

REZENSIONEN

Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung*, München
(Verlag C.H. Beck) 2015, 1010 S., 99 €

Wer sich der Rechtsvergleichung als Student*in, Wissenschaftler*in oder Praktiker*in erstmals annäherte, hat bisher meist zum Zweigert/Kötz gegriffen, in dem die Privatrechtsvergleichung im Vordergrund steht.¹ Mit dem Erscheinen des Werkes von Kischel ist dies nicht mehr sicher. Denn das 1010 Seiten starke Buch des Greifswalder Öffentlichrechtlers hat alles Notwendige, um das neue *Standardwerk der Rechtsvergleichung*² zu werden.

Der erste Teil des Werks beschäftigt sich mit den Grundlagen der Rechtsvergleichung (S.1-242). §1 steckt zunächst ab, was unter Rechtsvergleichung zu verstehen ist. Kischel positioniert sich hier als Anhänger der funktionalen Rechtsvergleichung, die zurzeit herrschende Lehre ist.³ Rechtsinstitute dienen demnach immer der Lösung realer Probleme. Neben den Rechtsnormen sollen daher auch das gelebte Recht ("law in action")⁴ oder außerrechtliche Lösungen mitanalysiert werden, um den Horizont für weitere Antworten auf Rechtsfragen, fernab der heimischen Rechtsordnung, zu öffnen. §2 (Ziele) zeigt unter anderem, wie wichtig Rechtsvergleichung für die Gesetzgebung oder für das vertiefte Verständnis der eigenen Rechtsordnung ist.

Eines der maßgeblichsten Kapitel betrifft die Methode (§3), die in der Rechtsvergleichung stets heftig umstritten war/ist.⁵ Der in diesem Zusammenhang immer wieder aufgeworfenen Frage, ob die Rechtsvergleichung eine eigene Methode oder ein eigenständiges Gebiet der Rechts-

wissenschaft ist, spricht der Autor aufgrund ihres hochabstrakten, bloß theoretischen Charakters jegliche Relevanz ab.⁶ Da es bei der Rechtsvergleichung "immer um inhaltliche Rechtserkenntnis geht",⁷ verwundert es nicht, dass Kischel sie als Wissenschaft bezeichnet.

In der Folge plädiert er für eine Weiterentwicklung der funktionalen Methode zur kontextuellen, einem einprägsamen Begriff, der auch meiner Einschätzung nach "Karriere machen"⁸ wird. Zunächst legt Kischel die vielfältige Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung offen.⁹ So will etwa eine Strömung der besonders radikalen Kritik der Postmoderne die "Entlarvung der klassischen Rechtsvergleichung als hegemoniales Projekt" erreichen.¹⁰ Sie will dekonstruieren und "dabei Vielfalt und Widersprüche besonders" betonen.¹¹ Ihr fehlt es jedoch an einer überzeugenden "Gegenthese".¹² Hier setzt Kischel mit seinem eigenen Konzept an: Das Recht ist als Ganzes zu sehen und folglich sind es auch die einzelnen Normen im Kontext der historischen, ökonomischen, politischen, kulturellen und psychologischen Gegebenheiten.¹³ Die oftmals geäußerte Kritik der fehlenden Einbeziehung des kulturellen Umfelds verarbeitet er produktiv weiter.¹⁴ Jacksons "contextual functionalism" weist zu seiner Methode gewisse Parallelen auf.¹⁵ Denn Funktionen und Konzepte können auf den ersten Blick ziemlich gleich, aber in verschiedenen Gesellschaften (rechtlich und tatsächlich) sehr unterschiedlich wirken. Deshalb ist ein tiefergehendes Verständnis der untersuchten Materie erst möglich, wenn die Eigenheiten und die unterschiedlichen Kontextualitäten verstanden sind. "Ihre [=die kontextuelle] Methode ist die eines langsamen Einarbeitens in die jeweiligen Rechtsord-

1 Konrad Zweigert/Heinrich Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996.

2 Armin von Bogdandy, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung, Der Staat 55 (2016), 103 (115), bezeichnet es als "*opus magnum*" oder Thomas Groß, Rechtsvergleichung, Die Verwaltung 48 (2015), 581 (581), als "monumentales Werk".

3 Kischel, 6 ff.; vgl. Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, 339 (342 ff.).

4 Siehe Grundlegend Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1910), 12.

5 Kischel, 92 ff.

6 Kischel, 28 ff.

7 In dem Sinne Groß (Fn. 2), 582.

8 Peter Mankowski, Rechtsvergleichung, NJW 2016, 1644 (1644).

9 Kischel, 95 ff.

10 Kischel, 108.

11 Kischel, 106.

12 Kischel, 163 f.

13 Kischel, 187 f.

14 Kischel, 98, 180 f.

15 Vicky Jackson, Comparative Constitutional Law: Methodologies, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 54 (66 f. und 70-72).

nungen und Sachgebiete, der Suche nach Zusammenhängen mit besonderem Augenmerk auf die spezifische Atmosphäre, den Stil der anderen Rechtsordnung, für die es ein erfahrungsgestütztes Gespür zu entwickeln gilt".¹⁶ Die oftmals verzerrte Darstellung und Wahrnehmung der funktionalen Methode kann so entschlüsselt werden.¹⁷ Über die Grenzen der funktionalen/seiner Methode ist sich Kischel aber durchaus bewusst.¹⁸

Zusätzlich bietet er eine Darstellung von alternativen Methoden an. Besonders spannend ist die ökonomische Analyse in der Rechtsvergleichung.¹⁹ Diese versteht "das Recht als Steuerungsinstrument"²⁰ und versucht, "die Effizienz als zentrale Kategorie in die Rechtsvergleichung einzuführen."²¹ Der Autor steht dem grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber, insofern die Methode "weich" angewandt werden würde.²² Beispielsweise dürfte das Modelldenken, das der ökonomischen Analyse eigen ist, nicht 1:1 auf die Rechtsvergleichung übertragen werden, sondern es müssten "alle Faktoren, die die Untersuchung beeinflussen könnten",²³ tatsächlich angemessen berücksichtigt werden. Insgesamt stellt die kontextuelle Methode eine ausgeklügelte Ausformung der funktionalen Methode dar, die der meisten Kritik standhalten wird.²⁴ Durch die Kompatibilität mit den rechtssoziologischen, -historischen oder -kulturellen "Nachbargebieten"²⁵ ist sie überdies vielfältig einsetzbar.

Wer sich je selbst rechtsvergleichend betätigt hat, kennt die vielen Probleme in der praktischen Anwendung. Kischel bietet genauso wenig wie die bisher publizierten Lehrbücher eine allgemeingültige Vorgehensweise ("Kochrezept") an. Eine solche kann es seiner Meinung nach in dieser Disziplin nicht geben, weshalb er eine (negative) Fehlerlehre beschreibt.²⁶ Mit ihr können die schwierigsten Hürden für Anfänger*innen als auch Fortgeschrittene gemeistert werden. Er weist auf die häufig auftretenden Fehler bei der Begriffserfassung hin, die beispielsweise durch Übersetzungsprobleme oder (nationale) Vorver-

ständnisse entstehen. Ein wichtiger Ratschlag ist deshalb, die ausländischen Rechtsordnungen nicht durch "die eigene Brille" zu betrachten. Kischel skizziert als Abschluss der Fehlerlehre die verschiedenen Aufbaumöglichkeiten (Länderberichte, verzahnter Vergleich, etc.) rechtsvergleichender Studien neben den klassischen rechtsvergleichenden Arbeitsweisen.²⁷

Der Autor erörtert anschließend, dass der Begriff Kontext dem zu sehr rechtssoziologisch aufgeladenen Rechtskultur vorzuziehen sei. Derart kann ein einheitliches methodisches Herangehen erreicht werden, da die kontextuelle Methode/der Ausdruck Kontext nicht nur bei Mikro(=Einzel-), sondern auch bei Makrovergleichen (=Rechtskreis-/typisierenden Gesamtvergleichen) sinnvoll herangezogen werden kann (§ 4).²⁸ Die Bezeichnung als Rechtskreise vermeidet er aufgrund seiner begrifflichen Vorprägung durch Zweigert/Kötz²⁹ und um das Auftreten von Übersetzungsproblemen zu verhindern.³⁰ Meines Erachtens sind die beiden Begriffe (Kontext/Rechtskreis) aber inhaltlich identisch. Kischel sieht die Bedeutung der Rechtskreislehre in ihrer Funktion als "didaktisches Hilfsmittel".³¹ So kann "die Rechtskreiseinteilung dem Rechtsvergleicher Grundkenntnisse und Grunderfahrungen anderer Rechtsvergleicher zum Kontext der jeweiligen Rechtsordnungen vermitteln".³² Der unterschiedlichen Kritik³³ an der kolonial geprägten Rechtskreislehre begegnet er mit dem Argument, dass zwar vieles unwiderlegbar sei, die Funktion, die in der Zusammenfassung der verschiedenen Rechtsordnungen liegt, aber nicht überschätzt werden sollte.³⁴ Kischel versucht dem/der Leser*in nahezulegen, welche Elemente seiner Meinung nach zu den einzelnen Kontexten/Rechtskreisen zählen sollten, damit ein Gespür für die jeweilige "fremde" Rechtsordnung erlangt werden kann. Er bezieht hier alles seiner Meinung nach Wesentliche mit ein.³⁵ Auch ganz praktisch sollte die Beschreibung selbst eines idealtypisch konstruierten Rechtskreises immer mit lebendigen Beispielen arbeiten, die jedoch nur in

16 Kischel, 188 f.

17 Kischel, 179 ff.

18 Kischel, 180.

19 Kischel, 120 ff.

20 Kischel, 121.

21 Kischel, 125.

22 Kischel, 140.

23 Kischel, 140.

24 Kischel, 187 f.

25 Kischel, 9 ff.

26 Kischel, 188 ff.

27 Kischel, 203 ff.

28 Kischel, 217 ff.

29 Zweigert/Kötz (Fn. 1), 62 ff.

30 Kischel, 221 f.

31 Kischel, 228.

32 Kischel, 239 f.

33 Anstatt vieler: Günter Frankenberg, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal 26 (1985), 411 (422 ff.).

34 Kischel, 226–228, 239 ff.

35 Kischel, 240.

den jeweiligen realen Rechtsordnungen zu finden sind".³⁶ Als Elemente kommen etwa die Rolle der Jurist*innenausbildung, soziale Strukturen oder Konflikte über Subsumtionsstile in Frage.³⁷ Problematisch scheint mir die Unzugänglichkeit dieses Kapitels.³⁸ In einer Neuauflage könnte dieses empfänglicher gestaltet werden, da es vor allem für Anfänger*innen schwer verständlich scheint.

In Anknüpfung daran analysiert der zweite, wesentlich umfangreichere Teil die Kontexte der Rechtsordnungen (S. 243-976). Dabei handelt es sich um eine konkrete Anwendung der kontextuellen Methode im Bereich des typisierenden Gesamtvergleichs.³⁹ Dem common law (§ 5) und dem kontinentaleuropäischen Recht (§§ 6 und 7), wobei hier Lateinamerika ebenfalls mitbetrachtet wird, schenkt Kischel besonders viel Raum. Warum demgegenüber das afrikanische (§ 9), asiatische (§ 10) und islamische Recht (§ 11) viel kürzer gehalten werden, ist nicht ganz ersichtlich. Der Autor meint an anderer Stelle schlicht, dass es meist praktische Gründe – wie die Erlangung von Informationen ferner Rechtsordnungen – sind, die eine kürzere Darstellung begründen.⁴⁰ Einen eurozentristischen Beigeschmack hat dies aber allemal.⁴¹ Als letzter Kontext wird das transnationale Recht (§ 12) dargestellt. Besonders anschaulich gelingt hier die Beschreibung des Europarechts,⁴² wobei Kischel zeigt, dass, auch wenn man die Eigenheiten dieses Rechtsgebiet gut zu kennen glaubt, man es (meist) trotzdem noch aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts betrachtet.⁴³

Hervorzuheben ist, dass dies das erste deutschsprachige Lehrbuch ist, das den Anspruch einer globalen Betrachtung erhebt. Siems hat dies 2014 in sehr eindrucksvoller Weise in englischer Sprache versucht.⁴⁴ Eine solche Betrachtungsweise hat außerdem Hirschl im Blick, der sich unter anderem mit der Notwendigkeit der Verfassungsrechtsvergleiche auseinandersetzt.⁴⁵

Dass Kischel in seinen Darstellungen als Öffentlichrechtler auch das Straf- und Privatrecht in seine Betrachtung miteinbezieht, überrascht positiv. Die Darstellung von Beispielen aus den unterschiedlichen Disziplinen ermöglicht die Überwindung der üblichen Einteilungen und fruchtbringende Ergebnisse, wie die Beispiele im Hinblick auf das Gesetzes- und Richterrecht demonstrieren.⁴⁶ Darüber hinaus veranschaulichen die wiederkehrenden Einbezüge des Verfassungsrechts die Komplexität des Buches, exemplarisch seien die Ausführungen zum US-amerikanischen Supreme Court genannt.⁴⁷

Ein großzügig angelegtes Stichwortverzeichnis ermöglicht den raschen Zugriff, leider fehlt ein Literaturverzeichnis, das die vielen Fußnoten und Literaturverweise erschließt. Immerhin werden jedoch wichtige Autor*innen im Stichwortverzeichnis aufgeführt. Eine Übersetzung ins Englische und/oder Spanische würde dem Buch einem noch größeren Leser*innenkreis zugänglich machen.

Das Lehrbuch ist vor allem methodisch als überzeugendes Plädoyer für die kontextuelle Rechtsvergleichung zu empfehlen. Es reizt zudem dazu an, "über den Tellerrand der heimischen Rechtsordnung hinauszuschauen,"⁴⁸ und ist deshalb als Bereicherung für kritische Jurist*innen zu sehen.

Kevin Fredy Hinterberger

Anna-Bettina Kaiser (Hrsg.), *Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz* (Nomos [Schriftenreihe „Staatsverständnisse“, Bd. 58]), Baden-Baden 2013, 257 S., brosch., € 28,00

I. Der 1901 geborene und im Jahre 1982 verstorbene Gerhard Leibholz gehörte zu den prägenden deutschen Staatsrechtlern des 20. Jahrhunderts. Leibholz, der seine wissenschaftliche Sozialisation in der Weimarer Republik erhielt, war protestantisch getauft, sah sich als jüdisch-stämmiger Wissenschaftler aber gezwungen, vor Beginn des Zweiten Weltkriegs nach England zu

36 Kischel, 240 ff.

37 Kischel, 239 ff.

38 Kischel, 217-242.

39 Kischel, 217 ff. und 238 ff.

40 Kischel, 226.

41 In dieselbe Richtung gehend Groß (Fn. 2), 586.

42 Kischel, 956 ff.

43 Kischel, 959 ff.

44 Mathias Siems, *Comparative Law*, Cambridge 2014, 72 ff.

45 Ran Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2014.

46 Kischel, 243 ff. und 389 ff.; ähnlich Groß (Fn. 2), 581.

47 Kischel, 80 ff.

48 Kischel, VII.