***Ferrari, Guiseppe Franco* (ed.): Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems.** Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2019. ISBN 978-90-04-24311-8 (Hardback). xiv, 901 pp. € 250,- / US $ 300,-

Wie kosmopolitisch ist das Verfassungsrecht? Die Idee eines globalen Konstitutionalismus, der die internationale Einbettung der nationalen Verfassungsordnungen, ihre Gemeinsamkeiten, Konvergenzen und Wechselbezüglichkeiten herausstreicht und als zusammenhängenden – vor allem menschenrechtlich geprägten – Entwicklungsraum begreift, ist bekanntlich seit längerem ein besonderes Faszinosum für die Rechtswissenschaft an der Schnittstelle von Verfassungsrecht, Verfassungsvergleichung und internationalem Recht. Die einschlägige Literatur ist kaum noch überschaubar, teils nüchtern beobachtend, nicht selten auch von der rechtspolitischen Sympathie für ihren Gegenstand getragen.

So oder so ist es vor allem die das Verfassungsrecht auslegende und ausgestaltende Instanz, die im Mittelpunkt des Interesses steht, also die Verfassungsgerichtsbarkeit. Hier lassen sich die Fragen besonders greifbar stellen: Lernen Verfassungsgerichte voneinander, kommunizieren sie miteinander, oder verharren sie in nationaler Selbstbezogenheit? Es geht mithin um die Identifizierung und Einschätzung von Rezeptionsvorgängen, „dialogischen" Strukturen und Kommunikationsnetzwerken, die es rechtfertigen könnten, die Verfassungsgerichte als transnationale Akteursgemeinschaft in der Herausbildung eines verfassungsrechtlichen *ius commune* zu begreifen. Die Heranziehung und Zitierung ausländischen Rechts, vor allem ausländischer Judikate, in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist der wichtigste Indikator dafür und daher ihrerseits Gegenstand zahlreicher Studien. Zumal für die Verfassungsvergleichung ist dies eine Fragestellung von doppelter Bedeutung: Zum einen geht es letztlich um die Anwendung der rechtsvergleichenden Methode durch die verfassungsgerichtliche Praxis (*judicial comparativism*) und damit um den praktischen Stellenwert der eigenen Disziplin; zum anderen bietet sich die Fragestellung selbst für eine vergleichende Untersuchung an. So widmete die *International Academy of Comparative Law* (IACL) bei ihrer Wiener Tagung 2014 einer solchen Untersuchung auf breiter Basis ein eigenes Panel.[1] Hier schließt nun der von *Guiseppe Franco Ferrari* herausgegebene voluminöse Sammelband *Judicial Cosmopolitanism* an.

[1] *Marie-Claire Ponthoreau,* Foreign Precedents in Constitutional Litigation, in: Martin Schauer/Bea Verschraegen (Hrsg.), General Reports of the XIXth Congress of the IACL, Heidelberg: Springer Verlag 2017, S. 523 ff.

DOI 10.17104/0044-2348-2021-1-281

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-281 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Wer sich mit der Heranziehung ausländischen Rechts in der nationalen Verfassungsrechtsprechung befasst, steht drei großen Fragenkreisen gegenüber: Wird in der Realität der verfassungsgerichtlichen Judikatur auf ausländisches Recht, auf ausländische Präzedenzfälle zumal, zurückgegriffen, und wenn ja, auf welche Weise? Welche theoretisch-dogmatische Rechtfertigung steht dafür zur Verfügung? Und: Welche methodischen Anforderungen sind an eine solche vergleichende Praxis der Judikatur zu stellen? Gegenstand des hier besprochenen Bandes ist der erste dieser Fragenkreise – die empirisch-analytische Erfassung der Heranziehung ausländischen Rechts und ausländischer Judikate in der Verfassungsgerichtsbarkeit einzelner Länder bzw. Rechtsordnungen. Dies erfolgt im klassischen Stil rechtsvergleichender Studien, also in Landesberichten. Die inhaltliche Klammer bildet ein vom Herausgeber verfasstes Einleitungskapitel, das weniger der Materie selbst als der Methodik ihrer wissenschaftlichen Untersuchung gewidmet ist. Die hier angestellten Überlegungen betreffen vor allem das analytische Raster sowie Reichweite und Abgrenzung der Fragestellung. Der Leser wird hier über die Grundkonzeption der Studie ins Bild gesetzt, allerdings in relativ knapper und zuweilen etwas unübersichtlicher Form.

Handelt es sich bei dem Einführungskapitel eher um ein skizzenhaftes Vorspiel als um eine ausgewachsene Ouvertüre, haben die dann folgenden Hauptteile umso mehr Gewicht. Der Trumpf des Bandes fällt denn auch gleich ins Auge: Die beeindruckende und bislang unerreichte Spannweite der Landesberichte. Der Band besteht aus insgesamt 31 Landesberichten – fünf davon als Sammelberichte über mehrere Länder. Damit wagt sich der Band an eine globale Perspektive auf das Thema, auch wenn der Schwerpunkt ganz klar in Europa und den westlich geprägten Verfassungsordnungen liegt. Pragmatisch folgt er einer Gliederung, die sich sowohl nach rechtskultureller Verwandtschaft als auch nach geopolitischen Räumen richtet. Daraus ergeben sich insgesamt sieben Teile: Der erste ist den Common Law-Ländern gewidmet, drei Teile dem (sonstigen) europäischen Raum (Kontinentaleuropa, Nordeuropa, Osteuropa), die übrigen Teile Asien (eigentlich: Ostasien), Lateinamerika und – als Sonderfall gewissermaßen ausgegliedert – Israel. Damit ist Europa fast vollständig abgedeckt, bis hin zu den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien, ebenso die sonstigen westlich-europäisch geprägten Staaten mit den USA, Kanada, Australien und Neuseeland. Im Übrigen bleibt die Auswahl selektiv. Aus dem asiatischen Raum erhalten Indien, Japan und Israel eigene Länderberichte; für Südostasien gibt es einen Sammelbericht, der die Staaten Kontinentalsüdostasiens, Indonesien und die Philippinen behandelt. Aus Afrika ist nur Südafrika mit einem Länderbericht vertreten – dieser allerdings mit Gewicht, weil Südafrika dank seiner explizit im Verfassungstext verankerten Ermächtigung zur Heranziehung ausländischen

 DOI 10.17104/0044-2348-2021-1-281

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-281 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Rechts für dieses Thema eine singuläre Rolle einnimmt. Lateinamerika schließlich ist Gegenstand eines Sammelberichts, der sich vor allem auf Argentinien, Brasilien, Mexiko und Chile konzentriert.

Wer Kritik üben möchte, mag in einer solchen Auswahl und Gewichtung, trotz aller Bemühungen, immer noch eine eurozentrische Verengung sehen. Das würde der Errungenschaft des Bandes, sich einer globalen Perspektive in einem bislang unerreichten Maße anzunähern, allerdings kaum gerecht. Ganz abgesehen davon, dass man Rechtsvergleichung nicht durch unerfüllbare Erwartungen an ihre Universalität und Vollständigkeit ersticken sollte, ist die vom Herausgeber getroffene Auswahl im Ganzen plausibel begründet: pragmatisch, weil es für eine solche Analyse einer hinreichend gut aufbereiteten und zugänglichen Quellenlage für das jeweilige Land bedarf; methodisch, weil die Fragestellung nur dort sinnvoll und vergleichend verfolgt werden kann, wo Verfassungsordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit in vergleichbarer Weise auf einem eigenständigen – das heißt: von der Politik unabhängigen und hinreichend stabilen – Fundament und Argumentationsarsenal ruhen. Schließlich: Für die europäische, durch Europäische Union (EU) und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verbundene Staatenwelt hat das Instrument der vergleichenden und dialogischen Verfassungsentwicklung eine herausgehobene Bedeutung. Es hat daher für einen Band europäischer Provenienz seine Berechtigung, gerade diesen Kontinent besonders detailliert zu kartieren. Und um einen Band (weitgehend) europäischer Provenienz handelt es sich in der Tat. Genauer: Er ist überwiegend ein Produkt der Gelehrsamkeit der italienischen Universität, an der der größere Teil der Autoren lehrt und forscht. Das stellt dem Rang der italienischen Rechts- und Verfassungsvergleichung ein beeindruckendes Zeugnis aus. Zugleich bedeutet das, dass viele der Landesberichte aus einer (kenntnisreichen) Außenperspektive verfasst sind.

Die inhaltliche Grundkonzeption wird, wie gesagt, im Einführungskapitel skizziert, bleibt aber bewusst recht vage. Herausgeber und Autoren haben sich hier für einen Methodenpluralismus entschieden. Die konzeptionellen Vorgaben für die Landesberichte scheinen dementsprechend relativ offen gewesen zu sein. Ob ihnen nach klassisch rechtsvergleichender Methode ein einheitlicher Fragebogen zugrunde lag, wird nicht erläutert. Jedenfalls variieren sie in Länge und Struktur beträchtlich. Viele sind detailliert und umfangreich, an der Spitze der vom Herausgeber selbst beigesteuerte Landesbericht zu den USA mit immerhin 46 Seiten; andere hingegen sehr viel knapper. Das hängt natürlich auch damit zusammen, dass im Sinne der Repräsentativität auch solche Länder einbezogen wurden, deren Praxis der Heranziehung ausländischen Rechts spärlich ist und daher nur wenig berichten lässt. Gleichwohl mögen die Proportionen zuweilen überraschen – dass etwa der

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-281 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Landesbericht zu Bosnien-Herzegowina zu den längsten des ganzen Bandes gehört, würde man nicht unbedingt erwarten.

Auch in ihrer Struktur und Schwerpunktsetzung folgen die Landesberichte keinem einheitlichen Muster, sondern sind ganz individuell angelegt. In der Regel stellen sie zunächst den allgemeinen normativen Kontext dar, namentlich die Ausprägung der Verfassungsgerichtsbarkeit (oder ihres nächstliegenden Äquivalents) in der untersuchten Rechtsordnung, und dann in einem zweiten Schritt die eigentliche Leitfrage der Heranziehung ausländischen Rechts. Die Gewichtungen kehren sich allerdings zuweilen um; in einzelnen Landesberichten gerät der allgemeine verfassungsrechtliche Kontext eher zur Hauptsache, bis hin zum Extremfall des niederländischen Landesberichts, der (aufgrund des Fehlens einer nationalen verfassungsrechtlichen Kontrollinstanz) letztlich gar nicht zur Leitfrage gelangt. Gegenständlich liegt der Fokus mit guten Gründen auf der Heranziehung ausländischen („*foreign*"), nicht internationalen (bzw. europäischen) Rechts, weil zwischen beiden Rezeptionsvorgängen grundlegende Unterschiede bestehen. Freilich gibt es Berührungspunkte, wenn und weil internationales Recht seinerseits Verfassungsrecht und Judikatur aus dem nationalen Raum rezipiert und dieses komparatistische Element damit indirekt mittransportiert (so vor allem im Raum der EMRK), oder wenn der jeweilige nationale Diskurs für beide Facetten parallel geführt wird (so vor allem in den USA). Eine einheitliche Trennlinie zieht der vorliegende Band daher bewusst nicht.

Schließlich variiert auch und vor allem der methodische Zugriff der Landesberichte auf die Fragestellung. Gelegentlich werden die in der Verfassung selbst angelegten Rezeptionsvorgänge sowie die Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur mit einbezogen. Im Mittelpunkt steht aber die Praxis der jeweiligen Verfassungsgerichtsbarkeit, genauer: die Praxis expliziter Verweisungen bzw. Zitationen. Während ein Teil der Landesberichte diese allgemein beschreibt oder anhand von Leitentscheidungen darstellt, wählen andere eher einen abstrakt-analytischen Ansatz, der auf Rationalitäten und die Bildung von Fallgruppen ausgerichtet ist. Manche Landesberichte beruhen auf der Auswertung systematischer Datenerhebungen, andere stützen sich auf vorhandene Untersuchungen in der Literatur oder gehen exemplarisch vor. Im Ganzen werden qualitative und quantitative Analysekriterien kombiniert, konkrete statistische Auswertungen und Bilanzierungen bleiben aber die Ausnahme. Einzelne Landesberichte beschränken sich von vornherein auf enger gefasste Untersuchungszeiträume – so ein wenig kurios der Landesbericht zum Vereinigten Königreich, der nur die Entscheidungen des United Kingdom Supreme Court zwischen dem 1.1.2016 und dem 11.4.2017 ins Visier nimmt. Andere Landesberichte wiederum gehen auch auf die Frage versteckter rechtsvergleichender Einflüsse ein, die sich nicht in ausdrück-

 DOI 10.17104/0044-2348-2021-1-281

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-281 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

lichen Zitationen niederschlagen und deshalb nur schwer greif- und messbar sind.

Diese hier skizzierte Individualität der einzelnen Landesberichte ist ambivalent. Auf der einen Seite: Dem Leser bleibt auf diese Weise die Schwerfälligkeit erspart, die mit einer starren Orientierung an einheitlichen Fragebögen fast immer verbunden ist. Die einzelnen Beiträge folgen einem je eigenen Duktus, und die Autoren konnten die Schwerpunkte so setzen, wie sie es für ihre Rechtsordnung für angemessen hielten. Angesichts der sehr unterschiedlichen rechtlichen (aber auch historischen und strukturellen) Rahmenbedingungen und Quellenlagen in den eingeschlossenen Ländern war ein größeres Maß an analytischer Flexibilität unvermeidlich. Je weiter ein rechtsvergleichendes Netz ausgeworfen wird, desto schwieriger wird es, mit engen Maschen zu arbeiten. Auf der anderen Seite liegt auf der Hand, dass dafür ein wesentlicher Preis zu zahlen ist. Es fehlt ein einheitliches darstellerisches und (wichtiger noch) analytisches Raster, das dem Leser ein geordnetes Bild vermitteln und damit auch einen systematischen Vergleich ermöglichen würde. Eine etwas stringentere Struktur wäre wohl doch möglich und der Erkenntnisgewinnung dienlich gewesen. Jedenfalls aber wäre der Leser, jenseits aller methodischen Überlegungen, angesichts der strukturellen Uneinheitlichkeit der Beiträge dankbar dafür, wenn die einzelnen Landesberichte mit Gliederungsübersichten versehen wären, die ihm eine Orientierung über die Herangehensweise des Autors verschaffen könnten. Darauf verzichtet der Band leider gänzlich.

Die hier angesprochene Schwäche setzt sich darin fort, dass der Band auch auf einen Generalbericht verzichtet, wie er bei rechtsvergleichenden Studien meist üblich ist. Insoweit bleibt man auf die eingangs schon angesprochene IACL-Studie von *Ponthoreau* angewiesen. Eine solche zusammenfassende und ordnende Gesamtdarstellung wäre fraglos auch hier ein gewinnbringender Schlussstein gewesen. So bleibt die Ermittlung eines Gesamtbildes, und damit auch die vergleichende Analyse, dem Leser überlassen, der dies angesichts der Fülle des Stoffes und der Uneinheitlichkeit der Landesberichte kaum leisten kann. Freilich: Auch für einen aussagekräftigen Generalbericht hätten Struktur und Substanz der einzelnen Landesberichte einheitlicher sein müssen. Die konzeptionelle Grundentscheidung, einer möglichst globalen Abdeckung den Vorrang vor analytischer Stringenz einzuräumen, schlägt sich also auch hier nieder. So oder so: Das Gesamtbild bleibt vorerst eine Leerstelle, die nur von einer sehr knappen, vorsichtigen und nicht überraschenden Einschätzung im Einführungskapitel erhellt wird: Der allgemeine Trend deute auf eine Verstärkung des Phänomens einer *trans-judicial communication*, die aber von systemrelevanter Bedeutung noch weit entfernt sei.

DOI 10.17104/0044-2348-2021-1-281

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-281 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA

Letztlich hat der hier besprochene Band damit einen enzyklopädischen Charakter und Anspruch. Er ist kein Buch zum Durchlesen und bietet ohne zusammenfassenden Generalbericht dem Leser auch keine übergreifenden Schlussfolgerungen, wie es um den *judicial cosmopolitanism* denn nun bestellt sei. Die theoretische und dogmatische Dimension dieses Fragenkreises ist ohnehin nicht Gegenstand des Bandes, auch wenn sie in der Einführung und einzelnen Landesberichten gelegentlich mit anklingt – namentlich mit Blick auf die im US-amerikanischen Kontext zwischen den Grundpositionen des *originalism* und *judicial activism* mit singulärer Schärfe geführte Debatte. Dem hier besprochenen Band geht es demgegenüber um die empirisch-analytische Erfassung der Heranziehung ausländischen Rechts in der verfassungsgerichtlichen Praxis. Für diese Fragestellung entfalten die Landesberichte einen großen und weit gespannten Materialreichtum, der auch manches Neuland erschließt – eine ergiebige und verdienstvolle Bestandsaufnahme. Wer nach Spuren eines globalen Konstitutionalismus im Dialog der Verfassungsgerichte sucht, wird hier ein breiteres und stabileres empirisches Fundament finden.

Sebastian Graf von Kielmansegg, Kiel

 DOI 10.17104/0044-2348-2021-1-281

https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-1-281 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-SA