



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 48

08.07.2006

José Martínez Soria:

**Die Bedeutung der (Verfassung-) Rechtsvergleichung für den  
europäischen Staaten- und Verfassungsverbund:  
Die Methode der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



## **Die Bedeutung der (Verfassungs-) Rechtsvergleichung für den europäischen Staaten- und Verfassungsverbund:**

### ***Die Methode der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht***

Aus geschichtlich entfernten und staatlich getrennten Zuständen sind keinerlei Schlüsse zu ziehen für die Auslegung des geltenden deutschen Rechts. Mit diesem Verdikt Nawiaskis, ausgesprochen 1927 in der Staatsrechtslehrertagung, haben wir bis heute in der Verfassungsrechtsvergleichung zu leiden. Selbst international orientierte Juristen wie Rudolf Bernhard warnten davor, aus der Rechtsvergleichung entscheidende Hilfen für die Auslegung des öffentlichen Rechts zu entnehmen. Die Verfassungsinterpretation in der deutschen Staatswissenschaft musste daher lange Jahre der Durststrecke gehen, um die Rechtsvergleichung für die Verfassungsinterpretation zu gewinnen.

Seit dem 18.Jhd reibt die Unabhängigkeit und Souveränität der Nationalstaaten sich mit der Rechtsvergleichung. Seitdem besteht aber ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bewusstsein einer im Wettbewerb stehenden ausländischen Rechtsordnung und den dogmatischen Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung der in der fremden Rechtsordnung erzielten Ergebnisse.

Ausgangspunkt der Rechtsvergleichung ist die juristische Methodik. Die systematische Behandlung der fremden Rechtsordnung nach dem bestehenden Kanon der juristischen Methodik macht daraus eine rechtswissenschaftliche Disziplin. Sie ist dadurch abzugrenzen von politikwissenschaftlichen und soziologischen Systemvergleichen, deren Ergebnisse in die Rechtsvergleichung einfließen, deren Methodik aber sich erheblich unterscheidet.

### **I. Probleme der Rechtsvergleichung**

Leider stellen wir fest, dass die Verfassungsrechtsvergleichung lange Zeit ohne besondere Beachtung einer **Systematik** oder **Methodik** betrieben worden ist. Es ist jenseits der europarechtlichen Diskussion nicht gelungen, eine wissenschaftliche Grundlage hierfür zu schaffen, obwohl bereits lange vor dem Errichten der EWG deutlich war, dass die Integration ausländischer Systemelemente in die nationalen Rechtsordnung durchaus erforderlich ist.

Die fehlende Beachtung der Methodik hat verschiedene **Hintergründe**: Der naheliegende ist

---

\* Institut für Völkerrecht und Europarecht, Universität Göttingen. Beitrag zu den Göttinger Gesprächen zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht, 15.-17. Juni 2006.

der, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Die nationale Rechtsordnung ist von der Rechtswissenschaft in ihrer (vermeintlichen) Originalität behütet und damit vor fremden Zugriffen geschützt worden. Die deutsche Rechtswissenschaft hat daher die Rechtsvergleichung vernachlässigt. Diese Erklärung ist jedoch nicht vollständig. Materiell rechtlich spiegelt sich in der fehlenden Beachtung der Methodik das Phänomen wieder, dass die verglichenen Rechtsordnungen in weiten Teilen homogene Rechtsordnungen des europäischen Rechtskreises und einiger außereuropäischer Rechtssysteme, wie Kanada und die USA waren. Verfassungsrechtsvergleichung war in Europa daher von Anbeginn auf eine eurozentrische Sicht beschränkt. Diese Beschränkung war vernünftig, wie wir gleich sehen werden. Doch sie verschloss uns die Augen vor dem Systemisierungsdefizit der Rechtsvergleichung.

Derzeit erleben wir eine Welle der Rechtsvergleichung in der Wissenschaft. Auch in der Verfassungspraxis, in der Gesetzgebungs- und in der Verwaltungspraxis bedienen sich Hoheitsträger verstärkt dieses Elements. Diese Entwicklung ist sehr zu begrüßen. Gleichwohl macht sich hier die fehlende Methodik in der Rechtsvergleichung im besonderen Maße negativ bemerkbar. So finden sie zu mittlerweile sämtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes rechtsvergleichende wissenschaftliche Untersuchungen (in der Regel Doktorarbeiten) mit zum Teil überaus interessanten Ländern wie Indochina oder Indien. In der Rechtsprechung finden wir Urteile, die sich ausschließlich auf rechtsvergleichende Erkenntnisse stützen. Damit wird die Rechtsvergleichung überfordert, sie gerät in ein falsches Licht der Beliebtheit und gibt damit den Kritikern Recht, die der Rechtsvergleichung jeglichen wissenschaftlichen Gewinn absprechen.

## **II. Die Wiedergeburt der Rechtsvergleichung – die historische Betrachtung**

Machen wir uns daher doch erst einmal klar, was Rechtsvergleichung ist. Rechtsvergleichung gilt als modernes Fach, als ein Fach mit Sex-Appeal. Diese Einordnung verwundert umso mehr, als dass die Rechtsvergleichung ein Standardfach des 19. Jhds im Verfassungsrecht war und sogar auf das 18. Jhd. zurückgeht. Einen Pionier der Rechtsvergleichung finden wir hier in Göttingen bei G.F. von Martens. Betrachtet man die geistesgeschichtlichen Grundlagen finden sich vergleichende Ansätze bis hin zur Scholastik. Insbesondere die neuzeitliche Naturrechtslehre bediente sich des Rechtsvergleichs. Gleichwohl ist festzustellen, dass der Beginn der Rechtsvergleichung in der Untersuchung des ausländischen öffentlichen Rechts liegt. Aber, die Kenntnis vom ausländischen öffentlichen Recht ist keine Rechtsvergleichung,

sie ist vielmehr Voraussetzung für die Rechtsvergleichung. Die Rechtsvergleichung setzt noch einen analytischen Transformationsakt voraus, mit dem das ausländische Recht in das nationale Recht integriert wird.

Rechtsvergleichung ist bis heute nicht allgemeingültig definiert. Eine Beschreibung der Rechtsvergleichung, die in keiner Weise zunächst den Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann, wäre der „Gegenseitige Vergleich verschiedener geltender Rechtsordnungen mit dem Ziel, Erkenntnisse für das interne Recht zu gewinnen“. Dabei kann zunächst offen bleiben, was der Geltungsgrund der Transformation ist. Entscheidend ist zunächst die Erkenntnis, dass Rechtsvergleichung zunächst nichts anderes ist als nationales Recht, als Binnenrecht. Als Binnenrecht ist damit die Rechtsvergleichung dem innerstaatlichen Rechtskreis gleichzusetzen und sie ist daher auch an die Methoden dieses Rechts gebunden.

### **III. Probleme der Rechtsvergleichung**

Die Rechtsvergleichung steht vor vier grundsätzlichen Problemen: Ist Rechtsvergleichung zulässig (Ermächtigungsbedürfnis), welche Rechtsordnungen sind vergleichbar, welcher Gegenstand soll verglichen werden (Das Problem des Gegenstandes der Rechtsvergleichung) und wie soll verglichen werden (Problem der Methode).

Kommen wir zunächst zur Frage nach der Zulässigkeit der Rechtsvergleichung. Mit der Rechtsvergleichung überschreiten wir den territorialen Geltungsraum der Rechtsordnung. Die Existenz einer Norm ist jedoch relativ zu ihrer Rechtsordnung zu sehen. Jestaedt sprach daher überzeugend von ihrer Rechtsordnungszugehörigkeit. Die Bindung des Sollens wirkt zunächst nur innerhalb der eigenen Rechtsordnung. Die vergleichende Heranziehung ausländischen Rechts kann logisch kein Element der Anwendung inländischer Rechtsnormen sein.. Der Geltungsgrund einer Norm aus einer ausländischen Rechtsordnung kann sich daher grundsätzlich nicht auf die Rechtsordnung des Empfängerstaates auswirken, weder in Form der unmittelbaren Geltung oder als Auslegungskriterium. Daher haben ausländische Normen keine inländische Bindungskraft. Ohne diese Vergleichsermächtigung bleiben die aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse reine empirische Grundlagen für die allein auf der Grundlage des internen Rechts ergangenen Entscheidung. Diese empirischen Erkenntnisse sind im Hinblick auf die Ermächtigungsbefugnis unproblematisch, da sie keinen eigenen Geltungsgrund beanspruchen. Jedoch sind sie in der Praxis nicht zu unterschätzen, ja sie bilden sogar das wichtigste Ergebnis der Rechtsvergleichung . So sind die Erfahrungen anderer Verfassungsrechtsordnungen wertvolle Erkenntnisse, die der Verfassungsgeber sich

zunutze machen muss, um rechtlich effiziente und wettbewerbsfähige Systeme zu entwickeln. Um mit den Worten Martin Krieles zu sprechen, wir nehmen teil an der „gespeicherten Erfahrungswerte anderer Völker“. Die aktuell derzeit in Berlin geführte, noch interne Diskussion um die Reform der Notstandsverfassung greift insoweit regelmäßig auf die Erfahrungen anderer westlicher Verfassungssysteme zurück. Sie könne aber auch alle anderen derzeitigen verfassungsrechtlichen Reformvorhaben heranziehen. In Frankreich verlangt der Senat für jede Gesetzesänderung eine summarische Untersuchung vergleichbarer Regelungen in Europa. Sie bilden, da sie veröffentlicht werden, ein unerschöpfliches Reservoir für den Rechtsvergleicher. Dieses Verwerten des europäischen Erfahrungspools geht über die Gerichtsbarkeit bis hin zur Verwaltung, wo gerade im Zusammenhang mit der Verwaltungsmodernisierungswelle die Heranziehung ausländischer Modelle eine unverzichtbare Voraussetzung im Entscheidungsfindungsprozeß der Verwaltung ist. Diese Begrenzung *ratione loci* wird zunächst in den Fällen durchbrochen, in denen kraft normativer Verweisung das ausländische Recht in die nationale Rechtsordnung integriert wird. So bestimmt Art. 39 Abs. 1 der südafrikanischen Verfassung im Hinblick auf die Auslegung der Bill of Rights: *The Courts must consider international law and may consider foreign law.* Diese einzigartige Bestimmung Südafrikas ist auch gelebtes Recht, sie wird praktisch auch umgesetzt. Einen ähnlichen Verweis, beschränkt nunmehr auf die durch Menschenrechtspakte gesetzten internationalen Standards findet sich in Art. 10 Abs. 2 der spanischen Verfassung. Diese Staaten haben die spezifische gemeinsame Erfahrung, dass sie verhältnismäßig spät der Gemeinschaft der Rechtsstaaten beigetreten sind. Durch die Verfassungspflicht zur Rechtsvergleichung soll zum einen den Richtern eine legitime Erkenntnisquelle erschlossen werden, um schnellstmöglich einen angemessenen menschenrechtlichen Standard zu erreichen. Gleichzeitig drückt diese Pflicht ein Misstrauen gegenüber den Richtern und der Verwaltung aus, dass sie von der Möglichkeit der freiwilligen Integration rechtsvergleichender Erkenntnisse keinen Gebrauch machen. Haben wir eine derartige explizite Ermächtigung im deutschen Grundgesetz? Zunächst einmal müssen wir natürlich an die Integrationsklausel denken, auf die Franz Mayer sicherlich vertiefter eingehen wird. Soweit die Integrationsklausel jedoch über die Rechtsordnung der Gemeinschaft hinausgeht und zur Integration der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten herangezogen wird, setzt das BVerfG dem, aus meiner Sicht zu Recht, eine Grenze. So weist das Gericht bei Ungleichbehandlungen, die wirtschaftliche Konsequenzen hat, ausdrücklich darauf hin, dass es nicht den Vergleichsmaßstab ansetzen kann, da der Gesetzgeber nur

innerhalb seines Herrschaftsbereichs an den Gleichheitssatz gebunden ist (vgl. BVerfGE 10, 354 <371>). Es begründet daher keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Bundesrepublik Regelungen erlässt, die von jenen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union abweichen. (BVerfG, 1 BvR 2221/03 vom 1.10.2004, Absatz-Nr. 17). Wir haben aber eine konkludente Klausel, nämlich das Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes. Dieses Prinzip zwingt uns dazu, die völkerrechtliche Vertragsnorm im Lichte ihrer völkerrechtlichen Praxis und damit der Verfassungswirklichkeit der Staaten zu prüfen. Über die Transformation des Völkerrechts findet somit das ausländische Recht Eingang in unsere Rechtsordnung. Dabei ist diese Integrationswirkung nicht beschränkt auf das Völkervertragsrecht. So sind nach Art. 38 IGH-Statuts die Rechtssätze der zivilisierten Nationen eine Quelle des Völkerrechts. Wir müssen aber festhalten: Eine normative Ermächtigung zur unmittelbaren Integration des ausländischen Rechts ist in unserer Verfassung nicht vorgesehen. Wir können insoweit nur von einer Verfassungsrechtlichen Ermächtigung zur mittelbaren Rechtsvergleichung über den Weg des Völkerrechts sprechen. Dem steht auch das Konzept des offenen Verfassungsstaates nicht entgegen, da daraus keine neuen Befugnisse entnommen werden können.

Ogleich das Ergebnis zunächst ernüchternd klingt, muss man sich wieder Klar machen, dass der Verfassungsgeber, der Gesetzgeber, die Gerichte und die Verwaltung innerhalb ihrer Gestaltungsspielräume und Wertungen rechtsvergleichende Erkenntnisse jederzeit einbringen, d.h. dass der Gesetzgeber sich aus dem Rationalitätspool des Auslandes bedienen kann und muss.

So kommen wir zur Frage der Funktion der Rechtsvergleichung. Dass die Rechtsvergleichung ein nützliches und zulässiges Mittel ist, wird allenthalben vertreten. Rechtsvergleichung erhöht zunächst die Rationalität der Entscheidung. Die Rechtsvergleichung hilft damit, den Vernunftskern bestehender Verfassungsbestimmungen zu erkennen, aber auch die Relativität und Willkürlichkeit spezifischer Regelungen. Die Vergleichung der Verfassungssysteme kann aber nicht zum Ziel haben, im Wege einzelner Bausteine aus unterschiedlichen Verfassungen eine Vernunftsverfassung zu entwickeln. Denkt man dies weiter würde es bedeuten, dass neuere Verfassungen von einer größeren Rationalität geprägt sind, damit auch moderner, als ältere. Häberle spricht hier zu Recht vom einem naiven Fortschritts glauben. Am Ende der rechtsvergleichend gesteuerten Entwicklung steht nicht der ideale Verfassungsstaat mit perfekten Texten und einer ihnen optimal entsprechenden Wirklichkeit. Der perfekten Verfassung am nächsten kommen die Verfassung, die die relativ zu einer bestimmten

Fragestellung die geeigneten Antworten entwickeln. Diese einzelnen Antworten können zusammengestellt werden, müssen sich dann aber wiederum am Prüfstand der politischen und rechtlichen Realität messen lassen.

Rechtsvergleichung ist rechtspolitisch geboten, da Rechtsvergleichende Lösungen eine größere Integrationswirkung haben, sie schaffen wettbewerbsfähige Rechtssysteme, sie erleichtern künftige bilaterale Zusammenarbeitsformen. Die Folge der Umsetzung dieses rechtspolitischen Gebots ist eine erkennbare mittelbare Harmonisierung bestehender Verfassungssysteme jenseits europarechtlicher Harmonisierungsbewegungen. Es entsteht eine politische Wechselwirkung zwischen den Verfassungen Europas, die aus meiner Sicht von viel größerer Dynamik und Festigkeit ist als die europarechtlich angeordnete.

**Welche Rechtssysteme sind aber überhaupt vergleichbar?** Die Vergleichbarkeit der Rechtssysteme und damit des Gegenstandes der Rechtsvergleichung ist zunächst an die Frage geknüpft werden, ob ein Homogenitätsgebot hinsichtlich der Vergleichsordnung besteht. Eine wichtige Rolle spielt das Kriterium der Demokratie. Muss das verglichene Rechtssystem demokratisch sein? Dies ist bei einer rein rechtlichen Betrachtung die Frage relativ einfach zu beantworten: Soweit eine Rechtsvergleichungsbefugnis besteht, muss die demokratische Legitimation sich auch auf den Geltungsgrund der übertragenen fremden Norm erstrecken. Besteht eine derartige Befugnis nicht, muss der empirische Erkenntniswert aus dem Ausland nicht notwendigerweise demokratisch begründet sein. Betrachtet man dieses jedoch im Lichte der Funktion der Rechtsvergleichung, wird deutlich, dass ein Vergleich mit einem undemokratischen Rechtsinstitut zur keiner Rationalitätserhöhung führt. Ebenso wenig sichert eine Heranziehung einer undemokratisch begründeten Erkenntnis die Wettbewerbsfähigkeit der Rechtsordnung, da die möglicherweise durch die Demokratie bestehenden Wettbewerbsnachteile nicht kompensiert werden können.

Sind darüber hinaus noch weitere Anforderungen an die Vergleichbarkeit zu stellen? Diese Frage liegt der aktuellen Debatte in den Vereinigten Staaten zur Rechtsvergleichung zugrunde. Wie sie wissen hat der *Supreme Court* in den vergangenen vier Jahren in drei gesellschaftspolitisch brisanten Fällen internationales Recht sowie Gesetze und Gerichtsurteile europäischer Staaten zitiert. Es handelt sich um einen texanischen Fall, in dem die Richter Sodomiegesetze für verfassungswidrig erklärten und um zwei Entscheidungen, mit denen sie die Abschaffung der Todesstrafe für geistig zurückgebliebene Straftäter und für jugendliche Straftäter erzwangen. Der wortgewaltige konservative Richter Antonin Scalia

sieht darin einen Dambruch, der dazu führen wird, dass der *Supreme Court* nunmehr immer stärker ausländisches Recht bei der Auslegung der US-Verfassung heranziehen wird. Das aber widerspreche grundsätzlich dem Verfassungsordnung, da nach dem Wortlaut von Scalia (ich zitiere) „die Vereinigten Staaten nicht das gleiche moralische und juristische System wie der Rest der Welt haben und auch nie hatten“. Als Folge dieser Äußerungen ist es nunmehr auch zu parlamentarischen Initiativen vor dem Kongress gekommen mit dem Ziel, den amerikanischen Gerichten die Berufung auf ausländisches Recht bei der Auslegung der amerikanischen Verfassung zu verbieten. Diese sind zwar im Entwurfsstadium stehengeblieben. Es ist aber die Angst vor einer dynamischen Interpretation der Verfassung zu erkennen. So unterstreicht Scalia gerne, dass die Verfassung kein lebendiges Instrument sei, und daher ausschließlich im Lichte der Gründungsväter gelesen werden dürfte. Dieser Streit verwundert uns umso mehr, da der *Supreme Court* die Rechtsvergleichung in den genannten Fällen nur ergänzend hinzugezogen hat. So stützt sich die Entscheidung zur rechtlichen Behandlung geisteskranker Täter ausschließlich auf das US-Amerikanische Recht, insbesondere auf die Rechtsentwicklung in den amerikanischen Bundesstaaten. Das Gericht stellt allein fest, dass diese Entwicklung sich mit der Entwicklung in Europa deckt. Im Texanischen Fall zieht das Gericht die Rechtsvergleichung heran, um seine frühere Rechtsprechung zu widerrufen. In dieser hatte das Gericht unter Berufung auf jüdisch-christliche Moralvorstellung die Strafbarkeit angenommen. Dem stellt das Gericht nun unter Rückgriff auf die europäische Rechtsprechung entgegen, dass sich diese Vorstellungen nunmehr gewandelt haben, was einen Wechsel der Rechtsprechung rechtfertigt. Dieser Fall zeigt, dass weitergehende Homogenitätsgebote nicht angebracht sind, da wir ja durch die Rechtsvergleichung gerade die Unterschiedlichkeit oder die Bestätigung unseres Lösungsmodells suchen. Soziale, religiöse oder wirtschaftliche Unterschiede können daher nicht als Abgrenzungskriterium für die Auswahl der Vergleichsländer herangezogen werden.

#### **IV. Funktionen der Rechtsvergleichung**

Kommen wir zur dritten Frage: **Was soll verglichen werden?** Verbunden mit dem Begriff der Funktion ist die Frage des sogenannten tertium comparationis. Benötigen wir ein über den Rechtsordnungen stehendes Rechtssystem als Kriterium für die Rechtsvergleichung? Mit dem Europarecht steht uns ein derartiges recht zur Verfügung. Doch machen wir es uns klar: Auch ohne das Europarecht wäre eine Rechtsvergleichung möglich. Die Rechtsvergleichung hat eine gemeinsame Konstante, nämlich das zu lösende Problem. Damit ist der Gegenstand

und der Maßstab der Rechtsvergleichung bestimmt. Diese problemorientierte Rechtsvergleichung birgt aber die erhebliche Schwierigkeit, der sich jeder Rechtsvergleicher zunächst stellen muss, nämlich ein rechtlich vergleichbares Problem zu ermitteln. Dies erfordert, dass sich der Rechtsvergleicher über die bloße sprachliche Identität hinwegsetzt und das dahinterstehende rechtliche Problem in seiner sozialen und politischen Dimension definiert. So nützt es dem Rechtsvergleicher nichts, festzustellen, dass die Kommunen in Deutschland eine Finanzhoheit haben und in anderen Staaten nicht. Entscheidend ist die Frage, wie die finanzielle Unabhängigkeit der Gemeinden gegenüber dem Staat gewährleistet wird. Dies kann durch die spezifische Einräumung einer Finanzhoheit erfolgen, dies kann aber auch durch die Beschränkung der Pflichtaufgaben der Gemeinden oder durch verfassungsrechtlich garantierte Zuwendung des Staates ermöglicht werden. Das hat somit zur Folge, dass sich dieses tertium comparationis, nämlich das zu lösende Problem oder auch das Regelungsbedürfnis, sich auf einer weiter abstrakt liegenderen Ebene erst zu finden ist. Diese Abstraktion ist jedoch nicht endlos erweiterbar, will der Rechtsvergleich im Ergebnis nicht unfruchtbar sein. Rechtsvergleichung kann somit im Ergebnis nur konkrete Rechtsvergleichung sein, die an Lösungsansätzen ausgerichtet ist und nicht an juristischen Instituten festhält.

**Wie aber soll Rechtsvergleichung überhaupt betreiben werden?** Schauen wir uns zunächst konkret die Auswahl der Länder an. So wirft in den USA der Richter Scalia den rechtsvergleichend orientierten Richtern vor, die Rosinen aus der Rechtsvergleichung zu entnehmen. Scalia verweist beispielsweise darauf, dass in der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch die globalisierten Richter darauf verzichtet haben, rechtsvergleichend zu argumentieren, da die Gefahr bestanden hätte, zu unpassenden Ergebnissen zu gelangen. Recht wird insbesondere bei der Auswahl der zu vergleichenden Länder. Kann der Rechtsvergleicher steuernd das Ergebnis beeinflussen, indem er eine bestimmte Auswahl von Vergleichsländern trifft. Oder ist der Rechtsvergleicher verpflichtet, sämtliche Vergleichsstaaten heranzuziehen und in die Prüfung einzubeziehen. Ist vor diesem Hintergrund die wertende Rechtsvergleichung zulässig? Ist sie ein Gebot der Effizienz, insoweit als dass der Rechtsvergleicher nicht sämtliche Staaten prüfen kann? Letzteres sicher nicht, obgleich sich zahlreiche rechtsvergleichende Arbeiten finden, die die Auswahl der Ländern mit der beschränkten Sprachfähigkeit des Bearbeiters rechtfertigen. Das Problem besteht zunächst nicht, soweit die zu berücksichtigenden Rechtsordnungen normativ vorgegeben sind. Diese Vorgabe findet sich auf der europäischen Ebene mit dem

Hinweis auf europäische Verfassungstraditionen des EuGH bzw. europäischer Rechtsstandards beim EGMR. Eine wirkliche Beschränkung bildet sie in der Praxis gleichwohl nicht. Dies wird an der Rechtsprechung des EGMR zu den Rechten von Transsexuellen deutlich. Mangels einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung darüber, inwieweit Transsexuellen Rechte zu gewährleisten sind, hat der EGMR lange Zeit keine Verletzung der positiven Handlungspflicht im Hinblick auf die Weigerung, das Geburtsregister zu ändern, festgestellt. Im Jahr 2002 hat der EGMR allerdings seine Rechtsprechung gegenüber dem Vereinigten Königreich unter Berufung auf den sich wandelnden Konsens geändert, nunmehr aber nicht auf europäischer Ebene, sondern auf internationaler Ebene, insbesondere im Vergleich zu anderen Common Law-Staaten. Den Umstand, dass in den europäischen Vertragsstaaten kein Konsens entstanden sei, hält der Gerichtshof angesichts ihrer Verschiedenheit nicht für erheblich.

Auf staatlicher Ebene bestehen derartige Vorgaben aber regelmäßig nicht. Insoweit steht es im Ermessen des Rechtsvergleichers, sich auf Staaten zu beschränken, die repräsentative Lösungsmodelle entwickelt haben. Diese repräsentative Auswahl verkörpert keine geringere Rationalität als die Gesamtheit der Staaten. Die Tragfähigkeit der aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse ist damit nicht abhängig von der Zahl der verglichenen Staaten.

Abschließend noch zwei Anmerkungen zur Methode: Es ist altbekannt, dass Rechtsvergleichung sich nicht im Textlichen erschöpfen darf. Gleichwohl darf der Textvergleich nicht unterschätzt werden. Als Kommunikationswissenschaft ist das recht auf den zutreffenden Ausdruck und Regelungsform angewiesen. Hier kann der Rechtsvergleich durchaus fruchtbar sein. So spielt aktuell bei der Frage der Reform des Grundgesetzes mit dem Ziel eines Einsatzes der Bundeswehr im Inneren eine wichtige Rolle, wie derartige Einsätze überhaupt positivrechtlich in eine Verfassung integriert werden können.

Zutreffen ist daher, von einem kontextualistischen Ansatz entsprechend auszugehen, der die Problemlösung als solches und damit die rechtliche Lösung in einen normativen, sozialen und politischen Kontext stellt. Ein deutliches Beispiel ist der subjektive Rechtsschutz. Hier sehen wir nun als Betroffene, dass die deutschen Vorstellungen des subjektiven Rechts im Auslands oft unzureichend rezipiert werden. So wird im romanischen Rechtskreis immer wieder darauf verwiesen, dass es sich hierbei um eine Begrenzung des Rechtsweges handle. Der Arbeitgeber könne z.B. in Deutschland nicht das Aufenthaltsrecht seines ausländischen Arbeitnehmers gerichtlich überprüfen lassen, obgleich er ein besonderes rechtliches Interesse am Verweilen des Arbeitnehmers in Deutschland hätte. Dabei übersieht dieser Rechtskreis

aber das rechtliche und soziale Umfeld bzw. es legt seine eigenen Vorstellungen des Prozessrechts der Vergleichung zugrunde. So kann sich der Arbeitnehmer in diesen Staaten faktisch nur mit einem hohen Kostenrisiko effizient gegen diese behördliche Entscheidung zur Wehr setzen. Er bedarf dafür eines finanzkräftigen Rückhalts durch den Arbeitgeber. Vor allem liegt dieser Interpretation die Vorstellung der Patenschaft zugrunde. So sind Verwaltungsbeziehungen und die Gerichtsentscheidung effizient weitgehend nur im Dreiecksverhältnis vorstellbar, d.h. unter Dazwischenschaltung eines finanzstarken und sozial anerkannten Persönlichkeit.

Eine radikale Theorie ist das sog. *Expressivism*, die wir vor allem in den Vereinigten Staaten vorfinden. Ziel ist, die spezifischen Eigenarten der jeweiligen Rechtsordnung derart zu betonen, dass eine Vergleichbarkeit im Ergebnis nicht mehr angenommen werden kann. Im Ergebnis lehnt damit diese Schule jegliche Rechtsvergleichung ab. Dem kann grundsätzlich nicht gefolgt werden, da nicht auf die Rechtsordnung abzustellen ist, sondern auf das zugrundeliegende tatsächliche Rechtsproblem, bzw. Regelungsbedürfnis. Diese sind in den westlichen Demokratien im Grundsatz vergleichbar.

Jedoch macht diese These eine wissenschaftssoziologische Schwierigkeit der Rechtsvergleichung deutlich: Umso genauer wir die Rechtsordnung kennen, umso schwerer fällt es uns, die Gemeinsamkeiten der Rechtsordnungen zu erkennen. Insoweit mag die These Bernhard Grossfeld gelten: „*Lassen wir der anderen Gesellschaft ihre letzten Geheimnisse*“.

Rechtsvergleichung ist die Antwort auf einen bestehenden Wettbewerb der Rechtssysteme, auf die Suche nach einer vernünftigen und effizienten Lösung und – lassen sie mich damit abschließen, sie ist die Folge der Öffnung der Wissenschaft und ihrer Vertreterinnen und Vertreter für die ausländischen Rechtserfahrungen. So ließ der republikanische Kongressabgeordnete King untersuchen, wie oft die *Supreme-Court*-Richter in den vergangenen Jahren ins Ausland reisten. Dabei wurde eine verdächtig große Reisefreudigkeit entdeckt, die wohl derart prägend waren, dass sie, so der der Abgeordnete King wörtlich, die „Erleuchtung der Welt“ wichtiger nähmen als die amerikanische Verfassung. In diesem Sinne, wünsche ich uns allen eine gute Reise.