regulierungen als für Hersteller unattraktiv, so könnte sich der deutsche Gesetzgeber in der mißlichen Situation wiederfinden, daß nach der Übertragung einer Vielzahl von Rechtsetzungskompetenzen auf die Gemeinschaft nun auch eine Reihe der noch verbliebenen Kompetenzen de facto leerläuft, da die Hersteller statt der deutschen Regulierung jene aus einem anderen Mitgliedstaat der EG wählen. Ob dem Deutschen Bundestag dann noch genügend „Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht“ bleiben, ist zweifelhaft. Freilich ist die Argumentation des BVerfG vor dem Hintergrund des oft konstatierten Demokratiedefizits der Europäischen Gemeinschaften zu lesen. Vor diesem Hintergrund ist es in der Tat problematisch, wenn die demokratisch „optimal“ legitimierten Gesetzgebungsorgane (immer mehr) Kompetenzen an die Gemeinschaftsorgane abgeben müssen, die diese demokratische Legitimation so nicht aufweisen. Kommt es nach der Einführung einer Rechtswahlfreiheit nun zu einem faktischen Leerlaufen einiger der dem Deutschen Bundestag noch verbliebenen Kompetenzen, so ist zu beachten, daß ein Rechtsetzungszuwachs bei den Parlamenten der anderen Mitgliedstaaten mit Wir-

kung für das deutsche Hoheitsgebiet erfolgt. Die Parlamente der anderen Mitgliedstaaten aber verfügen nur auf ihrem Territorium über eine hinreichende demokratische Legitimation durch ihr jeweiliges Staatsvolk.

Des weiteren ist zu bedenken, daß ein deutsches Zustimmungsgesetz zur Einfügung der Rechtswahlfreiheit in den EG-Vertrag die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland berührt, die in den Begriffen „Bundesstaat“ und „Staatsgewalt“ in Art. 20 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vorausgesetzt ist. Nach der völkerrechtlichen Drei-Elemente-Lehre liegt ein Staat dann vor, wenn die drei Elemente Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt in einem entsprechenden Zusammengehörigkeitsverhältnis vorhanden sind<sup>65</sup>. Die Staatsgewalt, die auf einem bestimmten Gebiet ausgeübt wird, darf dabei keine Staatsgewalt eines fremden Staates sein. Ein Staat muß also für sein Gebiet die ausschließliche Rechtsetzungsbefugnis und die Kompetenz haben, letztverbindlich Regelungen mit dem Anspruch auf Rechtsgehorsam aufzustellen.

Daran ändert auch die Rechtsetzung durch die Europäische Gemeinschaft nichts, denn dieses supranationale Recht erhält seinen Anwendungsbefehl für und in dem Mitgliedstaat erst durch das nationale Zustimmungsgesetz. Mithin ist die Geltung fremder Hoheitsakte auf dem eigenen Territorium grundsätzlich ausgeschlossen.

Zwar würde ein derartiges Zustimmungsgesetz zur Rechtswahlfreiheit keine Hoheitsrechte auf die Europäische Gemeinschaft selbst übertragen, denn dessen Rechtsanwendungsbefehl erstreckt sich auf die Geltung der Regeln anderer Mitgliedstaaten in der Bundesrepublik Deutschland und nicht auf einen supranationalen Hoheitsakt. Doch würde ein solches Zustimmungsgesetz einen gemeinschaftsrechtlichen Geltungsbefehl für fremdes Recht in den Fällen einsetzen, in denen ein Hersteller mit Sitz- oder Zweigniederlassung in der Bundesrepublik dies wünscht. Hierdurch würde die Staatsgewalt und damit die Staatlichkeit im Sinne der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG berührt. Während die Wirtschaftswissenschaften diese verfassungsrechtliche Frage kaum beeindruckt, müßte die staatsrechtliche Dogmatik einen erheblichen Begründungsaufwand zur Vereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 GG leisten.

Auch das von Art. 79 Abs. 3 GG absolut geschützte Rechtsstaatsprinzip könnte von der Freiheit der Rechtswahl betroffen sein. Die Freiheit der Rechtswahl würde zur Anwendung von Normen der anderen Mitgliedstaaten in Deutschland führen. Zwar würde es sich nicht um einen klassischen Fall der dynamischen Verweisung handeln<sup>66</sup>, doch ginge es in den Wirkungen noch über diese hinaus: Das deutsche Zustim-

62 Dies könnte dazu führen, daß der Verbraucher kein Vertrauen in die „Regulierungslabell“ haben wird.

63 Ein entsprechendes Klagerecht der Verbände könnte man entweder aus § 13 Abs. 1 a UWG ableiten, oder es wäre de lege ferenda zu schaffen.

64 BVerfG, 12. 10. 1993 (Fn. 20), BVerfGE 89, 186.

65 Vgl. nur *Kimmich*, Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl. 1997, S. 113.

66 Zur verfassungsrechtlichen Problematik siehe grundlegend *Ossenbühl*, DVBl. 1967, 401 ff.; vgl. ferner *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 139; generell gegen die Zulässigkeit von dynamischen Verweisungen etwa *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. II (Art. 20 – 82), 1998, Art. 20 (Demokratie), Rdnr. 111; v. *Münch*, Staatsrecht I, 5. Aufl. 1993, Rdnr. 543 ff.; ähnlich *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 20, Rdnr. 123; a. A. etwa *Klindt*, DVBl. 1998, 373 (373 ff.); aus der Rechtsprechung s. etwa BVerfG, 1. 3. 1978 – 1 BvR 786, 793 70 u. a., BVerfGE 47, 285 (312); 14. 6. 1983 – 2 BvR 488 80, BVerfGE 64, 208 (214); 25. 2. 1988 – 2 BvL 26/84, BVerfGE 78, 32 (36); s. auch noch VG Hamburg, NJW 1979, 667 (aufgehoben durch HmbOVG, NJW 1980, 2830).

mungsgesetz zur Einfügung einer Rechtswahlfreiheit in den EG-Vertrag würde mittelbar den Rechtsanwendungsbefehl für eine unüberschaubare Anzahl abwechselnder und sich ständig ändernder Rechtsnormen enthalten, denn ein Hersteller könnte jede ihm genehme Rechtsnorm – vorbehaltlich der oben erwähnten Schranken – aus einem anderen Mitgliedstaat wählen. Die gegen die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen geäußerten Bedenken – Vernebelung der demokratischen Verantwortungsstränge, Ausstellen einer Blanko-Vollmacht für den bezogenen Normgeber, Entäußerung von Rechtsetzungskompetenzen<sup>67</sup> – kommen hier erst recht zum Tragen.

Dies zeigt folgender Gedankengang: Eine Verweisung im Anwendungsbereich eines grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts auf eine Norm etwa des finnischen Rechts in seiner jeweils geltenden Fassung wäre verfassungsrechtlich unzulässig. Doch wenn schon eine dynamische Verweisung auf ein bestimmtes Regelwerk – hier das entsprechende finnische Gesetz – unzulässig ist, muß dies erst recht für eine dynamische Verweisung auf einen offenen Kreis von Regelwerken gelten<sup>68</sup>. Wird nun die Entscheidung zur Anwendung eines fremden Normkomplexes nicht einmal mehr vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber, sondern von privaten Personen getroffen, gerät man mit dem territorial gebundenen Demokratieprinzip in Konflikt.

## 2. Die Freiheit der Rechtswahl als Totengräber des tradierten Staatsverständnisses?

Nur kurz angerissen werden kann hier die Frage nach den Auswirkungen einer Rechtswahlfreiheit auf das tradierte Staatsverständnis. Vor kurzem faßte der ehemalige Bundesinnenminister und Präsident des BVerfG, *Ernst Benda*, seine – sicher für einen Großteil der heutigen Staatsrechtslehre repräsentative – Auffassung von der Funktion des Staates wie folgt zusammen:

„Der Staat ist kein Heiligtum, sondern eine Einrichtung von Menschen und für Menschen. Nicht der Staat soll verehrt werden. Er ist nicht vollkommen, sondern hat Fehler und Schwächen wie jede andere menschliche Einrichtung. Die Gemeinschaft der Bürger ist darauf angewiesen, daß sich über die Erfüllung der alltäglichen Pflichten hinaus auch ein Gefühl der Gemeinsamkeit entwickelt. Erst hieraus ergibt sich die Bereitschaft, die eigenen Interessen dem Ganzen unterzuordnen, wenn und soweit dies notwendig ist. *Wird dagegen der Staat nur als ein gigantisches Service-Unternehmen verstanden, das dem Bürger alle möglichen Dienstleistungen zur Verfügung stellt, während sich diese auf die mehr oder weniger willig erfüllte Pflicht beschränken, die ihnen auferlegten Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, so kann kein Gefühl der Gemeinschaft entstehen.* Solange Wohlstand und gesicherte Verhältnisse herrschen, mag dies hingehen. Sollte aber einmal vom Bürger mehr verlangt werden als nur die Regel eines geordneten Zusammenlebens, so wird diese distanzierte Haltung nicht ausreichen (...)“<sup>69</sup>.

Eine Freiheit der Rechtswahl würde dem staatlichen Regulierungsmonopol ein jähes Ende setzen, da Hersteller, die mit der staatlichen Regulierung eines bestimmten Bereiches unzufrieden sind, sich ohne Ortswechsel für ein anderes Regulierungssystem entscheiden könnten. Mit der Einführung der Rechtswahlfreiheit kann sich der Hersteller dem Geltungsanspruch der Normen des Staates, in dem er lebt, entziehen, gleichzeitig aber nimmt er weiterhin die Leistungen in Anspruch, die dieser Staat ihm – wie allen anderen Bürgern auch – zur Verfügung stellt (Infrastruktureinrichtungen, Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Bildungseinrichtungen

etc.). Mit diesem Vorteil korrespondiert dann nicht mehr der „Sitz-Nachteil“, den in diesem Sitzstaat geltenden Rechtssätzen zu unterliegen. Da sich ein Staat auch in der von ihm gewährleisteten Einheit seiner Rechtsordnung manifestiert, könnte ein gemeinschaftsweites „Rosinenpicken“ selektiver mitgliedstaatlicher Regulierungen unabhängig von einer Sitz- oder Zweigniederlassungnahme die staatliche Rechtsordnung zu einem Selbstbedienungsladen degenerieren. Damit würde das auf territoriale Souveränität gründende Staatsverständnis in Frage gestellt, das – zumindest auf der Prämisse der Maastricht-Entscheidung des BVerfG<sup>70</sup> – Dreh- und Angelpunkt der demokratischen Legitimation ist.

## VII. Die Bedeutung der Centros-Entscheidung des EuGH für die Idee einer Rechtswahlfreiheit

Am 9. 3. 1999 hat der EuGH mit seinem Urteil in der Rechtssache Centros<sup>71</sup> für viel frischen Wind in der Diskussion um die Bedingungen gesorgt, unter denen Gesellschaften im Binnenmarkt die Niederlassungsfreiheit ausüben können. Nach Auffassung des EuGH verstößt

„[e]in Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Verwaltungssitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, gegen die Art. 52 [= Art. 43 EGV/Amsterdam] und 58 EGV [= Art. 48 EGV/Amsterdam] (...), wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt“<sup>72</sup>.

Der Centros-Entscheidung wird in der Literatur weitreichende Bedeutung beigemessen<sup>73</sup>. So wird davon gesprochen, der EuGH habe der Anwendung der Sitztheorie – die für das Gesellschaftsstatut auf den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft abstellt – „eine (...) klare Absage erteilt“<sup>74</sup> bzw. „den Todesstoß versetzt“<sup>75</sup>; das deutsche Gesellschaftsrecht müsse sie folglich aufgeben<sup>76</sup>. Darüber hinaus mache die Centros-Entscheidung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft nunmehr einen Delaware-Effekt ohne weiteres möglich<sup>77</sup>. Der Harmonisierungsdruck werde sich im Bereich des Gesellschaftsrechts dadurch erhöhen<sup>78</sup>. Ferner wird der Entscheidung entnommen, der EuGH habe in bezug auf die Daily-Mail-Entscheidung<sup>79</sup> eine Kehrtwen-

67 Dreier, in: Dreier (Hrsg.) (Fn. 66), Rdnr. 111.

68 So auch Heintzen, BB 1999, 1050 (1051), im Zusammenhang mit der Frage, ob § 292 a Abs. 2 Nr. 2 a HGB eine unzulässige dynamische Verweisung darstellt.

69 Benda, F.A.Z. vom 22. 5. 1999, 44 („Die Würde des Menschen ist unantastbar“), Hervorhebung nicht im Original.

70 BVerfG, 12. 10. 1993 (Fn. 20), BVerfGE 89, 155 (186 ff.).

71 EuGH, 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97, Centros, EuZW 1999, 216, EWS 1999, 140.

72 EuGH, 9. 3. 1999 – Centros (Fn. 71), Rdnr. 39.

73 Siehe die Anmerkungen von Leible, NZG 1999, 300; Freitag, EuZW 1999, 267; Dautzenberg, FR 1999, 451; Meilicke, DB 1999, 627; Sedemund/Hausmann, BB 1999, 810; Geyrhalter, EWS 1999, 201 und Junker, EWS 1999, Heft 6, „Die erste Seite“ sowie Sandrock, BB 1999, 1337.

74 So etwa Sedemund/Hausmann (Fn. 73); ebenso Geyrhalter (Fn. 73), 203.

75 Dautzenberg (Fn. 73), 451.

76 Freitag (Fn. 73), 269 f..

77 Dautzenberg (Fn. 73), 452.

78 Leible (Fn. 73), 302; Meilicke (Fn. 73), 628.

79 EuGH, 27. 9. 1988 – Rs. 81/87, Daily Mail, Slg. 1988, 5483.



derung vollzogen<sup>80</sup>. In dieser Entscheidung hatte der EuGH hervorgehoben, daß die Art. 52, 58 EGV [= Art. 43, 48 EGV/Amsterdam] beim seinerzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft die identitätswahrende Sitzverlegung vom Gründungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat nicht gewährleisten können<sup>81</sup>.

Ein genauer Blick auf die Urteilsgründe der Centros-Entscheidung jedoch legt ein etwas differenzierteres Bild nahe: Da in Dänemark die Gründungstheorie herrscht<sup>82</sup>, führt das dänische internationale Gesellschaftsrecht zur Anwendung englischen Rechts auf die „Centros“. Dementsprechend formuliert der EuGH:

„Nach dänischem Recht ist die Centros als ‚private limited company‘ als eine ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzusehen“<sup>83</sup>.

Mithin mußte der EuGH vorliegend nicht entscheiden, ob die Sitztheorie mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist. Zwar ist zuzugeben, daß der Entscheidung auch eine diesbezügliche Stoßrichtung entnommen werden könnte. zwingende Folgerungen im Hinblick auf die Sitztheorie entstammen jedoch dem Reich der juristischen Spekulation. Eine – zur Herstellung von Rechtssicherheit unbedingt erforderliche – Klarstellung dieser Frage kann nur über entsprechende Vorlagen gemäß Art. 234 EGV angestrebt werden, die dem EuGH Gelegenheit geben würden, die Reichweite der Centros-Entscheidung zu präzisieren<sup>84</sup>. Dementsprechend hat die Entscheidung wohl keine grundlegende Bedeutung für das Konzept einer Rechtswahlfreiheit. Jedoch ist zu befürchten, daß zumindest dem dänischen Gesellschaftsrecht die Gesellschaften „weglaufen“ werden. Dänemark stünde dann vor der Alternative, entweder seine gesellschaftsrechtlichen Standards abzusenken oder aber mit Nachdruck auf eine diesbezügliche gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung zu drängen.

## VIII. Ergebnisse

Die Einführung einer Rechtswahlfreiheit – die nur de lege ferenda möglich ist – würde zu einer Mobilität von rechtlichen

Regelungen („floating law“) führen und so das Problem der Inländerdiskriminierung lösen. Die US-amerikanische Diskussion um die Vor- und Nachteile des Regulierungswettbewerbes deutet darauf hin, daß – zur Verhinderung eines „race to the bottom“ der Verbraucherschutz- und Umweltstandards – in der EG ein gewisser, derzeit noch nicht genau bestimmbarer Harmonisierungsbedarf entstünde. Die sich aus der EMRK – und für die Bundesrepublik Deutschland auch aus dem Grundgesetz – ergebenden Schutzpflichten begründeten Schranken der Rechtswahlfreiheit und böten zugleich eine gewisse Sicherung gegen ein „race to the bottom“. Mutatis mutandis gilt dies auch für die auf die Freiheit der Rechtswahl zu übertragenden Cassis-Schranken. In ihren Dimensionen bisher kaum erahnt werden können die Überwachungs- und Sprachprobleme, die eine Freiheit der Rechtswahl in der Praxis aufwerfen würde. Unter anderem deshalb sollte sich das Experiment – zeitlich begrenzt – zunächst nur auf einen sachlich eng definierten Sektor beschränken. Ferner ist die Geltung der Rechtswahlfreiheit an die Bedingung zu knüpfen, daß zuvor in dem entsprechenden Sachbereich zumindest eine Mindestharmonisierung stattgefunden hat. Im Wege eines geeigneten Verfahrens ist jedoch sicherzustellen, daß ein „race to the bottom“ nicht schon bei der Festsetzung des Mindeststandards einsetzt. Zu beachten sind auch die sich mit Blick auf das Maastricht-Urteil des BVerfG ergebenden Bedenken aus dem deutschen Verfassungsrecht gegen die Einführung einer Rechtswahlfreiheit. Der Centros-Entscheidung des EuGH ist richtigerweise keine grundlegende Bedeutung für das Konzept einer Rechtswahlfreiheit beizumessen.

80 *Sedemund/Hausmann* (Fn. 73), 811; ähnlich *Leible* (Fn. 73), 301; „Abschied von ‚Daily Mail‘ in Raten“ und *Junker* (Fn. 73), differenzierter äußert sich insoweit *Dautzenberg* (Fn. 73), 452.

81 EuGH (Fn. 79): 5512, Tz. 23 – „Daily Mail“; s. auch *Sedemund/Hausmann* (Fn. 73), 810.

82 Vgl. *Behrens*, in: Behrens (Hrsg.), *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 2. Aufl. 1997, Rdnr. DK 49, 52.

83 EuGH, 9. 3. 1999 – Centros (Fn. 71), Rdnr. 4.

84 Vgl. auch *Leible* (Fn. 73), 302; *Geyrhalter* (Fn. 73), 203.

# Diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen in der EU

Von Dr. Andreas Knapp, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am EuGH, Luxemburg\*

Grunderwerbsbeschränkungen, die unmittelbar oder mittelbar an die Staatsangehörigkeit des Erwerbers anknüpfen, sind nur unter engen Voraussetzungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Diese Voraussetzungen näher darzustellen und die bestehenden nationalen Beschränkungen daran zu messen, ist Ziel dieses Beitrags.

## I. Rechtslage in den Mitgliedstaaten im Überblick

Im November 1997 stellte die Kommission auf Anfrage des Europaabgeordneten *Mark Watts* fest: „Die Beschränkungen

für Erwerb und Nutzung von in einem Mitgliedstaat gelegenen Immobilien durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats wurden im Hinblick auf die Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs abgeschafft“<sup>2</sup>. Gleichwohl weisen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nach wie vor zahlreiche Bestimmungen auf, die für den Erwerb von Grundeigentum durch Bürger anderer

\* Wir stellen Ihnen den Autor auf S. VIII vor.

1 Der Beitrag stellt die persönliche Meinung des Verfassers dar.

2 Schriftliche Anfrage an die Kommission Nr. 3216 97 von *Watts*, Beschränkungen beim Kauf von Immobilien in Mitgliedstaaten der EU, ABl. C 134 v. 30. 4. 1998, 115.

derung vollzogen<sup>80</sup>. In dieser Entscheidung hatte der EuGH hervorgehoben, daß die Art. 52, 58 EGV [= Art. 43, 48 EGV/Amsterdam] beim seinerzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft die identitätswahrende Sitzverlegung vom Gründungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat nicht gewährleisten können<sup>81</sup>.

Ein genauer Blick auf die Urteilsgründe der Centros-Entscheidung jedoch legt ein etwas differenzierteres Bild nahe: Da in Dänemark die Gründungstheorie herrscht<sup>82</sup>, führt das dänische internationale Gesellschaftsrecht zur Anwendung englischen Rechts auf die „Centros“. Dementsprechend formuliert der EuGH:

„Nach dänischem Recht ist die Centros als ‚private limited company‘ als eine ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzusehen“<sup>83</sup>.

Mithin mußte der EuGH vorliegend nicht entscheiden, ob die Sitztheorie mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist. Zwar ist zuzugeben, daß der Entscheidung auch eine diesbezügliche Stoßrichtung entnommen werden könnte, zwingende Folgerungen im Hinblick auf die Sitztheorie entstammen jedoch dem Reich der juristischen Spekulation. Eine – zur Herstellung von Rechtssicherheit unbedingt erforderliche – Klarstellung dieser Frage kann nur über entsprechende Vorlagen gemäß Art. 234 EGV angestrebt werden, die dem EuGH Gelegenheit geben würden, die Reichweite der Centros-Entscheidung zu präzisieren<sup>84</sup>. Dementsprechend hat die Entscheidung wohl keine grundlegende Bedeutung für das Konzept einer Rechtswahlfreiheit. Jedoch ist zu befürchten, daß zumindest dem dänischen Gesellschaftsrecht die Gesellschaften „weglaufen“ werden. Dänemark stünde dann vor der Alternative, entweder seine gesellschaftsrechtlichen Standards abzusenken oder aber mit Nachdruck auf eine diesbezügliche gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung zu drängen.

## VIII. Ergebnisse

Die Einführung einer Rechtswahlfreiheit – die nur de lege ferenda möglich ist – würde zu einer Mobilität von rechtlichen

Regelungen („floating law“) führen und so das Problem der Inländerdiskriminierung lösen. Die US-amerikanische Diskussion um die Vor- und Nachteile des Regulierungswettbewerbes deutet darauf hin, daß – zur Verhinderung eines „race to the bottom“ der Verbraucherschutz- und Umweltstandards – in der EG ein gewisser, derzeit noch nicht genau bestimmbarer Harmonisierungsbedarf entstünde. Die sich aus der EMRK – und für die Bundesrepublik Deutschland auch aus dem Grundgesetz – ergebenden Schutzpflichten begründeten Schranken der Rechtswahlfreiheit und böten zugleich eine gewisse Sicherung gegen ein „race to the bottom“. Mutatis mutandis gilt dies auch für die auf die Freiheit der Rechtswahl zu übertragenden Cassis-Schranken. In ihren Dimensionen bisher kaum erahnt werden können die Überwachungs- und Sprachprobleme, die eine Freiheit der Rechtswahl in der Praxis aufwerfen würde. Unter anderem deshalb sollte sich das Experiment – zeitlich begrenzt – zunächst nur auf einen sachlich eng definierten Sektor beschränken. Ferner ist die Geltung der Rechtswahlfreiheit an die Bedingung zu knüpfen, daß zuvor in dem entsprechenden Sachbereich zumindest eine Mindestharmonisierung stattgefunden hat. Im Wege eines geeigneten Verfahrens ist jedoch sicherzustellen, daß ein „race to the bottom“ nicht schon bei der Festsetzung des Mindeststandards einsetzt. Zu beachten sind auch die sich mit Blick auf das Maastricht-Urteil des BVerfG ergebenden Bedenken aus dem deutschen Verfassungsrecht gegen die Einführung einer Rechtswahlfreiheit. Der Centros-Entscheidung des EuGH ist richtigerweise keine grundlegende Bedeutung für das Konzept einer Rechtswahlfreiheit beizumessen.

80 *Sedemund-Hausmann* (Fn. 73), 811; ähnlich *Leible* (Fn. 73), 301: „Abschied von ‚Daily Mail‘ in Raten“ und *Junker* (Fn. 73), differenzierter äußert sich insoweit *Dautzenberg* (Fn. 73), 452.

81 EuGH (Fn. 79), 5512, Tz. 23 – „Daily Mail“; s. auch *Sedemund-Hausmann* (Fn. 73), 810.

82 Vgl. *Behrens*, in: Behrens (Hrsg.), *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 2. Aufl. 1997, Rdnr. DK 49, 52.

83 EuGH, 9. 3. 1999 – Centros (Fn. 71), Rdnr. 4.

84 Vgl. auch *Leible* (Fn. 73), 302; *Geyrhalter* (Fn. 73), 203.

# Diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen in der EU

Von Dr. Andreas Knapp, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am EuGH, Luxemburg\*

Grunderwerbsbeschränkungen, die unmittelbar oder mittelbar an die Staatsangehörigkeit des Erwerbers anknüpfen, sind nur unter engen Voraussetzungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Diese Voraussetzungen näher darzustellen und die bestehenden nationalen Beschränkungen daran zu messen, ist Ziel dieses Beitrags<sup>1</sup>.

## I. Rechtslage in den Mitgliedstaaten im Überblick

Im November 1997 stellte die Kommission auf Anfrage des Europaabgeordneten *Mark Watts* fest: „Die Beschränkungen

für Erwerb und Nutzung von in einem Mitgliedstaat gelegenen Immobilien durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats wurden im Hinblick auf die Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs abgeschafft“<sup>2</sup>. Gleichwohl weisen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nach wie vor zahlreiche Bestimmungen auf, die für den Erwerb von Grundeigentum durch Bürger anderer

\* Wir stellen Ihnen den Autor auf S. VIII vor.

1 Der Beitrag stellt die persönliche Meinung des Verfassers dar.

2 Schriftliche Anfrage an die Kommission Nr. 3216/97 von *Watts*, Beschränkungen beim Kauf von Immobilien in Mitgliedstaaten der EU, ABl. C 134 v. 30. 4. 1998, 115.