

Professor Dr. Axel Tschentscher, LL.M., Bern*

Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht

Der Beitrag wendet sich gegen die Methode des systematischen Rechtsvergleichs auf der Grundlage von Länderberichten und empfiehlt eine bewußt wertende Herangehensweise bereits bei der Beschreibung – wie es auch in der Praxis der Rechtsvergleichung geschieht.

I. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht

Rechtsvergleichung findet materiell in allen Rechtsgebieten statt. Fragt man indes nach ihren methodischen Grundlagen, so wird die Disziplin meist mit den Materien des Privatrechts verbunden¹. Das ist keinesfalls zwingend, gebührt doch dem öffentlichen Recht dank seiner frühen Wurzeln in der Verfassungsvergleichung, der allgemeinen Staatslehre und der revolutionsbedingten Konstitutionalisierungsbewegung eine mindestens gleichgewichtige Urheberchaft an der rechtsvergleichenden Arbeitsweise². So ging die Gründung der „Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“ im Jahre 1829 nicht auf Privatrechtler, sondern auf den Strafprozessualisten *Mittermaier* und den Staatsrechtler *Zachariä* zurück³. Auch im geschichtlichen Rückblick auf die Rechtsvergleichung insgesamt zeigt sich kein Übergewicht des Privatrechts⁴. Durch die nationale Verselbständigung, die das Recht in Vollendung zivilrechtlicher Kodifikationen einerseits und öffentlich-rechtlicher Konstitutionen andererseits erfuhr, wurden die Gewichte indes verschoben. Die neue Kluft zwischen den konsolidierten Rechtsordnungen überbrückten zunächst die Zivilrechtswissenschaftler, während die Staats- und Verwaltungsrechtslehre erst mit der gegenwärtigen Europäisierung wieder ein dringendes Bedürfnis nach internationaler Öffnung entwickelt⁵ und insoweit mit der Europäisierungstendenz des Privatrechts gleichzieht⁶.

* Der Autor lehrt Staatsrecht, Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte an der Universität Bern. Er dankt seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, insbesondere Frau *Simone Jampen*, für vorbereitende Recherchen zu diesem Beitrag.

¹ *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: FS Häberle, 2004, S. 355–379 (360), spricht gar von einem „Entwicklungsrückstand“.

² Vgl. *Michael Stolleis*, Nationalität und Internationalität. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts, 1998, S. 18 f., der allerdings auch eine „inkonsistentere“ Entwicklungslinie als beim „inhaltlich stabileren“ Privatrecht feststellt. Zu frühen Wurzeln auch *Fritz Münch* *ZaöRV* 33 (1973), 126–151 (128 f.).

³ Zu Gründung und Zielen *Walter Hug*, The History of Comparative Law, *Harvard Law Review* XLV (1931/32), 1027–1070, Neuabdruck in: *Konrad Zweigert/Hans-Jürgen Putzfarcken* (Hrsg.), Rechtsvergleichung, 1978, S. 109–161 (124); *Christian Starck* *JZ* 1997, 1021–1030 (1022).

⁴ Vgl. *Hug* (Fn. 3), S. 110 ff.

⁵ Zur Einschätzung *Stolleis* (Fn. 2), S. 24 ff.; als Beispiel für die notwendig werdende Querschnittsarbeit an europäischen Rechtsordnungen *Jürgen Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 1988, S. 74 ff. (Entstehung eines europäischen Verwaltungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage); *Alexandra Bormann*, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 107 ff., sowie aus EMRK-Sicht *Elke Trautwein*, Freiheitsentzug im Verwaltungsrecht, 2002, S. 45 ff.

⁶ Zu letzterer der Überblick bei *Hein Kötz* *JZ* 2002, 257–264 (259 ff.); *Reinhard Zimmermann* *ZEuP* 1 (1993), 4–51 (5 f.) m. w. N.

Mit dem Methodenideal *systematischer* Rechtsvergleichung wird man die Herausforderungen allerdings kaum bewältigen können. Allzu beschränkend wirkt die Korsage aus Länderbericht und Vergleich, aus vorgängiger Abstraktion und später Beurteilung, allzu künstlich auch die Leitvorstellung, man könne das Untersuchungsziel zunächst *in abstracto* bestimmen und an ihm dann das lebendige Recht messen. Die Wirklichkeit, auch die Wirklichkeit der Rechtsvergleichungspraxis, sieht anders aus: da wird eher intuitiv assoziiert, eklektisch aneinandergereiht, beliebig verwiesen. Und doch läßt sich auch an solchem Vorgehen ein Mehrwert für die juristische Erkenntnis festmachen. Was auf den ersten Blick unsystematisch, ja unwissenschaftlich erscheint, kann als *dialektische* Methode der Rechtsvergleichung beschrieben werden, bei welcher Erkenntnisinteresse und Erkenntnisgegenstände sich in einem Kreisprozeß gegenseitig bedingen und befruchten.

II. Beispiele öffentlich-rechtlicher Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichung ist eine Arbeitstechnik, mit der konkrete Anliegen in der juristischen Praxis verfolgt werden. Abgesehen von Unterschieden zwischen Judikatur und Literatur hängen diese Anliegen auch davon ab, wie groß ein Land ist, denn kleine Staaten neigen eher als große dazu, bei den rechtssystematischen Nachbarn nach anknüpfungsfähigen Lösungen für die eigenen Rechtsprobleme zu suchen⁷. Ein Blick auf Deutschland und die Schweiz liefert erste Anhaltspunkte, wann und wie Rechtsvergleichung tatsächlich eingesetzt wird.

1. Deutsches Bundesverfassungsgericht

Das *BVerfG* hat seine Judikatur gerade in den ersten Jahren durch rechtsvergleichende Argumentation angereichert⁸ – in einer Phase also, in der es ihm noch nicht möglich war, die eigene „ständige Rechtsprechung“ als Autorität zu referenzieren⁹. Wenn man die völkerrechtlich oder besatzungsrechtlich inspirierten Besonderheiten ausklammert¹⁰, bleiben allein im ersten Band der Entscheidungssammlung vier Vergleichsbeispiele übrig. So hat das Gericht die Auffassung, daß nicht alle Parlamentsbeschlüsse zwingend drei Lesungen durchlaufen müssen, unter anderem durch Hinweise auf das französische Verfassungsrecht und die Praxis des britischen Unterhauses gestützt¹¹. Bei der ersten Sperrklauselentschei-

⁷ *Gerhard Walter* recht 2004, 91–103 (92).

⁸ Überblick zur frühen Judikatur bei *Jörg M. Mössner* *AöR* 99 (1974), 193–242 (193 ff.).

⁹ Zu dieser Praxis gelangte das Gericht, soweit ersichtlich, erst in den 90er Jahren: *BVerfGE* 92, 138 (139) – Limbach; 93, 386 (397) – Auslandszuschlag; 95, 163 (171) – DSF; 96, 330 (340) – BAföG-Vollدارlehen.

¹⁰ Etwa in *BVerfGE* 1, 372 (381 f.) – Deutsch-Französisches Wirtschaftsabkommen (zum Begriff des politischen Staatsvertrags in den Verfassungen der Schweiz, Österreichs und Italiens); *BVerfGE* 2, 181 (206) – Besatzungsanordnungen (beschränkte gerichtliche Prüfungskompetenz unter Hinweis auf Norwegen und die Niederlande).

¹¹ *BVerfGE* 1, 144 (151, 156) – Geschäftsordnungsautonomie.

dung wurde außer auf die Bundesländer auch auf Rumänien und einzelne Kantone der Schweiz verwiesen¹². Die eigene Unzuständigkeit für den Schutz gegen gesetzgeberisches Unterlassen begründete das *BVerfG* unter Hinweis auf die Rechtsprechung des bayerischen, des schweizerischen und des Verfassungsgerichts der Vereinigten Staaten¹³. Und als Praxis in „anderen Kulturländern“ wird Österreich für die Zulässigkeit eines Abwesenheitsverfahrens bei höheren Strafandrohungen angeführt¹⁴. Zu wiederkehrenden Fragen des Parteien- und Wahlrechts hat sich daraus geradezu eine Tradition der vergleichenden Hinweise auf andere Rechtsordnungen ergeben¹⁵.

Auffällig ist allerdings, dass die rechtsvergleichenden Hinweise des *BVerfG* sich trotz der zunehmenden Internationalisierung von Rechtsfragen und der erleichterten Zugänglichkeit des ausländischen Rechts in jüngerer Zeit keinesfalls häufen¹⁶, sondern im Gegenteil abnehmen. Ob dieser nationaldogmatische Autismus eher auf die Selbstgenügsamkeit einer langjährig etablierten Entscheidungsinstanz zurückzuführen oder vielleicht der generellen Überlastung des Staatsorgans geschuldet ist, darüber läßt sich höchstens spekulieren. Jedenfalls sind es in späteren Jahren eher die Minderheitsvoten, die rechtsvergleichende Hinweise enthalten¹⁷. Bei der Senatsmehrheit findet sich Vergleichbares erst, wenn der Sachverhalt die Stellungnahme geradezu unausweichlich macht¹⁸.

2. Schweizerisches Bundesgericht

In der Schweiz erzeugt das höchste Gericht bis in die jüngste Zeit rechtsvergleichende Hinweise von ungeminderter Dichte. Für die Frage, ob sich der Verein „Scientology Kirche“ auf die Religionsfreiheit berufen kann, hat das Bundesgericht zunächst elf ablehnende Gerichtsentscheidungen des Auslands angeführt, um dann zu betonen, daß diese ausländische Judikatur nichts daran ändern könne, „Scientology“ in der Schweiz als Religion einzuordnen¹⁹. In einer marken- und patentrechtlichen Entscheidung wird statt auf ausländische Judikate auf die juristische Literatur zahlreicher Einzelstaaten zurückgegriffen, um eine Lücke im schweizerischen Recht auszufüllen²⁰. Auch zur Rechtsfortbildung beim Er-

satz immaterieller Schäden hat die schweizerische Rechtsprechung fremdes Recht konsultiert²¹. Gerade im Verhältnis zu Deutschland finden sich neben solchen Globalvergleichen punktgenaue Einzelnormverweise, etwa für den Ausschluß der Öffentlichkeit bei Jugendstrafverfahren²², die Anzeigepflicht gegenüber Bürgen²³ oder die Bedeutung eines Verkehrsschildes für verkehrsberuhigte Zonen²⁴.

Trotz dieser hohen Vergleichungsdichte bleibt der Zugang des Gerichts meist einem einzelfallorientierten Entscheidungspragmatismus verhaftet. Es geht nicht darum, die ausländische Diskussion auf neue dogmatische Lösungsansätze zu untersuchen, sondern um einen Abgleich der Ergebnisse – eine Plausibilitätskontrolle zur Selbstvergewisserung für die eigentlich schon getroffene Entscheidung. Vielleicht läßt sich diese Ergebnisorientiertheit damit erklären, daß die ausländischen Judikate kaum Gelegenheit für detaillierte Analysen bieten, weil Gerichte außerhalb des deutschsprachigen Raums meist weniger tief in die akademische dogmatische Diskussion eintauchen, als dies beim schweizerischen Bundesgericht oder bei deutschen Gerichten üblich ist²⁵.

3. Deutsche Literatur

Mustert man jüngere Monographien, insbesondere Dissertationen, auf rechtsvergleichende Inhalte durch, so kristallisieren sich ähnlich wie bei der Rechtsprechung einzelne Themengebiete heraus, die besonders vergleichungsgeeignet sind – in der Dogmatik etwa der Föderalismus, die Migration oder das Problem religiöser Sekten²⁶; unter den rechtsphilosophisch auf Internationalität dringenden Themen etwa die Euthanasie und Präimplantationsdiagnostik²⁷. Die Vorgehensweise ist dabei meist sehr beschreibungslastig, erschöpft sich weitgehend in der Nebeneinanderstellung der Rechtssysteme, während die eigentlich analytische Vergleichsleistung im Umfang knapp ausfällt und inhaltlich wiederum von Zusammenfassungen zu den Einzelrechtsordnungen dominiert wird²⁸. Bei rechtsphilosophisch angelegten Arbeiten

reich, Italien); zusätzlich (S. 145 f.) auf das Recht der Europäischen Union, wie es sich in Literatur und *EuGH*-Entscheidungen darstellt, und in weiteren kurzen, nicht näher belegten Referenzen auf das Landesrecht (S. 147 f.) auch noch: Niederlande, England, Schweden, Japan, Singapur, Malaysia, Neuseeland, USA, Argentinien, Brasilien und die Sowjetunion. Ähnlich zum Urheber- und Markenrecht *BGE* 118 II 459 (465) – Tonträger (Deutschland, Italien, Frankreich); *BGE* 108 II 216 (220) – LESS (Australien).

21 *BGE* 112 II 220 – Genugtuungsanspruch des Ehegatten (Frankreich, Italien). Ähnlich für den „Schockschaden“ *BGE* 112 II 118 (127) – Versorgerschaden der Eltern (Deutschland, Frankreich).

22 § 190 Abs. 1 JGG; so zitiert in *BGE* 108 Ia 90 (95) – Öffentlichkeitsausschluß bei Minderjährigen.

23 § 777 BGB; wörtlich zitiert und ergebnisrelevant aufgegriffen in *BGE* 125 III 322 (326) – Solidarbürgschaft.

24 § 10 StVO; zitiert in *BGE* 123 IV 218 (224) – Vortritt für Fußgänger.

25 Zu dieser Differenz ausführlich *Basil S. Markesinis*, in: *ders.*, Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis, Oxford 1997, S. 211–227 (214 ff.).

26 *Alexander Jörg*, Finanzverfassung und Föderalismus in Deutschland und in der Schweiz, 1998, S. 20 ff., 38 ff.; *Markus Kennntner*, Justitierbarer Föderalismus, 2000, S. 181 ff. (Schweiz, Österreich, USA); *Ines Sabine Roellecke*, Gerechte Einwanderungs- und Staatsangehörigkeitskriterien, 1999, S. 23 ff.; *Susanne Schneider*, Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik, 2002, S. 269 ff.; *Stefan Braun*, Scientology – Eine extremistische Religion, 2004, S. 246 ff., 316 ff.

27 *Monika Everschor*, Probleme der Neugeborenen euthanasie und der Behandlungsgrenzen bei schwerstgeschädigten Kindern und ultrakleinen Frühgeborenen aus rechtlicher und ethischer Sicht, 2001, S. 185 ff.; *Jörg Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 308 ff. – beide mit einem „Exkurs“ zur aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden.

28 So etwa bei *Omar I. Houry*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ägypten, im Libanon und in Syrien im Vergleich mit Deutschland, 2005, S. 211 ff.; *Kennntner* (Fn. 26), S. 235 ff.; *Bernd Peter Scharinger*, Rechtsgrundlagen für die Errichtung von Nationalparks in Deutschland, Österreich, der Schweiz

12 *BVerfGE* 1, 208 (253) – 7,5%-Sperrklausel.

13 *BVerfGE* 1, 97 (101) – Hinterbliebenenrente I.

14 *BVerfGE* 1, 332 (347) – Abwesenheitsverfahren.

15 *BVerfGE* 1, 208 (253) – 7,5%-Sperrklausel (Hinweise auf die Rechtslage in Rumänien, Genf, Freiburg, Neuenburg); 51, 222 (250 ff.) – 5%-Sperrklausel III (Hinweise auf die Rechtslage in Frankreich, Belgien, Dänemark, Italien u.v.m.); 95, 408 (416) – Grundmandatsklausel (Hinweis auf ein rechtsvergleichendes Gutachten zur verfassungsrechtlichen Beurteilung in anderen europäischen Staaten).

16 So die zwar naheliegende, aber jedenfalls für das *BVerfG* nicht zutreffende Vermutung bei *Lucio Pegoraro/Paolo Damiani*, in: *Alfredo Mordechai Rabello/Andrea Zanotti* (Hrsg.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Mailand 2001, S. 131–162 (131 f., 162).

17 Etwa *BVerfGE* 33, 23 (35 ff., 41) – Eidesverweigerung aus Glaubensgründen, abweichende Meinung des Richters v. *Schlabrendorff* (Hinweis auf die Rechtsprechung des *US Supreme Court*); 39, 1 (68 ff., 73 f.) – Schwangerschaftsabbruch I, abweichende Meinung der Richterin *Rupp-v. Brunn-eck* und des Richters Dr. *Simon* (Hinweis auf die Rechtsprechung des *US Supreme Court*); 54, 53 (75 ff., 76) – Ausbürgerung II, abweichende Meinung des Richters *Hirsch* (Hinweis auf die Rechtsprechung des *US Supreme Court*); 73, 40 (103 ff., 104) – 3. Parteispenden-Urteil, abweichende Meinung des Richters *Böckenförde* (Hinweis auf die Rechtsprechung des *US Supreme Court*).

18 *BVerfGE* 91, 335 (345) (= JZ 1995, 716, 718 m. Anm. *Stadler*) – Punitiv-Damages (Hinweis auf die Entscheidung des *US Supreme Court* in der Sache *Volkswagen AG v. Schlunk*).

19 *BGE* 125 I 369 (373 f.) – Scientology Basel; die zitierten Entscheidungen stammen aus Deutschland, Italien, Spanien und den USA.

20 *BGE* 126 III 129 (143 ff.) – Kodak (Deutschland, Frankreich, Öster-

mag sich ein solches Vorgehen dadurch rechtfertigen, daß die behandelten Staaten ohnehin nur als unverbundene Beispiele für eine tieferliegende Gerechtigkeitsfrage dienen²⁹. Auch wenn die einzelstaatliche Rechtsordnung auf ihre Vereinbarkeit mit einer überstaatlichen Referenzordnung untersucht wird, wie etwa bei der EMRK-Konformität, mag die aneinandergerichte Einzelbetrachtung genügen³⁰. Im übrigen aber offenbart sich in der nahezu ergebnislosen Nebeneinanderstellung die weitgehende Ratlosigkeit, die sich bei den Autoren einstellt, wenn sie Rechenschaft geben sollen, was genau der Rechtsvergleich eigentlich leistet³¹. Die Darstellung ausländischen Rechts wird zu Pflichtübung, mit der man Seiten füllt.

Ein hoffnungsvoller Ansatz, die Unverbindlichkeit zu überwinden und eine größere analytische Tiefe zu erreichen, besteht im genaueren Fragen, etwa wenn neben die überblicksartige Einzeldarstellung noch mehrere Querschnittsbetrachtungen zu Einzelaspekten gestellt werden³². So gelangt die vergleichende Analyse bereits in die Darstellung, ohne daß gleichzeitig eine unüberschaubare Vermischung entstände. Abgesehen davon kann größere Aussagekraft vor allem erreicht werden, wenn dem Rechtsvergleich noch engagierte Reformvorschläge für das eigene Recht folgen³³ oder wenn ganz einfach der Umfang der Vergleichung mit demjenigen der Darstellung in eine ausgewogenere Balance gebracht wird³⁴.

4. Schweizerische Literatur

Wie schon in der Rechtsprechung, so findet sich auch in der Literatur der Schweiz eine Rechtsvergleichungsdichte, die das Übliche in deutschen Publikationen weit übersteigt. So gehört das Europäische Gemeinschaftsrecht, das für Mitgliedstaaten wie Deutschland zum Kernprogramm der meisten rechtsdogmatischen Themen zählt, in der Außensicht des Nichtmitglieds Schweiz nach wie vor zur Rechtsvergleichung. Dabei wird je nach Themenstellung das Europarecht sogar dem nationalen Recht vorangestellt und ausführlicher behandelt³⁵ – eine Vorgehensweise, die sonst nur bei explizit rechtsvergleichenden Arbeiten üblich ist³⁶. Außergewöhn-

lich zentral stellt sich in der schweizerischen Literatur sodann der Rechtsvergleich mit Deutschland dar: Er nimmt in Monographien so breiten Raum ein, daß man das deutsche Recht inzwischen als eine ständige Referenzordnung für die (deutschsprachige) Schweiz bezeichnen kann – sei es nun positiv oder negativ³⁷. Soweit die Studien ausdrücklich als Rechtsvergleichung qualifiziert sind, beachten sie meist den klassischen Aufbau, bei dem nach einer kurzen Einleitung zunächst zwei Länderberichte folgen, bevor abschließend der eigentlich vergleichende Teil erscheint, der in der Regel sehr kurz ist und die unterschiedlichsten Titel und Ausrichtungen haben kann, von einer „Kritischen Bewertung“ über „Parallelen“ oder „Vergleichendes Résumé“ bis hin zu einer „Synthese der Unterschiede und Gemeinsamkeiten“³⁸. Betrachtet man diesen eigentlichen Rechtsvergleichungsabschnitt, so fällt auf, daß er sich häufig in Deskription erschöpft, also bloß eine vermischte Kurzdarstellung der Länderberichte bietet, die inhaltlich über eine Zusammenfassung nicht hinausgelangt³⁹. Eher Ausnahme als Regel sind demgegenüber Studien, in denen trotz klassischer Länderberichte ein Schwerpunkt auf nicht-deskriptiver Arbeit liegt⁴⁰. Rechtsvergleichung kann in solchem Rahmen dann beispielsweise dazu führen, die Plausibilität und Praktikabilität einer dogmatischen Lösung anhand der ausländischen Rechtspraxis zu belegen⁴¹ oder die dogmatischen Sackgassen im eigenen Recht zu identifizieren⁴².

5. Zwischenergebnis

Der Blick auf die Praxis der Rechtsvergleichung fällt ernüchternd aus. Das Vorgehen ist von großer Unbestimmtheit geprägt, ein systematisches Handeln kaum erkennbar. Das einzige wiederkehrende Darstellungsmittel, die Aufteilung in Länderberichte und Vergleichungsabschnitt, führt tendenziell zu einer wenig kreativen Schwerfälligkeit der Rechtsvergleichung. Bei alledem läuft die Rechtsvergleichung immer Gefahr, sich in bloßer Beschreibung zu erschöpfen, womit sie einerseits ihren Wissenschaftscharakter und andererseits ihren praktischen Wert in Frage stellt⁴³.

und Italien, 1999, S. 219f. Ebenfalls knapp, aber mit kulturgeschichtlich eigenständigem Aussagegehalt *Braun* (Fn. 26), S. 341 ff. Ausführlich demgegenüber *Philipp Karr*, Institutionen direkter Demokratie in den Gemeinden Deutschlands und der Schweiz, 2002, S. 200 ff.

²⁹ Etwa bei *Roellecke* (Fn. 26), S. 23 ff. (53 ff., 121). Anders hingegen *Schneider* (Fn. 26), S. 269 ff., die das rechtsethische Thema dogmatisch angehen will, dabei aber den Rechtsvergleich nirgendwo fruchtbar macht.

³⁰ Ausgeprägt etwa bei *Trautwein* (Fn. 5), S. 89 ff. u. ö.

³¹ Ohne konkretes Ergebnis sind selbst einzelne Beiträge, die sich gezielt diesen Fragen widmen, etwa *Hartmut Krüger*, in: FS Kriele, 1997, S. 1393–1405.

³² So analysiert *Borrmann* (Fn. 5), S. 119 ff., neben dem allgemeinen Umfang des berufsfreiheitlichen Grundrechtsschutzes (S. 109 ff.) spezifisch die Fragen des geschützten Personenkreises, des Schutzgegenstandes, -umfangs und der Beschränkungsmöglichkeiten. Ähnlich, aber weniger detailliert, das Vorgehen bei *Nina Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 137 ff.

³³ Beispielsweise bei *Jörg* (Fn. 26), S. 298 ff.; *Jörg Zätzsch*, Richterliche Unabhängigkeit und Richterauswahl in den USA und in Deutschland, 2000, S. 224 ff., 232 ff.

³⁴ Umfassender Vergleich beispielsweise bei *Hermann Pünder*, Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S. 202 ff., 232 ff.

³⁵ Etwa bei *Beat Soltermann*, Die Vergabe von Auftragsproduktionen durch gebührenfinanzierte Fernsehunternehmen, Diss. jur. Bern 2003, S. 96 ff.

³⁶ Als jüngere Beispiele solcher Arbeiten, bei denen das ausländische Recht im Vordergrund steht, etwa *Ioanna Chatzopoulou*, Aktuelle Probleme des Waldschutzes in der Schweiz und in Griechenland, Diss. jur. Bern 2001, S. 3 ff., 18 ff., 40 ff., 75 ff., 112 ff.; *Eliane E. Ganz*, Die Beurtei-

lung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, 2004, S. 33 ff.; *Pierre Heuer*, Les libertés de communication en Espagne, 2002, S. 6 ff., 113 ff., 139 ff. u. ö.; *Heidi Kerstin Jauch*, Aufrechnung und Verrechnung in der Schiedsgerichtsbarkeit, 2001, S. 38 ff., 64 ff., 103 ff.; *Brigitte Stump*, „Adult time for adult crime“ – Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, 2003, S. 87 ff.; *Filippo Taddei*, Die US-amerikanischen Partnerships im Vergleich zum schweizerischen Recht – unter besonderer Berücksichtigung der Haftung, 2004, S. 2 ff., 73 ff., 175 ff.

³⁷ Umfangreiche Erörterungen der deutschen Rechtslage etwa in: *Daniel Biene*, Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht, 2004, S. 31 ff.; *Elisabeth Chiariello*, Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung, 2004, S. 83 ff. (92 ff.); *Esther Kobel*, Eherechtliche und schuldrechtliche Leistungen unter Ehegatten, 2001, S. 22 ff., 221 f.; *René Matteotti*, Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Ausländergesellschaften im Gewinnsteuerrecht, 2003, S. 229 ff. (253 f.).

³⁸ Alle diese Titel vereint, je nach Kapitel, die Arbeit von *Heuer* (Fn. 36), S. 80, 449, 546, 655.

³⁹ Vgl. etwa *Claire A. Daams*, Criminal Asset Forfeiture – one of the most effective weapons against (organized) crime?, Arnhem 2003 (gleichzeitig Diss. jur. Basel), S. 50 ff., 56, 61 f. u. ö.; *Heuer* (Fn. 36), S. 655 ff.

⁴⁰ So zum Beispiel bei *Biene* (Fn. 37), S. 148 ff.; *Roland Keller*, Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts, Diss. jur. Zürich 2004, S. 128 ff.

⁴¹ So *Keller* (Fn. 40), S. 208 f.

⁴² *Biene* (Fn. 37), S. 183 ff.

⁴³ Ähnliche Kritik gegenüber der Beschreibungslastigkeit der Rechtsvergleichung bei *Mark Van Hocke*, in: *ders.* (Hrsg.), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Oxford/Portland 2004, S. 165–195 (166 f.).

III. Elemente der Methodik

Die diagnostizierte Unbestimmtheit und Schwerfälligkeit der Rechtsvergleichung hat ihre Ursache darin, dass weder das öffentliche Recht noch das Privatrecht bisher eine kreativitätsfördernde Methodik für die Gegenüberstellung von Rechtsordnungen hervorgebracht hat⁴⁴. Zwar tauchen seit Jahrzehnten wiederkehrende Elemente auf. Diese in einem untechnischen Sinn als „Methodik“ bezeichneten Elemente definieren aber nur Art und Reihung von Arbeitsschritten⁴⁵. Gerade aus Sicht des öffentlichen Rechts stellen sie eher eine Belastung als eine Bereicherung dar.

1. Methodenerbe aus dem Zivilrecht

Eine erste Altlast der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung liegt in ihrem Methodenerbe aus dem Zivilrecht. Dort wird mit der Lehre von den Rechtskreisen operiert, von der bereits *Zweigert* und *Kötz* feststellten, daß sie sich ausschließlich in der Privatrechtsvergleichung entwickeln konnte⁴⁶. Zum romanischen, deutschen und anglo-amerikanischen Rechtskreis inspiziert man dazu für die einzelnen Vergleichsgegenstände (Vertrag und Geschäftsfähigkeit, Offerte und Annahme) exemplarisch die Rechtsordnungen von Deutschland, Frankreich und England: diese stehen regelmäßig an erster Stelle oder bilden sogar allein die Grundlage des Vergleichs⁴⁷. Das Vorgehen beruht auf der Annahme, man könne die Rechtskreise insgesamt durch wenige „Mutterordnungen“ repräsentieren – Frankreich und Italien, Deutschland und die Schweiz, England und die Vereinigten Staaten – und ihnen das Recht anderer Staaten dann als „Tochterrecht“ zuordnen⁴⁸. Im Methodenkapitel entwickeln *Zweigert* und *Kötz* dazu die Faustregel, nach der man Rechtsvergleichung exemplarisch anhand der Mutterordnungen vollziehen solle⁴⁹. Nach diesem Muster funktioniert die zivilrechtliche Rechtsvergleichung bis in die jüngste Zeit.

Man mag der rechtskreisbasierten Methodik zustimmen oder nicht⁵⁰ – jedenfalls kann die Privatrechtsvergleichung

⁴⁴ Sehr kritische Bestandsaufnahme bei *Basil Markesinis*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, 2004, S. 4 ff., der von „Niedergang“ und „Statik“ spricht, eine Vernachlässigung des öffentlichen Rechts aber ablehnt, obgleich er selbst als einziges öffentlich-rechtliches Beispiel die auffällig zivilrechtsnahe Frage unzureichender Kinderschutzmaßnahmen thematisiert (S. 182 ff.).

⁴⁵ Dieses untechnische Verständnis hat eine lange Tradition; vgl. etwa *Ernst Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung V (1900), 329–332, Neuabdruck bei *Zweigert/Puttfarcken* (Fn. 3), S. 11–17 (12 ff.); *Josef Kohler* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart XXVIII (1901), S. 273–284, Neuabdruck bei *Zweigert/Puttfarcken* (Fn. 3), S. 18–29 (26 ff.).

⁴⁶ *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I: Grundlagen, 1971, S. 70; identisch insoweit die 3. Aufl. 1996, Studienausg., S. 64. Bezeichnenderweise erscheint im rechtskreisbasierten Ansatz von *René David*, Les grands systèmes de droit contemporains, 11. Aufl., Paris 2002, Rn. 6 ff., neben dem Privatrecht zwar das Völkerrecht, nicht aber das Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

⁴⁷ *Zweigert/Kötz* (Fn. 46), S. 327 ff., 342 ff., 351 ff.; besonders ausgeprägt bei *David* (Fn. 46), Rn. 16 ff.; *Kurt Hamns Ebert*, Rechtsvergleichung, Einführung in die Grundlagen, 1978, S. 38 ff.; *Ingeborg Schwenzler/Markus Müller-Chen*, Rechtsvergleichung. Fälle und Materialien, 1996, S. 2 ff.; ganz ohne Rechtskreislehre demgegenüber *Rodolfo Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2001, S. 173 ff.; kritisch gegenüber der Repräsentationskraft einzelner Rechtsordnungen für den Rechtskreis des „civil law“ *Rudolf B. Schlesinger* u. a., Comparative Law. Cases, Text, Materials, 5. Aufl., Mineola (New York) 1988, S. XXII.

⁴⁸ Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 46), S. 39 f.

⁴⁹ Vgl. *Zweigert/Kötz* (Fn. 46), S. 40 f.

⁵⁰ Zur Verteidigung ihres bleibenden Wertes jüngst *Hein Kötz* JZ 2002, 257–264 (257, 262); instruktiv außerdem *Peter V. Kunz* recht 2006, 37–54 (49 ff.). Zur Kontroverse aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Basil S. Markesinis*

insoweit auf ein Fundament bauen, das im öffentlichen Recht nicht in gleicher Weise trägt⁵¹. Die zivilistische Vereinfachung stützt sich auf die Annahme einer relativen Einheitlichkeit, die im romanischen Rechtskreis durch die Rezeption des Code civil (1804), im deutschen Rechtskreis durch die historische Rechtsschule mit ihrem Einfluß auf die Kodifikationen und im anglo-amerikanischen Rechtskreis durch die ungebrochene Traditionslinie des Common Law verbürgt ist. Im öffentlichen Recht hingegen fehlt eine vergleichbare genetische Grundlage. Wollte man etwa in der Verfassungsvergleichung analog vorgehen, so fände man in Großbritannien lediglich materielles Verfassungsrecht, von dem sich die Verfassungsurkunde der Vereinigten Staaten deutlich absetzt, weshalb ein anglo-amerikanischer Verfassungsrechtskreis überhaupt nicht auszumachen ist. Deutsche und romanische Staaten fließen konstitutionell ineinander, verdanken sie ihre wesentliche Inspiration doch gemeinsam der französischen Revolution⁵². In Ermangelung fixer Rechtskreise stützt sich die Verfassungsvergleichung auf unterschiedliche funktionelle und institutionelle Gruppierungen – sie stellt föderale Staaten zentralistischen gegenüber, vergleicht präsidentielle mit parlamentarischen Regierungssystemen, unterscheidet Verfassungsjudikativen mit Normverwerfungskompetenz von solchen, die dem Primat des Gesetzgebers unterliegen, stellt unikamerale und bikamerale Parlamentsgestaltungen gegenüber⁵³. Derlei Gruppierungen führen zu immer neuen, sich kompliziert überlagernden Kreisen, in denen weniger die Sachgesetzlichkeit als vielmehr der politische Gestaltungswille bestimmend ist⁵⁴. So zeigen sich Deutschland und die Schweiz in Föderalismus und parlamentarischer Regierungsbildung vereint, fallen bei der Verfassungsjudikative aber auseinander. Der Versuch, für öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung auf „Verfassungsmodelle“ (*constitutional models*) oder „Verfassungsrechtskreise“ abzustellen⁵⁵, ist darum von vornherein unergiebig. Nimmt man ihn ernst, so führt das zu einer inhaltsabgewandten Institutionenschau, in der formale Einteilungen (Strukturtypen, Verfahrensarten, Detaillierungsgrade, Kontrollsysteme, Kompetenzordnungen, Organisationsmodi) dominieren⁵⁶. Eine breit abgestützte Inhaltsverwandtschaft fehlt hingegen. Für die Gegenüberstellung von Privatrecht und öffentlichem Recht erweist sich damit: Wo die Zivilisten erste Ansätze von Ordnung bereits vorfinden, blicken die Publizisten ins Chaos gewachsener Vielfalt.

Obwohl also öffentliches und privates Recht ihre Rechtsvergleichung aus unterschiedlicher Startposition antreten und im Grundsatz auch anerkannt ist, daß die Rechtsvergleichungsmethode im öffentlichen Recht sich nicht in einer Spiegelung der Methoden zivilistischer Komparistik erschöpfen kann, lehnt sich die Praxis der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht weithin an das Zivilrecht an⁵⁷. Über-

nis, Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years, Oxford 2003, S. 43 ff. m. w. N.

⁵¹ *Joseph H. Kaiser* ZaöRV 24 (1964), 391–404 (397); *Herbert Krüger* VRÜ 5 (1972), 5–28 (27); *Sacco* (Fn. 47), S. 176. Einen Versuch der Parallelenbildung unternimmt *Rainer Grote* AöR 126 (2001), 10–59 (16 ff.), wobei allerdings nur die Bezeichnung, nicht auch die Stringenz der Kreisbildung dem Privatrecht entspricht.

⁵² *Joseph H. Kaiser* ZaöRV 24 (1964), 391–404 (400).

⁵³ Siehe etwa *Mary A. Glendon/Michael W. Gordon/Christopher Osakwe*, Comparative Legal Traditions – Text, Materials and Cases on the Civil Law and Common Law Traditions, 2. Aufl. St. Paul 1994, S. 65 ff.; *Bernad Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005.

⁵⁴ *Rudolf Bernhard* ZaöRV 24 (1964), 431–452 (432, 451).

⁵⁵ *Lucio Pegoraro*, in: *Alfredo Mordechai Rabello/Andrea Zanotti* (Fn. 16), S. 123–129 (128); *Wieser* (Fn. 53), S. 105 ff.

⁵⁶ Etwa bei *Wieser* (Fn. 53), S. 58 ff., 117 ff.

⁵⁷ *Rudolf Bernhard* ZaöRV 24 (1964), 431–452 (431); *Wieser* (Fn. 53),

nommen werden so zweifelhafte Elemente wie die funktionale Methode, die Befreiung von Systembegriffen und die Trennung von Länderberichten und Vergleichung. Letztlich laufen alle diese Elemente darauf hinaus, daß für methodisch korrekte Rechtsvergleichung zunächst ein neutraler Standpunkt eingenommen werden muß.

2. Neutraler Standpunkt

Womit wird die zivilrechtlich ererbte Pflicht zum neutralen Standpunkt begründet? Rechtsvergleichung als Wissenschaft dient der Erkenntnis um der Erkenntnis selbst willen⁵⁸. Entsprechende Studien sind ergebnisoffen und thematisch breit angelegt. Bei ihnen gilt die strikte Trennung zwischen Länderberichten einerseits und Analyse und Bewertung andererseits als das methodische Zentralgebot⁵⁹. Der Blick auf fremdes Recht soll hier den Horizont erweitern und das Verständnis des eigenen Rechts vertiefen. Er darf darum nach herrschender Auffassung zunächst nicht mit den Beurteilungsmustern der eigenen Dogmatik verbunden werden. Sowohl in rechtsvergleichenden Dissertationen als auch bei wissenschaftlichen Großprojekten, wie sie beispielsweise der Europarat durchführt, ist darum ein mehrstufiges Vorgehen üblich, bei dem im Ergebnis die Kraft auf detaillierte Länderberichte konzentriert wird. Besonders deutlich wird diese Schwerpunktsetzung, wenn die Berichte eines Landes ganz ohne vergleichende Gegenüberstellung in einem separaten Band publiziert werden⁶⁰.

Am einfachsten hat es solche Rechtsvergleichung dort, wo ihr ein neutraler Standpunkt in Gestalt einheitlicher Ziele bereits vorgegeben ist, etwa bei dem Bestreben, die Kriminalitäts- und Rückfallquoten durch geeignete Gestaltungen des Straf-, Strafprozeß- und Strafvollzugsrechts niedrig zu halten. Eine Plattform für Vergleiche bietet sich ferner in allen volkswirtschaftsnahen Rechtsbereichen, etwa dem Steuerrecht, weil der Erfolg der rechtlichen Rahmenordnung dort ebenfalls bezifferbar ist. So läßt sich denn auch feststellen, daß im Straf- und Steuerrecht häufiger als sonst auf Rechtsvergleichung zurückgegriffen wird⁶¹. Schwieriger wird es aber, in Materien wie dem allgemeinen Verwaltungsrecht oder der Grundrechtsdogmatik einen Standpunkt einzunehmen, der aus Sicht verschiedener Rechtsordnungen gleichermaßen geeignet erscheint. Zwar ist es auch hier möglich, auf empirische Daten abzustellen, Erfolgsindikatoren zu identifizieren und so ein „benchmarking“ zu ermöglichen⁶² – doch

ist das nicht die Vorgehensweise der Jurisprudenz in ihrer normativen Dimension.

Obwohl es also schwierig ist, für öffentlich-rechtliche Vergleichung einen neutralen Standpunkt zu bestimmen, wird dessen Notwendigkeit zumeist eingefordert⁶³. Es müsse vorab ein *tertium comparationis* gewählt werden, dem sowohl das eigene als auch das fremde Recht gleichwertig gegenübergestellt werden könne⁶⁴. In der Praxis spiegelt sich diese Forderung im Erstellen der Fragebögen für Länderberichte wider, die bei größeren Studien ins Englische oder Französische übersetzt werden, wodurch die technischen Rechtsbegriffe einer undogmatischen Umschreibungssprache weichen⁶⁵. In der Literatur stützt man die Forderung nach dem neutralen Standpunkt auf die sogenannte funktionale Methode der Rechtsvergleichung⁶⁶, die zivilrechtlich entwickelt wurde und von dort in das öffentliche Recht einwirkt⁶⁷. Funktionalität gilt als methodischer Ausgangspunkt, weil man im Recht nur sinnvoll vergleichen könne, was dieselbe Aufgabe erfülle; den Blick auf diese Aufgabenparallelität dürfe man sich nicht verstellen, indem man von den Systembegriffen des eigenen Rechts ausgehe⁶⁸. Auch müsse man offen für Funktionsäquivalenzen bleiben, die in der Rechtspraxis außerhalb geschriebener Normen lägen, etwa wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen das Gleichgewicht des Vertragsrechts verschieben oder wenn das Instrument der „Title Insurance“ die Funktionen eines Grundbuchs teilweise übernimmt⁶⁹.

So sinnvoll diese methodische Forderung im Einzelfall sein mag, so übersteigert wirkt sie, wenn sie zu einer allgemeinen Bedingung der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung erhoben wird. Starck fordert beispielsweise in seiner Übertragung der funktionalen Methode auf das öffentliche Recht, man dürfe überhaupt keine Ausdrücke aus den verglichenen Rechtsordnungen übernehmen, sondern müsse zunächst eine Metasprache finden, in der die Regelung von Lebensproblemen mit autonomen Begriffen beschrieben werde⁷⁰. Noch weiter gehen diejenigen, die in der Rechtsvergleichung nur Kategorien der Soziologie gelten lassen wollen, weil nur diese eine Anknüpfung an die Rechtswirklichkeit gestatten⁷¹. Konsequenterweise dürfte man dann zwar

S. 20 ff., 39 ff., 105 ff.; exemplarisch für die zivilrechtsakzessorische Haltung Joseph H. Kaiser ZaöRV 24 (1964), 391–404 (402): „Die Privatrechtsvergleichung hat die größere Erfahrung und die größere Sicherheit der Methode. Sie ist ... mit ihrer Fundgrube methodischer Prinzipien der Vergleichung im öffentlichen Recht überlegen ...“

58 Herbert Krüger VRÜ 5 (1972), 5–28 (26).

59 Wieser (Fn. 53), S. 24 f.; exemplarisch für diesen Dreiklang von Problemaufriß, Länderberichten und Vergleichung Dimitris T. Tsatos/Dian Schefold/Hans-Peter Schneider (Hrsg.), Parteienrecht im europäischen Vergleich – Die Parteien in den demokratischen Ordnungen der Staaten der europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 11 ff., 27 ff., 695 ff.; typisch auch Pierre Legrand, Le droit comparé, Paris 1999, S. 73 ff. („I. Le droit de l'autre“, „II. Le droit de soi“ und „III. Le soi et l'autre“). Wie hier kritisch gegenüber derlei Aufteilungen Mössner (Fn. 8), S. 224 f.

60 Als jüngstes Beispiel können die durchweg ohne Vergleichung präsentierten Berichte in: Eibe Riedel/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Recent Trends in German and European Constitutional Law. German Reports to the XVIIth International Congress on Comparative Law, Utrecht, 16 to 22 July 2006, 2006, dienen.

61 So das Ergebnis der Entscheidungsanalyse von sechs Verfassungsgerichten bei Pegoraro/Damiani (Fn. 16), S. 138 ff. (161).

62 Dazu etwa Martin Eifert, in: ders./Jan Ole Püschel (Hrsg.), National Electronic Government. Comparing Governance Structures in Multi-Layer Administrations, New York 2004, S. 1–12 (3 ff., 9).

63 Besonders entschieden bei Karl-Peter Sommermann DÖV 1999, 1017–1029 (1017). Ausgeprägt auch bei Pänder (Fn. 34), S. 19 ff., 202 ff.

64 So bereits früh Gustav Radbruch, Über die Methode der Rechtsvergleichung (1905/06), in: ders., Gesamtausgabe, Bd. 15: Rechtsvergleichende Schriften, 1999, S. 152–156 (153).

65 Christian Starck JZ 1997, 1021–1030 (1027).

66 Vgl. Zweigert/Kötz (Fn. 46), S. 29 f.; zur Übertragung des Funktionalitätskriteriums auf die Rechtsdogmatik siehe Hein Kötz, in: RabelsZ 54 (1990), 203–215 (209 ff.). Die energische Gegenstimme bildet insoweit Léontin-Jean Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. II: Die rechtsvergleichende Methode, 1972, S. 31, 43 ff.; kritisch auch Geoffrey Samuel, in: Van Hoecke (Fn. 43), S. 35–77 (39).

67 Zustimmung etwa Oliver Brand JuS 2003, 1082–1091 (1086 f.); Morlok, in: Tsatos/Schefold/Schneider (Fn. 59), S. 695–736 (713 ff.) m. w. N.; Schwarze (Fn. 5), S. 80 ff.; Karl-Peter Sommermann DÖV 1999, 1017–1029 (1017); Christian Starck JZ 1997, 1021–1030 (1027, 1028 f.). Als Beispiel für einen solchen Fragebogen, der weitgehend frei von technischen Rechtsbegriffen ist, siehe den „Gliederungsplan“ bei Tsatos/Schefold/Schneider (Fn. 59), S. 11 ff. Was bei Markesinis (Fn. 44), S. 181 ff., neu als „fokussierter“ Ansatz im öffentlichen Recht bezeichnet wird, ist letztlich ebenfalls eine Variante der funktionalen Methode.

68 Zweigert/Kötz (Fn. 46), S. 30; Ebert (Fn. 47), S. 29 f.; Glendon/Gordon/Osakwe (Fn. 53), S. 11. Kritisch gegenüber dem Abstraktionserfordernis Willem Konijnenbelt, in: Katharina Boele-Woelki u. a. (Hrsg.), Comparability and Evaluation. Essays in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou, Dordrecht 1994, S. 121–129 (126 ff.).

69 Zweigert/Kötz (Fn. 46), S. 34.

70 Christian Starck JZ 1997, 1021–1030 (1027).

71 Ulrich Drobnig RabelsZ 18 (1953), 295–309 (304 ff.): rechtssoziologischer „Begriffsapparat“ als notwendiges Element der Rechtsvergleichung

von Gewaltenteilung und Rechtsetzung sprechen – beides Begriffe, die auch die empirische Sozialwissenschaft kennt⁷² – nicht aber von Verwaltungsakt oder Rechtsstaatsprinzip. Dieser puristischen Tendenz in der rechtsvergleichenden Methodik ist zweierlei entgegenzuhalten:

Erstens gehört es zu den unentrinnbaren Problemen der Suche nach Neuem, daß sie nicht alle unbekanntenen Konstellationen vorhersehen und darum nicht vorab eine vollständig neutrale Umschreibung entwickeln kann. Fragt man beispielsweise nicht nach der Normverwerfungskompetenz, sondern etwas offener nach der gerichtlichen Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung, so wird man damit den Rechtssystemen in Großbritannien und in der Schweiz noch keineswegs gerecht, denn beide kennen keinen durchsetzbaren Vorrang gegenüber dem Parlament. Unser Verstehensprozeß bleibt auch in der Rechtsvergleichung zu einem nicht genau bestimmbar Anteil vom eigenen Vorverständnis geprägt. Eine vollständige Neutralisierung der eigenen Perspektive ist hier wie anderswo unmöglich⁷³.

Zweitens ist es weder naheliegend noch nötig, neutrale Darstellung und bewertende Vergleichung zu trennen. Idealtypisch soll die bloße Beschreibung fremden Rechts – die sogenannte Auslandsrechtskunde – allein noch nicht als Rechtsvergleichung gelten, sondern erst in ihrer Ergänzung um einen separaten, wertenden Teil⁷⁴. Diese Vorstellung orientiert sich an der üblichen Aufteilung in Länderberichte und Gesamtschau. Dabei gibt es anerkannte Beispiele erfolgreicher rechtsvergleichender Arbeiten, in denen die Darstellung mit einer impliziten Wertung zusammenfällt, so daß ein eigener Wertungsabschnitt ganz entfallen kann. Wenn beispielsweise *Alexis de Tocqueville* 1835 über die Demokratie in Amerika schreibt, die Amerikaner könnten sich Sonderrechte nicht einmal vorstellen, dann liegt allein in dieser Beobachtung gleichzeitig eine rechtsvergleichende Wertung, denn zu jenem Zeitpunkt hatte die französische Revolution zwar stattgefunden, doch war das Zensuswahlrecht in Frankreich bereits wieder eingeführt worden. *Tocqueville* hat später selbst bekundet, er habe den Reisebericht in der demokratiegeneigten Aufbruchstimmung vor der neuerlichen Revolution geschrieben. Auch *Montesquieu*s Ausführungen zur Gewaltenteilung finden sich in einem bloß beschreibenden Kapitel zur Verfassungslage in England. Gleichwohl wird seine Schrift über den Geist der Gesetze richtigerweise als rechtsvergleichende Arbeit angesehen⁷⁵. Wer wie *Tocqueville* und *Montesquieu* das fremde Recht vor dem Erfahrungshintergrund des eigenen schildert, der unterliegt in seinem Verstehen automatisch einer vergleichenden Perspektive. Verallgemeinert gesprochen bietet schon die Darstellung fremden Rechts vor dem impliziten Hintergrund der eigenen Ordnung einen Beitrag zur Rechtsvergleichung, ohne daß es stets einer gegliederten Vorgehensweise bedürfte⁷⁶.

und rechtstatsächliche Kategorien als *tertium comparationis*. Ähnlich *Max Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, S. 20f., 28f., 118 (Methode des „factual approach“).

⁷² So *Christian Starck* JZ 1997, 1021–1030 (1027).

⁷³ Wie hier *Constantinesco* (Fn. 66), S. 48.

⁷⁴ Vgl. etwa *Zweigert/Kötz* (Fn. 46), S. 47f.; *Rheinstein* (Fn. 71), S. 27. Diese Vorgehensweise kann bereits auf *Ernst Rabel* zurückgeführt werden; vgl. dazu *Timo Utermark*, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel, 2005, S. 120ff. (121).

⁷⁵ *David* (Fn. 46), Rn. 2, 4; *Joseph H. Kaiser* ZaöRV 24 (1964), 391–404 (396f., 399f.).

⁷⁶ Weiteres prominentes Beispiel: *Rudolf von Gneist*, Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bd. 1 1857, Bd. 2 1860. In Vorlesungen zur öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung gibt es häufig eine Konzentration auf die Ideengeschichte der herausstechenden Merkmale einer einzelnen Verfassungsordnung (z. B. Parlamentsouveränität in Groß-

Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, daß kein neutraler Standpunkt eingenommen werden muß, um sinnvoll Rechtsvergleichung zu betreiben. Vergleich und Bewertung sind auch möglich, indem man direkt aus der Perspektive des eigenen Rechts das fremde untersucht und die Vergleichskriterien in diesem Prozeß dynamisch herausbildet⁷⁷. Einen neutralen Standpunkt muß nur derjenige einnehmen, der zusätzlich mit dem Anspruch auf Vollständigkeit und Unparteilichkeit operiert – also beispielsweise der Gutachter bei der Vorbereitung eines Rechtsvereinheitlichungsprojekts. Und selbst dann ist das Erfordernis politisch bedingt, nicht methodisch. Geht es hingegen nur darum, einen vermuteten Schwachpunkt des eigenen Rechts zu beleuchten, dann kann die perspektivische Suche in anderen Rechtsordnungen bereits zu Antworten führen. Damit erübrigt sich die Technik, bei der zunächst möglichst neutrale Länderberichte verfaßt werden und erst anschließend die wertende Vergleichung folgt. Diese nach wie vor herrschende Vorgehensweise ist methodisch unnötig, darstellerisch aufwendig und inhaltlich ertragsarm.

3. Rechtsvergleichung als fünftes Auslegungsmittel

Rechtsvergleichung lebt nicht allein in großen Studien, sondern sucht punktuell nach Interpretationshilfen für eine konkrete Rechtsanwendungskonstellation⁷⁸. Im öffentlichen Recht ist diese interpretatorische Rechtsvergleichung seit langem umstritten. So hat *Nawiasky* im Jahr 1926 auf der Staatsrechtslehrertagung zum Gleichheitssatz der Weimarer Reichsverfassung betont, er halte es für unzulässig, zwischen staatlich getrennten Rechtsordnungen Schlüsse zu ziehen, sofern nicht ausnahmsweise ein unmittelbarer geistiger Zusammenhang im Sinne einer Übernahme nachweisbar sei⁷⁹. Demgegenüber plädierten *Erich Kaufmann* und *Triepel* auf derselben Tagung ebenso energisch für eine Rechtsvergleichung bei der Verfassungsinterpretation⁸⁰.

Heute wird die Rechtsvergleichung von *Häberle* als fünfte Auslegungsmethode qualifiziert⁸¹. Eine solche Kennzeichnung wird man nicht mit einem Hinweis auf den bloß teleologischen Charakter der Rechtsvergleichung von der Hand weisen können⁸², denn rechtsvergleichende Normauslegung ist mehr als bloße Zweckforschung. Wo dem Gesetzgeber die Regelungen anderer Staaten als Vorbild gedient haben oder wo systematische Rechtsvergleichung erst den Weg zur

britannien, Demokratie in Amerika, Verfassungsstaatlichkeit in Frankreich).

⁷⁷ *Constantinesco* (Fn. 66), S. 43ff., 88f.

⁷⁸ Vgl. *Mössner* (Fn. 8), S. 225.

⁷⁹ *Hans Nawiasky* VVDStRL 3 (1927), 25–43 (26). Konsequenz dann S. 27: „Aus diesem Grunde glaube ich jenen höchst interessanten, ja verführerischen Versuchen nicht folgen zu dürfen, die aus der schweizerischen oder nordamerikanischen Rechtspraxis in bezug auf den verfassungsmäßigen Gleichheitssatz Konsequenzen für unser Recht gezogen haben.“ (Hervorhebungen bei *Nawiasky*).

⁸⁰ *Erich Kaufmann* VVDStRL 3 (1927), 2–24 (5): „Für eine Erörterung seines [des Gleichheitssatzes] Sinnes ist daher die rechtsvergleichende Methode nicht nur nicht abzuweisen, sondern sogar geboten.“ Ebd., Schlußwort, S. 60–62 (61): „Namentlich die Judikatur des Supreme Court bietet für das, was ich meine, interessante Beispiele.“ *Heinrich Triepel* VVDStRL 3 (1927), 50–53 (50): „Diese Zusammenhänge laufen um die ganze zivilisierte Welt. Und gerade weil sich der neue deutsche Bau auf den demokratischen Untergrund stellt, ist es kein Mißgriff, wenn man die neue deutsche Rechtsordnung in Beziehung setzt zu dem Rechtssystem der Vereinigten Staaten oder der Schweiz, . . .“

⁸¹ *Peter Häberle* JZ 1989, 913–919 (916ff.); *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 312ff.; zustimmend wenig später *Herwig Roggemann* JZ 1990, 363–373 (367); ähnlich bereits früher *Friedrich Kübler* JZ 1977, 113–118 (118).

⁸² So aber *Christian Starck* JZ 1997, 1021–1030 (1024).

rechtsvereinheitlichenden Normierung ebnet, wie dies etwa bei Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Union der Fall ist, da gehört das fremde Recht zur Entstehungsgeschichte. Die Rechtsvergleichung hebt dann im herkömmlichen Methodenkanon die genetischen, nicht die teleologischen Aspekte hervor. Gerade weil die vergleichende Interpretation sich mal auf den einen, mal auf den anderen Aspekt einer Rechtsnorm richtet, ist es gerechtfertigt, sie als eigenständiges Element anzusehen und mit *Häberle* als „fünfte Methode“ neben die übrigen treten zu lassen.

Diese Anerkennung hilft aber über die größte Hürde nicht hinweg. Während nämlich grammatische, historisch-genetische, systematische und teleologische Auslegungsmittel stets zulässig sind, soll das rechtsvergleichende Element selbst nach *Häberles* Konzeption nicht überall anwendbar sein. Es dürfe die kulturelle Identität des einzelnen Verfassungsstaates nicht über Verfassungsvergleichung eingeengt werden, weshalb keine „Automatik“ der Übertragung verfassungsrechtlicher Gehalte von einem Staat auf den anderen bestünde⁸³. Das aber bedeutet, daß die Zulässigkeit der Rechtsvergleichung als Auslegungsmittel trotz grundsätzlicher Anerkennung nach wie vor offen ist. Wann – so lautet die Frage – läßt sich diese „fünfte Auslegungsmethode“ im öffentlichen Recht einsetzen?

Im Bereich des Völker- und Europarechts gibt es eine Reihe von Konstellationen, in denen der interpretatorische Brückenschlag zum fremden Recht gelingt, ohne daß die Zulässigkeit zweifelhaft ist. So gewinnt der *Internationale Gerichtshof* durch Rechtsvergleichung die in seinem Statut erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsätze⁸⁴, die dann ihrerseits über die völkerrechtskonforme Auslegung in die deutsche Gesetzesinterpretation einfließen können. In der Rechtsprechung des *EuGH* sind es die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, die durch rechtsvergleichenden Rekurs auf mehrere Rechtsordnungen herausdestilliert werden müssen. Und ganz allgemein kann das fremde Recht im Rahmen der Auslegung beachtlich werden, wenn das anwendbare Recht auf ein ausländisches Vorbild zurückgeht – etwa bei europäischen Verordnungen und Richtlinien. In solchen Fällen zählt die Rechtsvergleichung anerkanntermaßen zum richterlichen Pflichtprogramm.

Damit verbleiben für die Frage methodischer Zulässigkeit noch diejenigen Bereiche des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, in denen ein derartiger Brückenschlag durch ausdrückliche „Verweisungen auf fremdes Recht“⁸⁵ oder durch subtilere Formen nachweisbarer „Intertextualität“⁸⁶ nicht zur Verfügung steht. Hier sei beispielhaft die Verfassungsrechtsvergleichung beleuchtet.

a) Textstufenanalyse

Zu den spezifisch öffentlich-rechtlichen Methodenvorschlägen gehört die von *Häberle* propagierte Textstufenanalyse⁸⁷. Entgegen der Bezeichnung verbirgt sich dahinter mehr als ein bloßer Textvergleich. Ergänzt wird die Textanalyse durch eine kulturwissenschaftliche Einheits- und Entwicklungs-

these, die den methodischen Unterbau bildet. Die europäische „Textgemeinschaft“⁸⁸, deren Umriss sich in neuen Verfassungstexten abzeichnet, gilt als Indikator für eine Rechtsgemeinschaft. Dadurch wächst das Instrument der Verfassungstextvergleichung zur Verfassungsrechtsvergleichung.

Die einzelnen Schritte lassen sich beispielhaft an einer Studie nachzeichnen, die *Häberle* zum Sport in neueren Verfassungen erarbeitet hat⁸⁹. Mit dieser Studie will er zeigen, daß selbst rechtlich diffuse Themen wie Sport, Sprache, Arbeit oder Alter dank juristischer Text- und Kulturforschung wissenschaftliche Konturen gewinnen können⁹⁰. Dazu werden in einem ersten Schritt Textstellen aus neueren Verfassungen analysiert und zu einem Ensemble arrangiert, neben das ergänzend noch Auszüge aus den Programmen politischer Parteien und den Satzungen von Sportverbänden treten. Daran knüpft sich die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Sports, unter anderem unter den Rubriken Grundrechtsdimensionen, Erziehungsziele, Staatsaufgaben und Konfliktlagen. Mit dem Hinweis, Verfassungslehre sei kein Selbstzweck, wird abschließend geraten, sie solle „im Sinne wissenschaftlicher Vorratspolitik behutsam Direktiven geben und Alternativ-Vorschläge unterbreiten, wie ein bestimmter Problembereich, etwa der Sport, verfassungstextlich zu behandeln ist: sei es bei anstehenden Totalrevisionen, sei es bei Teilrevisionen verfassungsstaatlicher Verfassungen.“⁹¹ Konkret läuft dies bei *Häberle* auf die Empfehlung hinaus, den Sport entweder bei den Grundrechten, oder bei den Staatsaufgaben oder bei den Erziehungszielen in den Verfassungstext einzubeziehen – zur Meidung einer barocken Überfülle aber nicht in allen Zusammenhängen gleichzeitig.

Was ist von dieser Textstufenanalyse methodisch zu halten? Zunächst fällt auf, daß die Studie rechtspolitische und interpretatorische Anliegen verbindet. Sie mündet in eine Empfehlung *de constitutione ferenda*. Gleichzeitig interpretiert *Häberle* dabei einzelne Verfassungsnormen, wobei er auch Querbeziehungen zwischen den Verfassungen herstellt. So subsumiert er den Sport in der spanischen Verfassung kraft rechtsvergleichender Interpretation unter die Mittel zur kulturellen Entwicklung und in der niederländischen Verfassung unter die Formen der Freizeitgestaltung⁹². Solche Verbindungen beruhen auf der kulturwissenschaftlichen Prämisse, daß die Rechtsordnungen vom Typus „Verfassungsstaat“ untereinander in einer Entwicklungsgemeinschaft verbunden seien⁹³. Diese These ist in ihrer Zukunftsgewandtheit noch anspruchsvoller als die bereits erwähnten Rechtskreislehren des Zivilrechts, die ihre Einheitsverbürgung immerhin aus der gemeinsamen Geschichte und damit aus der leichter ermittelbaren Vergangenheit ableiten. Auf eine Zukunftsgewandtheit der *Häberle*-Methode deutet auch die Bildsprache der „Textstufen“ hin, weil sie eine stetige Fortentwicklung in gleichbleibender Aufwärtsrichtung impliziert. Damit basiert der Ansatz letztlich auf einer unabweisbaren Annahme, die jedenfalls nicht in allen Fällen überzeugen kann. Warum etwa sollte man in die Verfassung eines kleinen Landes wie Luxemburg den Sport hineininterpretie-

⁸³ Peter Häberle JZ 1989, 913–919 (917f.).

⁸⁴ Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut: „von den Kulturvölkern anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze“; Beispiele für die so gewonnenen Gehalte sind die *clausula rebus sic stantibus* und die Lehre vom *abus de droit*; vgl. Oliver Brand JuS 2003, 1082–1091 (1083).

⁸⁵ Fritz Münch ZaöRV 33 (1973), 126–151 (126, 127f.).

⁸⁶ Zu ihnen Martin Morlok, in: FS Häberle, 2004, S. 93–136 (96 ff.).

⁸⁷ Zusammenfassend Peter Häberle, in: FS Tsatsos, 2000, S. 9–29 (10 ff., 21 f.); beispielgebend ders., Europäische Verfassungslehre, 4. Aufl. 2006, S. 308 ff.

⁸⁸ Peter Häberle JöR 54 (2006), 367–383 (382).

⁸⁹ Peter Häberle, in: FS Thieme, 1993, S. 25–53; Zustimmung zur Methode der Textstufenanalyse bei Morlok (Fn. 67), S. 711 f.

⁹⁰ Häberle (Fn. 89), S. 27.

⁹¹ Häberle (Fn. 89), S. 52.

⁹² Häberle (Fn. 89), S. 31 f.

⁹³ Ähnlich auch Pegoraro/Damiani (Fn. 16), S. 134: „There would seem to be a kind of circular process which allows or helps common principles to circulate, at least within the legal systems of liberal democracies.“

ren, obwohl das Land mangels internationaler Präsenz wohl auch zukünftig keine vergleichbare nationale Sportbegeisterung entfalten kann wie Spanien, Portugal oder die Niederlande? Daß die europäischen Verfassungsstaaten sich im Großen und Ganzen parallel entwickeln, begründet noch nicht die Annahme, diese Parallele müsse sich auch auf alle Einzelheiten der Rechtskultur erstrecken. Sowohl die kulturelle Verbindungsthese als auch die darauf beruhende Methode der Textstufenanalyse können in derart spezifischen Gegenstandsbereichen nicht überzeugen.

b) Positive Interpretationshilfe

Verfassungsrechtsvergleichung muss also bescheidener und kleinräumiger agieren. Von einer berechtigten Einheitlichkeitsvermutung wird man dort ausgehen können, wo die Verfassungen bereits gegenwärtig europaweit oder sogar weltweit standardisiert sind. Insoweit ist es plausibel, die Gleichheit von Verfassungstexten als Indikator für gleichartige Verfassungsinhalte anzusehen und das fremde Verfassungsrecht als positive Interpretationshilfe zu verwenden.

So findet sich etwa der Grundsatz *nulla poena sine lege* ebenso homogen geregelt wie die Ausnahme von der Immunität der Abgeordneten beim Ergreifen *in flagrante delicto*. In solchen Regelungsbereichen darf man *prima facie* davon ausgehen, daß der jeweilige Verfassungsgeber mit der Formulierung des Verfassungstextes auch an die bekanntermaßen einheitliche Bedeutung dieser Texte in anderen Rechtsordnungen angeknüpft hat. Das spanische Verfassungsgericht könnte dank dieser Bedeutungseinheit beispielsweise ohne methodische Bedenken für die Inhaltsbestimmung des spanischen *nulla poena*-Satzes (Art. 25 Abs. 1 SpVerf) auf die Rechtsprechung des deutschen *BVerfG* zu Art. 103 Abs. 2 GG zurückgreifen. Selbst in solchen Fällen bedingt die Verfassungsvergleichung aber nicht mehr als eine widerlegliche Vermutung für Inhaltsgleichheit. So kann der Gesetzesvorbehalt für Freiheitsentziehung, der sich in der schweizerischen Bundesverfassung findet (Art. 31 Abs. 1 BV), gerade *nicht* im Sinne eines *nulla poena*-Satzes nach deutschem Verständnis ausgelegt werden, weil das schweizerische Strafrecht traditionell kein Analogieverbot kennt und die jüngste Totalrevision der Bundesverfassung an diesem Umstand nichts ändern sollte⁹⁴.

Die Einheitlichkeitsvermutung, auf der die Verfassungsvergleichung kraft Textgleichheit beruht, stößt aber nicht nur durch ihren *prima facie*-Charakter an Grenzen. Wenn in der Literatur die öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung auf Begriffe der allgemeinen Staatslehre gestützt wird – auf Gewaltenteilung, Rechtsetzung, Normenkontrolle, administrativen Handlungsspielraum⁹⁵ –, so ist keinesfalls sichergestellt, daß sich diese in jedem Fall als Indikatoren für Inhaltsgleichheit verwenden lassen. Die Unterschiede zeigen sich am Beispiel der Grundrechte: Nahezu jede neue Verfassung enthält einen weitgehend gleichartigen Textteil über Grund-

rechte. Die normtextliche Standardisierung geht inzwischen sogar so weit, daß eine Auslassung sofort auffällt, etwa wenn die neue kroatische Verfassung zwar den Rechtsschutz gegenüber Verhaftungen, aber nicht denjenigen gegenüber Beschlagnahme regelt, obgleich das in der jüngeren Verfassunggebung inzwischen international üblich ist. Trotz dieser Textstandards muß bei der Eignung von Grundrechten für Verfassungsvergleichung unterschieden werden. Soweit sie einen konkreten Gegenstand haben, wie etwa bei der Versammlungsfreiheit oder der Vereinigungsfreiheit, kann von der Textgarantie eher auf eine Inhaltsparallele mit anderen Verfassungen geschlossen werden. Handelt es sich hingegen um komplexe Rechte wie Religionsfreiheit oder Meinungsfreiheit, in denen ganz unterschiedliche Schutzgehalte zusammenfließen können – oder eben auch nicht –, dann ist allenfalls ein Kernbereich vergleichungsgeeignet: etwa das kultische Handeln in staatlich anerkannten Religionsgemeinschaften. Man wird aber beispielsweise nicht von den Besonderheiten der US-amerikanischen „Commercial Speech Doctrine“ auf den Inhalt der deutschen Meinungsäußerungsfreiheit schließen können. Am wenigsten vergleichungsfähig sind in diesem Kontinuum die allgemeine Handlungsfreiheit und der allgemeine Gleichheitssatz⁹⁶. Trotz normtextlicher Garantie ist zum Beispiel jeweils offen, ob eine Verfassung die Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht konzipiert oder nicht. Ebenso offen bleibt beim Text eines Gleichheitssatzes, ob er bloß formell oder auch im Sinne tatsächlicher Gleichstellung gemeint ist.

c) Negative Interpretationshilfe

Nach alledem erweisen sich die Möglichkeiten, aus dem Verfassungsrechtsvergleich eine positive Interpretationshilfe für die eigene Verfassung abzuleiten, als von vornherein eng begrenzt. Weniger anforderungsreich und dadurch erheblich mächtiger ist die Verwendung des Rechtsvergleichs als negative Interpretationshilfe.

Diese Verwendungsweise läßt sich am Menschenwürdeschutz in Art. 1 Abs. 3 GG aufzeigen, der zusätzlich der Ewigkeitsgarantie unterliegt (Art. 79 Abs. 3 GG). Angesichts dieses absoluten Schutzes gehen Rechtsprechung und Literatur bei der Auslegung der Norm behutsam vor: nur in besonders krassen Fällen der Beeinträchtigung wird eine Menschenwürdeverletzung angenommen. Innerhalb dieser restriktiven Interpretation kann nun die Verfassungsrechtsvergleichung als zusätzliches Kontrollkriterium fungieren⁹⁷. Soweit sich nachweisen läßt, daß in mehreren anderen freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaaten eine umstrittene Abwägung grundrechtlicher Schutzgüter noch als vertretbar gilt, spricht dies jedenfalls *prima facie* dagegen, die damit verbundene Beeinträchtigung unter dem Grundgesetz als Menschenwürdeverletzung anzusehen. Wenn also – wie etwa bei der Präimplantationsdiagnostik und verwandten biotechnischen Verfahren⁹⁸ – eine weltweite Wertungsdifferenz unter demokratischen Verfassungsstaaten besteht, dann kann dieser rechtsvergleichende Befund als negative Interpretationshilfe gegen eine zwingende Beschränkungswirkung der grundgesetzlichen Norm in Stellung gebracht werden.

Was sich auf diesem Weg für absolut geschützte Gehalte zeigen läßt, kann in grundrechtsdogmatischer Breite auch

⁹⁴ Vgl. *BGE* 87 IV 115 (118) – Unterschlagung irrtümlicher Bankgutschrift; 90 IV 94 (96) – Vereitelung der Blutprobe; 95 IV 68 (73) – Ausweiskfälschung: „Sinngemäße Auslegung kann auch zu Lasten des Angeklagten vom Wortlaut abweichen.“ Entschiedene Zustimmung etwa bei *Arthur Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1951, S. 14f. Kritisch hingegen *Kurt Seelmann*, Strafrecht. Kurzlehrbuch zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafrechts, 1999, S. 26f. – das Legalitätsprinzip verliere dadurch in einem wichtigen Bereich seine Begrenzungsfunktion. Strenger das deutsche Recht, das auf die Grenze des Wortlauts, nicht des Normsinnes abstellt, etwa in *BVerfGE* 71, 108 (115) – Anti-Atomkraftplakette; 92, 1 (12) – Sitzblockaden II.

⁹⁵ *Christian Starck* JZ 1997, 1021–1030 (1027).

⁹⁶ Zu den notwendigen Differenzen beim Gleichheitsverständnis selbst unter eng verwandten Verfassungsstaaten siehe *Peter Häberle* JZ 1989, 913–919 (913).

⁹⁷ *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 2006, Art. 79 III, Rn. 20.

⁹⁸ *Schulze-Fielitz* (Fn. 1), S. 364 ff.

auf die Frage der Angemessenheit übertragen werden. Hier gilt ebenfalls, daß mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit eine letzte Grenze gezogen wird, die durch legislative und exekutive Güterabwägung nicht überschritten werden darf. Und mit dieser Letztverbindlichkeit geht wiederum das Gebot der Zurückhaltung einher. Würde das *BVerfG* beim Angemessenheitsurteil keinen Spielraum für ein Spektrum zulässiger Abwägungen lassen, dann würde es sich institutionell an die Stelle des Gesetzgebers setzen. Auch die Optimierung im Rahmen der Abwägung kann und muß mit dem Rahmencharakter der Verfassung vereinbar bleiben⁹⁹. Wo aber Zurückhaltung geboten ist, da kann das Beispiel anderer Verfassungsstaaten die Argumentationslast verschieben. Zeigt etwa der Rechtsvergleich mit dem englischen Recht, daß dort den Behörden ein weiter Spielraum für die Installation von Videoüberwachungsanlagen im deliktgefährdeten öffentlichen Raum eingeräumt wird, dann spricht dies zunächst dagegen, solche Überwachungen in Deutschland *per se* als Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts einzustufen. Begründet ist damit allerdings erst eine Argumentationslast, kein definitives Ergebnis. Läßt sich also zeigen, daß die englische Rechtsordnung trotz förmlicher Einbeziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention noch immer keine effektiven Rechtsschutzinstrumente gegen Beeinträchtigungen des Datenschutzanspruchs enthält, dann ist der rechtsvergleichende *prima facie*-Befund seinerseits widerlegt.

4. Zwischenergebnis

Die Rechtsvergleichung im großen Rahmen wissenschaftlicher Studien kann auf das strukturelle Korsett separater Länderberichte verzichten, ohne daß nennenswerte Erkenntnisverminderungen drohten. Diese nach wie vor herrschende Vorgehensweise ist darstellerisch aufwendig und inhaltlich ertragsarm. Kreative Vergleichung ist besser möglich, wenn man direkt aus der Perspektive des eigenen Rechts das fremde wertend untersucht, ohne zuvor einen neutralen Standpunkt einzunehmen.

Rechtsvergleichung als Interpretationsmittel erweist sich je nach Gegenstand als sehr voraussetzungsvoll. Eine kulturelle Verbindungsthese, wie sie von der Textstufenanalyse vorausgesetzt wird, muß sich bei jedem Vergleichsgegenstand neu bewähren. Dasselbe gilt für Inhaltsp parallelen zwischen Verfassungsbestimmungen unterschiedlicher Rechtsordnungen. Nur in stark standardisierten Bereichen und nur als *prima facie*-Einsicht kann hier im fremden Recht geschöpft werden. Methodisch mächtiger ist die kontrollierende Absicherung eines schon gefundenen Ergebnisses, also die Selbstvergewisserung gegenüber nationalen Engführungen. Im Bereich universell verstandener Menschenrechtsgarantien kann der rechtsvergleichende Blick auf die Ergebnisse anderer Verfassungsgerichte dazu beitragen, die gebotene Offenheit zu bewahren.

IV. Chancen einer dialektisch aufgebauten Rechtsvergleichung

Die hier empfohlene *dialektische* Methode der Rechtsvergleichung mag auf den ersten Blick weniger systematisch, ja geradezu eklektisch (und damit weniger wissenschaftlich) erscheinen, weil sich bei ihr Erkenntnisinteresse und Er-

kenntnisgegenstände in einem Kreisprozeß gegenseitig bedingen und befruchten, statt in einem Verfahren hierarchischer Konkretisierung vorgängig festgelegt zu werden. Doch gerade der unvorhersehbare dialektische Prozeß, der die Vergleichskriterien dynamisch herausbildet, verspricht Kreativität und tieferes Verständnis. Er führt, sofern er gelingt, zu wiederkehrenden Einsichten auf höherem Niveau (Synthesen) durch fortwährendes Gegenüberstellen von These und Antithese. Diese Grundstruktur gilt (mit Ausnahme des aristotelischen Verständnisses) über alle Äußerungsformen der Dialektik hinweg als gemeinsames Dach: die sokratische Methode lebt vom skeptischen, ja streithaften Hinterfragen; die transzendente Dialektik *Kants* kreist um die unauflösbaren Widersprüche; das Aufheben der Widersprüche in *Hegels* Dialektik lebt von der Negation; der dialektische Materialismus bei *Marx* gründet im Kampf zwischen den Klassen; und die Dialektik der Aufklärung analysiert die Kräfte der Gegenaufklärung. Ebenso lebt die Dialektik innerhalb der Rechtsvergleichung von den Elementen Opposition und Widerspruch (*contradiction*)¹⁰⁰. Es sollte also gerade nicht darum gehen, so frühzeitig und umfassend wie möglich eine neutrale Grundlage zu erarbeiten, die dann als sterile Unterlage dient, auf der so schonend wie möglich die nationalen Rechtsordnungen seziert werden. Vielmehr kann das kreative Potential der Rechtsvergleichung viel wirksamer von einem engagiert nicht-neutralen Standpunkt aus angezapft werden. Angebracht ist eine parteiische Sichtweise, wie man sie den englischen Juristen nachsagt – eine tief verwurzelte Überzeugung, daß die eigene Rechtsordnung grundsätzlich jeder anderen überlegen sei¹⁰¹.

1. Parteiischer statt neutraler Standpunkt

Vom parteiischen Standpunkt des eigenen Rechtssystems ausgehend kann man auch ohne systematisierenden Zwischenschritt nach Regelungsunterschieden im fremden Recht suchen, um das Gefundene dann jeweils an die eigene Ordnung heranzutragen – sei es durch Gegenüberstellung der Ergebnisse¹⁰², sei es durch Hinterfragung der Systembegriffe. Verwendet man das eigene Recht als selbstverständliches Analyseraster, so führt das leichter, häufiger und intuitiver zu eingestreuten Wertungen als beim schematischen Vergleichsteil klassischer Arbeiten¹⁰³. Dieses unkonventionelle, nicht an einem vorgefaßten Plan orientierte Vorgehen ist bereits von *Mössner* als komparative Methode mit dialektischer Natur charakterisiert worden¹⁰⁴. Wer das einseitige Ausgehen von den Begriffen der eigenen Rechtsordnung als eine Rechtsvergleichung kritisiert, der die „Würde einer Wissenschaft“ abgeht¹⁰⁵, der übersieht dabei, daß wir ohnehin immer mit dem Vorverständnis unserer eigenen Rechtsordnung antreten, wenn wir uns vergleichend betätigen.

¹⁰⁰ *Samuel* (Fn. 66), S. 64.

¹⁰¹ So berichtet bei *Patrik R. Peyer* recht 2004, 104–113 (105).

¹⁰² So der „Focused Approach“ von *Markesinis* (Fn. 50), S. 183 ff., der wie hier auf eine systematisierende Grundlage verzichtet, aber anders als hier die Entscheidungspraxis der Gerichte zur Ausgangsbasis erklärt.

¹⁰³ Vgl. etwa *Maren Wittzack*, Das Recht der französischen Vollzugspolizeien. Eine vergleichende Untersuchung aus der Perspektive der Polizeirechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 2002, S. 28 ff., 88 f., 118 f., 143 ff. u. v. m.

¹⁰⁴ *Mössner* (Fn. 8), S. 228.

¹⁰⁵ *Pegoraro* (Fn. 55), S. 117.

⁹⁹ *Robert Alexy* VVDStRL 61 (2002), 7–33 (18 ff., 25).

2. Integration von Beschreibung und Bewertung

Wer auf einen neutralen Standpunkt verzichtet, der muß den Rechtsstoff nicht in isolierte Länderberichte überführen und gelangt dadurch zwanglos zu einer stärkeren Integration von Beschreibung und Bewertung. Als ein Beispiel dafür kann die Studie gelten, mit der *Grote* vor einigen Jahren die unterschiedlichen Rechtsstaatlichkeitskonzepte in Europa umrissen hat¹⁰⁶. Der Titel lautet „Rule of Law, Rechtsstaat and ‚Etat de droit‘“, greift also drei einzelne rechtstechnische Begriffe aus Großbritannien, Deutschland und Frankreich auf, ohne vorab nach einem terminologisch neutralen Ausgangspunkt zu suchen. Obgleich die Grundthese des Aufsatzes darin besteht, daß über die Jahrzehnte eine Konvergenz der unterschiedlichen Konzepte zu beobachten ist, wird jedes für sich und in seinen eigenen Systembegriffen dargestellt. Die Vergleichung findet nicht etwa in einem anschließenden Kapitel, sondern durch eine Gegenüberstellung statt, wo immer sie sich im Fluß der Darstellung anbietet. Insgesamt gelingt dadurch eine zwar nirgends neutrale, aber dafür erheblich dichtere, argumentativere und letztlich gehaltvollere Vergleichung, als sie mit der üblichen Methode gewonnen wird.

3. Mehr Wertung, weniger Beschreibung

Der Blick auf die Literatur hat gezeigt, wie wenig sich die träge Methode des systematischen Rechtsvergleichs eignet, um aussagekräftige Ergebnisse zu gewinnen. Über eine ste-

¹⁰⁶ Rainer Grote, in: Christian Starck (Hrsg.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis*, 1999, S. 269–306.

rile Deskription ist damit kaum hinauszukommen¹⁰⁷. Diese Zurückhaltung sollte aufgebrochen und schon die Beschreibung fremden Rechts in bewußt wertender Weise vor dem Hintergrund der eigenen Ordnung präsentiert werden. Wer auf die gegliederte Vorgehensweise mit Länderberichten verzichtet, der kann das Verhältnis von Wertung und Beschreibung nachhaltig verbessern.

4. Fazit

Das dialektische Vorgehen, der bewußte Wechsel zwischen eigener Voreingenommenheit und auslandsrechtlicher Neugier, ist nach alledem besser geeignet, den Reflexionsprozeß in Gang zu bringen, dem die Rechtsvergleichung nach übereinstimmender Auffassung aller Akteure vornehmlich dient. Das gilt besonders für das öffentliche Recht, denn hier sind die Inhaltsverwandtschaften unter den Rechtsordnungen noch spärlicher und konsequenterweise die Systematisierungsversuche noch fruchtloser als im Privatrecht. Wenn in der gerichtlichen Praxis schon heute intuitiv assoziiert, eklektisch aneinandergereiht und beliebig verwiesen wird, statt mit zivilistischem Methodenfahrplan zu operieren, dann sollte dieses dialektische Wechselspiel als beispielhafte Bereicherung verstanden und auch für größere Studien übernommen werden.

¹⁰⁷ Die Trägheit der systematischen Vergleichung zeigt sich deutlich an den umständlichen Arbeitsschritten, die aus dieser Richtung der Methodologie vorgeschlagen werden, etwa bei *Peter De Cruz*, *Comparative Law in a Changing World*, London 1995, S. 232 ff., in Anlehnung an die insoweit ebenfalls wenig ergiebigen Schilderungen bei *Harold C. Gutteridge*, *Comparative Law*, 2. Aufl. 1949, Nachdruck Glashütten 1971, S. 72 ff. („The Process of Comparison“).

Wolfgang Zenker, Berlin*

Textform im WWW, insbesondere bei eBay

Jüngere obergerichtliche Entscheidungen besagen, dass die Darstellung eines Texts auf einer Internet-Seite dann, aber auch nur dann der Textform (§ 126b BGB) genügt, wenn der Betrachter sie ausdrückt oder speichert. Dieses Verständnis der Textform soll im Folgenden kritisch hinterfragt werden. Von Bedeutung ist die Frage insbesondere im Internet-Fernabsatz und hier nicht zuletzt bei eBay; Besonderheiten dieser Handelsplattform erfordern eine gesonderte und im entscheidenden Punkt teilweise abweichende Würdigung.

A. Einleitung

Gemäß § 126b BGB genügt eine Erklärung der Textform, wenn sie in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Er-

klärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht wird. Von besonderer praktischer Bedeutung ist diese Form im Verbraucherschutzrecht des BGB,¹ wo verschiedene Erklärungen und Mitteilungen in Textform erfolgen müssen – allen voran die Belehrung über ein Widerrufsrecht des Verbrauchers (§ 355 II 1 BGB) bei Haustürgeschäften, Fernabsatz-² oder Verbraucherdarlehensverträgen.³ Beachtet der Unternehmer die Textform bei der Belehrung nicht, beginnt die Widerrufsfrist nicht zu laufen und sieht sich der Unternehmer einem – vorbehaltlich ordnungsgemäßer Nachbelehrung – ewig währenden Widerrufsrecht des Verbrauchers ausgesetzt (§ 355 III 3 BGB). Des Weiteren ist die formwidrige und dadurch zudem ggf. hinsichtlich Dauer (vgl. § 355 II 2 BGB) sowie Beginn der Frist

¹ Eine Übersicht der wichtigsten Anwendungsfälle auch darüber hinaus findet sich bei *Einsele*, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2006, § 126b Rdnr. 2. Eine Systematisierung unternimmt *Janal* MDR 2006, 368 f.

² Hier gilt die Textform auch für die Informationen gem. §§ 312c II BGB, 1 IV BGB-InfoV.

³ Die Formvorschrift des § 355 II 1 BGB gilt an sich auch für die Belehrungen über das Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechte- (§ 485 I BGB) und bei Fernunterrichtsverträgen (§ 4 I Fern-USG). Allerdings schreiben hier Sonderregeln letztlich Schriftform vor; vgl. § 3 I, II Nr. 6, IV Fern-USG und zum Teilzeit-Wohnrechtevertrag noch Fn. 37, 40.

* Wolfgang Zenker ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht (Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M.) an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. – Dank gilt meinem Kollegen *Matthias Berberich* für intensive Diskussionen zum Thema und die kritische Durchsicht des Manuskripts.