

## Perspektiven pluralistischer Strafrechtsvergleichung

Christoph Burchard\*

Einführung	278	IV. Kulturbbezogene Strafrechtsvergleichung .....	300
A. Blickwinkel: Die Grundfragen pluralistischer Strafrechtsvergleichung .....	280	C. Aussichten: Rechtswissenschaftsinterne Interdisziplinarität und pluralistische Rechtsvergleichung .....	302
I. Gegenstand .....	282	I. Grundsätzliches .....	302
II. Ziel .....	286	II. Strafverfassungsrechtsvergleichung .....	304
III. Berechtigung .....	288	III. Sicherheitsrechtsvergleichung .....	308
IV. Methode? .....	292	IV. Gegenseitige Anerkennung im Vergleich .....	311
B. Standpunkte: Die Transparenz- und Reflexionsanforderungen pluralistischer Strafrechtsvergleichung .....	295	Ausblick	313
I. Rechtskreise und Modelle .....	296		
II. Numerische Rechtsvergleichung .....	297		
III. Bewertende Rechtsvergleichung .....	298		

*Strafrechtsvergleichung kann und sollte aus den verschiedensten Perspektiven theoretisiert, praktiziert und reflektiert werden. Die Strafrechtsvergleichung als Disziplin ist daher in erster Linie „nur“ das, worüber Strafrechtsvergleicher als Strafrechtsvergleicher kommunizieren (können). Nur mithilfe dieser (Methoden-etc.) Offenheit lässt sich abbilden, dass die verschiedensten Zugänge zum Vergleichsgegenstand (die gesamte Strafrechtspflege) wie auch zum Vergleichen möglich und (rechts- bzw. vergleichstheoretisch) valide sind. Die Grundfragen nach dem Gegenstand, dem Ziel sowie der Berechtigung der Strafrechtsvergleichung werden daher in diesem Beitrag pluralistisch beantwortet werden. Ein übergreifendes Ziel (wie das Schaffen von Verständnis für fremde Rechtskulturen) ist ebenso wenig auszumachen wie eine einheitliche Rechtfertigung (oder auch Kritik) der Strafrechtsvergleichung notwendig oder tunlich ist. Um die Rechtsvergleichung nicht im methodischen „anything goes“ zu verlieren, gelten unter den Vorzeichen epistemologischen und methodologischen Pluralismus‘ gesteigerte Transparenz- und Reflexionsanforderungen. Daher müssen die Standpunkte des Strafrechtsvergleichers (seine Zwecke, Ansprüche und Vorverständnisse) unter besondere Beobachtung gestellt werden, um den Aussagewert einzelner rechtsvergleichender Projekte überprüfen und einordnen zu können. Die Zukunft der Strafrechtsvergleichung entscheidet sich in wissenschaftlicher Hinsicht daran, ob gute, interessante und erkenntnisreiche Forschung geleistet werden kann. Insofern möchte ich hier exemplarisch dafür werben, mehr rechtswissenschaftsinterne Interdisziplinarität zu wagen. Dazu gilt es andere Rechtsgebiete in die Strafrechtsvergleichung einzubeziehen.*

\* Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU) ist Inhaber der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht, Rechtsvergleichung und Rechtstheorie sowie Principal Investigator am Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“, Goethe-Universität Frankfurt am Main. – Ich danke meinen Mitarbeitern, insbesondere Julia Witte und Dušan Baćkonja, für die Unterstützung bei der Erstellung des Fußnotenapparats.

hen (wie bei der Strafverfassungsrechtsvergleichung) und in begründeten Fällen auch die Fächergrenzen aufzulösen, um der Entstehung hybrider Rechtsgebiete Rechnung tragen zu können (wie bei der Sicherheitsrechtsvergleichung).

## Einführung

Strafrechtsvergleichung<sup>1</sup> ist wie reisen:<sup>2</sup> Wie wenig es den einen Reisenden, das eine Reiseziel oder die eine Reiseform gibt, gibt es den einen Strafrechtsvergleicher,<sup>3</sup> das eine Ziel oder die eine Methode der Strafrechtsvergleichung. Dem einen kann es daran gelegen sein, Anderes schlicht zu konsumieren oder aber es wahrhaft kennenzulernen; dem anderen kann es darum gehen, das Eigene im Spiegel des Anderen treffender zu analysieren, besser zu verstehen oder kritischer zu reflektieren; und wieder anderen mag es daran gelegen sein, entweder die Gemeinsamkeiten oder aber die Unterschiede zwischen dem Eigenen und dem Anderen zu betonen oder dieses Gegensatzpaar ganz grundsätzlich in Frage zu stellen. Einer spannenden und aufschlussreichen Reise gleich lehrt die Strafrechtsvergleichung Demut, wenn einem die Beschränktheit, Relativität und Kontingenz des eigenen Hintergrunds offenbar wird oder weil man erfährt, wie schwierig es ist, Anderes wirklich zu verstehen. Zugleich lässt die Rechtsvergleichung Werturteile aber auch absoluter werden;<sup>4</sup> denn dass es „zu Hause (oder eben woanders) am Schönsten ist“, lässt sich erst dann überzeugt sagen, wenn man andere Gefilde kennen gelernt hat (bzw. man sich selbiges einbildet).<sup>5</sup> Ist Strafrechtsvergleichung nun aber wie eine Reise, so wird auch verständlich, warum theoretische Ausführungen zu den Gegen-

- 1 Der die Strafrechtsvergleichung qualifizierende Begriff des *Strafrechts* sei in diesem Beitrag weit verstanden und umfasst das gesamte Recht mit Bezügen zur Strafrechtpflege. Umfasst ist das materielle Strafrecht, das Recht der strafrechtlichen Sanktionen einschließlich des Strafzumessungsrechts, das nationale und internationale Strafprozessrecht, das Recht der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, das Haftrecht etc. Die Strafrechtpflege ist ihrerseits ein definitionsoffener Begriff, der nicht nach Maßgabe bestimmter (potentiell verkürzender) nationaler Vorstellungen, sondern letztlich nur vergleichend ermittelbar ist. – Viele der in diesem Beitrag aufzuwerfenden Fragen stellen sich unabhängig von subdisziplinären Engführungen (auf die Zivil-, Straf-, Verfassungsrechtsvergleichung etc.), wenn sie auch im Rahmen der Strafrechtsvergleichung hier und dort besonders akut werden können (z.B. jene nach der Bedeutung der Strafrechtskultur; dazu unten B.IV.). Gleichwohl wird im Folgenden nur zur *Strafrechtsvergleichung* Stellung genommen, wenn im Fließtext vereinfachend auch von der Rechtsvergleichung im Allgemeinen gesprochen und die allgemeine Theorieidebatte der Rechtsvergleichung referenziert wird.
- 2 So die wunderbare Metapher von G. Frankenberg, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 1985, S. 411 (411), die hier aufgegriffen und fortgesponnen werden soll.
- 3 Die männliche Form ist, wie durchgängig im Text, allein der sprachlichen Vereinfachung geschuldet.
- 4 S. auch A. Eser, Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden, in: ders./Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Berlin 2015, S. 929 (968 f.).
- 5 Insofern sei an die von deutscher Seite immer wieder zu hörende dogmatische Kritik an *R. v Dudley and Stephens*, (1884) 14 QBD 273 DC erinnert (zwei Seeleute töteten nach einer Havarie auf hoher See und nachdem sie dort Wochen zugebracht hatten einen dritten Überlebenden, um sich selbst am Leben zu erhalten), insbesondere die dabei geäußerte Annahme, hätte das englische Common Law die Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld vollzogen, wäre der Fall anders entschieden worden (statt Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung Freispruch wegen entschuldigender Unzumutbarkeit).

ständen, Zielen, Berechtigungen und Methoden sowie zur Lage der Disziplin immer seltener auf Gegenliebe stoßen. Denn häufig lesen sich die rechtsvergleichenden Theoriedebatten wie jene Passagen in Reiseführern, die über Einreise- und Zollbestimmungen informieren; obwohl man weiß, dass sie wichtig sind, um auf akzeptierten Wegen zu anerkannten Zielen zu gelangen, ziehen sie einen selten in den Bann, insbesondere auch, wenn man *off the beaten track* unterwegs sein will. Schlimmer noch erscheinen Ratgeber, die sich über das Wesen oder das richtige Reisen an sich auslassen; solcher Belehrungen kann man, gerade als erfahrener Reisender, leicht überdrüssig werden.

Im Wissen darum werde ich die in diesem Beitrag zu findenden theoretischen Überlegungen zu den Perspektiven pluralistischer Strafrechtsvergleichung entlang von Beispielen<sup>6</sup> entfalten. Unter *pluralistischer Strafrechtsvergleichung* verstehe ich dabei, kurz gesagt, eine rechtswissenschaftliche Grundlagendisziplin, die sich epistemologisch offen zeigt, d.h. nicht die eine richtige Sicht der Dinge (insbesondere auf das zu vergleichende Recht und den Vergleich) für sich reklamiert. Und mit den *Perspektiven* pluralistischer Strafrechtsvergleichung spreche ich dreierlei an: *Erstens* die *Blickwinkel*, die die Theorie, Praxis und Reflexion des Strafrechtsvergleichens ausrichten, gleichsam also die Grundfragen nach dem Gegenstand und Ziel sowie der Berechtigung und Methode pluralistischer Strafrechtsvergleichung (dazu unten A.). *Zweitens* werden mit den Perspektiven pluralistischer Strafrechtsvergleichung die *Standpunkte* des Rechtsvergleichers fokussiert. Diese müssen offengelegt und reflektiert sein, um den Aussagewert rechtsvergleichenden Arbeitens einordnen zu können. Für die Zwecke, Ansprüche und Vorverständnisse des Rechtsvergleichens gelten daher unter dem Eindruck strafrechtsvergleichenden Pluralismus hohe Transparenz- und Reflexionsanforderungen (dazu unten B.). Und schließlich und *drittens* betreffen die Perspektiven auch die (Zukunfts-)*Aussichten* pluralistischer Strafrechtsvergleichung. Da ich insofern nicht groß das „gemeinsame Gefühl“ (unter Strafrechtsvergleichern) wiederholen möchte, dass der Rechtsvergleichung im Zuge von Globalisierung und Europäisierung eine rosige Zukunft blüht, werde ich exemplarisch (!) zu mehr rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität aufrufen, um das wissenschaftliche Potential pluralistischer Strafrechtsvergleichung zu veranschaulichen (dazu unten C.).

barkeit normgemäßen Verhaltens). Dieser Annahme steht freilich entgegen, dass die entscheidenden Argumente von der *Queen's Bench Division* sehr wohl zu Rate gezogen, dann aber verworfen wurden. Nicht der „mangelhafte“ Aufbau, sondern eine andere, in die viktorianische Zeit „passende“ Richtungentscheidung (*policy decision*) führte daher zu R. v. *Dudley and Stephens*.

6 Diese sind eklektisch ausgewählt, sollen also keinesfalls den Eindruck der Vollständigkeit, sondern nur Eindrücke vermitteln. Wissenschaftstheoretisch ist ein solches Vorgehen valide, s. etwa U. J. Schneider, Über den philosophischen Eklektizismus, in: Steffens (Hrsg.), Nach der Postmoderne, Köln 1995, S. 201 (216 ff.); J. Mittelstraß, Stichwort: Eklektizismus, in: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 2, 2. Aufl., Stuttgart 2005, S. 305.

### A. Blickwinkel: Die Grundfragen pluralistischer Strafrechtsvergleichung

Wenden wir uns zunächst den *Perspektiven im Sinne der Blickwinkel* zu, wie man die Strafrechtsvergleichung von außen wahrnehmen und von innen theoretisieren, praktizieren und reflektieren sollte. Mit diesen Blickwinkeln verbinde ich Grundpositionierungen, die für die weitere Durchdringung der rechtsvergleichenden Grundlagen und Praktiken von wegweisender Bedeutung sind. Mit dem Einnehmen eines Blickwinkels werden Vorentscheidungen getroffen, die die Behandlung nachfolgender Probleme kontextualisieren, konturieren und präjudizieren. Daher kann das Einnehmen des einen ebenso entscheidend sein wie das Nichteinnehmen des anderen Blickwinkels, werden doch hier wie dort spezifische Antwortmuster gefördert bzw. unterdrückt, gleichsam entweder Fokuspunkte auf bestimmte Areale gelegt bzw. blinde Flecken in Kauf genommen.<sup>7</sup> Kurz gesagt: Die Frage nach den Blickwinkeln ist gleichbedeutend mit jener nach den Grundfragen der Rechtsvergleichung als Disziplin.

Als Beispiel: Wer wie *Junker*<sup>8</sup> die Frage nach dem Gegenstand der Rechtsvergleichung an den Anfang seiner Überlegungen stellen und diese Frage semantisch beantworten will (das Kompositum „Rechtsvergleichung“ setzt sich aus den Wörtern „Recht“ und „Vergleichung“ zusammen), dann aber nicht gewillt ist, die „Pandorabüchse“ des Rechtsbegriffs anzutasten, wird zu zwei Vorentscheidungen verleitet: Zum einen wird die Auslandsrechtskunde aus dem Gegenstand der Rechtsvergleichung ausgeschieden, weil diese ohne offenen rechtsvergleichenden Vorgang auskommt, *ergo* nicht *Rechtsvergleichung sensu stricto* sein kann.<sup>9</sup> Zum anderen wird die Rechtsvergleichung durch ihre rechtstheoretische Entkernung praktisch handhabbar gehalten, muss der Rechtsvergleicher doch nicht in die Aporien der Rechtstheorie eintauchen.<sup>10</sup> Freilich hat das auch seinen Preis: Durch die erste Vorentscheidung (scil. die Auslandsrechtskunde auszuscheiden) gerät leicht aus dem Blick, dass eine unbefangene, also eine vorverständnis- bzw. vorurteils-, will sagen eine vergleichsfreie Erkundung fremden Rechts kognitionspsychologisch nicht denkbar ist; auch der Auslandsrechtskundler (er- und durch-)lebt Rechtsverglei-

7 Fragen der Standpunktbezogenheit von Erkenntnis und Theorie werden mitunter unter dem Begriff des Perspektivismus diskutiert. Siehe hierzu allg. M. Plümacher, Stichwort: Perspektiven/Perspektivismus, in: H. J. Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 2, Hamburg 1999, S. 1002. Programmatisch V. Gerhardt, Die Perspektive des Menschen, in: ders./N. Herold (Hrsg.), Perspektiven des Perspektivismus. Gedenkschrift für Friedrich Kaulbach, Würzburg 1992, S. V (XII): „Alles Wissen ist perspektivisches Wissen.“.

8 A. Junker, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, S. 921 (922).

9 So etwa auch H. J. Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, Tübingen 1982, S. 68 (153); T. Groß, Rechtsvergleichung, Die Verwaltung 2015, S. 581 (581); L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. II, Köln u.a. 1972, S. 142; M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., München 1987, S. 22; A. Tschentscher, Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 2007, S. 807 (812).

10 So etwa in der Sache auch G. Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, Oxford and Portland 2014, S. 10.

chung (des eigenen mit dem ausländischen Recht), selbst wenn er sie nicht offen betreibt.<sup>11</sup> Die zweite Vorentscheidung (scil. die Rechtstheorie außen vor zu halten) verstellt die Sicht darauf, dass die Rechtsvergleichung nicht ohne rechtsbegriffliche Vorstellungen auskommt.<sup>12</sup> In der Tat wird einer rechtstheoretisch verarmten Rechtsvergleichung ihre rechtsbegriffliche Naivität spätestens dann zum Fallstrick, wenn die Auswahl und Detaillierung der konkreten Vergleichsobjekte ansteht; denn spätestens dann gilt es zu klären, was dieses Recht ist, das es zu vergleichen gilt.

Doch was sind nun die Blickwinkel im Sinne der Grundfragen der Rechtsvergleichung? Dies hängt entscheidend davon ab, wie man an die Rechtsvergleichung herantritt.<sup>13</sup> In der *Makroperspektive* wird die Rechtsvergleichung als Disziplin in den Blick genommen. Hier konkurriert, vereinfachend gesagt, der traditionelle reduktionistische mit einem erst in Ansätzen erkennbaren pluralistischen Entwurf<sup>14</sup>; jener sucht die Rechtsvergleichung durch methodische etc. Reduktionen als einheitliche Disziplin zu wahren, jener als Summe unterschiedlicher Sicht- und Herangehensweisen zu entfalten. In der *Mikroperspektive* gilt der Fokus einzelnen (straf-)rechtsvergleichenden Arbeiten, die dann entweder an einem reduktionistischen oder an einem pluralistischen Gesamtentwurf der Rechtsvergleichung teilhaben.

Im Folgenden werde ich dafür eintreten, die Rechtsvergleichung nicht künstlich auf einen gemeinsamen Nenner zu verkürzen. Vielmehr entwerfe ich, mit Blick auf die Strafrechtsvergleichung als Disziplin, die theoretischen Grundzüge einer pluralistischen Strafrechtsvergleichung. Die Grundfragen nach ihrem Gegenstand und Ziel sowie ihrer Berechtigung stellen sich daher anders als unter einem reduktionistischen Paradigma (unter I. bis III.); der Methoden- ist ihr Status als Grundfrage zu entziehen (unten IV.).

11 So etwa in der Sache auch *S. Augenhofer*, Rechtsvergleichung, in: J. Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, S. 197 (198); *H. Jung*, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, JuS 1998, S. 1 (2); *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 1 Rn. 3, 13.

12 So etwa auch *W. J. Kamba*, Comparative Law: A Theoretical Framework, International and Comparative Law Quarterly 1974, S. 486 (494). Siehe ferner *L.-J. Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. III, Köln u.a. 1983, S. 279 ff.

13 In der Sache ähnlich *J. Husa*, The Method is Dead, Long Live the Methods – European Polynomia and Pluralist Methodology, Legisprudence 2011, S. 249 (250).

14 Hierzu auch *J. Husa*, A New Introduction to Comparative Law, Oxford/Portland 2015, S. 52; *R. Scarciglia*, Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age, Beijing Law Review 2015, S. 42. – Nicht zu verwechseln ist die hier erfolgte methodologische Positionierung mit den Phänomenen des *legal pluralism*. Hierzu etwa einführend *K. Günther*, Normativer Rechtspluralismus – eine Kritik, in: T. Moos u.a. (Hrsg.), Das Recht im Blick der Anderen, Tübingen 2016, S. 46 m.w.N.

## I. Gegenstand

Was ist eigentlich Rechtsvergleichung? Was ist ihr Thema, ihr Inhalt, ihre Bedeutung? Kurz: Was ist ihr *Gegenstand*? Wie selbstverständlich ist man als Rechtsvergleicher versucht, darin „die“ Grundfrage schlechthin zu sehen.<sup>15</sup> Und umso kritischer scheint es dann, dass „there is astonishingly little common ground when it comes to the question of how to define the subject [of comparative law].“<sup>16</sup> Auf den ersten Blick kann der Rechtsvergleichung ihr umstrittener Status als Grundlagenfach nur dann gesichert und der bekannten Spöttelei, bei der Rechtsvergleichung handele es sich um eine bloße Methode,<sup>17</sup> nur dann begegnet werden, wenn sich ein ihr eigener Gegenstand bestimmen lässt. Scheinbar entscheidet sich der Selbststand der Rechtsvergleichung daher in der klaren und trennscharfen Abgrenzung von Nachbardisziplinen<sup>18</sup> (wie beispielsweise der Rechtsgeschichte, der Rechtssoziologie und der Rechtsdogmatik oder neuerdings auch der Rechtsökonomie, der Rechtsanthropologie und der Rechtspolitikwissenschaft).

Diese Abgrenzungen bröckeln freilich zusehends: Der Unterschied zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte ist nicht selten „nur“ darin zu sehen, dass hier das geltende und dort das vergangene Recht vergleichend in den Blick genommen wird. Beim eigentlichen Vergleich tun sich dann wenige Unterschiede auf.<sup>19</sup> Wer überdies als Rechtsvergleicher sog. *legal transplants* genetisch untersucht (ein vergleichsweise neues, aber populäres Feld der Rechtsvergleichung),<sup>20</sup> um sich im Spiegel ihrer Verbreitung und Implementierung über die gegenwärtigen oder zukünftigen Auswirkungen auf eine Spender- oder Empfängerrechtsordnung zu orientieren, der erforscht die Entwicklung des Rechts und betreibt mithin (auch)

<sup>15</sup> So u.a. B. Grossfeld, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984, S. 24f.; A. Junker, Rechtsvergleichung (Fn. 8), S. 922.

<sup>16</sup> J. Husa, The Tip of the Iceberg or What Lies Beneath the Surface of Comparative Law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2005, S. 73 (74).

<sup>17</sup> Dazu O. Kahn-Freund, Comparative Law as an Academic Subject, Law Quarterly Review 1966, S. 40 (41); H.-H. Jescheck, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung – Antrittsrede, Tübingen 1955, S. 36.

<sup>18</sup> Eine solche negativ abgrenzende Annäherung an den Gegenstand der Rechtsvergleichung findet sich etwa bei L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. I, Köln u.a. 1971, S. 214 ff.; U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 1 B.; A. Junker, Rechtsvergleichung (Fn. 8), S. 923 ff.; M. Reimann, Comparative law and neighbouring disciplines, in: M. Bussani/U. Mattei (Hrsg.), Comparative Law, Cambridge 2012, S. 13; K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996, § 1 III.

<sup>19</sup> Besonders bildhaft K. Zweigert/H. Kötz, Rechtsvergleichung (Fn. 18), S. 8: „Holz vom gleichen Stamm“.

<sup>20</sup> Vgl. m.w.N. D. Berkowitz/K. Pistor/J.-F. Richard, The Transplant Effect, The American Journal of Comparative Law 2003, S. 163; J. W. Cairns, Watson, Walton and the History of Legal Transplants, Georgia Journal of International and Comparative Law 2013, S. 637; E. Örücü, A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience, Journal of Comparative Law 2006, S. 261 (263); U. Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, American Journal of Comparative Law 1994, S. 195 (207); M. Siems, Comparative Law, Cambridge 2014, S. 203 (211); A. Watson, Aspects of Reception of Law, The American Journal of Comparative Law 1996, S. 335.

Rechtsgeschichte. Und ferner: Wer das zu vergleichende Recht nicht mehr nur „in the books“, sondern „in action“ würdigen will, der kommt um eine Untersuchung des „law in context“<sup>21</sup> (nicht zu verwechseln mit dem „context in law“)<sup>22</sup> und um die Berücksichtigung von Rechtstatsachen bzw. der Rechtssoziologie nicht umhin. Und schließlich: Wer das eigene im Lichte fremden Rechts kritisch reflektieren oder gar weiterentwickeln (Stichwort: die Rechtsvergleichung als fünfte Auslegungsmethode;<sup>23</sup> Rechtsvergleichung bei der Auslegung internationalen Rechts<sup>24</sup>) will, betreibt eine rechtsvergleichend informierte oder gar rechtsvergleichend getriebene Rechtsdogmatik. Diese wenigen Beispiele illustrieren, dass es sich beim Gegenstand der Rechtsvergleichung keineswegs um eine negativ beantwortbare Grundfrage handelt.

Ein übergreifender Gegenstand, der die Rechtsvergleichung als Disziplin auszeichnet und sie nach innen wie nach außen hin eint, lässt sich vielmehr erst in der zurück- wie vorausschauenden Synthese der verschiedensten Arbeits- und Forschungsansätze ausmachen. Das führt zu der zunächst unbefriedigend anmutenden, aber in der Sache sehr treffenden Gegenstandsbeschreibung, dass „Rechtsvergleichung eben das ist, was Rechtsvergleicher machen“<sup>25</sup> bzw. machen können.

21 Siehe hierzu etwa *U. Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 3 Rn. 200 f.; *D. Nelken*, Comparative Law and Comparative Legal Studies, in: E. Örücü/D. Nelken (Hrsg.), Comparative Law. A Handbook, Oxford/Portland 2007, S. 3 (20 f.); *A. Harding/P. Leyland*, Comparative Law in Constitutional Contexts, in: E. Örücü/D. Nelken (Hrsg.), a.a.O., S. 313; E. Örücü, The Enigma of Comparative Law, Leiden 2004, S. 54.

22 Siehe hierzu etwa *D. Nelken*, Comparative Law and Comparative Legal Studies, in: E. Örücü/D. Nelken (Hrsg.), Comparative Law (Fn. 21), S. 3 (21); *G. Frankenberg*, How to do Projects with Comparative Law – Notes of an Expedition to the Common Core, Global Jurist Advances art. 1 2006, S. 1; ders., Comparing Constitutions: Ideas, Ideals and Ideology – Towards a Layered Narrative, International Journal of Constitutional Law 2006, S. 439.

23 So ausdrücklich für das Verfassungsrecht *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat — Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913 (916 ff.).

24 *K. Hailbronner*, Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung, ZaöRV 1976, S. 190 (199 ff.); *H.-P. Mansel*, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ 1991, S. 529 (529 f.); *C. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 (1025).

25 *M. Siems*, Comparative Law (Fn. 20), S. 6 („comparative law is what comparative lawyers do“).

Insofern ließe sich nun zwar analytisch einhaken und zwischen theoretischem Vor-,<sup>26</sup> praktischem Haupt<sup>27</sup> und reflexivem Nacharbeiten<sup>28</sup> unterscheiden.<sup>29</sup> Und in der Tat sind alle diese Arbeitsschritte Teile der Rechtsvergleichung als Disziplin, selbst wenn im Vor- und Nacharbeiten keine Vergleichung im engeren Wortsinne stattfindet. Doch da die Theoretisierung, Praxis und Reflexion des Rechtsvergleichens nicht länger eine Sache des einzelnen Erkenntnissubjekts ist und all dies vielmehr arbeitsteilig durch die *epistemic community* der Rechtsvergleicher wahrgenommen wird, lässt sich der Gegenstand der Rechtsvergleichung abgewandelt doch wieder nur wie folgt beschreiben: Rechtsvergleichung ist (allemal in erster Linie bzw. beim ersten Zugriff, bei dem die Vermittlung der Rechtsvergleichung an Nicht-Rechtsvergleicher außen vorbleibt) das, über was Rechtsvergleicher als Rechtsvergleicher (bzw. die von ihnen gebildeten Schulen etc.) miteinander *kommunizieren* bzw. *kommunizieren können*.

Dies ist weit weniger banal, als es zunächst klingen mag. Indem hier die Frage nach dem Gegenstand der Rechtsvergleichung der Rang einer präzise beantwortbaren Grundfrage abgesprochen wird, wird zugleich für die normative Offenheit der Disziplin geworben. Dadurch lassen sich neue (und potentiell innovative) Ansätze ebenso integrieren wie unbequeme (und potentiell bedeutungsvolle) Stimmen rezipierbar werden, die sich gegen den Mainstream stellen. Neue oder unbequeme Positionen sollen mit anderen Worten nicht vorschnell ausgegrenzt werden, indem man ihnen den gegenständlichen Bezug zur Rechtsvergleichung axiomatisch aberkennt, sondern integrativ danach bemessen werden, ob und ggf. welchen Erkenntnisgewinn sie für die Rechtsvergleichung als Disziplin beizutragen haben. Damit zeigt sich auch, was eine Theorie pluralistischer Rechtsvergleichung im Sinn hat: Sie will Kommunikationsmöglichkeiten schaffen, d.h. jene Kommunikationsbarrieren überwinden, die durch unterschiedliche (rechts-, vergleichs- etc.)theoretische

26 Diese behandelt, wie im Schwerpunkt dieser Beitrag, die Grundlagen der Rechtsvergleichung *in abstracto*, d.h. ohne eigentlichen Vergleichsvorgang. – Die bekannte Sichtweise von G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969, S. 253, dass „Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften sind“, so dass man hier sagen könnte, die Rechtsvergleichung „kranke“ an theoretischem Vorarbeiten und solle sogleich in den eigentlichen Vergleich einsteigen, mag wirkmächtig sein, wird hier aber nicht geteilt.

27 Dieses betrachtet – *idealiter* nach Maßgabe der Grundlegungen der Rechtsvergleichung *in abstracto* – das gegenseitige Verhältnis von Vergleichsobjekten, leistet also Rechtsvergleichung *in concreto*. Diese Definition besagt freilich nicht mehr und nicht weniger als dass praktische Rechtsvergleichung die – *idealiter* theoriegeleitete – praktische Vergleichung verschiedener Rechtsregime zum Gegenstand hat, was tautologisch und daher nicht wirklich erkenntnisfördernd ist.

28 Dieses hinterfragt, in der Regel in kritischer Absicht und mit Blick auf fremde Arbeiten, die Rechtsvergleichung *in concreto*, z.B. insbesondere indem herausgestellt wird, welchen Vorverständnissen diese (fremden) Vergleichungen verschrieben sind und welche Unzulänglichkeiten dadurch befördert werden. – Hierzu auch S. Baer, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode, ZaöRV 2004, S. 735.

29 Ähnlich A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 984.

Vorverständnisse entstehen.<sup>30</sup> Und sie will der kritischen Evolution des Fachs Vorschub leisten.

Ein erstes Beispiel: War es früher üblich, die Strafrechtsvergleichung allein auf ausländisches Recht zu beziehen,<sup>31</sup> ist der Blick heute wie selbstverständlich auch auf inter-, trans- und supranationales Recht zu weiten<sup>32</sup> (wenn etwa ebenenübergreifend bzw. vertikal ein nationales mit „dem“ Völkerstrafrecht, wenn ebenenimmigrant bzw. horizontal das Recht des JStGH mit dem des IStGH oder wenn ebenenvernetzend bzw. polygonal die Auslieferungsrechte der EU-Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund des EU-Rechts miteinander verglichen werden).

Und ein zweites Beispiel: „Die“ postmoderne Kritik am Rechts- und Vergleichsbe- griff „der“ klassischen Rechtsvergleichung<sup>33</sup> hat deren Vorverständnisse und Ver- einseitigungen aufgezeigt und radikal in Frage gestellt (Stichwort: das instrumen- telle und vermeintlich wertneutrale Rechtsverständnis der sog. funktionalen Me- thode; die Ausblendung von Differenzen aufgrund einer axiomatisch gesetzten, aber nicht näher begründeten *prae sumptio similitudinis* der Vergleichsobjekte). Nicht zuletzt wegen ihrer häufig kaum mehr verständlichen Sprache<sup>34</sup> fremdet „die“ deutsche Rechts-, und hier insbesondere die deutsche Strafrechtsvergleichung gleichwohl mit „den“ Postmodernen. Postmoderne Kritiker zu ignorieren wäre aber falsch, tragen sie doch gerade in theoretischer wie reflexiver Manier<sup>35</sup> zur Ver-

30 Siehe sehr allgemein hierzu auch N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993, S. 14.

31 Siehe beispielhaft H.-H. Jescheck, Strafrechtsvergleichung – Antrittsrede (Fn. 17), S. 9 ff.; F. v. Liszt, Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne, in: Internationale Kriminalistische Vereinigung (Hrsg.), I. Band: Das Recht der Staaten Europas, Berlin 1894, S. 13 (15 ff.); ders., Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung, II., ZStW 27 (1907), S. 91.

32 Ein schönes Beispiel findet sich in K. J. Keller/M. D. Dubber (Hrsg.), The Handbook of Comparative Law, Stanford 2011, steht dort doch eine Darstellung des Status des IStGH neben 16 Landesberichten. – Diese Weitung des Blicks fordern auch K. Ambos, Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung, in diesem Heft, S. 247 f.; U. Sieber, Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft, in: ders./H.-J. Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach – Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, Berlin 2006, S. 78 (85 f.).

33 Es gibt weder „die“ postmoderne Kritik noch „die“ klassische (Straf-)Rechtsvergleichung. Wenn hier trotzdem jeweils der Singular verwendet wurde, so dient dies allein der darstellerischen Vereinfachung. Zu „der“ postmodernen Kritik siehe exemplarisch N. Berman, Aftershocks – Exoticization, normalization and the hermeneutic compulsion, Utah Law Review 1997, S. 281; G. Frankenberg, Critical Comparisons (Fn. 2); D. Kennedy, New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance, Utah Law Review 1997, S. 545; P. Legrand, The Impossibility of ‘Legal Transplants’, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, S. 111. – Vgl. auch den Überblick in D. Richers, Postmoderne Theorie (Fn. 12).

34 Krit. hierzu etwa U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 3 Rn. 23.

35 Dass postmoderne Autoren selten praktisch arbeiten (oder die von ihnen vorgelegten sich nicht fundamental von klassischen Studien unterscheiden), ist kein Ausschlussgrund. Denn wie oben angerissen, gehört auch die Reflexion fremder rechtsvergleichender Texte zur Rechtsvergleichung als Disziplin, zumindest dann, wenn man diese als epistemische Kommunikationsgemeinschaft rekonstruiert, in der an die Stelle der vorsprachlich-einsamen Reflexion des einzelnen Erkenntnissubjekts die ins kommunikative Handeln eingebaute Schichtung von Diskurs und Handeln tritt. So die allg. Formulierung von J. Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne, Frankfurt am Main 1985, S. 375.

feinerung des (straf-)rechtsvergleichenden Diskurses bei – und sei es auch nur dadurch, dass sie Gegenkritik<sup>36</sup> provozieren und weiterführende Selbstvergewisserungen, Klarstellungen und Präzisierungen notwendig machen<sup>37</sup> (wie jene, dass die funktionale Methode nicht wesensnotwendig auf einer *praesumptio similitudinis* beruhen muss, sondern auch Differenzen in den Blick nehmen kann).

## II. Ziel

Wenn sich demnach die Frage nach dem Gegenstand der Rechtsvergleichung nur synthetisch beantworten lässt, wie sieht es dann mit der Frage nach ihrem *Ziel* aus? Ist die Rechtsvergleichung teleologisch ausgerichtet bzw. sollte sie es sein? Auch diese Fragen stehen in vielen Abhandlungen im Mittelpunkt des theoretischen Interesses,<sup>38</sup> wenn insofern auch unterschiedliche Begriffe (wie Ziel, Sinn, Zweck, Aufgabe oder Funktion) Verwendung finden.<sup>39</sup> Ganz mehrheitlich wird heute zwar nicht mehr nach dem einen Ziel, sehr wohl aber nach einem Kanon an mehr oder minder anerkannten Zielen gefahndet.<sup>40</sup> Doch was ist eigentlich das Ziel der Zielbestimmung(en) der Rechtsvergleichung?

Dass sie Verständnis für fremde Rechtsordnungen schaffen, der Legislative als Inspirationsquelle bei Rechtssetzungsvorhaben dienen oder Gerichten bei der Auslegung des eigenen Rechts hilfreich zur Seite stehen kann (um einige wenige, aber doch zentrale Ziele der sog. theoretischen, legislativen und judikativen Rechtsvergleichung zu benennen)<sup>41</sup> führt weder zur Einheit der Rechtsvergleichung als Disziplin noch wird damit abschließend festgelegt, wie rechtsvergleichendes Arbeiten praktisch auszusehen hat. Rechtsvergleichung, die keinem der (bis dato) anerkannten Ziele folgt, ist und bleibt Rechtsvergleichung; was sich insbesondere daran zeigt, dass immer neue „Formen“ herausgearbeitet werden (wie die evaluativ-kom-

36 So etwa von A. Peters/A. Schwenke, Comparative Law beyond Post-Modernism, *The International and Comparative Law Quarterly* 2000, S. 800.

37 So etwa von J. Husa, Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?, *RabelsZ* 2003, S. 419.

38 Vgl. nur L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung (Fn. 9), S. 331 ff.; A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 966 ff.; U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 2.

39 Teils synonym und teils analytisch differenziert. Siehe hierzu exemplarisch A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 966 ff.; U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 2; U. Sieber, Strafrechtsvergleichung (Fn. 32), S. 94 f.; K. Zweigert/H. Kötz, Rechtsvergleichung (Fn. 18), § 2.

40 Dies geschieht in ganz unterschiedlicher Detail- und Differenzierungstiefe. M. Siems, Comparative Law (Fn. 20), S. 2 ff. fasst recht allgemein auf zweiten Seiten zusammen, Rechtsvergleichung diene der Förderung von Wissen und Verständnis und habe praktischen Nutzen auf nationaler wie internationaler Ebene. A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 966 ff., lässt hingegen die notwendige Schärfentiefe obwalten und entfaltet die Ziele und Funktionen der Strafrechtsvergleichung auf 72 Seiten. – Siehe außerdem U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 2; R. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, § 1; K. Zweigert/H. Kötz, Rechtsvergleichung (Fn. 18), § 2.

41 Zu dieser Dreiteilung eingehend A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 966 ff., 984 ff., 1005 ff. m.w.N.

petitive,<sup>42</sup> die subversive<sup>43</sup> oder die akzeptanzfördernde<sup>44</sup> Strafrechtsvergleichung). Überdies bleibt auch jener (Straf-)Rechtsvergleichung, die normativ fragwürdige Ziele verfolgt, ihr Rang als (Straf-)Rechtsvergleichung erhalten; illustrativ dafür ist die sog. instrumentelle Strafrechtsvergleichung der EU Kommission,<sup>45</sup> die sich mitunter inhaltlich gelenkter Vergleichungsstudien bedient, um bestimmten Politikvorstellungen Vorschub zu leisten.

Bei Lichte besehen betrifft die Ziel- folglich keine Grundfrage der Rechtsvergleichung als Disziplin. Wenn im Schrifttum über die Ziele der (Straf-)Rechtsvergleichung nachgedacht wird, läuft dies in der Regel auf eine Beschreibung des Sammelsuriums an Zwecken und Funktionen hinaus, die Rechtsvergleicher tatsächlich verfolgen oder die mit ihren (straf-)rechtsvergleichenden Projekten verbunden werden. Um nicht missverstanden zu werden: Eine solche deskriptive Selbstreflexion des Fachs ist wichtig und weiterführend,<sup>46</sup> führt sie uns doch die Vielfältigkeit und Vielgestaltigkeit der Rechtsvergleichung vor Augen. So hat etwa jüngst *Eser* auf nicht weniger als 72 Seiten eine besonders vorzügliche Taxonomie der unterschiedlichsten Zwecke und Funktionen der von einer Vielzahl an Akteuren betriebenen Strafrechtsvergleichung vorgestellt.<sup>47</sup> Wenn sich nun aber in der Makroperspektive weder ein übergreifendes Ziel noch ein einheitsstiftender Kanon an anerkannten Zielen angeben lässt, so handelt sich bei der Ziel- um keine Grundfrage der Rechtsvergleichung als Disziplin.

Ganz anderes gilt, wenn und sobald man einzelne rechtsvergleichende Projekte in den Blick nimmt. Da diese qua (oder trotz) ihrer rechtsvergleichenden Ausrichtung keinem abstrakten disziplinären Ziel verpflichtet sind (z.B. dem vermeintlichen Generalziel, Wissen und Verständnis für andere Rechtsordnungen zu kreieren), gilt es Rechenschaft über ihre konkreten Zwecke – also über die Beweggründe der individuellen Rechtsvergleicher – abzulegen (dazu noch unten B.). Wie es *David Kennedy* auf den Punkt gebracht hat: „[w]e should see comparativists as people with projects.“<sup>48</sup> Und da diese Zwecke bzw. Projekte den nachfolgenden Vergleichungs-

42 Hierzu A. *Eser*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 1020 ff.

43 Hierzu G. *Fletcher*, Comparative Law as a Subversive Discipline, *The American Journal of Comparative Law* 1998, S. 683; M. *Mona*, Strafrechtsvergleichung und *comparative justice*: Zum Verhältnis von Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, in: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, Baden-Baden 2011, S. 103 (106 ff.).

44 Hierzu B. *Burghardt*, Die Rechtsvergleichung in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung. Von der Rechtsvergleichung als Mittel der Rechtsfindung zur diskursiv-vermittelnden Rechtsvergleichung, in: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 235.

45 Hierzu J. *Vogel*, Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung, in: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 205.

46 So auch U. *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 32), S. 123.

47 A. *Eser*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 966 ff.

48 D. *Kennedy*, New Approaches (Fn. 33), S. 551.

vorgang, insbesondere die Methodenwahl (s. unten IV.), präjudizieren, ist in der Mikelperspektive die Zweck- eine zentrale Grundfrage rechtsvergleichenden Arbeitens. Damit wird auch deutlich, warum hier dafür geworben wird, die Suche nach den Generalzielen der Strafrechtsvergleichung als Disziplin einzustellen. Denn diese soll die Identifizierung der Partikularziele einzelner Strafrechtsvergleichungsprojekte nicht erschweren. Vielmehr sind Kritikbereitschaft und Kritikfähigkeit zu fördern und schärfen.

### III. Berechtigung

Eine weitere Frage, die die Theorie debatte seit langem durchzieht, ist jene nach der Berechtigung der Rechtsvergleichung.<sup>49</sup> Diese betrifft vordergründig die Frage nach den (Leistungs- etc.) Fähigkeiten und Grenzen der Rechtvergleichung (z.B. als Rechtserzeugungs- bzw. -erkenntnisquelle im Rahmen der Rechtsetzung bzw. Rechtsprechung) und hintergründig jene nach den Bewertungsmaßstäben (z.B. ob und warum die Entwicklung des eigenen an fremdem Recht orientiert werden sollte). Während gerade in älteren Traktaten vorauselend der Mehr-, insbesondere der funktionale Nutzwert der Rechtsvergleichung<sup>50</sup> beschworen wurde,<sup>51</sup> wird in jüngeren Beiträgen häufig ein „ungewöhnliches Rechtfertigungsbedürfnis“ bestritten<sup>52</sup> (was dieses dann freilich doch wieder auf die Tagesordnung hebt). Der Eindruck, dass die Rechtsvergleichung von Selbstzweifel geplagt ein gesteigertes Selbstlegitimationsbedürfnis<sup>53</sup> an den Tag legt, lässt sich auch daran festmachen, wie mit Kritik umgegangen wird. So sei an den „Aufruhr“ erinnert, den die konservativen Richter am US Supreme Court *Scalia*, *Thomas* und *Rehnquist* mit ihrer Anfeindung ausgelöst haben, dass rechtsvergleichende Erkenntnisse nicht in der US-Verfassungsrechtsprechung berücksichtigt werden dürften.<sup>54</sup> Diese Anfeindung nahm etwa *Siems* zum Anlass, um zunächst provokativ das „Ende der Rechtsverglei-

49 Siehe etwa *L.-J. Constantinesco*, Rechtsvergleichung (Fn. 12), S. 27 ff.; *U. Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 1 Rn. 52 ff.; *K. Zweigert/H. Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 18), S. 2 f.

50 Im Wesentlichen für die Legislative und Judikative.

51 So etwa von *E. Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung 1900, S. 329; *M. Rheinstein*, Rechtsvergleichung (Fn. 9), S. 15, 27; *K. Zweigert/H. Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 18), S. 14.

52 So etwa von *U. Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 2 Rn. 1 ff. Entsprechend *R. Sacco*, Rechtsvergleichung (Fn. 40), S. 14.

53 Rechtsvergleichern ein „Identitätsproblem“ bescheinigend *G. Frankenberg*, Critical Comparisons (Fn. 2), S. 411 (dort Anm. 1). – Wie unter B. noch näher gezeigt werden wird, scheint mir das Selbstlegitimationsbedürfnis der Rechtsvergleicher nichts Schlechtes oder Schadhaftes zu sein. Im Gegen teil: Manchmal würde man sich wünschen, dass auch andere Disziplinen Rechenschaft darüber ablegen, welchen Einfluss die eigene Perspektivwahl auf das Ergebnis hat, so etwa wenn „das“ Recht apodiktisch und apriorisch von einer bestimmten rechtsphilosophischen Warte aus in den Blick genommen wird.

54 Vgl. hierzu die Übersicht bei *U. Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 2 Rn. 66 ff.

chung“ in den Raum und in der Folge die Wichtigkeit der Berechtigungsfrage herauszustellen.<sup>55</sup>

Im Lichte eines pluralistischen Entwurfs der Rechtsvergleichung als Disziplin muss die Berechtigungsfrage meines Erachtens entspannter, wenn auch mit neuem Ernst angegangen werden. Da der Rechtsvergleichung kein übergreifender Sinn eigen ist, muss (und kann) sie als Disziplin auch nicht mithilfe eines Generalziels gerechtfertigt werden.<sup>56</sup> Das entbindet uns aber nicht von der Aufgabe, die Berechtigung einzelner Vergleichungsprojekte differenziert und mit der notwendigen Schärfentiefe zu fokussieren. So liefern Rechtfertigungs- wie auch Kritiknarrative neuen Stoff, um auf die jeweiligen Standpunkte der Proponenten schließen und diese kritisch reflektieren zu können. Überdies dürfen berechtigte (z.B. methodische etc.) Kritikpunkte sowie Hinweise auf die Leistungsgrenzen der Rechtsvergleichung nicht vorschnell als „Nestbeschmutzung“ missverstanden werden. Um all dies kurz mit drei Beispielen zu verdeutlichen:

Die zuvor aufgeworfene Anfeindung, das US-Verfassungsrecht dürfe nicht im rechtsvergleichenden Lichte fortentwickelt werden, lässt tief blicken, kommt in ihr doch ein hohes Maß an demokratie- und verfassungstheoretischem Exzessionalismus und Nativismus zum Vorschein<sup>57</sup> – der übrigens keineswegs auf die USA beschränkt ist.<sup>58</sup> Daran zeigt sich zweierlei: *Erstens* ist die Berechtigungsfrage nicht makroskopisch auf die Rechtsvergleichung als Disziplin zu beziehen, sondern mikroskopisch zu stellen. Ob die Berücksichtigung rechtsvergleichender Einsichten durch die Judikative demokratie- und verfassungstheoretisch rechtfertigbar ist oder nicht, kann mithin weder unter Verweis auf einen vermeintlich allgemeinen Sinn und Zweck der Rechtsvergleichung beantwortet werden<sup>59</sup> noch schlagen Antworten auf andere Vergleichungsprojekte durch. Die als wissenschaftliche Grundlagen-

55 M. Siems, *The End of Comparative Law*, Journal of Comparative Law 2007, S. 133.

56 Um nicht missverstanden zu werden: Natürlich können Ziele der Rechtsvergleichung als zweckhaft ausgegeben werden, z.B. das Ziel, dass die Rechtsvergleichung der Völkerverständigung dienen sollte. Solche Ziele dürfen dann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch andere Ziele verfolgbar sind, z.B. das Ziel, mit der Rechtsvergleichung bestimmte Rechtsetzungsvorhaben in neo-imperialistischer Manier zu befördern.

57 Um etwa A. Scalia, AEI Working Paper #152, S. 6, zu Worte kommen zu lassen: „If there was any thought absolutely foreign to the founders of our country, surely it was the notion that we Americans should be governed the way Europeans are, ... What reason is there to believe that other dispositions of a foreign country are so obviously suitable to the morals and manners of our people that they can be judicially imposed through constitutional adjudication? Is it really an appropriate function of judges to say which are and which are not? I think not.“.

58 Hier sei beispielhaft verwiesen auf die Weigerung des ICTY, Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen (*Prosecutor v Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, Rn. 27 ff.); oder auf den gegen den europäischen Integrationsprozess gerichteten Pathos der jüngeren BVerfG-Judikatur, insb. BVerfGE 140, 317.

59 So aber wohl T. Kadner Graziano, Rechtsvergleichung vor Gericht, RiW 2014, S. 473 (486); C. Schönberger, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, Verfassung und Recht in Übersee 2010, S. 6 (20 ff.).

forschung betriebene Rechtsvergleichung wird demnach beispielhaft nicht dadurch in Frage gestellt, dass man der judikativen Rechtsvergleichung durchaus mit staats-theoretischen etc. Bedenken entgegentreten kann. – *Zweitens* gilt es mitunter tief zu schürfen, um die (fehlende) Berechtigung eines einzelnen Vergleichungsprojekts überzeugend zu begründen. Während bei der wissenschaftlichen Grundlagenforschung der wohlfeile Hinweis auf die Forschungsfreiheit als Rechtfertigung hinreicht (u.a. weil diese dem Kritiker die Argumentationslast zuweist), gilt es bei anderen Formen der Rechtsvergleichung fundamentaler anzusetzen. Beispielsweise ist darzutun, dass sich ein staatstheoretischer Nativismus in Zeiten von Globalisierung und Europäisierung überholt hat, so dass die Judikative fremde Rechtsansichten (wenn auch nicht als verbindlich, so doch) sehr wohl als persuasiv berücksichtigen darf.<sup>60</sup>

Die von *Scalia* groß gemachte Kritik an der Rechtsvergleichung im US-Verfassungsrecht liefert ein weiteres Beispiel für die Bedeutung der Berechtigungsfrage.<sup>61</sup> Denn kritisiert wird insbesondere auch die Selektivität und Instrumentalität des rechtsvergleichenden Arguments im Rahmen der judikativen Rechtsvergleichung, das sog. „cherry picking“.<sup>62</sup> In den Worten *Scalias*: „To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decision-making but sophistry.“<sup>63</sup> – Dahinter steht ein szientistischer Anspruch an die Rechtsvergleichung, die nur dann Einsichten beisteuern dürfen soll, wenn sie neutral und universal angewandt wird;<sup>64</sup> und überdies ein Bild von der Rechtsprechung, die nachgerade wissenschaftlich argumentieren muss und eine bereits getroffene Entscheidung nicht *ex post facto* rechtsvergleichend rationalisieren darf. Doch warum ist nicht zu akzeptieren, dass rechtsvergleichende Einsichten eklektisch gewonnen und als normales Argument in den dogmatischen Diskurs eingebracht werden?<sup>65</sup> Und warum soll die Rechtsprechung nicht überzeugende rechtsvergleichende Beispiele einbeziehen dürfen, um Entscheidungen zu substantiierten,

- 60 Plakativ die damalige Richterin am U.S. Supreme Court S. Day O'Connor, Keynote Address, American Society of International Law Proceedings (Mar. 16, 2002), S. 348 (349): “The reason [why US courts may draw on foreign law, C.B.], of course, is globalization. No institution of government can afford now to ignore the rest of the world.”
- 61 Dazu auch C. Burchard, Judicial Dialogue in Light of Comparative Criminal Law and Justice, in Lobba/Mariniello (Hrsg.), Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals, 2017, S. 56.
- 62 Hierzu etwa C. McCrudden, A Common Law of Human Rights?, Oxford Journal of Legal Studies 2000, S. 499 (507 ff.); R. D. Glensy, Which Countries Count? Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, Virginia Journal of International Law 2005, S. 357 (401 ff.).
- 63 *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183, 1228 (2005) (*Scalia*, J., dissenting).
- 64 Diese Forderung aufstellend L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung (Fn. 9), S. 37 („Die Vergleichung muß wertneutral sein.“); F. H. Lawson, Uniformity of Laws: A Suggestion, Journal of Comparative Legislation and International Law 1944, S. 16 (24) („The less the practice of the law has to do with ‘policy’ the better.“); U. Sieber, Strafrechtsvergleichung (Fn. 32), S. 94.
- 65 Akzeptiert man die rechtstheoretische Prämissen, dass dogmatische Argumente nicht zwingend und logisch verbindlich, sondern nur mehr oder minder überzeugend sein können, so weiß die Rechts-

selbst wenn diese Beispiele teleologisch ausgewählt wurden?<sup>66</sup> Da *Scalia* dies nicht weiter ausführt, hängt seine Kritik „in der Luft“.

Eine differenzierte Handhabung der Berechtigungsfrage ist nicht nur dazu angetan, die normativen Grundlagen der Rechtsvergleichung und der an ihr geäußerten Kritik zu klären, kritisch zu hinterfragen und reflexiv weiterzuentwickeln. Die Berechtigungsfrage legt auch ein Schlaglicht auf die *sachlichen Leistungsgrenzen der Rechtsvergleichung*. Diese kann per se keinen normativen Wirkungsanspruch für sich beanspruchen und bedarf ferner im Mindestmaß hinreichender Vergleichsobjekte, um in Ansatz gebracht werden zu können. Auch hierzu zwei kurze Beispiele. *Erstens* sei an jene „Methode“ erinnert, die letztlich durch das Abzählen der in den Vergleichsrechtsordnungen mehrheitlich verfolgten Lösungsansätze konkrete Rechtssetzungsvorschläge erarbeiten will. Das erscheint freilich wenig überzeugend, solange nicht die normative Kraft des Vergleichs – und sei auch nur nach Maßgabe eines Lemminge-Prinzips („Die anderen tun es, also müssen wir es auch tun!“) – dargetan ist. – Ein *zweites Beispiel* liefert die Transnationalisierung der Strafrechtspflege. Da und solange es ein „neues“ Phänomen darstellt, dass Strafverfolgungsorgane Ermittlungsmaßnahmen über Souveränitätsgrenzen hinweg selbst vornehmen (z.B. direkt, also nicht im Wege der Rechtshilfe, auf Daten zugreifen, die auf Servern im Ausland gespeichert sind),<sup>67</sup> kann die Rechtsvergleichung hierzu auch keine Lösungsansätze präsentieren. Namentlich weil und solange sich die bisherigen Strafverfahrens-, Souveränitäts- und Menschenrechtsregime diesem Phänomen nicht angenommen haben. Rechtsvergleichung ist mit anderen Worten keine „Lösung für alles und jedes“.

vergleichung auch keine abschließenden Ergebnisse oder Lösungen vorzulegen. Folge wäre eine Relativierung rechtsvergleicher Argumente, die dann aber auch ohne universales Forschungsdesign und ohne ausführliche Länderberichte in den dogmatischen Diskurs einbringbar wären. Eine solche Normalisierung der Rechtsvergleichung könnte damit ihrer Entmarginalisierung Vorschub leisten. Gleicher gilt für mehr Mut zu eklektischer Rechtsvergleichung. Um ein bestimmtes Argument machen zu können, bedarf es mitunter nur einer beschränkten Exploration einer oder weniger anderer Rechtsordnungen.

66 B. Burghardt, Die Rechtsvergleichung in der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung in: Beck/Burghard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 235 (251) hat am Beispiel des Völkerstrafrechts Folgendes herausgearbeitet: „Die Rechtsvergleichung dient nicht mehr der Einbeziehung fremden Rechts bei der Ermittlung des eigenen Rechts, sondern der Kommunikation des systemimmanent, mittels Auslegung, gefundenen Ergebnisses. Nicht die Begründungsleistung rechtsvergleicher Überlegungen für die völkerstrafrechtliche Rechtsfindung ist entscheidend, sondern ihre Vermittlungsleistung nach außen. Rechtsvergleichung erhöht die Verständlichkeit und damit die Akzeptanz- und Anschlussfähigkeit der völkerstrafrechtlichen Praxis.“

67 Siehe hierzu Non-paper: Progress Report following the Conclusions of the Council of the European Union on Improving Criminal Justice in Cyberspace; Cybercrime Convention Committee (T-CY) T-CY Guidance Note # 3 Transborder access to data (Article 32), adopted by the 12th Plenary of the T-CY (2-3 December 2014).

#### IV. Methode?

Dass zuvor die Methoden- nicht als Grundfrage der Rechtsvergleichung diskutiert wurde, hat seinen guten Grund: Denn ihr ist dieser Status zu entziehen, und das obwohl die Methodendiskussion herkömmlich an einer der vordersten Stellen der rechtsvergleichenden Theoriedebatten steht.<sup>68</sup> In der Tat war vor wenigen Jahren „der“<sup>69</sup> sog. Funktionalismus noch so vorherrschend, dass man den Eindruck gewinnen konnte, diese (Vergleichs-)Methode – bzw. der mit ihr zu verbindende methodische, rechtstheoretische und epistemologische Reduktionismus – vereine die Rechtsvergleichung als Disziplin. Auch heute noch legt die Eindringlichkeit, mit der entweder gegen bestimmte Methoden (wie insbesondere den Funktionalismus) angeschrieben<sup>70</sup> oder für andere Methoden (wie eine kulturbezogene und Differenzen betonende Rechtsvergleichung) eingetreten wird,<sup>71</sup> es nahe, dass die Methoden- eine Grundfrage der Rechtsvergleichung darstellt – und zwar in einer Meta- wie auch einer Mikroperspektive. Doch dem ist nicht so.

In der Mikroperspektive auf einzelne rechtsvergleichende Arbeiten ist die zu wählende Methode keine unabhängige Grund-, sondern eine von einer Vielzahl an Faktoren abhängige Folgefrage. Die Methodenwahl hängt vom „Standpunkt“ (so treffend Jescheck)<sup>72</sup> des (Straf-)Rechtsvergleichers ab, genauer von seinen Zwecken,<sup>73</sup> Ansprüchen und Vorverständnissen (dazu noch unten B.). Exemplarisch: Wer fremde Rechtsskulturen vergleicht, um die gewachsene und in gemeinsamen historischen Erfahrungen verankerte Einzigartigkeit des eigenen Rechts herauszustellen,<sup>74</sup> „tickt“ anders und arbeitet mit einem teilweise fundamental anderen Rechtsbegriff als derjenige, der in der Rechtsentwicklung die Autopoiesis des Rechts in modernen westlichen Gesellschaften zu erkennen glaubt, die allesamt autonome

68 Bei Lichte betrachtet sind damit die Methoden des eigentlichen Vergleichens, d.h. die Methoden der oben so genannten „praktischen Hauptarbeit“ angesprochen. Über die Methoden des theoretischen Vor- und des reflexiven Nacharbeits ist weit weniger nachgedacht.

69 Dass es sich dabei freilich um keinen monolithischen Begriff handelt, hat R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford/New York 2006, S. 339 ff. eindrücklich vor Augen geführt.

70 „Tote Fakten“ und „lebende Fehler“ (meine Übersetzung) ob einer funktionalistischen Rechtsvergleichung befürchtend G. Frankenberg, Critical Comparisons (Fn. 2), S. 415. Zur Kritik an der funktionalistischen Methode siehe auch ders., a.a.O., S. 434 ff.; J. Hill, Comparative Law, Law Reform and Legal Theory, Oxford Journal of Legal Studies 1989, S. 101 (106).

71 Siehe exemplarisch P. Legrand, Negative Comparative Law, Journal of Comparative Law 2015, S. 405 (438).

72 H.-H. Jescheck, Strafrechtsvergleichung – Antrittsrede (Fn. 17), S. 37 f.

73 Eindrücklich zur Abhängigkeit der „Methode von der Zielsetzung“ A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 1038 ff.

74 Programmatisch P. Legrand, On the Singularity of Law, Harvard International Law Journal 2006, S. 517.

Systeme „Recht“ herausgebildet haben sollen.<sup>75</sup> Dass dort eine kulturbbezogene<sup>76</sup> und hier eine systemtheoretische<sup>77</sup> Methode der (Straf-)Rechtsvergleichung gewählt wird, und dass diesen Methoden rechtstheoretisch wenig gemein ist,<sup>78</sup> überrascht dann nicht weiter.<sup>79</sup>

Auch in der Makroperspektive zeigt sich die Rechtsvergleichung als Disziplin, und allemal die Strafrechtsvergleichung als Subdisziplin, zusehends methodenoffen. Wie Eser jüngst klarsichtig analysiert hat: Schon „von Grund auf [ist] davon auszugehen, dass es keine Methode gibt, mit der allein sich jegliches rechtsvergleichende Ziel in gleichermaßen geeigneter und vollständiger Weise erreichen ließe“; daher kann die (Straf-)Rechtsvergleichung „nicht auf eine einzige bestimmte Methode beschränkt sein“; „die Methode der Rechtsvergleichung [gibt es nicht].“<sup>80</sup> Dem ist in der Sache nichts hinzuzufügen.<sup>81</sup>

Die „Methodenoffenheit“<sup>82</sup> der Rechtsvergleichung macht es notwendig, klarer zwischen den Begriffen Methode, Methodik und Methodologie zu scheiden. Unter einer (Vergleichs-)Methode ist schlicht die praktische operationelle Vorgehensweise zur Erreichung eines bestimmten (Erkenntnis-, hier insbesondere Vergleichs-)Ziel des zu verstehen.<sup>83</sup> Die Methodik der Rechtsvergleichung trägt, als Wissenschaft von ihren Methoden,<sup>84</sup> das reiche Methodenwissen der (Straf-)Rechtsvergleicher zusammen und erschließt dieses systematisch.<sup>85</sup> Und die (rechtsvergleichende) Me-

75 Zur Autopoiesis des Rechts N. Lubmann, Recht der Gesellschaft (Fn. 30), S. 30 f., 48 ff.

76 So etwa von S. Beck, Die Bedeutung der Kultur für die Rechtsvergleichung, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2015, S. 99; B. Grossfeld/Eberle, Patterns of Order in Comparative Law: Discovering and Decoding Invisible Powers, Texas International Law Journal 2003, S. 291; H. Jung, Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Frisch-FS, Berlin 2013, S. 14.

77 So etwa von B. Fateh-Moghadam, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 43 (52 ff.).

78 Dies übersieht M. Kubiciel, Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung, RW 2012, S. 212 (216), der die Gegenüberstellung von funktionaler Methode und kulturbasiertem Ansatz als „überzeichnet“ kritisiert.

79 Es bleibt dann nur der von einer Theorie pluralistischer Rechtsvergleichung ausgehende Appell, dass der jeweils andere Stand- und Ausgangspunkt anerkannt und so Kommunikation über Rechtsvergleichung über Vorverständnisse hinweg ermöglicht wird.

80 A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 1038 f.

81 Es kann überdies hier davon abgesehen werden, die verschiedensten Methoden der (Straf-)Rechtsvergleichung aufzuzählen (gleichsam von der funktionalen über die post-moderne hin zur post-postmodernen Methode).

82 A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 1038 f.; dem folgend auch K. Ambos, Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung, in diesem Heft, S. 247 f.

83 Vgl. allg. K. Lorenz, Stichwort: Methode, in: Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 5, 2. Aufl., Stuttgart 2013, S. 379.

84 Vgl. Duden, Stichwort: Methodik, zweite Wortbedeutung.

85 A. Eser, Strafrechtsvergleichung (Fn. 4), S. 1038 ff., hat hierzu jüngst echte Kärner- und Pionierarbeit geleistet, indem er die Methodik der Strafrechtsvergleichung auf 70 Seiten entwickelt hat.

*thodologie* klärt, als Metawissenschaft über die Methoden,<sup>86</sup> methodische Verständnisfragen, indem sie die Wahl einer bestimmten Methode vorausschauend rechtfertigt oder rückblickend verständlich und kritisierbar macht. Daher hat sie in der Phase der theoretischen Vorarbeiten Kriterien dafür parat zu halten, welche praktische Vergleichsmethode für bestimmte Standpunkte besser geeignet ist als andere. Und im Rahmen des reflexiven Nacharbeitens konkreter Vergleichsstudien kann die rechtsvergleichende Methodologie Rückschlüsse darüber erlauben, was eine verwandte Methode über die Standpunkte des Rechtsvergleichers besagt, welche blinde Flecken dadurch entstanden sind etc.

Normativ gewendet ist die Methodenoffenheit der (Straf-)Rechtsvergleichung Ausdruck des in vielen Wissenschaften zu verzeichnenden „Trends“ zum sog. *methodischen und methodologischen Pluralismus* (engl. *methodological<sup>87</sup> pluralism*).<sup>88</sup> Dieser wiederum zeigt Anklänge des in der Wissenschaftstheorie entwickelten *epistemologischen Pluralismus*, demzufolge bestimmte (insbesondere soziale) Phänomene weder durch eine einzige Theorie umfassend erklärt oder verstanden noch mit einem einzigen Ansatz vollständig untersucht werden können.<sup>89</sup> Bricht man dies nun auf das Strafrecht herunter, so zeigt sich, dass die Strafrechtsvergleichung vor der Folie epistemologischen Pluralismus und in der Folge auf der Basis eines methodischen und methodologischen Pluralismus betrieben werden sollte.<sup>90</sup> Denn solange verschiedene Außenperspektiven auf das Strafrecht zulässig sind (beispielhaft: das Strafrecht als historisch gewachsene und demokratisch besonders sensible Rechtsmaterie; oder aber das Strafrecht als ordinäres Instrument der Sozialkontrolle) und das Strafrecht überdies auch aus einer Innelperspektive „normativ offen“ gestaltet ist,<sup>91</sup> solange es mit anderen Worten also nicht „das“ Strafrecht gibt, müssen auch verschiedene Zugänge zur Strafrechtsvergleichung möglich sein.

86 Vgl. etwa *B. Andersen/H. Hepburn*, Stichwort: Scientific Method, in: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2016 Edition), Online <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/scientific-method/> (zuletzt aufgerufen am 1.6.2017); *J. Mittelstraß*, Stichwort: Methodologie, in: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie (Fn. 83), S. 391.

87 Es sei nur kurz vermerkt, dass im Englischen nicht immer zwischen *method* und *methodology* unterschieden wird.

88 Grundlegend *P. Feyerabend*, Wider den Methodenzwang, Frankfurt 1983, S. 31 f., 34, wenn auch seiner Forderung nach „theoretische[m] Anarchismus“ hier nicht gefolgt wird.

89 Siehe allgemein *H. J. Sandkühler*, Stichwort: Pluralismus, in: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie (Fn. 7), S. 1257; *H. Putnam*, Vernunft, Wahrheit und Geschichte, Frankfurt 1980, S. 75 f.; *F. Spinner*, Pluralismus als Erkenntnismodell, Frankfurt 1974.

90 So für die Rechtsvergleichung allgemein auch *J. De Coninck*, The Functional Method, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Bd. 74, S. 318 (321); *J. Husa*, Farewell to Functionalism (Fn. 37), S. 446.

91 Hierzu *C. Burchard*, Die normative Offenheit der Strafrechtspflege: Eine beschreibende Annäherung, in: *F. Saliger* (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht – Festschrift für Ulfrid Neumann, Köln 2017, S. 535. Kurz gesagt wird mit der normativen Offenheit der Strafrechtspflege zusammengefasst, dass die Einheit der (öffentlichen) Rechtfertigungen der Strafrechtspflege verloren gegangen ist, d.h. diese ganz unterschiedlich normativ gerechtfertigt wird und auch ganz unterschiedlich rechtfertigbar ist. Strafrechtspflege erschöpft sich nicht in bloßer Faktizität, sondern ist im „Raum

Nicht nur de facto ist daher die Methoden- keine Grundfrage der (Straf-)Rechtsvergleichung als Disziplin. Sie sollte es auch nicht sein.

## B. Standpunkte: Die Transparenz- und Reflexionsanforderungen pluralistischer Strafrechtsvergleichung

Der allfällige Einwand gegen eine pluralistische Rechtsvergleichung, die sich methodenoffen und dem epistemologischen Pluralismus verschrieben zeigt, dürfte lauten: Gilt dann nicht ein anarchistisches *anything goes*,<sup>92</sup> das die ohnehin zu verzeichnende Zersplitterung des Fachs noch weiter vorantreibt? Darauf ist zu antworten: Aufs Ganze gesehen geht Vieles, und vieles Mehr als unter einem reduktionistischen Paradigma; das Einzelne muss jedoch konsequenter ausgeführt und intensiver begründet und gerechtfertigt werden, als dies noch unter dem besagten reduktionistischen Paradigma der Fall war. Dabei verbürgen diese Begründungen und Rechtfertigungen die Einheit der Rechtsvergleichung als Disziplin, wenn auch keine Einheit in der Reinheit einer bestimmten Ziel- oder Methodensetzung und „lediglich“ eine Einheit in der Vielfalt intelligibler Ansätze.<sup>93</sup> Anders ausgedrückt: Diese Begründungen und Rechtfertigungen erlauben und ermöglichen Kommunikation über Rechtsvergleichung über konträre Vorverständnisse hinweg. Methodologisch gelten in der Folge für eine pluralistische Rechtsvergleichung hohe Transparenz- und Reflexionsanforderungen. Diese kommen insbesondere im Rahmen des theoretischen Vor- wie auch des reflexiven Nacharbeiten von praktischen Vergleichungsprozessen zum Tragen. Sie nehmen die *Perspektiven im Sinne der Standpunkte* des Rechtsvergleichers in den Blick.

Angesprochen sind damit *erstens* die (positivistischen,<sup>94</sup> hermeneutischen<sup>95</sup> und präskriptiven<sup>96</sup>) Zwecke des Rechtsvergleichers; *zweitens* seine (wissenschaftlichen, didaktischen, instrumentellen etc.) Ansprüche; sowie *drittens* seine theoretischen

der Rechtfertigungen“ verortet. Dieser zeichnet sich freilich nicht durch die Homogenität und Kohärenz, sondern durch die Fluidität, Pluralität, Diversität und Partikularität der Rechtfertigungsangebote aus.

- 92 Dazu auch M. Siems, *The End of Comparative Law* (Fn. 55), S. 146. – Vermerkt sei, dass das *anything goes* auf P. Feyerabend, Wider den Methodenzwang (Fn. 88), S. 31 f. zurückgeht, der genau dies fordert, um etablierte Wissenschaftsverständnisse zu entmachten. Das geht zu weit. Hier wird für eine kritische Evolution, nicht für eine anarchistische Revolution der Rechtsvergleichung als Disziplin eingetreten.
- 93 Zum Begriff der wissenschaftlichen Disziplin aus Sicht von Wissenschaftstheorie und Soziologie siehe B. Gräfrath, Stichwort: Disziplin, wissenschaftliche, in: Mittelstraß (Hrsg.), *Enzyklopädie* (Fn. 6), S. 237; R. Stichweh, *Wissenschaft. Universität. Professionen. Soziologische Analysen*, Frankfurt am Main 2013, S. 17 ff.
- 94 Gemeint ist damit das *Beschreiben und Erklären* des Rechts.
- 95 Gemeint ist damit das *Verstehen* des Rechts.
- 96 Dazu zähle ich *kritisch-reflexive* (vgl. die *critical legal studies*) sowie (ggf. auch instrumentell eingesetzte) *verändernde* (vgl. die instrumentelle Rechtsvergleichung der EU-Kommission, oben bei und in Fn. 45) bzw. *perpetuierende* (vgl. dazu noch unten B. IV.) Zwecksetzungen.

schen Vorverständnisse (über den Vergleichs<sup>97</sup> wie auch den Rechtsbegriff<sup>98</sup> und über sonstige Grundlagen wie die Dignität des Staates bzw. des staatlichen Rechts<sup>99</sup>). Nur wenn all dies offen auf dem Tisch liegt (oder von Dritten auf den Tisch gelegt wurde) ist ein weiterführender Diskurs über den Wert und die Aussagekraft wie auch die möglichen Irrungen und Wirrungen rechtsvergleichender Arbeiten möglich.

Hier müssen vier kurze *Beispiele* genügen, um diesen hochfliegenden Transparenz- und Reflexionsanforderungen Substanz zu verleihen:

### I. Rechtskreise und Modelle

Begonnen sei mit der klassischen *Herausbildung von Rechtskreisen und Modellen* (z.B. zur strafrechtlichen Beteiligungslehre). Obwohl sich dagegen zunehmend Widerstand formiert, insbesondere weil sie zu „gewaltsamen Vereinfachungen“<sup>100</sup> führen und ideologisch vorbesetzt sind<sup>101</sup> (polemisch: Common Law, Civil Law und der Rest), haben sie doch eine bemerkenswerte Beständigkeit.<sup>102</sup> Wollte man das rechtsvergleichende Rechtskreis- und Modelldenken nun am Maßstab der wissenschaftlichen Neutralität, Universalität und Genauigkeit messen, so müsste man es verwerfen.<sup>103</sup>

Freilich lassen sich die Ansprüche auch zurückschrauben. Verfolgt man mit der Grobkategorisierung in Rechtskreise und Modelle in erster Linie weder positivistische noch hermeneutische Zwecke, sondern erkennt in ihnen im Wesentlichen „di-

97 Hier ist insbesondere zu fragen: Beruht der Vergleich auf der Vermutung der Vergleichbarkeit oder auf jener der Unvergleichbarkeit des verglichenen Rechts? Durchaus paradox und schwierig zu lösen ist, dass der Vergleich perpetuiert, was häufig überbrückt werden soll, nämlich die Scheidung von Eigenem und Fremdem. Aufgelöst werden könnte dies dadurch, indem unter Öffnung zur Rechtsgeschichte und Diffusionsforschung der Frage nachgegangen wird, inwiefern dieses vermeintlich Eigene und Fremde nicht auf Gemeinsamkeiten und wechselseitigen Beeinflussungen aufbaut.

98 Hier schlägt die Stunde der Rechtstheorie. Exemplarisch kann gefragt werden: Wird das Recht uniform oder pluralistisch gesehen? Wird das Recht als neutral oder ideologisch vorbesetzt gedacht? Ist es ein Instrument der Sozialkontrolle, die Fortsetzung der Politik mit anderen (subtileren) Mitteln, ein Produkt der Kultur oder Geschichte einer Nation etc.?

99 Wer etwa den Staat als Bastion des demokratischen *volonté générale* auffasst, kann nicht daran interessiert sein, die Rechtsvergleichung in ein System der trans- und supranationalen „checks & balances“ einzupflegen. Dies kann nur wollen, wer auch den demokratischen Rechtsstaat entsprechend einhegen will.

100 K. Zwingert/H. Kötz, Rechtsvergleichung (Fn. 18), S. 293.

101 L.-J. Constantinesco, Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise, ZfRV 1978, S. 161.

102 Siehe beispielhaft die Darstellungen bei L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung (Fn. 12), S. 74 ff.; U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 4; M. Rheinstein, Rechtsvergleichung (Fn. 9), S. 77 ff.; H. Koch/P. Magnus/ U. Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl., München 2010, § 14-16; K. Zwingert/H. Kötz, Rechtsvergleichung (Fn. 18), S. 62 ff.

103 M. Siems, Comparative Law (Fn. 20), S. 93 formuliert deutlich: „It is also perfectly possible to conduct comparative legal research without using the notion of legal families.“

daktische Hilfsmittel“<sup>104</sup>, so ist ihnen in der Tat ein bestimmter Wert eigen – selbst wenn dieser auch ideologiebehaftet sein sollte und in positivistischer wie hermeneutischer Hinsicht kaum nennenswert, ggf. sogar kontraproduktiv, sein dürfte.

## II. Numerische Rechtsvergleichung

Ein zweites Beispiel liefert die gerade in den USA ungemein bedeutsam gewordene *numerische Rechtsvergleichung*<sup>105</sup> (bzw. die dahinter stehende Digitalisierung der Rechtsvergleichung). Diese führt den Rechtsvergleich mit den Methoden der quantitativen Sozialforschung durch und verfolgt schon deshalb vordringlich positivistische Ambitionen (z.B. indem bestimmte Korrelationen oder gar Kausalbeziehungen herausgearbeitet werden).<sup>106</sup> Dabei werden in der Regel eine große Vielzahl an Rechtsordnungen (ein  $n > 100$  ist keine Seltenheit)<sup>107</sup> bearbeitet, die allesamt nach bestimmten Faktoren codiert und dadurch erschlossen werden.

In Deutschland scheint man mit dieser Methode noch zu fremdeln. Auch ich kann intuitive Bedenken nicht verhehlen, weil die numerische Rechtsvergleichung die Immersion in das zu vergleichende Recht durch sterile Zahlenkolonnen er- und gleichsam auf „Masse statt Klasse“ setzt. Mit dem Anspruch, dass man als Rechtsvergleicher das zu vergleichende Recht erfahren und verstanden haben (oder sich über Landesberichterstatter entsprechende Expertise zuziehen) muss, um wissenschaftlich valide Aussagen treffen zu können, ist die numerische Rechtsvergleichung folglich nicht vereinbar. Überdies zeugt ihre „law & econ“-Herkunft von einem strikt instrumentellen, geradezu berechenbaren Rechtsverständnis. In diesem wird z.B. nicht abgebildet, dass das Recht auch als Ausdruck der Kultur und Geschichte einer Nation oder als Produkt einer sich verselbständigenenden Rechtspflege auffassbar ist.

Doch mit dieser Kritik wird man der numerischen Rechtsvergleichung nicht gerecht. Ihr Anspruch ist ein heuristischer. Unter offenem Eingeständnis begrenzten Wissens und unvollständiger Informationen zielt sie nicht auf geisteswissenschaftliche Wahrheiten, sondern auf sozialwissenschaftliche Wahrscheinlichkeiten.<sup>108</sup> Das dabei zugrunde gelegte instrumentelle Rechtsverständnis ist rechtstheoretisch zwar (allelmal in der deutschen Strafrechtswissenschaft) nicht mehrheits-, gleichwohl

104 So in dankenswerter Offenheit U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 4 Rn. 26.

105 Grundlegend R. La Porta et al., Law and Finance, Journal of Political Economy 1998, S. 1113; in der Übersicht M. Siems, Numerical Comparative Law – Do We Need Statistical Evidence in Law in Order to Reduce Complexity?, Cardozo Journal of International and Comparative Law 2005, S. 521.

106 Siehe exemplarisch R. La Porta et al., Law and Finance (Fn. 105), S. 1113 (1130); S. Djankov et al., Private Credit in 129 countries, Journal of Financial Economics 2007, S. 299.

107 Vgl. etwa S. Djankov et al., Private Credit in 129 countries (Fn. 105); Courts, The Quarterly Journal of Economics 2003, S. 453.

108 Vgl. exemplarisch R. La Porta et al., Law and Finance (Fn. 105).

aber salonfähig. Es kann zwar aus der Warte eines anderen Rechtsverständnisses bestritten, unter den Vorzeichen epistemologischen Pluralismus aber nicht verworfen werden.<sup>109</sup> Ähnliches gilt für das unterschwellige Vergleichsverständnis. Die Annahme, unterschiedliche Rechte könnten mit denselben Variablen identitätswahrend erfasst werden, stellt die Vergleichbarkeit über die Unvergleichbarkeit des Rechts. Daher mag die numerische Rechtsvergleichung die Vertreter eines anderen Rechts- und Vergleichsverständnisses (z.B. dass das „Recht als Kultur“ einer jeden Nation eigen sei, so dass durch den Vergleich nur die Unvergleichbarkeit und Einzigartigkeit des Rechts herausgestellt werden könne) nicht ansprechen. Eine pluralistische Rechtsvergleichungstheorie kann aber nicht bestreiten, dass die numerische Rechtsvergleichung veritable Aussagen zu treffen im Stande ist. Diese sind freilich ob der partikularen Zwecke (sozialwissenschaftlicher Positivismus), Ansprüche (Heuristik) und Vorverständnisse (instrumenteller Rechtsbegriff; starke Vergleichbarkeitsvermutung) in ihrem Aussage- und Kommunikationswert eingeschränkt.

### **III. Bewertende Rechtsvergleichung**

Das dritte Beispiel steuert die *bewertende Rechtsvergleichung* bei. Diese will nicht nur beschreiben, erklären oder verstehen, sondern sich präskriptiv positionieren, indem sie das verglichene Recht normativ relationiert und evaluiert.<sup>110</sup> Dies steht im Widerspruch zu einer szientistischen Anspruchshaltung, die Neutralität reklamiert und folgerichtig Bewertungen nicht zum Gegenstand der (allelmal im engeren Wortsinne) Rechtsvergleichung zählt.<sup>111</sup> In diesem Geiste ist auch der Einwand zu verstehen, dass Bewertungen zwingend normativ vorbesetzt sind und die Rechtsvergleichung so zur Erreichung bestimmter Zwecke instrumentalisiert zu werden droht.<sup>112</sup>

Um diesen (ihrerseits natürlich auch alles andere als ideologiefreien) Anwürfen zu entrinnen, muss sich die bewertende Rechtsvergleichung ihrer eigenen Standpunkte gewahr werden und sie offenlegen. So vermutet sie die Vergleichbarkeit des verglichenen Rechts, weil nur so normative Hierarchisierungen („besser“, „schlechter“) denkbar sind. Überdies muss derjenige, der bewerten will, seine Bewertungskriterien rechtfertigen, woran es nicht selten hapert. Er muss zudem reflektieren, welchen Einfluss (an dem „ob“ ist eigentlich zu zweifeln) die eigenen normativen Positionen

<sup>109</sup> Zu restriktiv U. Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 11), § 3 Rn. 125, der der numerischen Rechtsvergleichung nur einen „Platz am Rande der Rechtsvergleichung“ zuspricht.

<sup>110</sup> Vgl. etwa die kompetitiv-evaluative Rechtsvergleichung. Hierzu A. Eser, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Frisch-FS (Fn. 76), S. 1441.

<sup>111</sup> So H.-H. Jescheck, Strafrechtsvergleichung – Antrittsrede (Fn. 17), S. 43.

<sup>112</sup> So in der Sache M. Mona, Strafrechtsvergleichung und comparative justice. Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 103 (113, 115).

bei der Auswahl,<sup>113</sup> Beschreibung und Vergleichung des einzubeziehenden Rechts spielen.<sup>114</sup>

Rechtstheoretisch verträgt sich die vonseiten der Wissenschaft betriebene bewertende Rechtsvergleichung gut mit einem Verständnis von „Recht als Politik oder Ideologie“ (und zwar in einem post-post-modernen, d.h. in einem bewusst präskriptiven, und nicht nur im kritischen Sinne der *critical legal studies*). Auf dieser (validen, wenn natürlich auch nicht konsensfähigen) rechtstheoretischen Basis kann der Einstieg in den Rechtsvergleich von einem dezidiert politischen oder ideologischen Ausgangspunkt her erfolgen. In den Worten Cossmanns: „[By] putting the question of political agendas onto the agenda of comparative law [... we] make no claims of neutrality in our work, but rather begin from an explicitly and unapologetically political location.“<sup>115</sup>

Wer nun nicht so weit gehen und die *policies in comparative law* in den Mittelpunkt stellen will, kann – wie ich dies an anderer Stelle getan habe<sup>116</sup> – dies zumindest mit den *politics of comparative law* tun. So meine ich, dass bei der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU die deutschen Anerkennungsorgane bewertende Rechtsvergleichung praktizieren sollten. Namentlich den Vergleich, ob das anzuerkennende und im Inland zu vollstreckende Fremdrecht tatsächlich dem eigenen Recht „gleichwertig“ ist (so die Grundannahme der gegenseitigen Anerkennung), weil es im Mindestmaß im Einklang mit dem Unionsverfassungsrecht (insbesondere den Unionsgrundrechten) und residual auch im Einklang mit dem deutschen Verfassungsrecht (Stichwort: Identitätskontrolle) steht. Für einen solchen bewertenden Rechtsvergleich bei der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen streitet maßgeblich, dass die Anerkennungsorgane damit zu transnationalen „checks & balances“ aufgewertet werden. Dass diese Sicht der Dinge mit hohen herrschaftstheoretischen Begründungs- und Rechtfertigungslasten einhergeht, weil sie der gegenseitigen Evaluation vermeintlich souveräner Staaten Bahn brechen will, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Aber dass diese Begründungs- und Rechtfertigungslasten bestehen, lässt sich auf die Transparenz- und Reflexionsanforderungen pluralistischer Strafrechtsvergleichung zurückführen.

113 Hier droht ein sog. *selection bias*.

114 Die wichtige analytisch-methodische Trennung zwischen der Beschreibung, Vergleichung und Bewertung verschiedener Rechtsregime – dazu auch K. Zwigert/H. Kötz, Rechtsvergleichung (Fn. 18), S. 31 ff.; C.-D. von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, Baden-Baden 2015, S. 37 ff. – wird dadurch nicht in Frage, wohl aber auf eine solidere Basis gestellt.

115 B. Cossmann, Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law Feminist Legal Studies and the Postcolonial Project, Utah Law Review 1997, S. 525 (542).

116 C. Burchard, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, erscheint demnächst.

#### IV. Kulturbezogene Strafrechtsvergleichung

Das letzte Beispiel, das hier zur Substantiierung der Transparenz- und Reflexionsanforderungen pluralistischer Strafrechtsvergleichung herausgegriffen sei, ist die sog. kulturbezogene Strafrechtsvergleichung. Wie der Name es schon verrät, versteht diese „Methode“ vereinfachend gesagt das „Strafrecht als Kultur“. Oder um den zugrunde liegenden Rechtsbegriff in den Worten *Becks* etwas ausführlicher zu umreißen: „Recht, also auch das Strafrecht, ist in die Summe standarisierter kollektiver Gewohnheiten, die interpretatorische Verständigung der Kultur einer Nation, eingebunden.“<sup>117</sup> Diese Sicht der Dinge wurde in Deutschland in den letzten Jahren maßgeblich durch das Pathos des Lissabon-Urteils beflogelt.<sup>118</sup> Folgerichtig wird dieses auch als Pate der kulturbezogenen Strafrechtsvergleichung angesehen.<sup>119</sup> Dahinter lassen sich jedoch einige Fragezeichen setzen:

So richtig und weiterführend es sein kann, kulturelle sowie rechtskulturelle Einflüsse<sup>120</sup> beschreibend, erklärend<sup>121</sup> oder verstehend in den Strafrechtsvergleich einzubeziehen, so sehr erfordert eine pluralistische Rechtsvergleichung die Offenlegungen präskriptiver Zwecksetzungen. Insofern liegt es nicht fern, im Lissabon-Urteil einen geschickten justizpolitischen Schachzug zu sehen, um durch die Betonung der Kultur- und Geschichtsgebundenheit des Strafrechts europäischen Einflüssen Einhalt zu gebieten und eigene (deutsche aber auch bundesverfassungsgerichtliche) Interessen zu wahren.<sup>122</sup> Wer demnach unter Berufung auf das Lissabon-Urteil kulturbezogene Strafrechtsvergleichung betreiben will, der muss herrschaftstheoretisch begründen, warum das staatliche Strafrecht in seiner (vermuteten) kulturellen und historischen Einzigartigkeit sich gegen von außen angestoßene oder vorgenommene Veränderungsprozesse sperren, warum mit anderen Worten ein Scho-

<sup>117</sup> *S. Beck*, Kultur (Fn. 76), S. 106.

<sup>118</sup> Vgl. insbesondere BVerfGE 123, 267 Rn. 253: „Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen.“ – Siehe auch *T. Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), S. 774 (785).

<sup>119</sup> *S. Beck*, Kultur (Fn. 76), S. 101.

<sup>120</sup> Zur Abgrenzung von Kultur und Rechtskultur *C. Burchard*, Interrechtskulturelle Konflikte im Völkerstrafrecht: Rechtssoziologische und rechtsprinzipielle Erkenntnisquellen für die Internationalisierung des (Straf-)Rechts, in: *E. Schramm* u.a. (Hrsg.), ARSP-Beihet 125: Recht der Konflikte – Konflikte im Rechte, 2010, S. 149.

<sup>121</sup> Hier stellt sich freilich in besonderer Schärfe das *Galton Problem*: Können zu vergleichende Rechtsordnungen als voneinander unabhängige Kulturphänomene gedeutet werden? Oder kamen nicht bereits bei ihrer Herausbildung Wechselwirkungen zum Tragen? Allgemein zum Galton Problem: *H.-J. Lauth/G. Pickel/S. Pickel*, Methoden der vergleichenden Politikwissenschaft: Eine Einführung, Wiesbaden 2009, S. 225; *D. Jahn*, Einführung in die vergleichende Politikwissenschaft, Wiesbaden 2006, S. 189.

<sup>122</sup> Vgl. nur *T. Oppermann*, Den Musterknaben ins Bremserhäuschen! Bundesverfassungsgericht und Lissabon-Vertrag, EuZW 2009, S. 473.

nungsprinzip<sup>123</sup> für das Strafrecht gelten sollte. Ein „the things are as they are because they remind of the things that were“ hätte insofern nur eine beschränkte Überzeugungskraft.

Der Kulturbegriff des Lissabon-Urteils ist überdies (zu) wenig anspruchsvoll, hantert das Bundesverfassungsgericht doch ohne hinreichende Angabe von Beispielen und Gründen mit einem vermeintlich per se erhaltenswürdigen Kulturellen der Strafrechtpflege.<sup>124</sup> Will sie sich nicht mit vagen Intuitionen (z.B. dass es eine gemeinsame Rechtskultur etc. gibt, und es diese auch zu bewahren gilt) zufrieden geben, muss eine seriöse kulturbezogene Strafrechtsvergleichung den Kulturbegriff schärfen. Das kann durchaus gelingen, hebt dieser sich doch angenehm von der „Natur“ oder dem „Wesen“ des Rechts ab, weil das das Konstruiert- und menschliche Geschaffensein des Rechts in den Vordergrund gerückt ist.<sup>125</sup> Daher taugt das Kulturelle des Rechts als loses Schlagwort, um eine Vielzahl an (kriminal- etc.) politischen, geistesgeschichtlichen oder sozialpsychologischen Faktoren, kollektiven Erfahrungen oder identitätsstiftenden Entwicklungen zu erfassen.<sup>126</sup> In so, aber auch nur so, ausdifferenzierter Form kann ein spezifisches Kulturelles in einen positivistischen oder hermeneutischen Rechtsvergleich einbezogen werden und kann es, in einem bewertenden Part sowie gerade im Rahmen von Internationalisierungsprozessen, für (aber auch gegen) den Erhalt eigener Rechtsfiguren ins Felde geführt werden.

Schließlich verdienen die rechtstheoretischen Vorverständnisse kulturbezogener Strafrechtsvergleichung besondere Heraushebung. Auf das Bundesverfassungsgericht bezogen ist da *erstens* die Annahme, dass das Strafrecht etwas Gewachse-

123 Grundlegend *H. Satzger*, Europäisierung des Strafrechts, München 2001, S. 166 ff.

124 Damit lässt sich jedoch ein generelles, auf kulturelle oder historische Eigenheiten abstrakt abhebendes, pathetisches Schonungsprinzip nicht begründen. Notwendig wird vielmehr das zähe Ringen darum, was alles aus jeweils zu spezifizierenden und kritisch zu hinterfragenden kulturellen, historischen oder sonstigen Gründen im Lichte der Europäisierung der Strafrechtpflege aus z.B. individualschützenden oder föderalen Gründen erhaltenswert ist.

125 Darauf allgemein hinweisend *S. Beck*, Strafrecht im interkulturellen Dialog, in: Beck/Burckhardt/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 65 (72). Allgemein kritisch zur Kulturalisierung rechtlicher Problemstellungen *B. Fateh-Mogadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschniedung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, S. 115, gerade in Fn. 2 und 7 mit umfassenden Nachweisen.

126 Entsprechend vorsichtig und differenzierend vorgehend und so die „kulturellen Hintergründe“ verschiedener Strafverfahrensordnungen vergleichend *T. Hörmle*, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 117 (2005), S. 801. Auch *H. Satzger*, Europäisierung (Fn. 123), S. 159 ff. spricht nur vordergründig vom „Strafrecht als Spiegel soziokultureller und historisch-traditioneller Eigenheiten der Völker“, während er hintergründig dann Beispiele gibt, worin diese Eigenheiten liegen und warum sie schonenswert sein sollen, zumal auch *H. Satzger*, a.a.O, S. 162 betont, dass „die Kulturbedingtheit des Strafrechts nicht für alle Rechtsgüter und Regelungsbereiche verabsolutiert werden“ könne.

nes ist. Strafrechtstheoretisch<sup>127</sup> ist es freilich durchaus umstritten, ob das Strafrecht dem Graswurzeldenken entsprechend nur auf gesellschaftlich fest etablierten sowie weitgehend konsentierten sozialmoralischen Vorstellungen „bottom up“ aufbaut und aufbauen darf;<sup>128</sup> oder ob und unter welchen Voraussetzungen das Strafrecht „top down“ auch zur Generierung neuer oder zur Stabilisierung partikularer sozialmoralischer Positionen eingesetzt wird und werden darf.<sup>129</sup> *Zweitens* weht in der Lissabon-Entscheidung auch der Geist des Monismus, wonach das Strafrecht gleichsam Ausdruck einer einheitlichen Kultur und Geschichte ist. Die zunehmende Pluralisierung von Gesellschaft und Rechtsstab setzt solchen monistischen Entwürfen freilich sichtbar zu; und auch rechtsgeschichtlich kann gefragt werden, ob monistische Geschichtsnarrative zu überzeugen wissen. Dem ungeachtet kann die kulturbezogene Rechtsvergleichung freilich – im Einklang übrigens auch mit Spielarten der Rechtsvergleichung, die konträre Ausgangspunkte reklamieren – ihre beschreibenden Ansprüche zurückschrauben und monistisch an das „Recht als Kultur“ herangehen, um den Rechtsvergleich praktisch handhabbar zu halten.

### C. Aussichten: Rechtswissenschaftsinterne Interdisziplinarität und pluralistische Rechtsvergleichung

#### I. Grundsätzliches

Nachdem zuvor den Grundfragen und Grundanforderungen pluralistischer Strafrechtsvergleichung nachgegangen wurde, ist abschließend noch nach den *Perspektiven im Sinne der (Zukunfts-)Aussichten pluralistischer Strafrechtsvergleichung* zu fragen. Dieser Frage kann man ganz verschieden begegnen. Vielfach wird im Schrifttum über den *status quo* der Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin, d.h. über ihre rechtswissenschaftliche und rechtspraktische Relevanz und Sichtbarkeit im In- und Ausland, nachgedacht, um all dies dann in die Zukunft zu denken. Obwohl das Meinungsbild divers ist, sah sich die Mehrheit der wissenschaftlichen Rechtsvergleicher gerne in einem kleinen aber feinen „gallischen Dorf“ versammelt; teilweise wurde dieses gar als „Ghetto“ verstanden, in das man sich bewusst

127 Strafverfassungsrechtlich ist die Sache wesentlich einfacher. Das Strafrecht ist, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Inzest-Entscheidung (BVerfGE 120, 224) betont hat, „nur“ am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Von Verfassungen wegen ausgeschlossen sind nur willkürliche Zwecksetzungen, die im Widerspruch zum Grundgesetz stehen. Ansonsten macht die Verhältnismäßigkeitsprüfung dem Gesetzgeber den Weg frei, das Strafrecht für die Erreichung eines jeden legitimen Gemeinwohlziels einzusetzen (gesetzt, dass der Einsatz des Strafrechts geeignet, erforderlich und angemessen ist).

128 So etwa M. Kubiciel, Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht, GA 2010, S. 99.

129 Eindrücklich F. v. Liszt, Einheitliches mitteleuropäisches Strafrecht, ZStW 38 (1917), S. 1 (11 f.): „Die Rechtsnormen [...] des Strafrechts [sind] nicht nur der Ausdruck vorhandener gesellschaftlicher Werturteile, sondern zugleich dazu bestimmt [...] auf diese selbst bestimmend, klarend und abändernd einzuwirken.“.

zurückgezogen habe, während andere über den zu geringen Einflussbereich der Rechtsvergleichung lamentierten. Ganz mehrheitlich wurde (und wird) der Rechtsvergleichung von Rechtsvergleichern eine rosige Zukunft bescheinigt,<sup>130</sup> insbesondere weil die Europäisierung und Internationalisierung des Rechts im Allgemeinen und auch des Strafrechts im Besonderen mehr Rechtsvergleichung erforderlich machen soll(te).<sup>131</sup>

Da hierzu aber schon Vieles gesagt ist, und in der Tat *Ambos* in diesem Heft alles Notwendige gesagt hat, möchte ich die Aussichten pluralistischer Strafrechtsvergleichung nicht abstrakt, sondern mithilfe eines konkreten Forschungsansatzes mit Leben füllen, dem der rechtswissenschaftsinternen Interdisziplinarität. Anstatt also z.B. dem Mehrwert für die Praxis nachzuhecheln, konzentriere ich mich selbstbewusst<sup>132</sup> auf die wissenschaftliche Zukunft pluralistischer Strafrechtsvergleichung und vertraue dabei darauf, dass sich gute und innovative Wissenschaft national- wie international durchsetzen wird.

Um es klarzustellen: Dass ich mich im Folgenden darauf bescheide, zu mehr rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität bei der Rechtsvergleichung aufzurufen, darf nicht als programmatischer Ausschluss sonstiger lohnender Forschungsansätze missverstanden werden. So verheißt echte (bzw. wissenschaftenübergreifende) Interdisziplinarität, zumindest wenn sie „gut gemacht“ ist, große Erkenntnisgewinne. Freilich sind interdisziplinäre (z.B. wirtschafts- und sozialwissenschaftliche) Zugänge zur Rechtsvergleichung international gesehen bereits die Gegenwart, und nicht erst die Zukunft, über die hier zu sprechen ist. Zudem ist es in einem Einzelbeitrag wie dem vorliegenden kaum möglich, den notwendigen Brückenschlag zu anderen Wissenschaften nachvollziehbar zu beschreiben und zu betreiben. Aus den gleichen Gründen wird hier auch nicht den Potentialen einer Metadisziplin der komparativen Komparatistik nachgegangen, die die vergleichenden Sparten verschiedener Wissenschaften vergleichend zusammenführt (z.B. die Rechtsvergleichung, die vergleichende Literaturwissenschaft und die vergleichende Politikwissenschaft). Denn dabei handelt es sich um „echte“ Zukunftsmusik, während der Aufruf zu mehr rechtswissenschaftlicher Interdisziplinarität einfacher exemplifizierbar ist.

130 So etwa von *U. Sieber*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 32), S. 93; *S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam*, in: dies. (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 5; *E. Hilgendorf*, Zur Einführung: Globalisierung und Recht. Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung heute, in: *Beck/Burchard/Fateh-Moghadam* (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung (Fn. 43), S. 11 (12, 24). Kritisch hingegen *M. Siems*, The End of Comparative Law (Fn. 55), S. 133.

131 Wie solche Prognosen einzuordnen sind, wenn sie von selbstinteressierten Kreisen stammen und empirisch nicht abgesichert sind, kann hier dahinstehen.

132 Eine selbstbewusste Wissenschaft ist sich gerade ihrer selbst und damit ihres begrenzten Stands bewusst. Sie legt daher die Vorstellung ad acta, dass sie mit der Leuchtfackel der Erkenntnis voranschreitet und der Gesetzgeber oder die Praxis auf den dadurch ausgeleuchteten Pfaden zu folgen hätten.

Damit also zu diesem Aufruf. Unter rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität bei der Strafrechtsvergleichung verstehe ich sowohl den Schulterschluss der Strafrechtsvergleichung mit den *anderen Grundlagendisziplinen* (wie der Strafrechtsgeschichte oder der Strafrechtsphilosophie) wie auch jenen der Strafrechtsvergleichung mit den anderen Fachgebieten, also dem nationalen, europäischen und internationalen *Privat- und öffentlichen Recht*. Fokussieren und sogleich noch mit Beispielen (unten II. bis IV.) ausführen werde ich aber nur letzteres, d.h. die Einbeziehung der anderen Fachgebiete in die Straf- sowie die Auflösung der Fächergrenzen in der Rechtsvergleichung.

Aus der Warte der Strafrechtsvergleichung folgt diese Öffnung hin zu den anderen juristischen Fachgebieten auf der „Wandel“ Strafrechtspflege, darauf, dass ihr Purismus verloren geht und Pluralität Einzug findet:<sup>133</sup> So tritt die Einstrahlung zivil- und öffentlichrechtlicher Rationalitäten in die Strafrechtspflege immer deutlicher zutage (z.B. im regulatorischen Wirtschaftsstrafrecht<sup>134</sup> oder bei der Übertragung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung aus dem europäischen Binnenmarkt in die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, dazu unten IV.). Überdies kommt es zur Herausbildung hybrider<sup>135</sup> Rechtsgebiete (wie dem Sicherheitsrecht, dazu unten III.). Zu verzeichnen ist überdies die verstärkte Einbettung der Strafrechtspflege in übergreifende (nationale, europäische und internationale) normative Ordnungssysteme (wie dem Verfassungsrecht; dazu unten II.). All dies macht es notwendig, teilgebietsspezifische Grenzziehungen in der Strafrechtsvergleichung kritisch zu hinterfragen und ggf. auch zu überwinden. Maßgeblichen Anteil hieran haben kann eine pluralistische Rechtsvergleichung, die diese Grenzziehungen fokussiert und selbige vergleichend zu erklären, verständlich zu machen oder zu bewerten sucht. Lohnend ist auch eine Rechtsvergleichung, die unter der vergleichenden Überwindung dieser Grenzziehungen weitergehende (dogmatische, systemische, rechtskulturelle etc.) Schlussfolgerungen ermöglicht.

## II. Strafverfassungsrechtsvergleichung

Das erste Beispiel liefert die – hier erstmals so zu nennende, an anderem Ort noch zu vertiefende – Strafverfassungsrechtsvergleichung. Unter dem Strafverfassungs-

133 Dahingestellt soll hier bleiben, ob es sich um einen „echten“, d.h. um einen Funktionswandel handelt. Als Alternative steht im Raum, dass „lediglich“ ein herrschender Narrativ, der die Einheit und Reinheit, gleichsam den Purismus der Strafrechtspflege beschwore, dadurch in Zweifel gezogen wird, dass uns heute die Vielfalt und Diversität, gleichsam die Pluralität der Strafrechtspflege immer deutlicher vor Augen tritt. Dazu auch die am Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ im Sommersemester 2017 abgehaltene Ringvorlesung mit dem Titel „Strafrechtspflege zwischen Purismus und Pluralität“.

134 Vgl. hierzu M. Engelhart, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, Berlin 2010, insb. S. 40 ff., 55 f.

135 Diese Rede von Hybridisierungen folgt der deutschen Terminologie und Taxonomie, die rechtsvergleichend keine zwingende Leitfunktion einnehmen muss.

recht ist – wie ich an anderem Ort bereits ausgeführt habe<sup>136</sup> – jener Teil des Verfassungsrechts zu verstehen, der die Strafrechtspflege zum Gegenstand hat und diese rechtsgrundsätzlich regelt. Das Strafverfassungsrecht kommt als höherrangige Rechtsschicht bei der Setzung und Durchsetzung des Strafrechts zum Tragen, fundiert es und hegt es ein. Das Strafverfassungsrecht formuliert kurz gesagt den Rahmen für eine verfassungsgemäße Strafrechtspflege in all ihren Phasen. Bei alledem ist mit der modernen Verfassungsrechtstheorie<sup>137</sup> auch ein Verfassungsrecht jenseits des Staates anzuerkennen.<sup>138</sup> Die Strafverfassungsrechtsvergleichung theoretisiert, praktiziert und reflektiert folglich den Vergleich des Strafverfassungsrechts verschiedener, nicht notwendigerweise nationaler Rechtsordnungen.

Nicht nur in Deutschland haben sich das Verfassungs- und das Strafrecht als eigen- bzw. selbständige juristische Fächer herausgebildet. Dass dabei von beiden Seiten traditionell wenige Berührungspunkte gesucht wurden (und weiterhin werden), zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Verfassungsrechtsvergleichung das Strafrecht so gut wie nicht abbildet.<sup>139</sup> Erklären lässt sich das wohl u.a. mit der unterschiedlichen (zeitlichen etc.) Entwicklung sowie der (personellen, institutionellen etc.) Trennung dieser Rechtsgebiete. Gleichwohl erscheint deren traditionelle Entkopplung aufgrund des normenhierarchischen Über-Unterordnungsverhältnisses aus heutiger Sicht durchaus bizarr. Die zunehmend zu verzeichnende Konstitutionalisierung der Strafrechtspflege kommt daher auch nicht überraschend, wenn es sich bei ihr aus deutscher Perspektive auch um eine vergleichsweise neue Entwicklung<sup>140</sup> und teilweise auch um eine schmerzliche Erfahrung handelt.

An den zuvor aufgeworfenen Stellen hakt nun die Strafverfassungsrechtsvergleichung ein. Sie kann die Trennung von Verfassungs- und Strafrecht vergleichend explorieren (sie z.B. genetisch erklären oder rechtskulturell verständlich machen). Sie vermag überdies gegenseitige Wechselbezüge aufzudecken (beispielhaft: Wie verän-

<sup>136</sup> C. Burchard, Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, in: Tiedemann u.a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Baden-Baden 2016, S. 27 (28 f.).

<sup>137</sup> Vgl. A. v. Bogdandy/J. Bast, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht. Von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung der EU, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Heidelberg 2009, S. 1 ff.; P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, Baden-Baden 2016; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin 2001; L. Vieillechner, Verfassung als Chiffre, ZaöRV 2015, S. 233 ff.; B. C. Walter, Die Folgen der Globalisierung für die Europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, S. 1 (12 f.).

<sup>138</sup> So dass etwa auch das strafrechtsspezifische Unionsprinzip (insbes. die Art. 82 ff. AEUV, Art. 47 ff. EuGRC) als EU-Strafverfassungsrecht anzusehen ist.

<sup>139</sup> Siehe etwa in A. Harding/P. Leyland, Comparative Law in Constitutional Contexts, in: Örüci/Nelken (Hrsg.), Comparative Law (Fn. 21), S. 313 sowie G. Frankenberg, Comparative Institutional Law, in: Bussani/Mattei (Hrsg.), The Cambridge Companion to Comparative Law, Cambridge 2012, S. 171, die das Strafrecht weitgehend unbehandelt lassen, oder den Index des Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.

<sup>140</sup> Mit Ausnahme des Strafprozessrechts, dessen verfassungsrechtliche Fundierung und Einhegung heute mitunter sogar als zu weitgehend erachtet wird.

dert das Verfassungs- das Strafrechtsdenken und vice versa?), um diese Wechselbezüge so für eine Bewertung freizustellen (beispielhaft: Führt die Verfassungsrechtstheorie, z.B. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wirklich zu einer Verflachung der Strafrechtstheorie?<sup>141</sup> Und führen die Eigenrationaleitäten des Verfassungs- zu einer schädlichen Politisierung des Strafrechts?<sup>142</sup>).

Dazu muss freilich zunächst geklärt werden, welches die (dogmatischen, instrumentellen, systemischen, rechtkulturellen etc.) Eigenheiten des Strafverfassungsrechts sind und wie sie sich von jenen des Strafrechts abheben. Diese Klärung lässt sich im Rechtsvergleich besonders eindrücklich verwirklichen – sei es, dass im rechtsvergleichenden Kontrast strafverfassungsrechtliche Einzigartigkeiten einer Rechtsordnung offenbar werden oder dass sich Gemeinsamkeiten zeigen können, die dadurch im Vergleich zugänglicher werden. Um den Eigenheiten des Strafverfassungsrechts nachzugehen, wird die Strafverfassungsrechtsvergleichung – was gleichsam die Idee rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität methodisch umsetzt – auf einen doppelten Vergleich setzen müssen: Namentlich den rechtsordnungsübergreifenden Vergleich des rechtsordnungsinternen Vergleichs von Straf- und Strafverfassungsrecht. Um letzteren anschlussfähig zu gestalten, bietet es sich an, hochstehende Verfassungsprinzipien als Referenzpunkt zu wählen. So gilt es z.B. zu beleuchten, welche (gemeinsamen oder konträren) Rollen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, die Gewaltenteilung bzw. -verschränkung (in Ein- oder föderalen Mehrebenensystemen) oder der Grundrechtsschutz (des Beschuldigten, des Opfers etc.) im Straf- und Strafverfassungsrecht der zu vergleichenden Rechtsordnungen spielen.

Hierzu drei kurze Proben aufs Exempel. Diese sollen verdeutlichen, dass die Strafverfassungsrechtsvergleichung das Tiefenverständnis des eigenen und des fremden Rechts zu schärfen im Stande und überdies auch dogmatisch weiterführend ist.

Mit Blick auf die strafrechtliche Kriminalisierungstheorie ergibt sich für Deutschland der Befund, dass sich das weiland weithin vertretene, strafrechtsrestrizierende Rechtsgutsdogma durch seine Demokratieferne<sup>143</sup> auszeichnet. Zurückführen lässt sich das wohl darauf, dass „für die große liberale Tradition der deutschen Strafrechtswissenschaft die Demokratie eine bestenfalls untergeordnete [Bedeu-

141 Dies in den Raum stellend *L. Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Brunthöber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 ff.

142 Vgl. die grundlegenden Überlegungen bei *W. Naucke*, Die Legitimation strafrechtlicher Normen durch Verfassung oder durch überpositive Quellen?, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. I, Baden-Baden 1998, S. 156; *M. Donini*, Gründe und Grenzen einer verfassungsrechtlichen Grundlegung des Strafrechts, in: ders. Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform, Berlin 2006, S. 37.

143 So in der Sache *A. Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 127 (2015), S. 616 (632); *C.-F. Stückenbergs*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, GA 2011, S. 653 (656).

tung]“ hat(te).<sup>144</sup> In seiner Inzestentscheidung erteilte das Bundesverfassungsgericht dem Rechtsgutsdogma bekanntlich eine schallende Absage. Vielmehr stärkte es die demokratischen Zwecksetzungsprärogativen des Gesetzgebers, indem es den allgemeinen legislativen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Maßstab der Strafgesetzgebung machte.<sup>145</sup> Für die Strafverfassungsrechtsvergleichung ergibt sich daraus eine Fülle an Fragen, z.B. ob ähnliche Konflikte auch in anderen Rechtsordnungen bekannt sind und wie sie sich auswirken, sowie was andere Jurisdiktionen mit demokratischer Strafgesetzgebung verbinden (etwa Strafrechtsexpansion durch ungezügelte Symbolgesetzgebung in der parlamentarischen Demokratie; oder Selbstbestimmungsrecht des Volkes).

Damit zu einem scheinbar ganz anderen Thema, dem sog. „charging“, also der staatsanwaltlichen Entscheidung, Anklage wegen bestimmter Anklagepunkte zu erheben. Im US-Bundesstrafprozessrecht bindet dieses „charging“ das Gericht, legt also den gegenständlichen Umfang von Hauptverfahren und Urteil fest. Begründet wird dies u.a. gewaltenteilungstheoretisch, namentlich damit, dass die Judikative nicht in die Exekutive übergriffig werden dürfe.<sup>146</sup> Der deutschen Strafprozessrechtstheorie<sup>147</sup> ist dieser Gedanke weitgehend unbekannt, besteht doch im deutschen Strafprozessrecht keine Bindung des Gerichts an die staatsanwaltlichen Anklagepunkte. Strafverfassungsvergleichend kann gleichwohl nach Maßgabe eines instrumentellen Rechtsbegriffs angefragt werden, ob sich im deutschen Strafprozessrecht nicht ein konträres gewaltenverschränkendes Grundverständnis eingenistet hat. Polemisch gewendet: (Warum) liegt der StPO und der deutschen Strafprozesstheorie die Vorstellung zugrunde, dass der Staatsanwaltschaft kein Vertrauen entgegenzubringen ist,<sup>148</sup> so dass ihre Entscheidungen gerichtlich voll überprüfbar sein müssen?<sup>149</sup>

<sup>144</sup> So der Befund von *L. Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? (Fn. 141), S. 25. In der Sache ähnlich *I. Appel*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998, S. 329 f. – Ich gebe gerne hier zu Protokoll, dass ich den Befund *L. Greco* in der Sache durchaus für besorgniserregend erachte.

<sup>145</sup> BVerGE 120, 224.

<sup>146</sup> Eindrücklich US v. Cox, 342 F.2d 167, 171 (5th Cir. 1965): “[I]t is as an officer of the executive department that [the federal prosecutor] exercises a discretion as to whether or not there shall be a prosecution in a particular case .... [I]t follows, as an incident of the constitutional separation of powers, that the courts are not to interfere with the free exercise of the discretionary powers of the attorneys of the United States in their control over criminal prosecutions.”. Vertiefend hierzu auch *D. Brodowski*, Die verfassungsrechtliche Legitimation des US-amerikanischen „plea bargaining“ – Lehren für Verfahrensabsprachen nach § 275c StPO?, ZStW 124 (2012), S. 733 (740 ff.) m.w.N.

<sup>147</sup> Und damit letztlich auch der von Deutschen betriebenen Strafprozessrechtsvergleichung.

<sup>148</sup> Bezeichnend die Kritik von *H. Prantl*, Wirtschaftskriminalität: Robin Hood in Robe, in: Süddeutsche Zeitung v. 7.4.2017, online <http://sz.de/1.3453798> (zuletzt abgerufen am 2.6.2017).

<sup>149</sup> Dies zeigt sich ebenfalls im strafprozessualen Legalitätsprinzip, das so gesehen nicht rechtsphilosophisch – so aber *U. Klug*, Skeptische Rechtsphilosophie und legitimes Strafrecht, Bd. 1, Berlin u.a. 1981, S. 20 ff. (23); *M. Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, S. 27 ff. – sondern strafverfassungsrechtlich (bzw. genauer: gewaltenteilungs-, hier gewaltenverschränkungstheoretisch) zu substantiiieren wäre.

Die dritte Probe aufs Exempel betrifft das europäische Strafrecht. Im Schrifttum wird kontrovers und durchaus auch emotional diskutiert, was mit dem Begriff der „Strafsache“ im Sinne des Art. 82 Abs. 1 AEUV gemeint ist.<sup>150</sup> Teilweise wird er als Kategorialbegriff gehandelt, der im Lichte nationaler oder rechtsphilosophischer Vorverständnisse über das „Wesen“<sup>151</sup> der Strafe, das aus deutscher Sicht eng mit der Abgrenzung von Repression und Prävention zu verbinden wäre, auszulegen sei. Liest man Art. 82 Abs. 1 AUEV freilich strafverfassungsrechtlich, so ist der Begriff der „Strafsache“ ein schlichter Kompetenzbegriff. Wie es solche zu interpretieren gilt, kann die Strafverfassungsrechtsvergleichung lehren. Instruktiv hierfür ist die zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieser zufolge ist unter dem Strafrecht im kompetenziellen Sinne des Grundgesetzes die „Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen“ zu verstehen;<sup>152</sup> dezidiert abzulehnen sei insofern das enge Verständnis des Strafrechts als Recht des Strafens, das Präventionsmaßnahmen nicht umfasse.<sup>153</sup> Es wäre nun zwar verfehlt, diese Sicht der Dinge blind auf Art. 82 AEUV zu übertragen. Bestätigte sich aber strafverfassungsrechtsvergleichend, dass auch andere Rechtsordnungen ihre strafverfassungsrechtlichen Kompetenzbegriffe funktional zu bestimmen suchen, so wäre dies ein starkes Indiz dafür, dass auch die Auslegung des Begriffs der Strafsache im Sinne Art. 82 AEUV nicht kategorial, sondern funktional unionsverfassungsrechtlich zu erfolgen hat.

### III. Sicherheitsrechtsvergleichung

Die hier so zu bezeichnende Sicherheitsrechtsvergleichung liefert ein zweites Beispiel für lohnenswerte rechtswissenschaftsinterne Interdisziplinarität bei der Strafrechtsvergleichung. So ist es ein rechtstatsächlicher Gemeinplatz, dass sich die Strafrechtspflege in und außerhalb Deutschlands in einer übergreifenden Sicher-

<sup>150</sup> Zur Erinnerung: Die EU hat die Kompetenz, im Rahmen der „justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ (Art. 82 Abs. 1 UA 1 AEUV) „Regeln und Verfahren festzulegen, mit denen die Anerkennung aller Arten von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen in der gesamten Union sichergestellt wird“ (Art. 82 Abs. 1 UA 2 AEUV).

<sup>151</sup> So will etwa *M. Kubiciel*, Das „Lissabon“-Urteil (Fn. 128), S. 110 die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verstanden wissen, setze doch „das Wesen der Strafe der europäischen Kriminalpolitik Grenzen.“.

<sup>152</sup> BVerfGE 109, 190 (212).

<sup>153</sup> BVerfGE 109, 190 (212). Innerstaatliche (deutsche) Strafrechtspflege findet mit anderen Worten nach dem Bundesverfassungsgericht Grund und Grenzen nicht in der Verfolgung und Aufklärung einer vergangenen Straftat, sondern kann sehr wohl auch „präventive Regelungen“ enthalten. So wörtlich *H. Landau*, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NSZ 2007, S. 121 (125). Das Pathos der ebenfalls der Feder *H. Landaus* entstammenden strafrechtstheoretischen Ausführungen in den jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts muss daher relativiert werden. Insbesondere wird man das Bundesverfassungsgericht kaum als Gewährsmann für ein Repressionsstrafrecht überkommener Prägung ansehen dürfen.

heitsarchitektur einfindet, das Strafrecht gleichsam ein beweglicher Bestandteil eines hybriden Sicherheitsrechts ist. Auf Deutschland bezogen wird dadurch die – im Ausland ohnehin wenig bekannte<sup>154</sup> und dort auch nur schwerlich vermittelbare – Abgrenzung von Straf-, Polizei- und Geheimdienstrecht<sup>155</sup> in Frage gestellt. Im Zuge der im Schrifttum polemisch so bezeichneten „Verpolizeilichung“ und „Vergeheimdienstlichung“ der Strafrechtspflege wird das materielle Straf-, das strafrechtliche Sanktionen- und das Strafprozessrecht vermehrt für die Gefahrenprävention bzw. -preemption rekrutiert.<sup>156</sup> Umgekehrt verschwimmen auch aus polizeirechtlicher Sicht die Grenzen zur Strafverfolgung, wenn und sofern Sicherheitsbehörden Strafverfolgungsvorsorge betreiben oder die Straftat weitgehend mit der Gefährlichkeit des Täters (§ 89a StGB) oder mit der Verursachung einer zu verhindernden Gefahr zusammenfällt.

Dass die Versicherungsrechtlichung der Strafrechtspflege in der Strafrechtswissenschaft ganz überwiegend kritisch gesehen wird, ist kein Geheimnis. Freilich ist es bezeichnend, dass es in der Diskussion immer seltener darum geht, ob – natürlich rechtsstaatlich ausgestaltete – sicherheitsorientierte Hoheitsaufgaben im Grundsatz legitim sind. Vielmehr steht im Vordergrund, dass das Straf- und Strafverfahrensrecht nicht der richtige Regelungsort sein soll. Es geht mit anderen Worten um die „Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrenprävention“,<sup>157</sup> nicht um die Grenzen rechtlicher Gefahrenabwehr. Doch ist das richtig?

Eine sich zur Sicherheitsrechtsvergleichung öffnende Strafrechtsvergleichung sollte entscheidend dazu beitragen können, dieser Grundfrage der Versicherungsrechtlichung der Strafrechtspflege näher zu kommen. In Rechtsordnungen, die die scharfe Abgrenzung von Prävention und Repression nicht kennen, ist nachverfolgbar, ob und ggf. wie die Eigenrationalität des Präventions- jene des Repressionsstrafrechts „korrumpt“ sowie ob und ggf. wie dem Einhalt zu gebieten ist. So lässt sich aufwerfen: Zersetzt das Präventionsparadigma z.B. das liberale Tat- und Schuldstrafrecht samt seiner die staatliche Hoheitsgewalt disziplinierenden und zivilisierenden Funktionen?<sup>158</sup> Kann die moralische Kraft des Strafrechts (so eine solche über-

154 Vgl. nur K. F. Gärditz, Prävention und Repression als Kategorien im Recht der Europäischen Union, in: Wolter u.a. (Hrsg.), Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, Heidelberg 2008, S. 192, insb. 209 ff.

155 Zur Notwendigkeit einer rechtsordnungsinternen Rechtsgebietsvergleichung auch D. Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, Tübingen 2016, S. 22 ff.

156 Das gilt im Großen (der „Bekämpfung“ von Terrorismus und organisierter Kriminalität) wie im Kleinen (z.B. bei der Verhinderung von Stalking).

157 Hierzu B. Heinrich, Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrenprävention. Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?, ZStW 121 (2009), S. 94.

158 Vgl. W. Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, S. 130 (133), demzufolge die Maßregeln der Sicherung und Besserung als „U-Boot der Gefahrenabwehr in den Gewässern des Schuldstrafrechts erscheinen.“ In Wahrheit dürfte es sich jedoch eher um Schlachtschiffe handeln, die seit je her gut sichtbar auf den Meeren des Strafrechts kreuzen, jedoch geflissentlich ignoriert wurden.

haupt wünschenswert ist) nur durch seine Rückführung auf seine „eigentlichen Aufgaben“ stark gehalten werden?<sup>159</sup> Lässt das Sicherheits(straf)recht die Erinnerungen an das Freiheitliche der Strafrechtspflege verblassen?<sup>160</sup> Oder kommt es vielleicht sogar zum Gegenteil, wird also der Gefahrenabwehrgedanke durch die straf(verfahrens)rechtlichen Garantien gezähmt? Und noch weitergehender lässt sich vergleichend fragen: Betrifft all dies überhaupt das Wesentliche? – Die Sicherheitsrechtsvergleichung verspricht hierauf Antworten, die empirisch abgesicherter sind als Vermutungen ins Blaue hinein.

Im Lichte der Sicherheitsrechtsvergleichung können überdies reflexiv die eigenen Standpunkte und Vorverständnisse, gleichsam die blinden Flecken der deutschen Diskussion aufgezeigt werden. Wenn andere Rechtsstaaten ohne die Abgrenzung von Repression und Prävention auskommen, wird dann nicht das rechtstaatliche Pathos dieser Abgrenzung fragwürdig? Ist diese Abgrenzung nicht vielleicht ganz profan kompetenzrechtlich<sup>161</sup> begründet (wie dies in der Tat so im polizeirechtlichen Schrifttum nachzulesen ist),<sup>162</sup> so dass viele der grundlegenden Sorgen auf einer falschen (vermeintlich liberal rechtsstaatlichen) Basis beruhen? Und ferner: Selbst wenn die Versicherungsrechtlichung der Strafrechtspflege mit einem Machtzuwachs der Exekutive einhergeht, z.B. die Exekutive unter dem Deckmantel der Prävention zur Sanktionsinstanz aufgebaut wird,<sup>163</sup> warum sollte sich ein Rechtsstaat davor fürchten? Besteht weiterhin die unterschwellige Vorstellung, dass die Exekutive ein Hort justizfreier Willkür ist?<sup>164</sup> Und gibt es nicht rechtsvergleichend zu erschließende Mittel und Wege, um Verschiebungen zwischen den staatlichen Gewalten rechtstaatlich so auszugestalten, dass mit der Versicherungsrechtlichung der Strafrechtspflege keine ungerechtfertigten Verschiebungen zulasten der Bürger und ihrer Freiheiten einhergehen? – Wenn die Sicherheitsrechtsvergleichung solche (und noch bessere) Fragen substantiiert aufwerfen und ihre Beantwortung anleiten kann, hat sich der wissenschaftliche Mehrwert rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität bereits bestätigt.

<sup>159</sup> So der Sache nach *H.-H. Kühne*, Gegenstand und Reichweite von Präventionskonzepten, DRiZ 2002, S. 18 (25).

<sup>160</sup> Hier können frei in Bezug genommen werden *P.-A. Albrecht*, Die vergessene Freiheit, 3. Aufl., Berlin 2011; *S. Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, Frankfurt am Main 2003.

<sup>161</sup> Bundeskompetenz für das Strafrecht, Länderkompetenz für das Polizeirecht.

<sup>162</sup> Hierzu *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Heidelberg 2016, Rn. 423; *B. Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, Stuttgart 2009, Rn. 334d.

<sup>163</sup> So polemisch *M. Jasch*, Neue Sanktionspraktiken im präventiven Sicherheitsrecht, KJ 2014, S. 237 (239).

<sup>164</sup> Dass man dieses Justizfreie intuitiv als Verstärkung exekutiver Willkür verstehen kann, spricht Bände.

#### IV. Gegenseitige Anerkennung im Vergleich

Das dritte und letzte Beispiel lohnenswerter (hier: dogmatischer) rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität bei der Strafrechtsvergleichung liefert der Vergleich von Regimen der gegenseitigen Anerkennung.<sup>165</sup> Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU basiert bekanntlich auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (straf-)justizieller Entscheidungen. Was darunter zu verstehen ist, ist freilich hochumstritten. Nach wohl herrschender Meinung soll gegenseitige Anerkennung aus rechtsprinzipieller Warte idealerweise „automatische gegenseitige Anerkennung“<sup>166</sup> bedeuten, d.h. eine blind vertrauende Anerkennung ohne Überprüfung der anzuerkennenden Entscheidung (z.B. eines europäischen Haftbefehls) im Anerkennungsmitgliedstaat. Das wird dann aber aus normativer Warte ganz mehrheitlich scharf kritisiert,<sup>167</sup> insbesondere weil eine automatische gegenseitige Anerkennung dem Grundrechtsschutz des Betroffenen zuwiderlaufe.

Dem herrschenden Narrativ zufolge wurde dieser Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Binnenmarktrecht entwickelt und fand dann über die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere (1999) Einzug in den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.<sup>168</sup> Überspitzt gesagt fiel, aus Sicht der Kritiker, das Kinde also bereits mit dieser Übertragung in den Brunnen. Dass gleichwohl regelmäßig kein Detailvergleich mit dem Binnenmarktrecht vorgenommen wird, dürfte entscheidend auf die hier sog. Unvergleichbarkeitsthese zurückzuführen sein. Sie besagt: Gegenseitige Anerkennung im europäischen (und erst recht im internationalen) Wirtschafts- und Binnenmarktrecht habe eine gänzliche andere Bedeutung als jene im Recht der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Im Binnenmarktrecht gehe es um Freiheitserweiterung in liberaler Tradition. Im Strafrecht gehe es demgegenüber um Freiheitsverkürzung in punitiver Orientierung, weil gegenseitige Anerkennung einseitig die Macht der Strafverfolger stärke.<sup>169</sup> – Doch das ist zu einseitig und vorschnell gedacht: Die generell-unkritische, positive Konnotation der Freiheitserweiterung durch gegenseitige Anerkennung im Wirt-

165 Im Folgenden greife ich zurück auf C. Burchard, Konstitutionalisierung (Fn. 116), § 2 B.II.2., § 7 C.II.2.. Weiter sei auf die dort unter § 5 B. vorgenommene Vergleichsstudie der „Produkt-Prozess-Unterscheidung“ des GATT verwiesen, auf die im Folgenden nicht weiter eingegangen wird.

166 So die Kommissions-Mitteilung Gegenseitige Anerkennung von Endentscheidungen in Strafsachen v. 26.7.2000, KOM (2000) 495 endgültig, S. 2.

167 Beispielhaft von M. A. Zöller, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der Europäischen Union, in: Sinn (Hrsg. u.a.), Strafrecht ohne Grenzen, Heidelberg 2015, S. 15 (21 ff.).

168 Vgl. exemplarisch M. Böse, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Vor § 78 IRG Rn. 17ff. m.w.N.

169 Paradigmatisch B. Schünemann, Fortschritte und Fehlritte in der Europäisierung der Strafrechtspflege, GA 2004, S. 193 (203): „Das ‚Prinzip der gegenseitigen Anerkennung‘ hat seinen Ursprung und seine Berechtigung auf dem Gebiet des Warenverkehrs. Seine Übertragung auf das Gebiet der Strafverfolgung führt zu einer europaweiten Exekutierbarkeit der jeweils punitivsten Strafrechtsordnung und zerstört die Balance, die die Strafverfolgungsmacht des Staates und die Garantien der bürgerlichen Freiheit in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen erfahren haben.“.

schafts- und Binnenmarktrecht blendet aus, dass letztere sehr wohl auch negative Konsequenzen haben kann (z.B. für den Schutz der öffentlichen Gesundheit oder für Umwelt- und Tierschutz). Umgekehrt muss auch die generell-überkritische, pejorative Konnotation der Freiheitsverkürzung durch gegenseitige Anerkennung im Recht der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen angezweifelt werden. Ein „Mehr“ an internationaler Zusammenarbeit mag zu einem „Mehr“ an entsprechend veranlassten, z.T. massiven Grundrechtseingriffen bei Verfolgten oder Dritten führen. Aber da nicht jeder (auch noch so massive) tatbestandliche Grundrechts- bzw. Freiheitseingriff rechtswidrig ist, kommt man nicht um die Abwägung umhin, ob die gegenseitige Anerkennung Eingriffe ermöglicht, die verhältnismäßig sind, d.h. einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Lässt man sich vor diesem Hintergrund auf einen (genetischen wie genalogischen) Vergleich verschiedener Anerkennungsregime ein, so zeigt sich: Es stimmt nicht, dass in den Tampere-Schlussfolgerungen eine bruchlose Übertragung eines Grundsatzes der unbeschränkten, auf blindem Vertrauen beruhenden gegenseitigen Anerkennung aus dem Binnenmarktrecht in das Recht der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erfolgte. Damals wie heute kann man im Binnenmarktrecht nur Bedeutungsvarianten der gegenseitigen Anerkennung ausmachen.<sup>170</sup> Überdies bildete die Ausgestaltung der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Asylrecht ein wesentliches Zwischenglied der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen.<sup>171</sup> Im Rechtsvergleich mit diesen Rechtsgebieten wird offenbar, dass gegenseitige Anerkennung sowohl binnenmarkt- wie auch asylrechtlich politisch weitgehend gestaltbar war und weiterhin ist. Von einer idealen, will heißen: automatischen gegenseitigen Anerkennung kann daher im Wirtschafts- und Asyl- oder folglich auch im Strafrecht keine Rede sein.

Ein fächerübergreifender Rechtsvergleich verschiedener Anerkennungsregime erlaubt somit die Schlussfolgerung, dass der gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen nicht ihre eindeutige rechtliche Fixierung, sondern ihre politische (einfach, namentlich sekundär- wie umsetzungsrechtliche) Gestaltbarkeit zur Durchsetzung verholfen hat. In Tampere wurde nicht ein eindeutiger binnenmarktrechtlicher Rechtsbegriff in den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts übertragen. Vielmehr wurde im Jahre 1999 mit der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen ein kriminalpolitischer Begriff geprägt.<sup>172</sup> Jetzt, nach seiner Normierung im Vertrag von Lissabon, besteht also der dogmatische Raum, um diese gegenseitige Anerkennung unionsstrafverfassungsrechtlich einzuhegen,

170 C. Burchard, Konstitutionalisierung (Fn. 116), § 8 C. II.2.

171 C. Burchard, Konstitutionalisierung (Fn. 116), § 8 C. II. 2 b).

172 C. Kaunert, „Without the Power of Purse or Sword“: The European Arrest Warrant and the Role of the Commission, European Integration 2007, S. 387 (393).

ohne dass man dabei an eine automatische als vermeintliche rechtsprinzipiell ideale gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen in Strafsachen gebunden wäre. Dieser Raum wird einem mittels einer fächerübergreifenden Rechtsvergleichung verschiedener Anerkennungsregime zugänglich, was das Potential strafrechtsvergleichender rechtswissenschaftsinterner Interdisziplinarität illustriert.

## Ausblick

Dieser Beitrag leitete mit der Metapher ein, dass Rechtsvergleichung wie reisen ist. Daher ist dieser Beitrag am ehesten (ohne hier Schleichwerbung oder sonstiges betreiben zu wollen) einem Kurz-Reiseführer vergleichbar. Wer damit reist, muss und kann viel selbst entdecken. Gleches gilt für denjenigen, der auf der Grundlage dieses Beitrags pluralistische Strafrechtsvergleichung betreiben will. Was im Kurz-Reiseführer die vergleichsweise vielen Bilder sind, waren hier die vielen Beispiele, die vermitteln sollten, was sowohl den Reiz wie auch die Schwierigkeiten pluralistischer Strafrechtsvergleichung ausmacht.

Der in diesem Beitrag vorgelegte theoretische Entwurf bestreitet, dass es den einen richtigen Blickwinkel gibt, wie man Rechtsvergleichung theoretisieren, praktizieren oder reflektieren muss. Dies ist vielmehr aus den verschiedensten Perspektiven möglich, erlaubt und erwünscht. Die Grundfragen nach dem Gegenstand, dem Ziel sowie der Berechtigung der Rechtsvergleichung sind folglich pluralistisch zu beantworten. Makroperspektivisch ist die Rechtsvergleichung als Disziplin, worüber Rechtsvergleicher als Rechtsvergleicher kommunizieren können. Ein übergreifendes Ziel der Rechtsvergleichung ist ebenso wenig auszumachen wie eine einheitliche Rechtfertigung (oder auch Kritik) notwendig oder tunlich ist. Um die Rechtsvergleichung nicht im methodischen „anything goes“ zu verlieren, gelten gesteigerte Transparenz- und Reflexionsanforderungen. Mikroperspektivisch ist daher über die Zwecke, Ansprüche und Vorverständnisse rechtsvergleichenden Arbeitens Rechenschaft abzulegen, um deren je eigenen Aussagewert überprüfen und einordnen zu können. Die Zukunft der Rechtsvergleichung entscheidet sich, allemal in wissenschaftlicher Hinsicht, daran, ob gute, interessante und erkenntnisreiche Forschung geleistet werden kann. Insofern wurde dazu aufgerufen, mehr rechtswissenschaftsinterne Interdisziplinarität zu wagen. Dazu gilt es das Zivil- und öffentliche Recht in die Strafrechtsvergleichung einzubeziehen und in begründeten Fällen auch die Fächergrenzen in der Rechtsvergleichung aufzulösen, um auf die Entstehung hybrider Rechtsgebiete reagieren zu können.