

## ABHANDLUNGEN / ARTICLES

### Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild

Von *Christoph Schönberger*, Konstanz\*

#### Einführung

Vergleichen ist der Zug der Zeit. Er erfasst auch die Juristen des Öffentlichen Rechts, im Verfassungs- wie im Verwaltungsrecht. Die zunehmende Vernetzung der Welt macht auch vor diesem Rechtsgebiet nicht halt. Die Pflege eines rein national verstandenen Rechtsschrebergartens geht ihrem Ende entgegen, und das gilt auch und gerade für die innig-introvertierte Beschäftigung mit dem Grundgesetz, wie sie das bundesdeutsche öffentliche Recht seit Ende der fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts geprägt hat. Grenzüberschreitendes können die Juristen nicht länger besonderen Spezialisten des Völker- oder Europarechts anvertrauen, um sich ansonsten desto unbefangener der Dogmatik eines rein national verstandenen Rechts zu widmen. Immer stärker geraten vielmehr auch im öffentlichen Recht die vielfältigen Rechtsordnungen der Welt in ihrer Eigen- wie Fremdartigkeit in den Blick; sie werden zur Herausforderung, das Eigene neu und anders zu betrachten.

Dabei kann es nicht darum gehen, neben eine verengte und hyperzisierte Dogmatik ein weiteres Grundlagenfach Rechtsvergleichung zu stellen und ansonsten alles beim Alten zu lassen. Es geht auch nicht darum, in den klassischen Methodenkanon Savignys eine „fünfte“, eben die vergleichende Auslegungsmethode aufzunehmen.<sup>1</sup> Vielmehr ist das Vergleichen mit anderen Verfassungsordnungen die grundlegende Reflexionsform jeglicher Verfassungstheorie. Das Öffentliche Recht und seine Wissenschaft verarmen in gefährlicher Weise, wenn sie das Reflexionspotential der Vergleichung gar nicht oder nur in kurz-

\* *Christoph Schönberger*, Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte an der Universität Konstanz. Der Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Herbert-Krüger-Gedächtnisvorlesung, die der Autor auf der Jahrestagung des Arbeitskreises für Überseeische Verfassungsvergleichung am 26. Juni 2009 in Kassel gehalten hat. E-Mail: Christoph.Schoenberger@uni-konstanz.de

<sup>1</sup> So der bekannte Vorschlag von *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913 (auch in: *ders.*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 27); deutlich abschwächend *ders.*, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 1, 2003, § 7, Rz. 26, mit Betonung des Unterschieds von Verfassungspolitik und Verfassungsinterpretation und der Notwendigkeit, auch Ungleichheit zum Gegenstand einer kulturell-kontextualisierenden Vergleichung zu machen.

sichtig-utilitaristischer Weise für sich fruchtbar machen. Recht verstandene Vergleichung ist auch nicht etwa in erster Linie das Interesse am Fremden, Unbekannten oder Exotischen, nicht eine wissenschaftliche Form des Tourismus. Vielmehr führt das Vergleichen über das Fremde zum Eigenen zurück, macht uns gewissermaßen neu und anders mit uns selbst bekannt.

Der Beitrag beschäftigt sich zunächst mit dem immer noch einflussreichen ptolemäischen Weltbild der Staatsrechtswissenschaft (A). Er analysiert dann die spezifisch deutschen Besonderheiten, die die Verfassungsvergleichung nach wie vor erschweren (B). Im Anschluss geht es um die praktischen und theoretischen Zwecke der Vergleichung (C) und werden Ähnlichkeits- und Differenzideologie als die großen Grundperspektiven der Verfassungsvergleichung beschrieben (D). Der Ausblick thematisiert schließlich die Bedeutung der Verfassungsvergleichung für eine erneuerte Verfassungstheorie.

## A. Die Notwendigkeit eines Abschieds vom ptolemäischen Weltbild in der Staatsrechtswissenschaft

### I. Das ptolemäische Weltbild der Staatsrechtswissenschaft

Die heutige Staatsrechtswissenschaft denkt im Kern immer noch ptolemäisch. Das nationale Recht umschreibt ihre Welt. An den staatlichen Außengrenzen macht die Kenntnis des Rechts halt. Die Rechtswissenschaft untersucht die nationalen Normen, versucht sie systematisch zu ordnen und auf allgemeine Prinzipien zurückzuführen. Das Recht aller übrigen Länder bekümmert sie nicht.<sup>2</sup> Wie der alexandrinische Astronom Ptolemäus der Überzeugung anhing, die Erde stehe im Zentrum des Universums, so deutet die Staatsrechtswissenschaft das Universum des Rechts vom Zentrum des eigenen Staates und seiner Verfassung her. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ist die Rechtswissenschaft mit einem Wort *Rudolf von Jherings*<sup>3</sup>

„zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für die Wissenschaft.“

Dabei handelt es sich nicht um ein deutsches Sonderproblem. Juristen aller Länder und Fachrichtungen verhalten sich genauso. Das hat Gründe. Recht will soziale Beziehungen zwischen Menschen regeln. Es soll das Verhalten in konkreten Situationen lenken. Dieser praktisch-anwendungsbezogene Charakter des Rechts prägt auch die Tätigkeit der Rechtswissenschaft, ungeachtet ihrer sonstigen theoretischen und systematischen Bemühungen. Die deutsche Rechtswissenschaft dient dem in Deutschland geltenden positiven Recht und

<sup>2</sup> Plastisch zum ptolemäischen Weltbild der Juristen *Léontin-Jean Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. 1, 1971, S. 25 ff.

<sup>3</sup> *Rudolf von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I. Teil, 3. Aufl. 1873, S. 15. Zu Jherings Pionierrolle für die Rechtsvergleichung *Konrad Zweigert*, Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode, in: *Wieacker/Wollenschläger* (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970, S. 240.

interpretiert es, so wie auch die deutsche Rechtspraxis dieses Recht auf Einzelfälle in Deutschland anwendet. Und je stärker das geltende Recht vor allem im 19. Jahrhundert staatliches Recht geworden ist, vom Staat geschaffen und auf den Staat bezogen, desto mehr hat sich auch die Rechtswissenschaft verstaatlicht und ihren Horizont auf den jeweiligen Einzelstaat verengt. Sie ist traditionell bestrebt, die jeweilige staatliche Rechtsordnung als ein autonomes und in sich abgeschlossenes, vollkommenes und eigengeartetes Gebilde zu erweisen. Damit verbindet sich gerade in hoch entwickelten Rechtssystemen häufig die Neigung, das eigene System als vortrefflich zu sehen und zu rühmen.<sup>4</sup> Die jeweilige Monade des nationalen Rechts begreift sich selbst als Zentrum der Welt. Der eigene Staat ist für diese Rechtswissenschaft gewissermaßen die *societas perfecta*. Die stark auf das nationale geltende Recht fixierte Ausbildung der Juristen verstärkt diese Wahrnehmung.

Ganz vollständig ist diese Blickverengung freilich nie gewesen. So hat die *Rechtsphilosophie* stets einen universalen Horizont bewahrt, der über das nationale positive Recht hinauswies. *Rechts- und Verfassungsgeschichte* verdeutlichen seit jeher die Wandelbarkeit, Entwicklungsoffenheit und Heterogenität dessen, was eine ahistorische Dogmatik systematisch zu harmonisieren bestrebt ist. Zudem hat im Öffentlichen Recht das *Völkerrecht* immer in Erinnerung gehalten, dass der Staat stets nur *Staat unter Staaten* ist, seine Rechtsordnung nur ein räumlich begrenztes Ordnungssystem bildet. Noch viel intensiver gilt Ähnliches seit den fünfziger Jahren auch für das neu entstandene *Europarecht*, das die deutsche Staatsmonade zwangsläufig geöffnet, sie zum *Mitgliedstaat unter anderen Mitgliedstaaten* gemacht hat.

Die Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht ist hierdurch aber nur begrenzt gefördert worden. So wendet sich die Rechtsphilosophie traditionell allgemeinen Grundsatzfragen zu, unter denen die Pluralität der Staaten und Rechtsordnungen keinen herausragenden Platz einnimmt. Rechts- und Verfassungsgeschichte regen zwar zur Reflexion auf die Entwicklungsdimension des Rechts an, bleiben selbst aber weiterhin stark national geprägt. Auch Völker- und Europarecht haben das ptolemäische Weltbild nur wenig auflockern können. Denn es geht dabei um Deutschland verpflichtendes bzw. in Deutschland geltendes Recht. Es kann als Teil des positiven Rechts bearbeitet werden, ohne dass sich der Horizont der nationalen Rechtswissenschaft dadurch zwangsläufig grundlegend für die Rechte anderer Staaten öffnen müsste.<sup>5</sup> Es ist deshalb ein Irrtum – ein verbreiteter Irrtum allerdings – zu glauben, dass die heutige verstärkte Bedeutung des Völker- und Europarechts bereits als solche notwendig auch die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht voranbrächte. Wer sich mit den allen oder mehreren Staaten gemeinsamen Regeln beschäftigt, setzt sich gerade nicht – oder jedenfalls nicht in erster Linie – mit der Verschiedenheit ihrer Rechts-

<sup>4</sup> Dazu pointiert *Stig Strömholm*, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung. Theoretische Möglichkeiten und praktische Grenzen in der Gegenwart, *RabelsZ* 56 (1992), S. 615.

<sup>5</sup> Vgl. dazu für das Europarecht *Michael Stolleis*, Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts (1998), in: *ders.*, Konstitution und Intervention, 2001, S. 179.

ordnungen auseinander.<sup>6</sup> Häufig ist sogar das Gegenteil richtig, weil international orientierte Wissenschaftler wegen der erhöhten positivrechtlichen Bedeutung von Völker- wie Europarecht weniger Zeit und Interesse für die Beschäftigung mit dem öffentlichen Recht anderer Staaten als solchem aufbringen. Und insoweit sie Rechtsvergleichung betreiben, stellen sie diese häufig von vornherein ausschließlich in den funktionalen Kontext der jeweiligen „höheren“ Regelsysteme des Völker- oder Europarechts<sup>7</sup> und beschränken deren Reichweite damit von vornherein nicht unerheblich.

## II. Der Abschied vom ptolemäischen Weltbild

Der Abschied vom ptolemäischen Weltbild lässt diesen traditionellen staatsrechtlichen Solipsismus hinter sich. Auch für die Staatsrechtslehre wird nun mit der Einsicht ernst gemacht, dass jeder Staat *Staat unter anderen Staaten* ist. Die Rechtswissenschaft hat es als Wissenschaft grundsätzlich mit dem Recht aller Staaten gleichermaßen zu tun. Die Beschränkung auf das Recht des eigenen Staates hat pragmatisch gute Gründe, diese sind aber nicht prinzipieller Natur. Vielmehr gilt: Wer die Positivität des Rechts ernst nimmt, muss die Positivität aller Rechte ernst nehmen. Weil die Rechtsordnung des Staates räumlich begrenzt ist, ist sie nur zu denken, weil es daneben andere Staaten mit ihren jeweiligen Rechtsordnungen gibt.

Anders als im mittelalterlichen Universalreich und noch in der langen Epoche des Gemeinen Rechts ist Recht nicht mehr selbstverständlich etwas, was allen Völkern gemeinsam ist. Und gerade hieraus entsteht der Impuls zur Vergleichung. Denn das Gesamte bekommt nur noch der in den Blick, der sich nicht auf eine Rechtsordnung beschränkt. Es ist daher kein Zufall, dass die eigentliche Gründungsepoche der modernen Rechtsvergleichung das neunzehnte Jahrhundert ist.<sup>8</sup> Die Kodifikation von Nationalgesetzbüchern in der Landessprache und das Verschwinden des Lateinischen als gemeineuropäischer Unterrichts- und Wissenschaftssprache trennte die nationalen Rechtsordnungen in vorher unge-

<sup>6</sup> Plastisch dazu *David Kennedy*, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, *Utah Law Review* 1997, S. 545. Die ältere Rechtsvergleichung hatte deswegen das Völkerrecht sogar überwiegend ganz ausgeklammert; vgl. etwa *H. C. Gutteridge*, *Comparative Law and the Law of Nations* (1944), in: *Butler* (Hrsg.), *International Law in Comparative Perspective*, 1980, S. 13: „If by the law of nations or public international law we understand the principles of justice, which, by common consent of mankind, should govern relations between states or nations, the employment of the comparative method would at first sight appear to be excluded, because rules which are avowedly universal in character do not lend themselves to comparison. So far as it exists at all, any relationship or kinship between comparative law and the law of nations must, therefore, be of a shadowy nature ...”

<sup>7</sup> Zur entsprechenden dogmatischen Bedeutung der Rechtsvergleichung unten C 1c.

<sup>8</sup> Dazu *Stolleis* (Fn. 5), S. 179 ff.; *Constantinesco* (Fn. 2), S. 88 ff.; *Erk Volkmar Heyen*, *Französisches und deutsches Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtsvergleichung des 19. Jahrhunderts*: Mohl, Stein, Gneist, Mayer, Hatschek, in: *Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England* (18./19. Jh.), *Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte* 8 (1996), S. 163.

kannter Weise voneinander. Zugleich erwies sich das Recht nun endgültig als positives, wandelbares, relatives Recht. Gerade diese neue Situation machte den vergleichenden Blick auf das Unvertraut-Fremde anderer Rechtsordnungen überhaupt erst möglich. Im Verfassungsrecht veränderte sich die Lage dramatisch mit der französischen Revolution, allgemein gesprochen mit der Verfassungsbewegung, die ausgehend von den jungen Vereinigten Staaten und Frankreich seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert ganz Europa erfasste. Es entstand nun eine Fülle neuer Verfassungstexte, die alle voneinander abhingen, aneinander anknüpften und aufeinander reagierten. Das schuf in paradoxer Weise die Voraussetzungen für die moderne Rechtsvergleichung. Denn einerseits trat mit den jeweiligen geschriebenen Verfassungsurkunden die rechtliche Eigenständigkeit der Staaten strenger hervor, das Recht war jetzt – wie künstlich das im Einzelnen auch immer sein mochte – staatliches, nationales Recht. Dieses deutliche Auseinandertreten machte das moderne Vergleichen überhaupt erst möglich. Andererseits ging mit dieser Distanz zugleich eine neue Form des Austauschs und der Verflochtenheit einher.<sup>9</sup> In der neuartigen Vielfalt der Staatenwelt glichen sich die Urkunden in vielfältiger Weise, es gab Mutter- und Tochtertexte, offene und versteckte Entlehnungen aller Art und Güte.

Hinzu tritt ebenfalls seit dem 19. Jahrhundert ein weiteres. In immer neuen Schüben wächst die Welt technisch, ökonomisch und wissenschaftlich zusammen. Wirtschaft und Handel, Verkehr und Information verdichten sich. Was man seit den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts Globalisierung zu nennen pflegt<sup>10</sup>, ist ein altes Phänomen<sup>11</sup>, das sich freilich in immer neuen Formen ausprägt. Dieser Prozess erreicht zunehmend auch die politischen Organisationsformen und stellt den Nationalstaat als in sich geschlossenes Rechtssystem in Frage, der seinerseits bereits eine frühere Form des großräumigen Zusammenwachsens war. Neue Formen der Kooperation auf der Ebene des allgemeinen Völkerrechts, erst recht aber regionale Integrationsbünde wie die Europäische Union reagieren auf diese Herausforderung. Sie relativieren schon im positiven Recht selbst die im national-staatlichen Recht bis heute gern gepflegte Illusion der in sich geschlossenen Staatsmonade.

In einer derartigen verflochtenen Welt kann das Recht nur um den Preis seiner Provinzialisierung in einer ptolemäischen Betrachtungsweise verharren.<sup>12</sup> Es darf dabei freilich nicht um einen vorschnellen Universalismus oder wohlfeile Konvergenzeuphorie gehen, wie sie in der Rechtsvergleichung seit jeher häufig anzutreffen sind. So gibt es heute im Zivilrecht die Sehnsucht nach einem neuen europäischen *ius commune*, im öffentlichen Recht die Hoffnung auf ein *gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, ein *ius commune constitutionale*. Das sind weiterhin häufig Einheitssehnsüchte, die die fortbestehende historisch-kulturelle Eigenheit der jeweiligen Rechtssysteme nicht genügend wahrnehmen. Aber

<sup>9</sup> Dazu schon *Boris Mirkine-Guetzévitch*, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 1931.

<sup>10</sup> Zu deren Bedeutung für das öffentliche Recht: *Matthias Ruffert*, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, 2004.

<sup>11</sup> *Jürgen Osterhammel*, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, 2009.

<sup>12</sup> Formulierung in Anlehnung an *Constantinesco* (Fn. 2), S. 34.

diesseits solcher Konvergenzutopien wird sich die Rechtswissenschaft und insbesondere die Staatsrechtslehre als Wissenschaft nur behaupten können, wenn sie ihre nationale Partikularität nicht dünkelfhaft überhöht, sondern sie als Problem und Herausforderung begreift. Der Weg dorthin führt über die Vergleichung.

## B. Deutsche Besonderheiten und Hindernisse

Das ptolemäische Weltbild der Juristen ist, wie gesagt, keine deutsche Besonderheit. Allerdings fällt im Bereich des deutschen öffentlichen Rechts auf, dass die Verfassungsvergleichung gerade in der Bundesrepublik über Jahrzehnte hinweg vollständig in den Hintergrund getreten ist. Das war zuvor, im „langen“ 19. Jahrhundert, noch ganz anders. Damals war die Vergleichung von Robert von Mohl über Julius Hatschek bis hin zu Heinrich Triepel nicht ein von Liebhabern im Stillen gepflegter Nebenzweig, sondern schlicht die selbstverständliche Methode der Verfassungsrechtswissenschaft. In der Bundesrepublik unter dem Grundgesetz veränderte sich das grundlegend; vor allem in den drei Jahrzehnten vor der Wiedervereinigung hat eine bemerkenswerte Introvertiertheit um sich gegriffen.<sup>13</sup> Erst in neuerer Zeit beginnt sich das allmählich wieder zu wandeln.<sup>14</sup> In der Herbert-Krüger-Gedächtnis-Vorlesung darf man darauf hinweisen, dass Herbert Krüger einer der wenigen Staatsrechtler war, die diese Grundgesetzintrovertiertheit nicht mitgemacht haben. Er hat versucht, die Verfassungsvergleichung zu einer zentralen Reflexionsdisziplin der Staatsrechtswissenschaft zu machen, mit besonderem Interesse an den Verfassungen, die im Zuge der Entkolonisierung entstanden.<sup>15</sup> Aber er hat sich damit kaum durchsetzen können, weder

<sup>13</sup> Bezeichnend dafür ist schon die karge Rechtfertigung für den Verzicht auf rechtsvergleichende Einordnung in der Habilitationsschrift von *Dietrich Jesch*, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 1961, S. 4 f.: „Die Frage nach der Geltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips innerhalb der durch das Bonner Grundgesetz fixierten (!) Verfassungsordnung vermögen derartige rechtsvergleichende Betrachtungen jedenfalls nicht zu beantworten.“ Das war verfassungsdogmatisch ebenso zutreffend wie verfassungstheoretisch unbefriedigend. Gegenbeispiele aus der frühen Bundesrepublik: *Martin Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt. Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, 1962; *Horst Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, 1961.

<sup>14</sup> Pionierfunktion hatten – ungeachtet mancher methodischer Problematik – vor allem die Arbeiten Peter Häberles seit den achtziger Jahren; vgl. insbesondere *Peter Häberle*, Rechtsvergleichung (Fn. 1). Die gewachsene Bedeutung der Verfassungsvergleichung zeigen etwa auch die dem Verfassungsrecht und der Verfassungsrechtswissenschaft gewidmeten ersten beiden Bände des Handbuchs „*Ius Publicum Europaeum*“ an, die 2007 und 2008 erschienen sind.

<sup>15</sup> Vgl. dazu etwa *Herbert Krüger*, Das Programm, VRÜ 1 (1968), S. 1; *ders.*, Stand und Selbstverständnis der Verfassungsvergleichung heute, VRÜ 5 (1972), S. 5; *ders.*, Zur Einführung: Überseeische Verfassungsvergleichung, JuS 1976, S. 213.

mit dem Interesse an den Verfassungen der so genannten Entwicklungsländer<sup>16</sup> noch mit dem Anliegen der Verfassungsvergleichung überhaupt. Was sind die Gründe dafür, dass die deutsche Staatsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik in dieser Hinsicht enger, provinzieller geworden ist, als sie es in früheren Epochen war?

## I. Introvertierung des Blicks nach 1949

Hier spielt sicherlich zunächst der ungeheure Verlust kreativer, international orientierter Gelehrter durch Vertreibung und Emigration eine Rolle; der Name *Karl Loewenstein*<sup>17</sup> sei hier nur als einer von vielen erwähnt. Hinzu kam die Absorption der Staatsrechtslehre durch die umfassende Ausdeutung und Aktivierung des Grundgesetzes nach 1949. So sehr man bei der Abfassung des Grundgesetzes noch nach außen geblickt hatte<sup>18</sup>, so sehr konzentrierte man sich danach auf die umfassende Konstitutionalisierung des gesamten einfachen Rechts<sup>19</sup> und beobachtete allenfalls zufrieden die Exporterfolge des deutschen Verfassungsrechts im Ausland.<sup>20</sup> Stand am Anfang der Bundesrepublik die Introvertiertheit aus Scham über das Gewesene, so wich diese wenige Jahrzehnte später einer ebenso großen Introvertiertheit aus Stolz auf das Erreichte. „Es kann sein“, so hat *Herbert Krüger* 1976 vermutet, „dass die Deutschen angesichts zweier missglückter Ausflüge in die Weltpolitik wieder dazu neigen, sich auf sich selbst zurückzuziehen, wie sie es im Heiligen Römischen Reich getan haben“; es sei deshalb von den wissenschaftlichen Institutionen nicht zu erwarten, dass sie „einen Anstoß zu einer Wendung von ‚Provinz‘ zu ‚Welt‘“ gäben.<sup>21</sup> Jedenfalls war gerade die erfolgreiche Neubegründung der deutschen Rechtstradition unter

<sup>16</sup> Zwischenbilanzen bei *Brun-Otto Bryde*, *Überseeische Verfassungsvergleichung nach 30 Jahren*, VRÜ 30 (1997), S. 452; *ders.*, *Constitutional Law in „old“ and „new“ Law and Development*, VRÜ 1 (2008), S. 10.

<sup>17</sup> *Markus Lang*, *Karl Loewenstein. Transatlantischer Denker der Politik*, 2007.

<sup>18</sup> Beispiele in: JöR N. F. 1 (1951), S. 197, 350, 352, 409; allgemein dazu *Fritz Münch*, *Einführung in die Verfassungsvergleichung*, ZaöRV 33 (1973), S. 132 f.; *Jörg Manfred Mössner*, *Rechtsvergleichen und Verfassungsrechtsprechung*, AöR 99 (1974), S. 215. Eine genauere Untersuchung dazu fehlt allerdings. *Heinrich Wilms*, *Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes*, 1999, unterscheidet nicht deutlich zwischen der Orientierung des Parlamentarischen Rates an ausländischen Vorbildern und alliierten Ingerenzen.

<sup>19</sup> *Rainer Wahl*, *Herausforderungen und Antworten. Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, 2006; *Christoph Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, 2006, S. 53.

<sup>20</sup> Vgl. etwa: *Battis/Mahrenholz/Tsatsos* (Hrsg.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen*, 1990.

<sup>21</sup> *Krüger*, *Zur Einführung: Überseeische Verfassungsvergleichung* (Fn. 15), S. 216.

dem Grundgesetz mitverantwortlich für eine gewisse Abschließung gegenüber internationalen Einflüssen.<sup>22</sup>

## II. Professionalisierungsprozesse in der Staatsrechtswissenschaft

Die Innengerichtetheit des Blicks wurde verstärkt durch Professionalisierungsprozesse innerhalb des Faches. So wurde etwa die vorher selbstverständliche Verbindung von Staats- und Völkerrecht, die wechselseitige Befruchtung von nationalem und internationalem Recht, wie sie für Gelehrte wie Erich Kaufmann, Heinrich Triepel, Hans Kelsen, Carl Schmitt oder Ulrich Scheuner kennzeichnend gewesen war, nun immer seltener oder verschwand ganz. „Internationaler“ ausgerichtete und interessierte Gelehrte entwuchsen dem nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht schnell, um sich ganz auf Völker- und später Europarecht zu konzentrieren. Umgekehrt entstand der Typus des ganz auf das Grundgesetz konzentrierten Staatsrechtlers, der Grenzüberschreitendes für nebensächlich und sich davon denn auch fern hielt. Das bekam beiden Gelehrtentypen nicht gut. Als äußerer Umstand trug auch die Teilung Europas wie Deutschlands zu dieser starken Binnenorientierung bei. Klassische Vergleichsländer wie Frankreich und Großbritannien verloren an Bedeutung; die USA blieben zu fern, um in diese Rolle einrücken zu können. Die im internationalen Vergleich besonders auffällige Praxis deutscher öffentlichrechtlicher Veröffentlichungen, im Regelfall ausschließlich deutschsprachige – genauer gesagt: ausschließlich bundesdeutsche – Literatur zu zitieren, bietet bis heute ein Bild „seltsamen Eingesponnenseins“<sup>23</sup>; sie ist ein sprechendes Indiz für einen Binnenhorizont, der durch besonders kanonisierte Publikationsgenres wie Kommentar und Handbuch noch weiter verstärkt wird.

<sup>22</sup> Jochen Abraham Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, S. 806.

<sup>23</sup> So schon die Formulierung von Ernst Rabel für die deutsche Rechtswissenschaft seiner Zeit: Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1924), in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, 1967, S. 1. Rabel vermerkte bereits damals, dass „fast allen unseren Handbüchern und Kommentaren und merkwürdig vielen – beileibe nicht allen – Monographien ... fremdsprachliche, ja auch deutsch-österreichische und deutsch-schweizerische Werke bis vor kurzem als nicht geschrieben galten und erst neuestens ein bescheidener Umschwung zu bemerken ist“ (S. 11); ähnlich damals Ernst Isay, Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens, 1923, S. 6. Nach dem Ersten Weltkrieg hat sich dieses Problem besonders deutlich bei der Interpretation des Versailler Vertrags ausgewirkt, der in Rechtsstil und Interpretationshorizont den Rechtsanschauungen der Siegermächte – vor allem dem französischen und englischen Recht – entlehnt war. Hieraus entstand dann ein neuer Anstoß zu verstärkter Rechtsvergleichung; vgl. dazu Hans Dölle, Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. 2, 1960, S. 20.



### III. Praxisorientierung von Ausbildungs- und Wissenschaftsbetrieb

Unter diesen Umständen haben sich zudem *traditionelle Schwächen der deutschen Rechtsvergleichung* in der Bundesrepublik besonders bemerkbar gemacht. Zu ihnen gehört zum einen die *besondere Struktur der deutschen Juristenausbildung*. Seit jeher ist die auf zwei Staatsexamina konzentrierte Juristenausbildung in Deutschland viel weniger offen für die Einbeziehung fremder Rechte als das Studium in anderen europäischen Ländern. Ein Examen, das ausschließlich auf das in Deutschland geltende Recht konzentriert ist, wirkt in vielfältiger Weise auf die Studieninhalte, aber auch auf die Forschung insgesamt zurück. Diese Prüfungsform ist ihrerseits Ausdruck der *starken Orientierung der deutschen akademischen Jurisprudenz an der juristischen Praxis*, vor allem der Praxis der Gerichte, die mit einer gewissen Reflexionsferne einhergeht.<sup>24</sup> Das macht auch und gerade die Beschäftigung mit Rechtsvergleichung im deutschen Wissenschaftsbetrieb eher zu einer Randbeschäftigung.<sup>25</sup>

In anderen europäischen Ländern ermöglicht es hingegen die dortige Studien- und Prüfungsorganisation beispielsweise, Vorlesungen zu vergleichendem Verfassungsrecht als Teil des normalen Studienprogramms anzubieten. Dies hat wiederum zur Begleiterscheinung, dass es etwa in *Italien* mehrere hervorragende Einführungen und Lehrbücher zum vergleichenden Verfassungsrecht („*diritto costituzionale comparato*“) gibt<sup>26</sup>, diese in Deutschland hingegen ganz fehlen<sup>27</sup>; das erste neuere Buch dieser Art in deutscher Sprache stammt bezeichnenderweise von einem österreichischen Autor<sup>28</sup>. In manchen Ländern wie *Frankreich* wird die Beschäftigung mit den Verfassungssystemen anderer westlicher

<sup>24</sup> Dazu *Martin Morlok*, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 49 ff. (70 ff.); *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung*, ebd., S. 11 ff. (26 f.).

<sup>25</sup> *Léontin-Jean Constantinesco*, der den französischen wie den deutschen Rechtsunterricht aus eigener Praxis gut kannte, hat das besonders hervorgehoben: (Fn. 2), S. 198; vgl. auch S. 164. Die nunmehr abgeschichtete Schwerpunktausbildung mit Universitätsprüfung dürfte an dieser Situation kaum etwas ändern.

<sup>26</sup> Überblick: *Alberto Vespaziani*, *Die Europäische Verfassungslehre im Wandel zur post-ontologischen Rechtsvergleichung*, in: *Liber Amicorum Peter Häberle*, 2004, S. 457 ff.

<sup>27</sup> Aus italienischer Sicht ist dieser Kontrast gelegentlich verwundert bemerkt worden; vgl. etwa *Paolo Biscaretti di Ruffia*, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, 2. Auf. 1970, S. 41 Fn. 5: „Im Vergleich mit der großen Zahl deutscher staatsrechtlicher Lehrbücher zur Staatstheorie und zum deutschen Bundes- und Landesrecht sind Bücher zum vergleichenden Verfassungsrecht äußerst selten geblieben“. Biscaretti di Ruffia wies darauf hin, dass die Lehrbücher zur Allgemeinen Staatslehre immerhin häufig Bezüge auf ausländische Verfassungsrechte enthielten. Das letzte systematische deutsche Buch zum vergleichenden Verfassungsrecht sei aber noch immer Julius Hatscheks 1909 (!) erschienen *Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*. Der Hinweis auf die fortbestehende Bedeutung Hatscheks ist im Übrigen sehr berechtigt; siehe dazu unten Fn. 73.

<sup>28</sup> *Bernd Wieser*, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2005.

Demokratien sogar wie selbstverständlich in die Vorlesungen und Bücher zum nationalen Verfassungsrecht integriert<sup>29</sup>, während die deutschen Darstellungen sich mit ebenso großer Selbstverständlichkeit allein auf das Verfassungssystem der Bundesrepublik konzentrieren. Man kann hierin insgesamt einen Unterschied zwischen der praxisferneren – und gerade deshalb theorie- und vergleichsoffeneren – Tradition der juristischen Ausbildung und Wissenschaft der romanischen Länder und der eng auf die nationale (Gerichts-) Praxis fixierten Form der deutschen Juristenausbildung und Rechtswissenschaft sehen.<sup>30</sup>

#### IV. Verfassungsrecht als Rechtsprechungsverfassungsrecht

Für das Verfassungsrecht wird diese Situation dadurch verschärft, dass das deutsche Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz aufgrund der international einzigartigen Machtstellung des Bundesverfassungsgerichts in besonderem Ausmaß Rechtsprechungsverfassungsrecht geworden ist, das auch die Wissenschaft prägt<sup>31</sup>. Hingegen wird das Verfassungsrecht vieler anderer Staaten weiterhin nur begrenzt von Gerichten gestaltet, sondern bleibt in starkem Umfang – wie in früherer Zeit auch in Deutschland – durch eine Mischung von Staatspraxis und Staatstheorie gekennzeichnet. Das gilt nicht nur für das klassische Kontrastbeispiel Großbritannien<sup>32</sup>, sondern etwa auch für Frankreich<sup>33</sup> oder die Schweiz<sup>34</sup>. Eine derartige Struktur des Verfassungsrechts ist aber naturgemäß für die Einbeziehung

<sup>29</sup> Die Pariser Verfassungsrechtlerin *Élisabeth Zoller*, eine herausragende Kennerin des US-amerikanischen Verfassungsrechts, schätzt, dass in französischen Vorlesungen zum Verfassungsrecht mehr als ein Drittel der Zeit für die Beschäftigung mit anderen Verfassungsordnungen aufgewendet wird: *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?*, *Droits* 32 (2000), S. 121; vgl. auch ihre vergleichend gearbeitete Einführung in das öffentliche Recht: *Élisabeth Zoller*, *Introduction au droit public*, 2006.

<sup>30</sup> Deutschland teilt die geringe Offenheit für die Vergleichung im Übrigen mit den Vereinigten Staaten. Zur Parallele: *Frowein* (Fn. 22), S. 806; *Oliver Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft* (Fn. 24), S. 347 f.

<sup>31</sup> „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“: *Bernhard Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), S. 168.

<sup>32</sup> *Peter Rädler*, Verfassungsgestaltung durch Staatspraxis. Ein Vergleich des deutschen und britischen Rechts, *ZaöRV* 58 (1998), S. 611.

<sup>33</sup> Die begrenzte Machtstellung des *Conseil constitutionnel* überlässt das französische Verfassungsrecht nach wie vor in vielen Bereichen – vor allem des Staatsorganisationsrechts – der Staatspraxis und der Wissenschaft: *Zoller*, *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé* (Fn. 29).

<sup>34</sup> *Giovanni Biaggini*, Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand: Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft* (Fn. 24), S. 273, 288, der zudem hervorhebt, dass die Kleinheit der Schweiz und die damit verbundene geringere Literaturproduktion den Blick fast zwangsläufig über die Landesgrenzen hinaus richtet (S. 269).

vergleichender Überlegungen offener als das maßgeblich von Gerichtsentscheidungen geprägte deutsche Verfassungsrecht.<sup>35</sup>

## V. Spezifische Dialektik von Partikularität und Universalität

Für die Schwäche der deutschen Rechtsvergleichung sind überdies auch ältere *geistige Traditionslinien* mitverantwortlich. Von Bedeutung ist hier zunächst die *Historische Schule* und die romantische Annahme, das jeweilige Recht befinde sich auf seinem spezifischen, ganz besonderen Eigenweg. Ist jedes Recht Ausdruck eines bestimmten Volksbewusstseins, dann lohnt es sich zwar, das historische Werden dieses Rechts genau zu untersuchen; die Rechtsinstitutionen anderer Völker sind für diesen spezifischen Weg hingegen ohne Bedeutung<sup>36</sup>; in der introvertierten Alltagspraxis der heutigen Staatsrechtswissenschaft wirkt das noch leise nach. Das Gegenangebot dazu ist in Deutschland traditionell *der Ausgriff ins Rechtsphilosophisch-Universelle*, wie ihn zunächst das Naturrecht und später andere idealistische Theorieentwürfe immer wieder unternommen haben. Sein Ableger im öffentlichen Recht ist die *Allgemeine Staatslehre*, die – wie problematisch auch immer<sup>37</sup> – traditionell durchaus auch Erkenntnisse zu ausländischen Rechtsordnungen auf ihre Weise verarbeitet. Sie tut dies allerdings herkömmlich ohne originär vergleichendes Interesse oder Methodik und ist vorschnell auf der Suche nach allgemeingültigen Gesetzmäßigkeiten, ohne sich den konkreten Charakteristika und spezifischen Unterschieden der einzelnen Rechtsordnungen überhaupt genauer zuzuwenden. Der Dualismus von Partikularität und Universalität ist ein

<sup>35</sup> Das kommt auch in der Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts selbst zum Ausdruck, das zunehmend vergleichende Fremdzitate durch Ketten von Selbstziten ersetzt hat; zur Praxis vergleichender Zitate in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe *Mössner* (Fn. 18), S. 228 ff.; *Bryde*, *The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*, in: Markisenis/Fedtko (Hrsg.), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration*, 2006, S. 296 ff. Das entspricht freilich einer allgemeinen Entwicklung des Gerichts, das jeweils nach Entwicklung einer eigenen Rechtsprechungstradition von Fremdziten auf Eigenziten umgestellt hat: *Matthias Jestaedt*, *Autorität und Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Festschrift Herbert Bethge*, 2009, S. 525 ff.

<sup>36</sup> Zu den von der historischen Schule errichteten Hindernissen für die Rechtsvergleichung näher *Constantinesco* (Fn. 2), S. 92 ff.; *Filippo Ranieri*, *Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert: Eine wissenschaftshistorische Skizze*, in: Kaelble/Schriewer (Hrsg.), *Vergleich und Transfer*, 2003, S. 233 ff.; vgl. auch bereits *Paul Koschaker*, *Europa und das Römische Recht*, 1947, S. 147 Fn. 1. Zu den negativen Auswirkungen auf die Vergleichung im Öffentlichen Recht: *Sabino Cassese*, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: Verso un modello amministrativo europeo*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, S. 29.

<sup>37</sup> Zu Eigenheit und Problematik der Allgemeinen Staatslehre: *Christoph Schönberger*, *Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre. Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich*, in: Erk Volkmar Heyen/Olivier Beaud (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?*, 1999, S. 111.

allgemeineres Muster der deutschen Geistesgeschichte<sup>38</sup>, das die Vergleichung immer noch erschwert.

Der enorme Bedeutungsgewinn des Verfassungsrechts nach 1949 hat beide Traditionslinien innerhalb des deutschen öffentlichen Rechts sogar dadurch neu gefestigt, dass sie wirkmächtig miteinander kombiniert wurden. Das Grundgesetz wurde und wird gern als Ausdruck gemeinwestlich-universeller Verfassungsprinzipien („der“ Rechtsstaat, „der“ Verfassungsstaat, „die“ Grundrechte, „die“ Demokratie) interpretiert, ohne dass die Frage viel Aufmerksamkeit fände, ob diese Prinzipien denn in anderen westlichen Verfassungen und Verfassungstraditionen tatsächlich in der Weise verstanden werden, wie sie die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit und Dogmatik dem Grundgesetz entnimmt.<sup>39</sup> Ein sprechendes Beispiel für diese Grundhaltung hat jüngst das *Lissabon-Urteil* des Bundesverfassungsgerichts geliefert. Dort wird die Privilegierung kleinerer Mitgliedstaaten bei der Sitzverteilung im Europäischen Parlament mit dem Argument kritisiert, die demokratische Wahlrechtsgleichheit des „one man, one vote“ verbiete derartige Rücksichtnahmen im Grundgesetz wie in allen anderen Staaten. Das Gericht nimmt dabei gar nicht erst zur Kenntnis, dass sowohl im amerikanischen Repräsentantenhaus als auch im Schweizer Nationalrat die kleineren Gliedstaaten mit geringer Bevölkerungsdichte durchaus bei der Sitzverteilung bevorzugt werden.<sup>40</sup> Trotz Erwähnung der Bedeutung zweiter Kammern in Bundesstaaten nimmt das Gericht überdies keine Notiz von der offensichtlichen Tatsache, dass beispielsweise die Zuerkennung von zwei Senatoren an jeden amerikanischen Bundesstaat ungeachtet der jeweiligen Bevölkerungszahl einem bundeseinheitlich verstandenen Grundsatz des „one man, one vote“ natürlich nicht entspricht. Nahe liegende Vergleichsbeispiele aus dem Bundesstaatsrecht anderer Staaten erörtert das Bundesverfassungsgericht nicht, während es zugleich behauptet, die deutsche Dogmatik zur Wahlrechtsgleichheit des Art. 38 Abs. 1 GG sei Ausdruck eines universellen Rechtsgedankens.<sup>41</sup> Die partikuläre deutsche Verfassung gilt problemlos als Ausdruck universeller Ideen. Grundgesetzintrovertiertheit kann sich universalistisch verstehen, die Provinz im weltbürgerlichen Kostüm daherkommen. Das Beharren auf der Besonderheit des Eigenen und der Ausgriff ins Allgemeine bestärken sich wechselseitig in einer merkwürdigen Allianz.

<sup>38</sup> Vgl. dazu für den Bereich der Historie auch *Theodor Schieder*, Möglichkeiten und Grenzen vergleichender Methoden in der Geschichtswissenschaft, HZ 200 (1965), S. 530.

<sup>39</sup> Derartige Untersuchungen findet man eher außerhalb Deutschlands; vgl. für das Rechtsstaatsprinzip etwa *Luc Heuschling*, Rechtsstaat, État de Droit, Rule of Law, 2002.

<sup>40</sup> U.S. Const. Art. I § 2 Cl. 3: „...each State shall have at Least one Representative“; Art. 149 Abs. 4. Schweizerische Bundesverfassung: „Die Sitze (im Nationalrat, d. V.) werden nach der Bevölkerungszahl der Kantone verteilt. Jeder Kanton hat mindestens einen Sitz.“ Siehe dazu näher *Christoph Schönberger*, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, 2005, S. 503 ff.

<sup>41</sup> Siehe zur Kritik *Christoph Schönberger*, Lisbon in Karlsruhe. Maastricht's Epigones at Sea, German Law Journal 10 (2009), S. 1214 ff.

Für das Vergleichen ist beides ungünstig, das Sich-Einkrümmen auf das eigene Recht genauso wie das vorschnelle Auffinden vermeintlich allgemeiner Gesetzmäßigkeiten. Zwischen trotziger Partikularität und unterscheidungsarmer Universalität findet der reflektierte Umgang mit dem Anderen, der diesen weder schlicht ignoriert noch ihn allzu schnell in eine allgemeine Schablone presst, nur schwer seinen Ort. Vor diesem Hintergrund sollte man sich auch vor allzu großer Euphorie über den wachsenden Stellenwert der Rechtsvergleichung im deutschen öffentlichen Recht hüten. Die Beharrungskräfte und Sozialisationsmechanismen eines über Jahrzehnte gewachsenen alltagspositivistischen Wissenschaftsbetriebs, der durch Prüfungs- und Unterrichtsform, Lehrbuch- und Kommentarliteratur gleichermaßen strikt und eng an das in Deutschland geltende Recht gekettet ist, sind groß und dürften es auch bleiben. Sehr bescheidene Fortschritte – wie etwa die Aufnahme kursorischer Hinweise auf Parallelvorschriften ausländischer Verfassungen in den von *Horst Dreier* herausgegebenen Grundgesetz-Kommentar – sind hier eher zu erwarten als grundlegende Veränderungen. Schon vor fast vierzig Jahren, im Jahr 1972, hat *Herbert Krüger* skeptisch bilanziert<sup>42</sup>: „Bekanntlich hat die Rechtsvergleichung in Deutschland von ihren Anfängen an einen schwachen Stand gehabt, wofür man teils das Naturrecht, teils die Historische Rechtsschule verantwortlich gemacht hat, und einstweilen sieht es nicht so aus, als ob man aus der bis zum Überdruß wiederholten These, die Welt sei heute eine einheitliche, unendlich verflochtene Welt, nationale Barrieren seien mehr als überständig usw. usw., Konsequenzen für Rechtsforschung und Rechtslehre ziehen wolle ...“ Diese Konsequenzen sind heute freilich notwendiger denn je.

### C. Warum Verfassungsvergleichung?

Was kann man sich nun davon versprechen, wenn man die Mühe der Verfassungsvergleichung auf sich nimmt? Vereinfachend lassen sich zunächst theoretische und praktische Erträge der Verfassungsvergleichung unterscheiden.<sup>43</sup> Auf einer theoretischen Ebene geht es um Erkenntnis, um das bessere Verständnis fremden wie eigenen Rechts, in praktischer Hinsicht dagegen um Anregungen für die Weiterentwicklung des eigenen Rechts in Rechtsetzung und Rechtsfindung. Zwischen der Vergleichung auf einer rein theoretisch-wissenschaftlichen Ebene und der Vergleichung in einem pragmatischen Anwendungs- und Entscheidungskontext besteht dabei eine große Kluft. Vieles, was die wissenschaftliche Verfassungsvergleichung für wünschenswert oder unabdingbar hält, kann oder muss in einem Anwendungszusammenhang außer Betracht bleiben: aus Zeitnot beispielsweise oder auch deshalb, weil eine Entscheidung erreicht oder eine gemeinsame Regel gefunden werden soll.

<sup>42</sup> *Herbert Krüger*, Stand und Selbstverständnis der Verfassungsvergleichung heute (Fn. 15), S. 5.

<sup>43</sup> Zusammenfassend *Karl-Peter Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, S. 1019 ff.

## I. Praktische Zwecke der Verfassungsvergleichung

Seit jeher wird Vergleichung insbesondere mit einem rechtspolitischen Interesse betrieben. Schon in der Gründungsphase der modernen Rechtsvergleichung um 1900 galt die Vergleichung als zentrales Instrument einer wissenschaftlich angeleiteten oder doch informierten Rechtspolitik.<sup>44</sup> Für die Verfassungsvergleichung sind *drei praktische Anwendungskontexte* besonders bedeutsam.

### 1. Verfassungsgebung / Verfassungsänderungen

Zunächst ist naheliegend und traditionell die Berücksichtigung vergleichender Erfahrungen bei der *Verfassungsgebung* bzw. bei *Verfassungsänderungen*.<sup>45</sup> Der Abgleich mit ausländischen Verfassungen erweitert den Vorrat an Lösungsmöglichkeiten für ein verfassungsrechtliches Problem. Anders als bloß erdachte Konzepte haben die ausländischen Institute den Vorteil, dass sie sich bereits als Teil des dortigen positiven Rechts bewährt haben. Die Vergleichung ist hier gewissermaßen der rechtswissenschaftliche Ersatz für das, was in der Naturwissenschaft der Versuch, das Experiment leistet.<sup>46</sup> Eine vergleichende Reflexion muss dann freilich durch Kontextualisierung in beiden Rechtssystemen genauer klären, ob insoweit eine Transplantation denn auch gelingen kann oder vielleicht eher Abstoßungsprozesse hervorrufen könnte.<sup>47</sup>

### 2. Rechtsvergleichung durch Verfassungsgerichte

Der zweite, zunehmend an Bedeutung gewinnende Anwendungsbereich ist die *Berücksichtigung fremder Verfassungsrechte und höchstrichterlicher Entscheidungen durch nationale*

<sup>44</sup> Sigrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, 2006, S. 172 ff.

<sup>45</sup> Diese traditionelle Bedeutung der Verfassungsvergleichung ist durch die Welle neuer Verfassungen nach dem Ende des Kalten Krieges wieder stärker geworden; vgl. dazu Francois Venter, Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-making, VRÜ 41 (2008), S. 16.

<sup>46</sup> Diese Parallele ist in der rechtsvergleichenden Grundsatzdiskussion bereits am Anfang des 20. Jahrhunderts thematisiert worden: Camill Klatscher, Richtiges Recht und Rechtsvergleichung, ZStW 26 (1906), S. 925: „Außerdem hat die vergleichende Behandlung des Rechtes all die Vorteile für sich, die das vergleichende Beobachten überhaupt für die Forschung hat; insbesondere werden die vorhandenen Verschiedenheiten in den rechtlichen Regelungen derselben Fragen leicht bemerkt und geben Anlass, den Gründen dieser Abweichungen nachzugehen und damit das Verständnis sowohl des einheimischen als auch des fremden Rechtes zu vertiefen. Die mit gewissen Rechtsinstituten anderwärts gemachten Erfahrungen ersetzen zu Teile das in der Rechtsbildung selten zulässige Experiment und lehren unter anderem, in welchen praktischen Formen sich gewisse als richtig erkannte Ziele am besten verwirklichen lassen.“

<sup>47</sup> Choudhry (Hrsg.), The Migration of Constitutional Ideas, 2006; Nelken/Feest (Hrsg.), Adapting Legal Cultures, 2001; Duss u.a. (Hrsg.), Rechtstransfer in der Geschichte, 2006.

*Verfassungsgerichte*.<sup>48</sup> Verfassungsrechtlich geregelt ist eine derartige Berücksichtigung in der Regel nicht. Eine bemerkenswerte Ausnahme bildet insoweit die südafrikanische Verfassung, die für die Auslegung ihrer „Bill of Rights“ ausdrücklich bestimmt, dass die auslegende Instanz ausländisches Recht berücksichtigen darf („may consider foreign law“).<sup>49</sup> Fehlt es wie regelmäßig an einer derartigen ausdrücklichen Berücksichtigungsermächtigung, so wirft die Einbeziehung grundsätzliche Fragen der Verfassungsinterpretation auf. Denn anders als bei der Normsetzung oder -änderung muss sich die Rechtsfortbildung durch Verfassungsgerichte in dem der Theorie nach engeren Rahmen der Verfassungsauslegung vollziehen. Je nach Interpretationstheorie wird deshalb sogar gelegentlich der Vorwurf erhoben, derartige Bezüge seien ganz unzulässig. So wird innerhalb des Supreme Court der Vereinigten Staaten seit einigen Jahren ein Grundsatzstreit ausgetragen, in dem etwa Justice Antonin Scalia die Auffassung vertritt, die Berücksichtigung von Entscheidungen ausländischer Höchstgerichte widerspreche dem Gedanken demokratischer Selbstherrschaft.<sup>50</sup> In jedem Fall stellt sich hier anders als beim Import durch den rechtlich ungebundenen Verfassungsgeber viel schärfer die Frage nach Auswahl und Inhalt derjenigen ausländischen Gerichtsentscheidungen, die das Verfassungsgericht heranzieht, und nach deren Funktion im Rahmen seiner Argumentation.<sup>51</sup> So liegen die Dinge etwa unterschied-

<sup>48</sup> Bilanz für das Bundesverfassungsgericht der frühen Jahrzehnte bei Mössner (Fn. 18), S. 228 ff.; eine entsprechende systematische Auswertung der Rechtsprechung für die jüngere Vergangenheit fehlt leider. Eine international vergleichende Zwischenbilanz bei Markisenis/Fedtke (Fn. 35).

<sup>49</sup> Art. 39 Abs. 1 c Verfassung Südafrika. Hingegen ist für das Völkerrecht eine ausdrückliche Berücksichtigungspflicht normiert („must consider international law“); siehe dazu zusammenfassend Christian Walter, Dezentrale Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte: Überlegungen zur Rechtsvergleichung als Methode im öffentlichen Recht, in: Oebbecke (Hrsg.), Nicht-Normative Steuerung in Dezentralen Systemen, 2005, S. 217 f. Die südafrikanische Bestimmung steht dabei im Kontext einer starken rechtsvergleichenden Tradition, die auf dem dortigen Nebeneinander des römisch-holländischen Rechts und des britischen common law beruht: Laurie W. H. Ackermann, Constitutional Comparativism in South Africa, in: Markisenis/Fedtke (Fn. 35), S. 264 ff. Darüber hinaus besteht innerhalb der common law-Tradition des Commonwealth insgesamt eine starke Tradition der wechselseitigen Berücksichtigung von Gerichtsentscheidungen: Cheryl Saunders, The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law, Indiana Journal of Global Legal Studies 13 (2006), S. 62.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Scalias Aussage, dass „comparative analysis [is] inappropriate to the task of interpreting a constitution“ (Printz v. United States, 521 U.S. 898, 921 n. 11 [1997]); zu Scalias Argumentation eingehend Jo Eric Khushf Murkens, Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections, VRÜ 41 (2008), S. 32. Aus der US-amerikanischen Debatte: Vicky C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, in: Harvard Law Review 109 (2005), S. 118; Mark Tushnet, When is knowing less better than knowing more? Unpacking the controversy over Supreme Court reference to non U.S. law, in: Minnesota Law Review 90 (2006), S. 1275.

<sup>51</sup> Mössner (Fn. 18), S. 217 ff.; Walter (Fn. 47), S. 221 ff.; Rex D. Glensy, Which Countries Count? Lawrence v. Texas and the Selection of Persuasive Authority, in: Virginia Journal of International Law 45 (2005), S. 357; Ran Hirschl, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law, The American Journal of Comparative Law 53 (2005), S. 125.

lich je nachdem, ob das Gericht durch eine vergleichende Argumentation eine universelle Regel behaupten oder widerlegen will, es ihm um gemeinsame Standards in einer Gruppe von Ländern mit ähnlichen Verfassungsstrukturen geht oder es etwa durch den Vergleich das empirische Material für die Abschätzung der Folgen möglicher Entscheidungsalternativen erweitern möchte.<sup>52</sup>

### 3. *Verfassungsvergleich als Erkenntnisquelle für supranationales Recht*

Noch einmal anders liegen die Dinge, wenn nationales Verfassungsrecht als *Erkenntnisquelle für supranationales Recht* herangezogen wird. Ein bekanntes Beispiel bilden die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“, auf die sich der Europäische Gerichtshof bei der Herausbildung seiner Grundrechtsjudikatur seit 1969 gestützt hat und auf die heute Art. 6 Abs. 2 EU ausdrücklich Bezug nimmt. Hier ist Rechtsvergleichung positivrechtlich als Erkenntnisquelle für das Recht der umfassenderen Integrationsgemeinschaft angeordnet. Diese Art von Rechtsvergleichung ist von vornherein durch das positive Recht spezifisch ausgerichtet. Es geht um die Herausbildung und Rechtfertigung gemeinsamer Regeln.<sup>53</sup> Wenn auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen Bezug genommen wird, dann muss es solche gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen offenbar auch geben. Die Vergleichung ist nicht mehr frei, Dissonanzen, Widersprüche oder gar das Fehlen von Übereinstimmungen festzustellen. Ihr Auftrag ist von vornherein durch die Struktur des Gebildes mitbestimmt, zu dessen Rechtsbildung sie beitragen soll,<sup>54</sup> sie hat dienende, gelegentlich sogar allein legitimatorische Funktion.

## II. *Theoretische Zwecke der Verfassungsvergleichung*

Für die wissenschaftliche Verfassungsvergleichung muss die theoretische Erkenntnisfunktion im Vordergrund stehen. Sieht man genauer hin, dann geht es hier zumindest um dreierlei: die bessere Erkenntnis ausländischen Rechts, die bessere Erkenntnis inländischen Rechts, schließlich die Erarbeitung einer allgemeinen, verfassungstheoretischen Beschreibungsebene. Der Schlüssel zu alledem ist es, dass die Vergleichung eine *distanzierte*, gewissermaßen *verfremdete Neubeschreibung* des jeweiligen positiven Rechts ermöglicht.

Das gilt bereits bei der Erkenntnis ausländischen Rechts: Hier geht es nicht darum, dass der Vergleichler ausländisches Verfassungsrecht genauso beschreibt, wie es ein nationaler

<sup>52</sup> Aufschlussreich dazu *Mössner* (Fn. 18), S. 217 ff.

<sup>53</sup> Aus der umfangreichen Literatur: *Hans-Wolfram Daig*, Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Festschrift für Korad Zweigert, 1981, S. 395; *Meinhard Hilf*, The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities, in: de Mestral u.a. (Hrsg.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, 1986, S. 549; *Koen Lenaerts*, Le droit compare dans le travail du juge communautaire, in: *Revue trimestrielle de droit européen* 37 (2001), S. 487.

<sup>54</sup> *Georg Ress*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, *ZaöRV* 36 (1976), S. 247 ff., 263 ff.



Verfassungsjurist des jeweiligen Landes beschreiben würde. Das wäre reine Auslandsrechtskunde (in der die Vergleichung allerdings leider allzu häufig stecken bleibt, zumal dann, wenn mit der Methode der Länderberichte gearbeitet wird<sup>55</sup>). Die Leistung der Vergleichung beginnt gerade erst mit der verfremdeten Neubeschreibung, die sich aus der Konfrontation des fremden Rechts mit dem eigenen ergibt.

Fast noch wichtiger, und das mag zunächst paradox klingen, ist die Bedeutung der Verfassungsvergleichung für das bessere Verständnis des eigenen Rechts. Erst in der Gegenüberstellung zu anderen Verfassungsordnungen werden die Eigenheiten der jeweiligen nationalen Verfassung voll sichtbar. Der bloße Blick von innen nimmt vieles am eigenen Recht gar nicht wahr. Teilweise sind ihm bestimmte Voraussetzungen unbefragt selbstverständlich und werden deswegen vom nationalen Juristen gar nicht erst expliziert. Teilweise sind sie dem nationalen Juristen aber auch gar nicht als Eigenheiten bewusst, weil er sich die Welt gar nicht anders vorstellen kann als eben so, wie sie ihm sein nationales Verfassungsrecht vorstellt. So wird der deutsche Jurist, der etwa Donald Kommers' amerikanische Darstellung der deutschen Verfassungsrechtsprechung<sup>56</sup> oder Armel Le Divillec's französische Studie zum deutschen parlamentarischen Regierungssystem<sup>57</sup> liest, immer wieder festzustellen, dass Begriffe und Institute den ausländischen Beobachtern erklärungsbedürftig erscheinen, die innerhalb der deutschen Dogmatik als Ausdruck „des“ Verfassungsstaats ganz allgemein gelten.<sup>58</sup> Erst die Konfrontation mit anderen Verfassungen zwingt dazu, das eigene System als eine historisch kontingente Kombination aus einem bestimmten Ausschnitt rechtlicher Lösungen zu erkennen. Vieles könnte auch ganz anders sein, und erst vor diesem Hintergrund kann man ganz verstehen, warum das jeweilige Verfassungssystem so ist, wie es ist. In diesem Sinn kann der kenntnisreiche ausländische Beobachter eines Verfassungssystems dieses durchaus manchmal besser verstehen als der inländische „Insider“. Um es zu verstehen, hat er sich Fragen vorlegen und beantworten müssen, auf die der ganz innen verbleibende Betrachter gar nicht kommen konnte. Die Rechtsvergleichung ermöglicht also jene *Distanz zum eigenen Recht*, die zu dessen umfassender Erkenntnis überhaupt erst befähigt.

<sup>55</sup> Zur Problematik der Methode der Länderberichte: *Léontin-Jean Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. 2, 1972, S. 175 ff.; *Axel Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, S. 807 ff.

<sup>56</sup> *Donald P. Kommers*, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 2. Aufl. 1997.

<sup>57</sup> *Armel Le Divillec*, Le Gouvernement Parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale, 2004.

<sup>58</sup> So beginnt etwa *Kommers* (Fn. 56), S. 115, seine Darstellung zur Gewaltenteilung unmittelbar mit dem Satz „Separation of powers in the Federal Republic is unlike the division of authority among the branches of the United States government“ und weist auf die unterschiedliche Ausgestaltung der jeweiligen bundesstaatlichen Organisationsstruktur hin.

#### D. Grundhaltungen zur Verfassungsvergleichung: Ähnlichkeits- und Differenzideologie

Auf den ersten Blick scheint es bei der Tätigkeit des Vergleichers um etwas Einfaches zu gehen. Man vergleicht zwei Rechtsordnungen, die in ihrer Geltungsquelle voneinander unabhängig sind, das heißt man arbeitet Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen ihnen bzw. einzelnen ihrer Rechtsinstitute heraus. Die eigentliche Schwierigkeit ist hier die Erarbeitung einer allgemeinen begrifflichen Ebene, die den Blick auf die verglichenen Systeme ermöglicht, also eines *tertium comparationis*. Hier können nicht die Allgemeinbegriffe aus der jeweiligen nationalen Rechtsordnung des Vergleichers genutzt werden, weil diese ja gerade aus dem Horizont einer bestimmten Rechtsordnung stammen.

Die traditionelle zivilrechtliche Rechtsvergleichung versucht, dieses Problem mit der Suche nach *funktionalen Äquivalenten* zu lösen. Sie nimmt dabei eine Ähnlichkeit der zu lösenden Sachprobleme und rechtlichen Grundstrukturen an.<sup>59</sup> Man kann das die *Ähnlichkeitsideologie* in der Rechtsvergleichung nennen.<sup>60</sup> Sie beruht letztlich auf der Annahme, unter der Oberfläche der verschiedenen Rechtssysteme und Rechtsinstitute befinde sich letztlich das Gleiche. So arbeitet die zivilrechtliche Rechtsvergleichung meist mit der impliziten Annahme, dass ihre Akteure und Problemkonstellationen weltweit im Wesentlichen gleich sind. Sie unterstellt eine jedenfalls relative Universalität ihrer Rechtsinstitute, seien dies nun Kauf, Tausch, Vererbung oder unerlaubte Handlung. Dafür gibt es durchaus gute Gründe. Im Zivilrecht geht es häufig um Jahrhunderte, wenn nicht Jahrtausende alte Probleme, Interessenkonstellationen und Rechtsfiguren, um geradezu anthropologische Elementarkonstellationen. Die zivilrechtliche Rechtsvergleichung hat ihren Untersuchungen gerade deshalb auch häufig eine „universale Archetypologie“<sup>61</sup> zugrundegelegt. Von hierher lag es für sie nie fern, „in gleichen Ordnungsaufgaben ... die Gemeinsamkeit von Lösungen zu entdecken“.<sup>62</sup> Zwar ist die Unterstellung universaler Archetypen des Rechts

<sup>59</sup> In der privatrechtlichen Rechtsvergleichung dominiert diese Grundhaltung nach wie vor; vgl. nur das Standardwerk von Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996.

<sup>60</sup> Für eine nähere Rekonstruktion der beiden Großideologien der Vergleichung, Ähnlichkeits- und Differenzideologie, siehe Christoph Schönberger, Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. 3, 2009, § 72, Rz. 17 ff. (im Erscheinen).

<sup>61</sup> Treffender Ausdruck von Constantinesco (Fn. 55), S. 75. Gerade aus dem Anknüpfen an eine derartige Archetypologie und elementare Interessenkonstellationen dürfte sich auch die bessere Anschlussfähigkeit des Zivilrechts an die ökonomische Analyse des Rechts erklären; zu den insoweit bestehenden Unterschieden zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht Martin Morlok, Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 1.

<sup>62</sup> So eine klassische Formulierung von Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 349.

auch im Zivilrecht durchaus problematisch<sup>63</sup> und verführt die privatrechtliche Komparatistik gelegentlich zu vorschnellen Ähnlichkeitsannahmen. Aber die Plausibilität derartiger Annahmen ist jedenfalls höher als im öffentlichen Recht.<sup>64</sup> Heutige Anhänger eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts teilen häufig diese Ähnlichkeitspostulate; auch Peter Häberles Konzept einer Textstufenanalyse ist ihnen in vielem verpflichtet. Die Ähnlichkeitsideologie sieht sich seit einiger Zeit vor allem in den USA einer scharfen Grundsatzkritik ausgesetzt. Diese Gegenbewegung kann man als *Differenzideologie* bezeichnen. Sie betont die historisch-kulturelle Eigenart und Besonderheit jedes Rechts- und Verfassungssystems, die radikale *Andersheit* und *Fremdheit* des ausländischen Rechts und fürchtet dessen Vergewaltigung durch allgemeine Kategorien, die ihm innerlich fremd sind. Der bedeutendste Repräsentant dieser Richtung ist der Frankokanadier Pierre Legrand. Er warnt immer wieder davor, dass die Vergleichungsdiskussion zu sehr von dem Bestreben angetrieben werde, Ähnlichkeiten und Konvergenzen zwischen den verglichenen Rechtssystemen aufzufinden.<sup>65</sup>

Ähnlichkeits- und Differenzideologie verweisen gleichermaßen auf das Dilemma des Vergleichens. Die Ähnlichkeitsideologie setzt sich der Fremd- und Eigenheit des anderen Rechts nicht wirklich aus. Im Verfassungsrecht kehrt diese Argumentation in häufig anzutreffenden Analysen wieder, die etwa von einem anderen Verfassungsrecht sagen, bestimmte seiner Regelungen entsprächen dem „Rechtsstaatsprinzip“, auch wenn es ein solches Prinzip in dieser Ordnung gar nicht gibt.<sup>66</sup> In der Regel werden dabei die dogmatischen und theoretischen Allgemeinbegriffe des eigenen Rechts letztlich auf das andere Recht übertragen. Der Protest dagegen von Seiten der Differenzideologie macht hingegen jede Art von Vergleichung von vornherein unmöglich die mehr wäre als die Feststellung unüberbrückbarer Unterschiedlichkeit. Es handelt sich paradoxerweise um eine Theorie der Rechtsvergleichung, die darlegt, warum Vergleichen wissenschaftlich unmöglich ist. Dennoch haben die Differenztheoretiker gerade für die Verfassungsvergleiche eine wichtige Funktion. Denn Verfassungstexte verschiedener Staaten ähneln sich heute durch vielfältige Austauschprozesse noch stärker als früher, gerade etwa in der Gestalt von Grundrechtskatalogen. Die Ähnlichkeit der Texte, die gelegentlich schon den Eindruck erwecken, einem internationalen Baukasten entnommen zu sein, verführt geradezu zu vorschnellen Übereinstimmungs- und Konvergenzannahmen, zumal mit dem Ende des Ost-West-Konflikts die Epoche der weltweiten Konkurrenz fundamental unterschiedlicher Grundmodelle

<sup>63</sup> Zur Kritik etwa Constantinesco (Fn. 55), S. 75 ff.

<sup>64</sup> In der Tendenz nähern sich die Grundprobleme der Vergleichung im Öffentlichen Recht und im Privatrecht heute allerdings zunehmend an; vgl. dazu näher Schönberger (Fn. 60), Rz. 4-16.

<sup>65</sup> Vgl. etwa Pierre Legrand, *Le droit comparé*, 1999; ders., *European Legal Systems are not converging*, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), S. 52 ff.

<sup>66</sup> Sehr differenziert dazu hingegen nunmehr die vergleichende französische Studie von Luc Heuschling (Fn. 39).

von Verfassungsrecht zu Ende gegangen zu sein scheint.<sup>67</sup> Deshalb bedarf der Verfassungsvergleich heute um so intensiver einer historisch-kulturellen Kontextualisierung, damit er nicht in die Falle der Ähnlichkeitsideologie gerät. Vor über hundert Jahren hat Rudolf Smend seine Dissertation einem Vergleich der preußischen mit der belgischen Verfassung gewidmet; die preußische Verfassung von 1850 hatte manche ihrer Bestimmungen wörtlich der belgischen von 1831 entlehnt<sup>68</sup>. Smend hob damals hervor<sup>69</sup>:

„...die Sätze des belgischen Rechts brauchen, wenn das preußische Staatsgrundgesetz sie auch wörtlich übernommen hat, deshalb im Zusammenhang des preußischen Staatsrechts doch durchaus nicht dieselbe Bedeutung zu haben, wie im Rahmen der belgischen Verfassung, und wenn die preußische Verfassungsurkunde auch äußerlich die Anordnung der belgischen nachahmt, so darf man daraus doch noch nicht auf innere Gleichheit in der Struktur der verfassungsrechtlichen Systeme beider Staaten schließen.“

Auch wenn man in Rechnung stellt, dass der wilhelminische Konservative Smend ein klares verfassungspolitisches Interesse hatte, das preußische Verfassungsrecht so deutlich wie möglich vom liberalen Musterkonstitutionalismus Belgiens abzugrenzen, so gelang ihm vielleicht gerade deshalb eine grundlegende Erkenntnis. Selbst textidentische Passagen in unterschiedlichen Verfassungen, die auf eine Rezeption zurückgehen, können im jeweiligen Umfeld eine ganz unterschiedliche Bedeutung haben. In Abwandlung eines anderen Smend-Zitats<sup>70</sup> könnte man auch formulieren: Wenn zwei Verfassungen dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe. Smend entpuppt sich in seiner verfassungsvergleichenden Studie von 1904 also als ein früher Differenztheoretiker, als der Pierre Legrand des Deutschen Kaiserreichs.

Stellt man die beiden Großideologien von Ähnlichkeit und Differenz nebeneinander, so sieht man, dass sie jeweils einen Teilaspekt der Vergleichung für das Ganze nehmen. Weil Vergleichen immer eine Analyse nach Gemeinsamkeiten *und* Unterschieden bedeutet, kann man natürlich entweder die Ähnlichkeiten oder die Differenzen übersteigern. Man verfehlt dann allerdings die eigentliche Aufgabe der Vergleichung: nämlich die, Gemeinsamkeiten und Unterschiede *gleichzeitig und gleichermaßen* in den Blick zu nehmen. Es geht nicht um ein Entweder-Oder, sondern um ein Zugleich.

<sup>67</sup> Unter den Bedingungen des Ost-West-Konflikts ist noch stärker über die Grundprobleme des Vergleichs zwischen Staaten mit fundamental unterschiedlichen Verfassungsordnungen und Gesellschaftssystemen nachgedacht worden; vgl. etwa *Bartels*, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, 1982.

<sup>68</sup> Zu den Hintergründen näher Conze (Hrsg.), Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, 1967; *Hans Boldt*, Die preußische Verfassung vom 31. Januar 1850. Probleme ihrer Interpretation, in: Puhle/Wehler (Hrsg.), Preußen im Rückblick, 1980, S. 224.

<sup>69</sup> *Rudolf Smend*, Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen, 1904, S. 3.

<sup>70</sup> „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe“: *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR I (1951), S. 4, dort bezogen auf die Übernahme der Weimarer Kirchenartikel in das Grundgesetz.

## E. Ausblick: Verfassungsvergleich als Verfassungstheorie

Alles hängt dabei letztlich von der Qualität der allgemeinen theoretischen Beschreibungsebene ab, und diese Beschreibungsebene kann nur die Verfassungstheorie<sup>71</sup> zur Verfügung stellen. Die Verfassungstheorie steht der Verfassungsvergleichung aber nicht etwa als fertiger wissenschaftlicher Bestand zur Verfügung, den man nur anwenden müsste. Vielmehr kann die Verfassungstheorie selbst wiederum nur durch Verfassungsvergleichung überhaupt entwickelt werden. Verfassungstheorie und Verfassungsvergleichung sind dialektisch aufeinander bezogen; die Vergleichung bedarf der Anleitung durch die Verfassungstheorie, die ihrerseits auf die Vergleichung angewiesen ist. Es ist dabei müßig, über das genaue Verhältnis von vergleichender Induktion und theoretischer Deduktion zu räsonieren. Verfassungstheorie wie Verfassungsvergleichung gibt es nur in einem dauernden Wechselspiel von Induktion und Deduktion, einem entsprechenden Hin- und Herwandern des Blickes.

Nun lässt sich fragen, ob die Bedeutung der Verfassungsvergleichung für die Verfassungstheorie wirklich derart zentral ist. Es gibt in der Tat eine Besonderheit, die die Vergleichung insoweit gegenüber anderen Grundlagendisziplinen wie Rechtsphilosophie oder Rechtssoziologie heraushebt. Diese Besonderheit liegt gerade darin, dass sie in die theoretische Beschreibung Verfassungsrecht einbezieht, das andernorts gilt. Die Verfassungsvergleichung wechselt also nicht wie andere Grundlagendisziplinen vollständig die Beschreibungsebene, sondern erweitert das heuristische Material, das der theoretischen Begriffsbildung zugrunde liegt. In dieser Funktion ist ihr nur noch die Verfassungsgeschichte vergleichbar, die insoweit selbst eine Form der Vergleichung darstellt, diachrone Vergleichung in der Zeit, die neben die synchrone Vergleichung im Raum tritt.<sup>72</sup> Der Vorgang entsprechender Theoriebildung darf dabei allerdings nicht allein als zunehmende Abstraktion von den einzelnen verglichenen Verfassungsordnungen verstanden werden kann. Denn ansonsten brächte die Vergleichung nur eine zunehmende Leere und Blutarmut der verwendeten Kategorien hervor. Vielmehr muss es um die Erarbeitung von Modellen, Funktionstypen und Typologien gehen<sup>73</sup>, die das jeweilige Themenfeld strukturieren und durch die Einbeziehung weiterer positiver Verfassungsrechtssysteme weiterentwickelt werden können.

<sup>71</sup> *Martin Morlok*, Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, 2009.

<sup>72</sup> Zu den engen Wechselbeziehungen von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte siehe nur *Reimann*, Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog, ZEuP 1999, S. 496; *Flessner*, Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte, ZEuP 1999, S. 513. Verfassungsgeschichte und Verfassungsvergleichung sind denn auch immer wieder erkenntnisfördernd miteinander kombiniert worden, etwa im großen Lebenswerk Otto Hintzes.

<sup>73</sup> Grundlegend dazu sind auch heute noch die vor allem aus der Vergleichung mit England entwickelten methodischen Überlegungen von Julius Hatschek: *Julius Hatschek*, Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, JöR 3

Eine derartige vergleichende Verfassungstheorie ist bescheiden und anspruchsvoll zugleich. Sie ist bescheiden, weil sie nicht naturrechtliche Wesenserkenntnis beansprucht oder vorgibt, geschichtsphilosophische Entwicklungsverläufe hin zu einem allgemeinen Modell „des“ Verfassungsstaats zu beschreiben. Zugleich ist sie aber auch anspruchsvoll, weil sie die üblichen ungedeckten Generalisierungen der Grundbegriffe der Verfassungsdogmatik kritisiert und an breiter fundierten und besser belastbaren Kategorien arbeitet. Erst aus auf diesem Weg lassen sich verfassungstheoretische Allgemeinbegriffe und Typologien entwickeln, die nicht bloße Abstraktionen aus dem jeweiligen nationalen Recht des Vergleichers sind, sondern einen besseren Blick auf dieses Recht selbst ermöglichen. Und erst mit einer derartigen vergleichenden Verfassungstheorie ist dann auch die lange ptolemäische Epoche der Staatsrechtswissenschaft wirklich zu Ende.

(1909), S. 59 ff.; *ders.*, Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Bd. 1, 1909, S. 13 ff. Zu Hatscheks Verständnis der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht näher *Andreas Sattler*, Julius Hatschek (1872-1926). Staatsrecht am Anfang der Weimarer Republik, in: Loos (Hrsg.), Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 369 ff.