

## BUCHBESPRECHUNGEN / BOOK REVIEWS

*Tania Groppi – Marie-Claire Ponthoreau (Hrsg.):*

**The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges,**

Hart Publishing, 431 S. 120 \$, ISBN: 978-1849462716

Die Verwendung von rechtsvergleichenden Argumenten ist heutzutage ein beliebtes Thema in der Verfassungsrechtslehre.<sup>1</sup> Zwar handelt es sich dabei nicht um ein neues Phänomen, jedoch ergeben sich neben der Möglichkeit durch die Erforschung internationales Ansehen zu erlangen, immer wieder sehr interessante und teilweise komplexe Fragestellungen in diesem Bereich.

Die Pros und Contras über den Gebrauch von rechtsvergleichenden Argumenten sind wohlbekannt (besonders in Bezug auf Methode und Legitimität), und man findet immer wieder ein paar Beispielfälle, in denen sie tatsächlich gebraucht wurden. Somit hat man meistens eine gefestigte Meinung darüber, was Gerichte tun sollten, aber man hatte keine exakten Daten darüber (nur Beispiele, die als anekdotische Beweise dienten), was die Gerichte tatsächlich machen. Das Werk von Groppi und Ponthoreau füllt endlich diese Forschungslücke, indem es empirische Analysen zu diesem Thema liefert. Sechzehn Länderberichte aus der ganzen Welt (Australien, Kanada, Indien, Irland, Israel, Namibia, Südafrika, Österreich, Deutschland, Ungarn, Japan, Mexiko, Rumänien, Russland, Taiwan, USA) analysieren den Gebrauch von ausländischen verfassungsrechtlichen Präzedenzfällen, und neben der üblichen qualitativen Analyse wurde auch eine quantitative für jeden einzelnen durchgeführt und präsentiert. Leider findet jedoch keine Analyse des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) statt.

Mit diesem Werk gibt es nun genaue Angaben über die tatsächliche Anzahl von Fällen, in denen ausländische Rechtsprechung herangezogen wurde. Zudem wird jeweils ein Vergleich zu der Gesamtzahl von Fällen in dem jeweiligen Land gezogen, sodass ebenfalls die relative Häufigkeit der Verwendung von rechtsvergleichenden Argumenten in der Rechtsprechung deutlich wird. Des Weiteren differenzieren die Autoren danach, welche Gesamtzahl von Zitaten, noch einmal unterteilt nach der Anzahl von Fällen je nach Ursprungsrechtsordnung, sich in den Urteilen finden und nach der Häufigkeit in grundrechtlichen und staatsorganisationsrechtlichen Sachverhalten. Weitere Übersichten zeigen die Anzahl von Zitaten ausländischer Rechtsprechung jeweils bezogen auf die Mehrheits-

1 Für generelle Überblicke über die Literatur s. Gábor Halmai, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, 2012, 1328-1348; Cheryl Saunders, *Judicial Engagement with Comparative Law*, in: Tom Ginsburg/Rosalind Dixon (Hrsg.), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, 2011, 571-598.

und Mindermeinungen der Richter. Mehrere Tabellen und Graphiken helfen, die Zahlen zu verstehen.

Die Hauptergebnisse des Werkes sind folgende (S. 429-430):

1. Rechtsvergleichende Argumente werden nur als ein zusätzliches Argument herangezogen, um die zuvor entwickelte Position nochmal zu unterstützen. Dies entspricht der üblichen Empfehlung, wie solche Argumente gebraucht werden sollen. Sie sind also nicht bindend,<sup>2</sup> und das positive Recht erwähnt die Verwendung solcher Argumente mit Ausnahme der südafrikanischen und malawischen Verfassung auch nicht. Es ist wohlbekannt, dass Section 35.1 der südafrikanischen Interimsverfassung sowie die Section 39.1 der nun gültigen Verfassung der Republik Südafrika explizit zur Studie von ausländischen Fällen in einer verfassungsrechtlichen Überprüfung raten. Es ist aber wahrscheinlich weniger bekannt, dass sich eine solche Regelung ebenfalls in Section 11.2 der malawischen Verfassung von 1994 findet: „In interpreting the provisions of this Constitution, a court of law shall ... where applicable, have regard to current norms of public international law and comparable foreign case law.“
  2. Die Gerichte erklären oder rechtfertigen die Auswahl der Fälle nicht, sondern wählen nur die sie bekräftigenden rechtsvergleichenden Argumente aus, indem lediglich auf die Länder Bezug genommen wird, die die bevorzugte Lösung anwenden.
  3. Die rechtsvergleichenden Argumente werden eher in Grundrechtsfällen gebraucht als in staatsorganisationsrechtlichen Fällen. Dies folgt aus dem internationalisierten (oder sogar universellen) Diskurs über die Menschenrechte, der weniger an nationale Traditionen gebunden ist.
  4. Die Zitate erscheinen eher in neuen und komplexen Fällen oder in Fällen, welche potenziell wichtige soziale oder politische Auswirkungen haben können. Die explizite Bezugnahme auf ausländisches *case law* könnte besonders für neue Verfassungsgerichte von sich im Umbruch befindenden Staaten relevant sein, die versuchen, sich selbst in einer angesehenen Gesellschaft von gut etablierten, ausländischen Verfassungsgerichten oder Höchsten Gerichten zu zeigen, um mehr Glaubwürdigkeit in ihren jeweiligen nationalen Diskursen zu gewinnen.
  5. Die Anzahl der Zitate steht in direkter Verbindung mit der Größe der Meinungsverschiedenheiten, wobei je mehr abweichende Meinungen bestehen, es umso wahrscheinlicher ist, dass rechtsvergleichende Argumente verwendet werden. Sie werden verwendet, um den Eindruck zu erwecken, dass die Entscheidung nach reiflicher Überlegung getroffen wurde.
- 2 Taavi Annus, *Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Argument*, in: 14 DUKE J. COMP. & INT'L L. (2004) 301 nennt dies „soft use“. Laut einer radikaleren Beschreibung, haben solche Verweise lediglich eine „ornamental function“, s. Ulrich Drobnig, *The Use of Comparative Law by Courts*, in: Ulrich Drobnig/Sjef von Erp (Hrsg.), *THE USE OF COMPARATIVE LAW BY COURTS*, 1999, 3, 18.

6. Der südafrikanische Supreme Court, der US-amerikanische Supreme Court, der EGMR und das deutsche Bundesverfassungsgericht, das zwar in der abschließenden Zusammenfassung keine Berücksichtigung findet, aber in vielen Länderberichten erwähnt wird, sind die einflussreichsten „ausländischen“ Verfassungsgerichte der Welt.

Gewöhnlich liest man in Büchern, die rechtsvergleichende Argumente behandeln, dass solche Argumente immer häufiger von Gerichten auf der ganzen Welt gebraucht werden – was oft als Legitimation dafür dienen dürfte, sich ausführlich mit diesem Thema zu befassen. Als einer der Hauptgründe für diesen Trend wird häufig der generelle Trend der Globalisierung genannt. Hinzu kommen das Nachlassen der nationalen Isolation und das Aufkommen von inter- und supranationalen Gerichten als Treffpunkt verschiedener Rechtskulturen, die zur Verbreitung ihrer eigenen Kultur rechtsvergleichende Argumente einbeziehen. Hinzu kommt aber auch die miteinander vergleichbare Rollenwahrnehmung von Richtern in liberalen Demokratien. Diese sehen es in verschiedenen Staaten beispielsweise als ihre Aufgabe an, über Grundwerte des Konstitutionalismus zu wachen, die als eine Art von modernem oder postmodernem Naturrecht oder als modernes *ius gentium* betrachtet werden.<sup>3</sup> Diese gemeinsame Identität diene, so eine gängige Erklärung, als Basis für ein globales Gemeinschaftsgefühl, welches wiederum zu einem Dialog führe,<sup>4</sup> der sich in Urteilen durch das Verweisen auf die Arbeit des Anderen manifestiere.<sup>5</sup>

Groppi und Ponthoreau bestreiten die Existenz dieses Trends (S. 430), und die meisten Länderberichte unterstützen diese mutige (für die Realität aber etwas bedauerliche) These mit Daten. Ihre Erklärung ist, dass in erster Linie internationale Gerichte (EGMR und IAGMR) diese Rolle übernehmen (in der Terminologie dieses Werkes sind internationale Gerichte nicht „ausländisch“, wenn eine internationale Verpflichtung besteht, deren Entscheidungen im Inland zu befolgen).

Ob sich ein Richter für Argumente aus einer ausländischen Rechtsordnung entscheidet oder nicht, hängt natürlich auch oft davon ab, ob genügend Zeit und entsprechende Sprachkenntnisse vorhanden sind. Der Verdacht der Herausgeberinnen „is that this practice of citation more than contributing to the enhancement of ‘legal cosmopolitanism’, actually promotes the creation of a ‘closed circle’, from which most of the non-English speaking countries are left outside in the cold” (S. 429). Diese Sprachbarriere könnte der Grund dafür sein, weshalb der EGMR weltweit öfter zitiert wird als das deutsche Bundesverfassungsgericht, obwohl das Letztere eine Doktrin zu Grundrechten hat, die an bestimmten Stellen

3 S. Halmai (Fn. 2) 1331-32.

4 Für eine Diskussion über das Dialogmodell dieses Phänomens s. Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in: 74 IND. L.J. (1999), 819, 855-65; Filippo Fontanelli u.a. (Hrsg.), SHAPING THE RULE OF LAW THROUGH DIALOGUE: INTERNATIONALS AND SUPRANATIONAL EXPERIENCES, 2010.

5 Für eine Diskussion über das Phänomen als Teil einer internationalen Kommunikation zwischen den Gerichten, s. Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, in: 29 U.RICH.L.REV. (1994), 99, 129-32.

fortgeschrittener ist als die des EGMR. Größtenteils aus sprachlichen Gründen scheint der EGMR die Rolle inne zu haben, die europäische Verfassungskultur in der ganzen Welt zu verbreiten.

Das Werk von Groppi und Ponthoreau ist das Ergebnis eines methodisch gut aufgebauten Projekts, in dem weitestgehend alle relevanten Fragen gestellt und empirisch überprüft werden. Vereinzelt wurden jedoch auch Fragen gestellt, die weniger relevant erscheinen; zum Beispiel ob Zitate in den Fußnoten oder im Haupttext eines Urteils stehen, oder ob das Zitat in der Mehrheitsentscheidung oder in der abweichenden Meinung steht, anstatt nur zu fragen, ob es abweichende Meinungen in dem Urteil gab. Die einzelnen Kapitel sind auch gut geschrieben, gründlich bearbeitet und mit der Hilfe von Graphiken leicht verständlich.

Dieses Werk zeigt hoffentlich eine empirische Wende in der Rechtswissenschaft. Zu oft wird über Trends gesprochen, ohne dass diese tatsächlich empirisch überprüft wurden.<sup>6</sup> Groppi und Ponthoreau zeigen überzeugend, dass sich die Rechtswissenschaft in ihren Methoden entwickeln kann und sollte. Insbesondere die von den Sozialwissenschaften geprägten Methoden sind nicht nur für Rechtssoziologen interessant, sondern können auch klassische, rechtsdogmatische Debatten beeinflussen.

*András Jakab* (Budapest, Hungarian Academy of Sciences, Centre for Social Sciences, Institute for Legal Studies & Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law)

*Laurence M. Westen:*

**Das Vergaberecht als Mittel der Korruptionsbekämpfung in den Entwicklungsländern Subsahara-Afrikas am Beispiel Kenia.**

Nomos, Baden-Baden 2012. 282 S., brosch. EUR 74,-.

Mit seiner Bochumer Dissertation verfolgt *Westen* das Ziel, „die Möglichkeiten aufzuzeigen, wie ein funktionierendes Vergaberecht in einem Entwicklungsland südlich der Sahara zur Bekämpfung der Korruption beitragen kann“ (19). Die Fokussierung auf Kenia begründet der *Autor* einerseits mit der für Subsahara-Afrika (SSA) beispielhaften politisch-ökonomischen Situation des Landes sowie andererseits mit der Besonderheit einer jüngst erfolgten Vergaberechtsreform (100). Die Arbeit ist nicht genuin rechtsvergleichend angelegt.

Nach einer kurzen Einleitung widmet sich der *Autor* zunächst der „Korruption und deren Ursachen“ (20-40). Hierbei wird der gegenwärtige Stand der (interdisziplinären) Korruptionsforschung betreffs Gegenstand, Ursachen und Wirkungen in groben Zügen

6 Für eine weitere schöne Ausnahme siehe Zachary Elkins/Tom Ginsburg/James Melton, *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS*, 2009. Für ein Projekt mit ähnlichen Zielen siehe <http://www.conreasonproject.com/>.