

Peter Madjarov, Greifswald*

Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, inwieweit fremde Rechtsordnungen zur Auslegung heimischer Normen herangezogen werden können. Zunächst untersucht er die rechtsvergleichende Praxis an Gerichten, ehe er Argumente für und wider die rechtsvergleichende Auslegung vorstellt. Abschließend beleuchtet er deren Anwendungsfelder und -voraussetzungen und zeigt, dass rechtsvergleichende Argumente zwar gerade in internationalen Kontexten weiterhelfen, jedoch vorsichtig zu verwenden sind.

I. Das Problem der rechtsvergleichenden Auslegung

„Die Frage also, ob die Rechtsvergleichung für Auslegung und Lückenfüllung heranzuziehen ist, kann gar nicht mehr zweifelhaft sein. Das Problem liegt im „Inwieweit“, liegt in den Grenzen.“¹ Diese alte Feststellung, so heißt es heute, gelte nicht nur für den methodisch erschlosseneren² Einsatzbereich der Rechtsvergleichung im Privatrecht, sondern in zunehmendem Maße auch für das öffentliche Recht: Verweise auf ausländische Verfassungstexte und Urteile seien heute weit verbreitet.³ Aus diesem Grund sei die Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode auch hier heute nicht mehr wegzudenken.⁴ Gestützt wird diese Aussage häufig auf die Tatsache, dass sich Gerichte in vielen Ländern auf fremdes Recht berufen.⁵

Bemerkenswert ist dennoch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), das jüngst zur Versammlungsfreiheit erging.⁶ Zur Frage, welche Modalitäten einer Versammlung durch Art. 8 GG geschützt seien, entschied es, dass es bei der Wahl des Ortes auf die öffentliche Zugänglichkeit ankomme. Diese richte sich nach dem „Leitbild des öffentlichen Forums“, wobei es hierzu die *Supreme*

Courts der USA und Kanadas zitierte.⁷ Das Urteil wurde teilweise begrüßt,⁸ teilweise kritisiert;⁹ auf die Übernahme des „Leitbilds des öffentlichen Forums“ wurde jedoch zunächst nicht eingegangen.¹⁰ Das ist insofern erstaunlich, als dass die Öffnung für den allgemeinen Verkehr zuvor in der versamlungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung diskutiert wurde,¹¹ das „Leitbild des öffentlichen Forums“ jedoch nicht auftauchte.¹²

Das Übergehen der Frage, warum ein in Nordamerika entwickeltes Leitbild für die Auslegung des deutschen Grundgesetzes herangezogen werden kann, steht jedoch in einer gewissen Tradition – auch andernorts wird beklagt, dass sich in der rechtsvergleichenden und methodologischen Literatur wenig über die Tauglichkeit der Rechtsvergleichung zur Auslegung von Rechtssätzen findet.¹³ In den USA ist hingegen ein heftiger Streit über die Zitierung ausländischen Rechts entbrannt.¹⁴

Wie lässt sich die gerichtliche Rechtsvergleichung mit methodischen Fragen der Auslegung vereinbaren? Diese Arbeit analysiert zunächst die rechtsvergleichende Praxis an unterschiedlichen Gerichten (II.), bevor sie die dazu vorgebrachten Argumente systematisiert (III. 1. und 2.). Darauf aufbauend sollen verschiedene Funktionen der rechtsvergleichenden Auslegung nach Gewicht und Legitimität vorgestellt werden (III. 3.). Abschließend wird

7 BVerfGE 128, 226 (253 f.).

8 Enders, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, JZ 2011, 577; Payandeh, Grundrechtsschutz im öffentlichen Kommunikationsraum, JR 2011, 421.

9 Minderheitsvotum des Richters Schluckebier, BVerfGE, 128, 226 (269 ff.); Pfeiffer, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, LMK 2011, 322526.

10 Vgl. auch Sachs, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, JuS 2011, 1047; Schneider, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 16. Edn. 2012, Stand: 01.10.2012, Art. 8 Rn. 27.3; Krüger, Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen, DÖV 2012, 837 (837 ff.). Den nordamerikanischen Hintergrund des „Leitbilds des öffentlichen Forums“ beleuchtet lediglich Joite, Öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums, BLJ 2011, 100, ohne jedoch die Legitimation der Übernahme zu behandeln. Die Zweckmäßigkeit der Übernahme legt nunmehr aber Wendt, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, NVwZ 2012, 606 (607 ff.), dar.

11 Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 575 (575); VGH Kassel, NVwZ 2003, 874 (875) und insb. Fischer-Lescano/Maurer, Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume, NJW 2006, 1393 (1394 ff.), mit rechtsvergleichenden Anmerkungen in Fn. 17.

12 Dagegen wurde es darauf folgend in der untergerichtlichen Rechtsprechung angewandt, vgl. VG Braunschweig, Urt. v. 06.10.2011 – 5 A 100/10, Rn. 34; VG Stuttgart, NVwZ-RR 2012, 887 (887).

13 Drobnič, The Use of Foreign Law by German Courts, in: ders./van Erp (Hrsg.), The Use of Comparative Law by Courts, 1999, 127 (127); Schluep, Einladung zur Rechtstheorie, 2006, Rn. 1637; vgl. auch Markesinis/Fetke, The Judge as a Comparatist, Tulane Law Review 80 (2005), 11 (15); Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 16.

14 S. unten II. 2.

* Dipl.-Jur. Peter Madjarov studiert im 11. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Sommersemester 2012 im Seminar „Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis“ bei Prof. Dr. Uwe Kischel, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York).

1 Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50), 5 (10).

2 Bernhardt, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, ZaöRV 1964, 431 (431); Tischentscher, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807 (807).

3 Vgl. Baer, Verfassungsvergleich und reflexive Methode – Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 2004, 735 (755); Dorsen/Rosenfeld/Sajo/Baer, Comparative Constitutionalism, 2. Aufl. 2010, S. 6.

4 Cárdenas Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 11.

5 Vgl. die Länderberichte in Drobnič/van Erp (Hrsg.), The Use of Comparative Law by Courts, 1999.

6 BVerfGE 128, 226.

skizziert, für welche Anwendungsbereiche die rechtsvergleichende Auslegung in Frage kommt (IV.).

II. Rechtsvergleichende Praxis an Gerichten

Der Blick in die rechtsvergleichende Praxis verschiedener Gerichte ist dahingehend von Interesse, als dass zwar alle Rechtsanwender Recht auslegen, es jedoch letztlich die Gerichte sind, die verbindlich über die Auslegung entscheiden.¹⁵ Die Auslegung des Richters hat unmittelbare Konsequenzen, sodass gerade hier die Probleme der Auslegung zu erkennen sind – der Richter ist so gesehen der „Prototyp des Rechtsauslegers“.¹⁶

Zunächst ist zu differenzieren, in welchem Umfang Gerichte rechtsvergleichende Überlegungen anstellen. Häufig stellen Gerichte der einheimischen Regelung eine ausländische gegenüber, beschreiben letztere nur, ohne sie im engeren Sinne zu vergleichen.¹⁷ Das kommentarlose Gegenüberstellen von Lösungen verschiedener Rechtsordnungen ist jedoch noch keine Rechtsvergleichung, sondern nur die Voraussetzung zu weiteren rechtsvergleichenden Überlegungen.¹⁸ Allerdings darf diese Zitierpraxis nicht irritieren, denn in manchen Ländern erlaubt der dort übliche Urteilsstil schlicht nicht die Darstellung der eigenen Überlegungen, sodass daraus nicht auf ein Fehlen rechtsvergleichender Analysen geschlossen werden kann. Selbst wenn in Urteilen Verweise auf ausländisches Recht ganz fehlen, darf das nicht darüber hinwegtäuschen, dass Gerichte sich häufig damit beschäftigen, ohne dies schriftlich zum Ausdruck zu bringen.¹⁹ Durch Äußerungen von Richtern und Generalanwälten oder wissenschaftliche Analysen der Urteile können jedoch Einblicke in die rechtsvergleichende Überlegungen der Gerichte gewonnen werden.²⁰

Eine weitere Klarstellung ist bezüglich des Begriffs der Auslegung erforderlich: Zwar lässt sich Auslegung i.S.v. Deutung des Geschriebenen einerseits und Rechtsfortbildung i.S.v. Lückenfüllung andererseits unterscheiden, jedoch rufen beide Bereiche trotz verschiedener Ausgangslage teilweise Fragen und Probleme hervor, die nicht scharf zu trennen sind. Da die Rechtsvergleichung vor allem im Bereich dieser Grenzlinie aktuell wird, soll im Folgenden Auslegung im weiteren Sinne verstanden werden, da der Oberbegriff auch die Lückenfüllung erfasst.²¹

Die folgende Darstellung soll einen Überblick über bemerkenswerte rechtsvergleichende Argumentationsmuster an unterschiedlichen Gerichten bieten, der erste Rückschlüsse auf die Lösung methodischer Probleme liefern kann.

1. Deutschland

Aus ausländischer Perspektive wird die Bezugnahme deutscher Gerichte auf ausländische Autoritäten – gerade wegen der bekannten richterlichen Zitierfreudigkeit und rechtsvergleichenden Forschung in Deutschland – als erstaunlich gering angesehen. Gründe dafür, so die Vermutung, lägen einerseits in der positivistischen Tradition, andererseits im starren Methodenkatalog.²² Dies scheint sich dadurch zu bestätigen, dass etwa rechtsvergleichende Argumente in der Klagebegründung damit abgewiesen werden, dass sie die Bindung des Richters an das Gesetz nicht in Frage stellen dürften, und dieses erwerbe keine Kenntnisse ausländischen Rechts.²³ Andererseits ziehen Landesverfassungsgerichte auch in Fragen ohne bundesrechtlichen Bezug häufig einen Vergleich mit den Verfassungen anderer Bundesländer, ohne dass dies große Probleme bereiten würde.²⁴ Dieses vielfältige Bild soll anhand jener Gerichte kurz dargestellt werden, deren rechtsvergleichende Rechtsprechung am besten dokumentiert ist.²⁵

15 Mössner, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), 193 (201).

16 So Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (202); vgl. auch Oberheiden, Typologie und Grenzen des richterlichen Verfassungsvergleichs – Deutschland, USA und Brasilien im Vergleich, 2011, S. 12.

17 Drobnič, in: ders./van Erp (Fn. 13), 127 (127).

18 Zweigert/Kötz, RVgl. (Fn. 13), S. 42; grundlegend zur herrschenden funktionalen Methode der Rechtsvergleichung und der Kritik an ihr Piek, Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung, GreifRecht 2009, 84. Teilweise bezeichnen akademische rechtsvergleichende Untersuchungen über die Gerichtspraxis aber nicht nur den abstrahierten Vergleich mittels *tertium comparationis* als Rechtsvergleichung, sondern auch den einfachen Gebrauch ausländischen Rechts als *secundum comparatum*, vgl. Örüçü, United Kingdom: Comparative Law in British Courts, in: Drobnič/van Erp (Hrsg.), The Use of Comparative Law by Courts, 1999, 253 (253).

19 Drobnič, The Use of Comparative Law by Courts, in: ders./van Erp (Hrsg.), The Use of Comparative Law by Courts, 1999, 3 (4 f.); zu Frankreich Pontboreau, Le droit comparé en question(s) – Entre pragmatisme et outil épistémologique, Revue Internationale de Droit Comparé 2005, 7 (20); zu Taiwan Law/Chang, The Limits of Global Judicial Dialogue, Washington Law Review 86 (2011), 523 (558 ff.); in Italien ist das Zitieren ausländischer Autoritäten gesetzlich verboten, vgl. Markesinis/Fedtke (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (29 f.).

20 Bryde, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, Tulane Law Review 80 (2005), 203 (206);

Markesinis/Fedtke (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (29); Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1024).

21 Vgl. Daig, Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Bernstein/Drobnič/Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, 395 (401 f.); ähnlich Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 53 ff. Im Allgemeinen unternimmt die herrschende deutsche Methodenlehre eine klare Trennung an der Wortlautgrenze, vgl. dazu und zu den Gegenargumenten Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 467 ff. m.w.N.

22 Markesinis/Fedtke, Engaging with Foreign Law, 2009, S. 164 ff.

23 OLG Celle, NJW 2005, 2160 (2161).

24 Vgl. Starck, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 130 Rn. 89.

25 Zum BVerfG Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193; Oberheiden (Fn. 16), S. 67 ff.; Cárdenas Paulsen (Fn. 4). Zum BGH Aubin, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, RabelsZ 34 (1970), 458 (458 ff.); Drobnič, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, RabelsZ 50 (1986), 610 (610 ff.); Kötz, Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung, in: Heldrich/Hopt/Canaris (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 2, 2000, 825 (825 ff.).

a) Bundesverfassungsgericht

Beim BVerfG lässt sich seit Beginn seiner Arbeit ein kontinuierlicher – wenn auch angesichts der großen Anzahl der Urteile relativ geringer – Rekurs auf ausländische Urteile feststellen.²⁶

Gerade in den ersten Jahren bezog es sich auch bei Rechtsfragen ohne ausländischen Bezug – etwa zu Sperrklauseln²⁷ bei Wahlen oder Strafverfahren in Abwesenheit²⁸ – auf ausländisches Recht und dazu ergangene Rechtsprechung. Dies lässt sich durch ein Fehlen eigener gefestigter Rechtsprechung erklären, führte aber auch bei Folgeurteilen teilweise zu Verweisen ins Ausland. Später verlagerten sich die Verweise jedoch in Minderheitsvoten einzelner Richter.²⁹

Bei der Auswahl der Länder, die in den Entscheidungen herangezogen werden, präferiert das Gericht die USA sowie die Nachbarländer Frankreich, Österreich und die Schweiz.³⁰

Eine methodisch eindeutige Linie lässt sich jedoch nicht feststellen. Allgemein zeigt das Gericht Flexibilität in der Methodenauswahl, indem es feststellt, dass das Grundgesetz keine bestimmte Methode vorschreibe.³¹ Auch wurde schon früh festgestellt, dass Auslegung und Lückenfüllung mit Hilfe der rechtsvergleichenden Methode ein erprobtes Mittel seien.³² Reflexionen über die Stellung rechtsvergleichender Argumente sind dagegen selten anzutreffen. Eine Ausnahme bildet hier das *Spiegel*-Urteil, in dem die tragende Senatsmeinung mit Verweis auf die Schweiz ausführte, in demokratischen Staaten sei die Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts der Presse bei bestimmten Straftaten üblich. Die unterlegenen Richter kritisierten an diesem Argument, dass es nur eine gesetzliche Einzelregelung in Betracht ziehe und nicht das Rechtssystem als Ganzes untersucht habe.³³ Dieser Streit zeigt, dass das BVerfG rechtsvergleichende Argumente grundsätzlich für zulässig hält und nur im konkreten Fall die richtige Anwendung umstritten war.³⁴ In einem Urteil über die Offenlegung von Abgeordneteneinkünften führten die das Urteil tragenden Richter zahlreiche ausländische Regelungen an, die belegten, dass repräsentative Demokratien vergleichbare oder weitergehende Transparenzvorschriften vorsahen. Die unterlegene Meinung wandte dagegen ein, dass diese Beispiele nicht ohne den politischen, historischen und sozialen Kontext bedacht werden können. In Deutschland habe das Recht auf informationelle

Selbstbestimmung einen höheren Wert, weshalb die ausländischen Vorschriften keinen Maßstab für die verfassungsgerichtliche Beurteilung darstellten.³⁵ Dagegen war es in der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch die Mindermeinung, die unter Betonung der Gemeinsamkeiten mit Regelungen zahlreicher Staaten die eigene Auffassung als „Teil einer eindrucksvollen Verfassungstradition“ stützten, während die Mehrheitsmeinung dies damit entkräftete, dass dort andere Maßstäbe gälten und die Regelungen ebenfalls umstritten seien.³⁶

Dies zeigt, dass das Gericht der Rechtsvergleichung eine Funktion in der eigenen Rechtsprechung zuerkennt und methodische Schwierigkeiten zu berücksichtigen versucht. Eine Folge ist, dass vergleichende Betrachtungen eher bei Fragen mit europäischem Bezug naheliegen und belegen sollen, dass die eigene Auffassung in einer historischen Tradition des Verfassungsstaates steht.³⁷

b) Bundesgerichtshof

Der Bundesgerichtshof (BGH) bezieht sich vor allem dann auf ausländisches Recht, wenn die auszulegenden Normen einen internationalen Bezug aufweisen, etwa im Internationalen Privatrecht, Auslieferungs- oder Seerecht.³⁸ Insbesondere bei der Auslegung von Normen, die auf internationalem Einheitsrecht beruhen, betont er die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung in allen Vertragsstaaten, die durch rechtsvergleichende Analyse erreicht werden könne.³⁹

Weit geringer ist dagegen das Ausmaß der rechtsvergleichenden Auslegung bei rein nationalen Normen.⁴⁰ Hier scheint der BGH zunächst eine klare Grenze darin zu sehen, dass sich nationale Gerichte mittels Rechtsvergleichung nicht über Regeln hinwegsetzen dürfen, die als geltend angesehen werden.⁴¹ Bemerkenswert sind dennoch zwei Urteile zum Ersatz immateriellen Schadens, der entgegen der klaren Vorschrift des § 253 BGB a.F. zuerkannt wurde. In fast allen Rechtsordnungen sei ein solcher Schadensersatz anerkannt, so der BGH. Dies schränke zwar u.U. die Pressefreiheit ein – diese sei jedoch auch in diesen Rechtsordnungen hinreichend geschützt, sodass grundrechtliche Bedenken unbegründet seien.⁴² Auch die Strafsenate des BGH zitieren gelegent-

26 Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005, S. 36; ausführlich Oberheiden (Fn. 16), S. 67 ff., und Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 31 ff., die bis Juli 2007 59 Entscheidungen mit rechtsvergleichenden Argumenten zählt.

27 BVerfGE 1, 208 (253).

28 BVerfGE 1, 332 (347).

29 Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (807 f.).

30 Oberheiden (Fn. 16), S. 70; Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 89.

31 BVerfGE 88, 145 (166 f.).

32 BVerfGE 3, 225 (244 f.).

33 BVerfGE 20, 162, einerseits (220 f.), andererseits (208).

34 Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (234 f.).

35 BVerfGE 118, 277, einerseits (356 ff.), andererseits (398 f.).

36 BVerfGE 39, 1, einerseits (68 ff.), andererseits (66).

37 Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Entwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, 1017 (1025); ders., in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 1, 2004, § 16 Rn. 86 f.

38 Drobniß (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (614 ff.); Kötz, in: FG BGH (Fn. 25), 825 (826 ff.).

39 BGHZ 88, 157 (161); Odersky, Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, ZEuP 1994, 1; Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 74 m.w.N.

40 Drobniß (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (621 f.); Kötz, in: FG BGH (Fn. 25), 825 (832 ff.).

41 BGHZ 80, 153 (156); vgl. dazu Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 625 f.

42 BGHZ 35, 363 (389); 39, 124 (132).

lich ausländische Urteile, die – „bei aller Vorsicht“ gegenüber der Rechtsvergleichung – bestätigen, dass die eigene Auffassung von anderen Ländern geteilt wird.⁴³

Allgemein lässt sich feststellen, dass das Gericht Anleihen bei ausländischen Rechtsinstituten ausnahmsweise auch zur Lückenfüllung bzw. Rechtsfortbildung nimmt, dies jedoch nur beiläufig erwähnt und rechtsvergleichende Argumente vor allem zum Beleg der Richtigkeit der eigenen Auffassung anführt.⁴⁴

2. USA

Die Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* hat eine über zweihundertjährige ununterbrochene Tradition des Rückgriffs auf ausländisches Recht. Schon seit Ende des 18. Jahrhunderts zitiert er immer wieder, in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts jedoch zunehmend, ausländisches Recht zur Auslegung der amerikanischen Verfassung. Diese Praxis war schon früh innerhalb des Gerichts umstritten.⁴⁵ So führte die Mehrheitsmeinung aus, dass eine Strafnorm hinreichend bestimmt sei, wenn sie mit Hilfe der internationalen Rechtslehre ausgelegt werden könne, während der abweichende Richter verlangte, dass eine solche Auslegung vom Gesetzgeber übernommen werden müsste.⁴⁶ Ein späteres Urteil zur Beschlagnahme von Schiffen wurde maßgeblich auf ausländische und internationale Rechtsquellen und Literatur gestützt, während das Minderheitsvotum diese lediglich als *persuasive authorities* ansah. Die Bezugnahme auf ausländisches Recht wurde aber nicht angegriffen.⁴⁷

Der Streit um die rechtsvergleichende Auslegung kulminierte jedoch zur Jahrtausendwende in drei Entscheidungen, in denen sich Mehrheits- und Mindermeinung deutlich zur Zulässigkeit der Bezugnahme auf ausländisches Recht positionierten.⁴⁸ Nicht nur die Protagonisten des Für und Wider am Gericht führten die Argumente im Folgenden näher aus,⁴⁹ auch in der Literatur kam es zu einer umfassenden Auseinandersetzung mit der richterlichen Sichtweise.⁵⁰ Während früher über unzurei-

chende Behandlung des Themas durch Gerichte und Literatur geklagt wurde,⁵¹ ist die amerikanische Sichtweise auf rechtsvergleichende Auslegung nun umfangreich untersucht.

In *Printz v. United States* hielt die Mehrheitsmeinung föderale Vorschriften für verfassungswidrig, da sie Anweisungen an Angestellte der Bundesstaaten enthielten, was nicht mit dem amerikanischen Föderalismus vereinbar sei.⁵² Dagegen wandte sich Richter *Breyer*, der mit Verweisen auf Deutschland und die Schweiz darlegte, dass dort die Umsetzung von Bundesrecht durch die Mitgliedsstaaten selbst nicht zwangsläufig in deren Unabhängigkeit eingreife. Er sei sich der strukturellen Differenzen dieser Staaten bewusst, deren Erfahrungen würden aber zeigen, dass es kein Bedürfnis für die strikte Auslegung der Mehrheitsmeinung gebe.⁵³ Richter *Scalia* hielt dem entgegen, dass die Erfahrungen anderer Länder zwar bei der Ausarbeitung einer Verfassung, nicht aber bei deren Auslegung hilfreich seien. Der amerikanische Föderalismus sei historisch gesehen eher ein Gegenmodell zu dem der Schweiz und deshalb nicht vergleichbar.⁵⁴

Im umstrittenen Urteil *Lawrence v. Texas* erklärte das Gericht eine texanische Norm für verfassungswidrig, die homosexuelle Handlungen unter Strafe stellte, und befeuerte mit seinen rechtsvergleichenden Argumenten die Debatte um den Rekurs auf ausländisches Recht.⁵⁵ Es zeigte anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), dass das angegriffene Gesetz im Widerspruch zu weit verbreiteten zivilisatorischen Werten stehe. Gegen dieses Argument wandte sich Richter *Scalia*, da das Verhalten anderer Nationen keine Bedeutung für die amerikanische Verfassung habe. Er halte die Aussage zwar lediglich für ein bedeutungsloses *obiter dictum*,⁵⁶ das jedoch gefährlich

43 BGHSt 38, 214 (228 ff.), wobei die rechtsvergleichenden Argumente schon von der Vorinstanz angeführt wurden, vgl. OLG Celle, NStZ 1991, 403 (404).

44 *Aubin* (Fn. 25), *RabelsZ* 34 (1970), 458 (466 f.); *Drobnig*, in: ders./van Erp (Fn. 13), 127 (139).

45 Zum Ganzen *Calabresi/Zimdahl*, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law – Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, *William and Mary Law Review* 47 (2005), 743 (754 ff.).

46 *United States v. Smith*, 18 U.S. 153 (1820), 160 f. bzw. 181 f.; vgl. dazu *Calabresi/Zimdahl* (Fn. 45), *Wm. & Mary L. Rev.* 47 (2005), 743 (781 ff.).

47 *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), 686 ff. bzw. 799 f.

48 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

49 Vgl. das Gespräch zwischen den Richtern *Scalia* und *Breyer* bei *Dorsen*, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases – A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), 819.

50 Vgl. *Oberheiden* (Fn. 16), S. 14, mit umfassenden Nachweisen in Fn. 14.

51 *Clark*, *The Use of Comparative Law by American Courts*, in: *Drobnig/van Erp* (Hrsg.), *The Use of Comparative Law by Courts*, 1999, 297; die Behauptung von *Muir Watt*, *La Fonction Subversive du Droit Comparé*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 2000, 503 (518), amerikanische Gerichte reagierten allergisch auf rechtsvergleichende Überlegungen, traf und trifft allenfalls auf einen Teil der Richter zu.

52 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 898 f.

53 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 976 f.

54 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 921 Fn. 11; selbst Befürworter der rechtsvergleichenden Auslegung in den USA halten *Breyer* vor, er ignoriere signifikante Unterschiede, die einen direkten Vergleich deutlich erschwerten, vgl. *Jackson*, *Constitutional Comparisons – Convergence, Resistance, Engagement*, *Harvard Law Review* 119 (2005), 109 (117).

55 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 576 f., das damit die genteilige Auffassung in *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), überstimmte. Das Grundsatzurteil zur politisch genauso umkämpften Frage der Abtreibung *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 132 ff., enthielt ebenfalls umfassende rechtsvergleichende Analysen, die im Gegensatz zum Urteil als solchem nicht kritisiert wurden, vgl. *Calabresi/Zimdahl* (Fn. 45), *Wm. & Mary L. Rev.* 47 (2005), 743 (870).

56 *Childress III*, *Using Comparative Law to Resolve Domestic Federal Questions*, *Duke Law Journal* 53 (2003), 193, sieht in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), dagegen die erste Entscheidung des Gerichts, die sich in ihrem Hauptteil wesentlich auf einen ausländischen Präzedenzfall stützt. Neben dem Widerspruch

sei, da Amerikanern keine fremden „Launen oder Moden“ aufgedrängt werden dürften.⁵⁷

Ein weiteres richtungsweisendes Urteil ist *Roper v. Simmons* zur Verfassungswidrigkeit der Hinrichtung Minderjähriger, weil hier erneut unter Zuhilfenahme ausländischer Autoritäten ein früheres Urteil überstimmt wurde.⁵⁸ Die USA teilten ihre Hinrichtungspraxis nur mit Ländern wie dem Iran oder Saudi Arabien, während die überwältigende Mehrheit der internationalen Gemeinschaft sie ablehne, wobei den britischen Erfahrungen aufgrund der historischen Verbindung für die Genese des einschlägigen 8. Zusatzartikels (Verbot grausamer und ungewöhnlicher Bestrafung) eine besondere Bedeutung zukomme.⁵⁹ Richter *Scalia* bestritt dagegen nicht nur – wie schon zuvor – die Relevanz der internationalen Meinung, sondern betonte auch die unterschiedliche juristische, politische und soziale Entwicklung Englands seit dem Unabhängigkeitskrieg.⁶⁰ Bemerkenswert ist hier, dass die vehemente Kritik der Mindermeinung gerade die Rechtsprechung zum 8. Zusatzartikel trifft, in der es eine lange Tradition rechtsvergleichender Ausführungen gibt.⁶¹ Als Grundsatzentscheidung wird *Trop v. Dulles* angesehen, in dem sowohl die tragende als auch die abweichende Meinung durch internationale Autoritäten geprägte Begriffe wie *international community of democracies* und *civilized nations* einführte.⁶² Dass das Gericht sein Urteil auf Praktiken in und empirische Daten aus anderen Staaten stützt, ist eine schon bei Entscheidungen zur Angemessenheit polizeilicher Befugnisse erprobte Vorgehensweise.⁶³

Insgesamt lässt sich feststellen, dass der Rückgriff des *Supreme Court* auf rechtsvergleichende Argumente unterschiedliche Zwecke verfolgt: Es geht darum, die Auslegung mehrdeutiger Begriffe zu erleichtern, die eigene Entscheidung insbesondere im Rahmen der internationalen Gemeinschaft als folgerichtig erscheinen zu lassen oder ihre voraussichtlichen Folgen durch ausländische

Erfahrungen empirisch zu stützen.⁶⁴ Gleichwohl ist diese Praxis innerhalb des Gerichts in zunehmendem Maße umstritten.⁶⁵ Eine Ausnahme hierzu bildet die rechtsvergleichende Auslegung mit Hilfe des Rechts anderer Bundesstaaten der USA. Diese Vorgehensweise ist nicht nur weit verbreitet, sondern erfolgt routiniert und unumstritten.⁶⁶

3. England

In England ist schon durch den Einfluss des *Commonwealth* eine offene Perspektive auf ausländisches Recht üblich, auch wenn dies lange Zeit nur zum Beweis der Überlegenheit der eigenen Lösungen gedient haben mag und die Fokussierung auf den englischsprachigen Raum nur einen eingeschränkten Vergleich erlaubte.⁶⁷ Doch obwohl sich englische Gerichte immer noch überwiegend auf *Commonwealth*-Staaten und die USA beziehen, wenn sie ausländisches Recht zitieren,⁶⁸ erfolgte am *House of Lords* seit den 1990ern zunehmend eine Wendung in Richtung anderer Staaten, insbesondere Deutschlands.⁶⁹ Die rechtsvergleichenden Argumente wurden zwar nicht als zwingend angesehen, unterstützten jedoch innovative Erneuerungen zu schwierigen oder noch nicht gelösten Rechtsfragen.⁷⁰

4. Europäische Union

Am Europäischen Gerichtshof (EuGH) kommt der Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode eine besonders hohe Bedeutung zu. Durch Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 4 EuGRCh, die auf „gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten“ verweisen,

zu *Scalias* Aussage ist dies auch historisch zweifelhaft, vgl. *Calabresi/Zimdahl* (Fn. 45), Wm. & Mary L. Rev. 47 (2005), 743 (804).

57 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 598 (Übersetzung d. Verf.); zustimmend *Calabresi/Zimdahl* (Fn. 45), Wm. & Mary L. Rev. 47 (2005), 743 (878 f.). Beachtlich ist hier, dass Richter *Scalia* selbst in *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), 710 ff., das Verbot der aktiven Sterbehilfe mit Verweis auf ausländische Rechtsordnungen rechtfertigte, er also im Gegensatz zum Gericht keine stringente Haltung einnimmt, vgl. *Jackson* (Fn. 54), Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 (110).

58 Es überstimmt *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), das im Minderheitsvotum dreier Richter teilweise schon die gleichen rechtsvergleichenden Argumente ausführte (389 f.).

59 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), 575 ff.

60 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), 623 ff.

61 Zur Todesstrafe etwa schon *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 204 (2002), und *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), mit *Scalias* berühmtem Satz „We must never forget it is a Constitution for the United States of America that we are expounding“ (868 in Fn. 4).

62 *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), 102 und 125; vgl. *Justice Kennedy* in *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), 575.

63 Vgl. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), 71 f.; *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), 521 ff.; vgl. dazu *Oberheiden* (Fn. 16), S. 120 ff.

64 *Calabresi/Zimdahl* (Fn. 45), Wm. & Mary L. Rev. 47 (2005), 743 (884 f.).

65 Vgl. die Übersicht von *Slaughter*, A Global Community of Courts, Harvard International Law Journal 44 (2003), 191 (199 ff.), und *Oberheiden* (Fn. 16), S. 17. Eine Gesetzesinitiative im Kongress wollte 2005 sogar verbieten, dass Richter ausländisches Recht in Betracht ziehen, vgl. *Smits*, Comparative Law and its Influence on National Legal Systems, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 513 (529).

66 *Posner/Sunstein*, The Law of Other States, Stanford Law Review 59 (2006), 131 (133 ff.); *Jackson*, Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse, Montana Law Review 65 (2004), 15 (19 f.).

67 Vgl. *Muir Watt* (Fn. 51), RIDC 2000, 503 (517); *Örücü*, in: Drobnič/van Erp (Fn. 18), 253 (255 ff.).

68 *Örücü*, in: Drobnič/van Erp (Fn. 18), 253 (293 f.).

69 Etwa *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207 (HL); *McFarlane v. Taylors Health Board* [2000] 2 A.C. 59 (HL); vgl. *Muir Watt* (Fn. 51), RIDC 2000, 503 (517 f.); *Markesinis*, Foreign Law Inspiring National Law – Lessons from Greatorex v Greatorex, Cambridge Law Journal 2002, 386 (391 ff.).

70 Insb. dienen auch fremde Rechtskreise als Vorbild. Vgl. *Lord Bingham* in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 A.C. 32 (HL) 66: „If (...) a decision is given in this country which offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious Review of the decision in question.“ Zum Ganzen *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (31 ff.).

sind rechtsvergleichende Überlegungen notwendige Urteilsvoraussetzung.⁷¹ Das nationale Verfassungsrecht dient hier als Rechtserkenntnisquelle.⁷² Vor allem die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden durch *wertende Rechtsvergleichung* gewonnen und haben insbesondere im Bereich der Grundrechte eine hervorgehobene Stellung.⁷³ Die Methodik ist zwar hoch umstritten, insbesondere weil nicht nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner der Mitgliedsstaaten gesucht wird.⁷⁴ Doch der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene soll gerade mehr als nur ein Mindeststandard sein – bei der Ausarbeitung von Art. 52 Abs. 4 EuGRCh wurde ein hohes Schutzniveau angestrebt.⁷⁵ Dass Bewertungen von Rechtsordnungen problematisch sind, aber dennoch sinnvoll sein können, ist ein Grundproblem rechtsvergleichender Arbeiten.⁷⁶ Damit hat sich die Rechtsvergleichung fest im Auslegungskanon des EuGH etabliert.⁷⁷

5. Gerichte mit ausgeprägter rechtsvergleichender Auslegungspraxis

Einerseits lässt sich feststellen, dass die rechtsvergleichende Auslegung vor allem an Gerichten kleinerer Länder üblich ist.⁷⁸ Für den Staatsgerichtshof Liechtensteins sei die rechtsvergleichende Auslegung aufgrund der starken Rezeption ausländischen Rechts und der „wenig um-

fangreichen eigenen Rechtsprechung“ nicht nur zulässig, sondern gar die „fünfte Auslegungsmethode“.⁷⁹ Andererseits bauen gerade junge Staaten auf die Erfahrungen aus dem Ausland, wie das Beispiel Südafrika zeigt.⁸⁰ Im Kapitel der Grundrechte schreibt die Verfassung in Art. 39 Abs. 1 vor, dass Gerichte ausländisches Recht zitieren können.⁸¹ Hinzu kommt eine ausführliche Auseinandersetzung mit und teilweise Übernahme von ausländischen Rechtsideen bei der Ausarbeitung der Verfassung, die ein Einfallstor für rechtsvergleichende Argumente bilden.⁸² Auch in der Schweiz ist die rechtsvergleichende Auslegung eine häufig gebrauchte Auslegungsmethode. Anknüpfungspunkt ist hier Art. 1 Abs. 2 ZGB, demzufolge ein Richter zur Lückenfüllung eine Regel finden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Da rechtsvergleichende Erkundungen in der Gesetzgebung heute üblich sind, gilt dies auch für die Auslegung.⁸³ Problematisch erscheint aber, dass die schweizerische Rechtsvergleichung einseitig auf deutsches Recht fokussiert ist.⁸⁴

III. Zulässigkeit rechtsvergleichender Auslegung

Die soeben dargestellte, sehr facettenreiche gerichtliche Praxis wirft die Frage auf, wie sie legitimiert werden kann. Insbesondere die in den USA offen geführte Diskussion über die Zulässigkeit rechtsvergleichender Argumente hat in der akademischen Literatur zu einer erheblichen Erweiterung der Begründungsmodelle geführt. Im Folgenden sollen wesentliche Argumentationsstränge konzeptionalisiert werden.⁸⁵

1. Begründungsmodelle

a) Harmonisierungsmodell

Ein Begründungsansatz geht davon aus, dass unterschiedliche Rechtsordnungen für ähnliche Probleme ähnliche

71 Vgl. *Nußberger*, Wer zitiert wen? – Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts, JZ 2006, 763 (766); *Sommermann* (Fn. 37), DÖV 1999, 1017 (1020); *Wolf*, Kohärenz durch Rechtsvergleichung, in: Bröhmer/Bieber/Calliess/Langenfeld/Wolf (Hrsg.), Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, 2005, 893 (894).

72 *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 119. Rechtsquelle ist die EuGRCh selbst, deren Inhalt jedoch mittels Auslegung mit Hilfe des nationalen Rechts ermittelt wird, *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Kommentar), 4. Aufl. 2011, Art. 6 EUV Rn. 7. Dieser Methode haftet zwar durchaus ein „hohes Maß an Kreativität“ an, sie ist sie ist dennoch keine richterrechtliche Rechtsschöpfung, sondern bleibt Rechtserkenntnis, *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte der Europäischen Union, 2004, § 3 Rn. 163.

73 Vgl. *Daig*, in: FS Zweigert (Fn. 21), 395 (401); *Iglesias*, Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1 (6 f.); *Mayer*, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung in Europa, in: Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, 167 (172); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 2, 2003, S. 305 ff. Ein weiterer wichtiger Bereich ist die Amtshaftung gem. Art. 340 AEUV.

74 Vgl. *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Kommentar), Bd. 1, 50. EL 2013, Stand: Mai 2013, nach Art. 6 (2010), Rn. 20. So verbiete das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Rechtsgrundsatz einen geringeren Kündigungsschutz für Unter-25-Jährige, EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci*, Rn. 21 f. Ob sich ein derartiger Grundsatz aus den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten gewinnen lässt, ist allerdings äußerst zweifelhaft, vgl. *Huster*, Gleichheit im Mehrebenensystem – Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, EuR 2010, 325 (336 f.).

75 *Rengeling/Szczekalla* (Fn. 72), § 7 Rn. 480.

76 Dazu *Kischel*, Vorsicht, Rechtsvergleichung!, ZVglRWiss 104 (2005), 10 (30).

77 Ausdrücklich im Schlussantrag von GA *Trstenjak*, EuGH, 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux*.

78 *Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 2002, 257 (258).

79 StGH 2000/1, LES 2003, 71, 76; vgl. zur „fünften Auslegungsmethode“ unter IV. 1. c).

80 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (48 ff.); vgl. auch *Bryde* (Fn. 20), Tul. L. Rev. 80 (2005), 203 (217 ff.).

81 Dazu *Carvey-Miller*, South Africa – A World in one Country on the Long Road to Reality, in: Harding/Örücü (Hrsg.), Comparative Law in the 21st Century, 2002, 281 (292 ff.).

82 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (127 ff.); vgl. ausführlich zum umstrittenen Konzept der *legal transplants* *Watson*, Legal Transplants – An Approach to Comparative Law, 2. Aufl. 1993.

83 Vgl. BGE 126 III 129, 138; *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 21), S. 252 ff.; *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 33 f. Wohlgermerkt ist bei der Lückenfüllung die rechtsvergleichende Auslegung im weiteren Sinne gemeint.

84 90% der Verweise auf ausländisches Recht beziehen sich auf Deutschland, vgl. *Schwenzer*, Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 69 (98); *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl. 2012, S. 57 f., warnt deshalb vor „Rechtsimperialismus“.

85 Angelehnt an *Oberheiden* (Fn. 16), S. 34 ff.

Lösungen finden, die sie in ihre Rechtsordnung inkorporieren und sich dadurch immer stärker angleichen. Diese Konvergenz lasse sich vor allem im Rahmen von Europarat und Europäischer Union (EU) feststellen, aber etwa auch in *Commonwealth*-Ländern.⁸⁶ Im öffentlichen Recht wird ein sich annähernder Menschenrechtsschutz beobachtet,⁸⁷ im Privatrecht das Entstehen eines harmonisierten, transnationalen Handelsrechts diskutiert.⁸⁸

Resultat dieser Annäherung seien nicht nur regionale Gerichtshöfe, internationale Schiedsverfahren und andere Formen internationaler Rechtsprechung, sondern fließende Übergänge zwischen nationalen Gerichtsbarkeiten, die keine klaren Grenzen mehr erkennen ließen.⁸⁹ Richter erfahren verstärkt, welche rechtlichen Fragen vor anderen Gerichten aufgeworfen werden, und treten mit diesen in einen Dialog.⁹⁰ So finden sie immer häufiger einen Konsens über mögliche Lösungsansätze.⁹¹ Dadurch komme es zu einer transnationalen Rechtsprechung, bei der es für nationale Gerichte keinen Unterschied mehr mache, ob sie nationales, internationales oder ausländisches Recht berücksichtigen.⁹²

Während dieser Ansatz für rechtlich verbundene Einheiten nahe liegt,⁹³ erscheint zweifelhaft, ob er als allgemeine Aussage zutrifft. Berufen wird sich hier auf eine tiefere gemeinsame Identität. Eine einheitliche Weltordnung gibt es aber genauso wenig wie einen Weltkompromiss oder eine Weltmoral, weshalb im Einzelfall immer genau zu analysieren ist, inwieweit eine Übereinstimmung vorliegt.⁹⁴ Vertreter dieses Modells konzedieren,

dass Unterschiede anzuerkennen und rechtsvergleichen-Überlegungen weniger als zwingende Argumente anzusehen seien, sondern viel mehr als *persuasive authorities*.⁹⁵ Dennoch ist ein Argument, das auf gemeinsame und internationale Standards verweist, mehr als nur eine Inspirationsquelle.⁹⁶

b) Genealogisches Argument / Herkunftsargument

Ein ähnliches, aber weniger weitreichendes Argument ist das der gemeinsamen Herkunft oder der historischen Verbindung unterschiedlicher Normen.⁹⁷ Es wird nicht nur im Bereich der *legal transplants*⁹⁸ angewendet, sondern auch, wenn Staaten in einer gemeinsamen Rechts-tradition stehen.⁹⁹ Vergleichbar sollen auch Regelungen sein, die ihren Ursprung in einem abstrakten Rechtsmodell haben: so wird etwa ein „gemeinsamer Typus Verfassungsstaat“¹⁰⁰ oder eine „Tradition einer liberalen Verfassung“¹⁰¹ festgestellt.

Sofern eine gemeinsame Herkunft der Rechtsnormen belegt werden kann, ist die Heranziehung dieses Begründungsmusters weitgehend unproblematisch.¹⁰² Es ist aber oftmals schwierig, eine ausreichende gemeinsame Tradition festzustellen. Die Orientierung an Rechtskreisen kann deshalb nur ein erstes Kriterium der Vorauswahl sein.¹⁰³ Hinzu kommen muss die Berücksichtigung des spezifischen Kontextes, die die Zahl der vergleichbaren Länder verringert.¹⁰⁴ Hier stellt sich das Problem, dass bei der Reduzierung auf eine starke Ähnlichkeit der Ver-

86 Vgl. *Rahdert*, Comparative Constitutional Advocacy, American University Law Review 56 (2007), 553 (608 ff.); ähnlich schon *Zweigert* (Fn. 1), *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 (12). Die Grundannahme, dass in allen Rechtsordnungen ähnliche rechtliche Probleme auftauchen, zu denen ähnliche Lösungen gefunden werden, teilt auch die herrschende funktionelle Methode der Rechtsvergleichung, s. *Zweigert/Kötz*, RVgl. (Fn. 13), S. 39; *Glendon*, Rights in Twentieth-Century Constitutions, University of Chicago Law Review 59 (1992), 519 (535).

87 Vgl. *Tushnet*, The Inevitable Globalization of Constitutional Law, Virginia Journal of International Law 49 (2009), 985 (987); *Rahdert* (Fn. 86), Am. U. L. Rev. 56 (2007), 553 (561).

88 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 22), S. 334 ff., die aber skeptisch bzgl. dessen normativer Kraft sind.

89 *Slaughter* (Fn. 65), Harv. Int'l L.J. 44 (2003), 191.

90 Dieser Austausch erfolgt auf vielfältige Weise, etwa über internationale Gerichte, Universitäten und Berufsverbände, s. *Rahdert* (Fn. 86), Am. U. L. Rev. 56 (2007), 553 (607 f.); *L'Heureux-Dubé*, The Importance of Dialogue – Globalization and the International Impact on the Rehnquist Court, Tulsa Law Journal 34 (1998), 15 (21 ff.); kritisch dagegen *Law/Chang* (Fn. 19), Wash. L. Rev. 86 (2011), 523, da Einflüsse von Gerichten auf andere oft einseitig erfolgten und deshalb von einem Dialog keine Rede sein könne.

91 *Slaughter* (Fn. 65), Harv. Int'l L.J. 44 (2003), 191 (202).

92 *Slaughter* (Fn. 65), Harv. Int'l L.J. 44 (2003), 191 (192).

93 Vgl. die Diskussion zum „Europäischen Verfassungsgerichtsverbund“ mit der verstärkten Forderung nach einem Dialog bei *Vöckhke*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1; *Kirchhof*, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, 3681.

94 *Oberheiden* (Fn. 16), S. 144 ff.; der von den Vertretern dieser Position behauptete reale Austausch erscheint vielleicht wünschenswert, aber in der Praxis nur bruchstückhaft, vgl. *Markesinis/Fedtke* (Fn. 22), S. 368 f.

95 *Slaughter* (Fn. 65), Harv. Int'l L.J. 44 (2003), 191 (217 ff.); vgl. auch *Häberle*, in: HGR I (Fn. 37), § 7 Rn. 27.

96 *Bryde* (Fn. 20), Tul. L. Rev. 80 (2005), 203 (214 ff.).

97 *Choudhry*, Globalization in Search of Interpretation: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation, Indiana Law Review 74 (1999), 819 (838 ff.); vgl. etwa der Bezug auf England in *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

98 S. oben Fn. 82.

99 *Cárdenas Paulsen* (Fn. 4), S. 139; *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (214 f.). Vgl. etwa zu den Ländern des *Common-Law*-Rechtskreises *Zweigert/Kötz*, RVgl. (Fn. 13), S. 177 ff.; *Choudhry* (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (868 ff.).

100 *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, 913 (916).

101 So das Südafrikanische Verfassungsgericht in *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SALR 850 (CC).

102 So akzeptiert auch der vehemente Gegner rechtsvergleichender Auslegung Richter *Scalia* die Berücksichtigung englischer Autoritäten durch amerikanische Gerichte, sofern sie aus der Zeit vor der Unabhängigkeitserklärung stammen, vgl. *Scalia* bei *Dorsen* (Fn. 49), Int'l J. Const. L. 3 (2005), 819 (525).

103 Vgl. zu Problemen bei der Wahl der richtigen Kriterien für Rechtskreise *Zweigert/Kötz*, RVgl. (Fn. 13), S. 62 ff. m.w.N.; für das öffentliche Recht *Grote*, Rechtskreise im öffentlichen Recht, AöR 126 (2001), 10 (10 ff.). Die Fokussierung der deutschen (II. 1. a)) und britischen (II. 3.) Gerichte auf ähnliche Länder scheint gute Gründe zu haben, birgt aber die Gefahr des „Kulturimperialismus“, vgl. zusammenfassend zur Wahl der richtigen Perspektive *Piek* (Fn. 18), GreifRecht 2009, 84 (92 ff.).

104 Vgl. *Wieser* (Fn. 26), S. 35, sowie die Diskussion am BVerfG (II. 1. a)). Es geht hier um das Finden nachweisbarer Referenzbeziehungen, *Oberheiden* (Fn. 16), S. 138. Zur Bestimmung eines

gleich keine neuen Lösungen erbringen kann, bei einer zu breiten Auswahl aber die Unterschiede so groß werden, dass keine für alle kompatible Lösung mehr gefunden werden kann.¹⁰⁵

c) Informationsmodell

Die wohl am häufigsten vertretene Begründung für die Anwendung der rechtsvergleichenden Auslegung ist die Gewinnung zusätzlicher Informationen zur Handhabung eines rechtlichen Problems.¹⁰⁶ Um die Folgen einer in Betracht gezogenen Lösung abschätzen zu können, suchen Richter vor ihrer Entscheidung in anderen Ländern nach Erfahrungen in einer möglichst vergleichbaren Situation.¹⁰⁷ Diese erweitern die argumentativen Möglichkeiten und helfen bei der Beurteilung von Entscheidungsalternativen.¹⁰⁸ Sie bieten den Gerichten also einen Fundus an Lösungen an, der die Entscheidungsfindung vereinfacht.¹⁰⁹ Gerade bei grundsätzlichen und schwierigen Fragen wäre es fahrlässig, diesen nur deshalb außer Acht zu lassen, weil er zufällig aus einer ausländischen Rechtsordnung stammt.¹¹⁰

d) Legitimierungsmodell

Ein ähnlicher Ansatz ist es, die Entscheidung für eine bestimmte Auslegung dadurch plausibel erscheinen zu lassen, dass andere Länder ebenfalls zu dieser Lösung gekommen sind. Dieses Argumentationsmuster erspart Richtern Begründungsaufwand, denn Konformität mit anderen Gerichtsbarkeiten erscheint einleuchtender als das Abweichen von einer gängigen Praxis.¹¹¹ Der Einsatz rechtsvergleichender Argumente erfolgt hier, nachdem die eigenen Überlegungen schon zu einem bestimmtem Ergebnis gelangt sind, also als kontrollierende Instanz.¹¹² Es handelt sich dabei aber eher um einen Vertretbarkeitsnachweis und erscheint für Gerichte, die umfassende Erfahrungen mit einer bestimmten Problemstellung haben,

eher als Zeichen der Schwäche der eigenen Argumentation.¹¹³ In diesen Situationen fällt es jedoch meist weniger ins Gewicht, weshalb keine Legitimationsprobleme bestehen.¹¹⁴

e) Kontrastierungsmodell

Der Ansatz des Kontrastierungsmodells ist es Lösungen anderer Rechtsordnungen zu untersuchen, sie nach einem Vergleich mit dem eigenen Ergebnis jedoch abzulehnen. Der Vergleich dient dazu Besonderheiten des nationalen Rechts deutlich zu machen und so zu erklären, warum die Übernahme der ausländischen Lösung nicht in Betracht kommt.¹¹⁵ Diese Vorgehensweise scheint insofern ungewöhnlich zu sein, als dass in der Rechtsvergleichung grundsätzlich von einer Ähnlichkeit der vorzufindenden Lösungen ausgegangen wird.¹¹⁶ Zur Aufgabe des Rechtsvergleichers gehört es aber insbesondere auch während des Vergleichens den Kontext und die dahinter liegende Kultur zu berücksichtigen und dadurch auch das Ungleiche zu erkennen.¹¹⁷ Ist dies gewahrt, ergeben sich keine grundsätzlichen Bedenken gegen diesen Begründungsansatz für die Verwendung der rechtsvergleichenden Auslegung.¹¹⁸

2. Einwände

a) Manipulierungsargument

Ein wichtiger Einwand gegen die Heranziehung rechtsvergleichender Argumente zur Auslegung ist die Auswahl der zu betrachtenden Länder. Hierfür gebe es keine sinnvollen Kriterien, die Auswahl sei immer willkürlich und entspreche den persönlichen Präferenzen.¹¹⁹ Um das gewünschte Ergebnis zu rechtfertigen werde solange gesucht, bis eine ausländische Lösung die eigene bestätige.¹²⁰ So weisen die Rechtsordnungen der USA und Großbritanniens zwar zweifellos zahlreiche Gemeinsamkeiten auf, hätten aber eine grundsätzlich andere Einstellung zur Pressefreiheit, und es wäre schwer zu erklären, ob nun die Gemeinsamkeit oder der Unterschied für den Vergleich

geeigneten Vergleichskriteriums vgl. *Markesinis/Fedike* (Fn. 22), S. 48 ff.; *Zweigert/Kötz*, RVgl. (Fn. 13), S. 35 ff.

105 *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (206); zu den Grenzen dieses Einwandes *Tushnet*, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, Yale Law Journal 108 (1999), 1225 (1234 ff.).

106 Vgl. etwa aus Deutschland *Sommermann* (Fn. 37), DÖV 1999, 1017 (1025 f.); *Starck* (Fn. 20), JZ 1997, 1021 (1024); *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193; *Aubin* (Fn. 25), *RabelsZ* 34 (1970), 458; *Wieser* (Fn. 26), S. 34; aus den USA *Jackson* (Fn. 54), Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 (114); *Tushnet* (Fn. 105), Yale L.J. 108 (1999), 1225; aus England *White v Jones* [1995] 2 A.C. 207 (HL) 263; aus Frankreich *Ponthoreau* (Fn. 19), RIDC 2005, 7 (22).

107 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), *Breyer* dissenting, 976 f.

108 *Starck* (Fn. 20), JZ 1997, 1021 (1024); *Kötz* (Fn. 78), JZ 2002, 257 (258), der darauf hinweist, dass gerade größeren Ländern die Illusion genommen wird, man könne alle Probleme anhand des eigenen Rechts lösen; ähnlich *Ponthoreau* (Fn. 19), RIDC 2005, 7 (22).

109 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 227.

110 *Zweigert/Kötz*, RVgl. (Fn. 13), S. 19.

111 *Oberheiden* (Fn. 16), S. 43.

112 *Zweigert* (Fn. 1), *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 (17); *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 21), S. 461; *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 41), S. 626.

113 *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (237 f.).

114 Vgl. *Sitaraman*, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, Harvard Journal of Law & Public Policy 32 (2009), 653 (668).

115 *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (239 ff.); s. auch oben *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

116 *Aubin* (Fn. 25), *RabelsZ* 34 (1970), 458 (471 ff.); *Zweigert* (Fn. 1), *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 (16 f.); vgl. oben schon Fn. 86.

117 *Häberle*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 112; *ders.*, in: HGR I (Fn. 37), § 7 Rn. 26; *Starck* (Fn. 20), JZ 1997, 1021 (1028); *Michael/Morlok*, GR (Fn. 72), Rn. 120.

118 *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (241); ähnlich *Sitaraman* (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653 (665 ff.).

119 Vgl. *Alford*, Misusing International Sources to Interpret the Constitution, American Journal of International Law 98 (2004), 57 (64 ff.); *Levinson*, Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution – Some Reflections, Texas International Law Journal 39 (2004), 353 (359).

120 *Scalia* bei *Dorsen* (Fn. 49), Int'l J. Const. L. 3 (2005), 819 (821 f.).

entscheidend sei.¹²¹ Die selektive Anwendung rechtsvergleichender Auslegung durch Rechtsanwälte sei verständlich, für Gerichte sei dies jedoch nicht überzeugend.¹²²

Zwar kann die verdeckte Verwendung willkürlicher Kriterien bei jeder Auslegung nicht ausgeschlossen werden, dieser Einwand trägt aber dann nicht, wenn die Vergleichsvorgänge offen gelegt und begründet werden.¹²³ Eine Auswahl der zu vergleichenden Länder anhand von stichhaltigen und wissenschaftlich überprüfbaren Kriterien ist aufwendig, aber dennoch möglich. Dieser Einwand spricht also nicht gegen die rechtsvergleichende Auslegung als solche, sondern nur gegen einzelne Urteile.¹²⁴

b) Kommensurabilitätsargument

Gegen die Anwendung rechtsvergleichender Auslegung wird oftmals eingewandt, dass die aufeinander bezogenen Gegenstände schlicht nicht vergleichbar seien. Der nationale Gesetzgeber mache sich meist sehr genaue eigene Vorstellungen von der angestrebten Rechtsordnung, die durch Vergleiche mit anderen Staaten verloren gingen.¹²⁵ Dies betreffe insbesondere die eigene Kultur, die jedem Rechtssystem eine organische Struktur gebe, welche durch die Übernahme fremder Wertungen beseitigt werde.¹²⁶

Diese Ansicht verkennt jedoch nicht nur, dass die Berücksichtigung von Kultur und Kontext in der Rechtsvergleichung gerade wesentlich ist,¹²⁷ sondern hat ein viel zu statisches Kulturverständnis: Die Annahme einer festen nationalen Kultur ist genauso verfehlt wie die einer einheitlichen weltweiten Rechtsüberzeugung, da beides einem stetigen Wandel unterliegt. Gerade wenn Normen eher weit formuliert sind, lädt dies zur Interpretation ein, sodass schon von den Verfassern keine bestimmte Auslegung beabsichtigt wurde.¹²⁸

c) Unabhängigkeitsargument

Der stärkste Einwand gegen den Einfluss ausländischen Rechts auf die Auslegung nationaler Normen wird in dessen fehlender demokratischer Legitimation gesehen.¹²⁹ Für die Bevölkerung dürfen keine Regeln gelten, die sie nicht zumindest über ihre gewählten Repräsentanten legitimiert haben.¹³⁰ Anderenfalls würde die Aufgabe der Auslegung des Rechts ersetzt durch eine rechtspolitische.¹³¹ Behandelt wird dieser Aspekt in den USA als *countermajoritarian difficulty*. Damit ist gemeint, dass Gerichte Entscheidungen treffen können, die dem Willen des demokratisch legitimierten Parlaments widersprechen.¹³² Zur Lösung dieses Problems wird angeführt, dass es gerade die anerkannte Aufgabe von Richtern sei, unabhängig von wechselnden Mehrheiten Recht anzuwenden.¹³³

Im Übrigen setzt dieser Einwand ein rein positivistisches Rechtsdenken voraus. Wer Recht aber nicht als zufälliges Produkt unterschiedlicher Rechtsautoritäten versteht, sondern darin auch das Streben nach einem Ausgleich zwischen Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit sieht, wird die rechtsvergleichende Auslegung unter bestimmten Umständen als sachgerecht und nützlich ansehen.¹³⁴ Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass externe Quellen keinesfalls nur durch den Rekurs auf ausländisches Recht einbezogen werden, sondern dass auch im Rahmen der üblichen Gesetzesinterpretation auf außerrechtliche Autoritäten vertraut wird. Die Heranziehung von rechtlichen Quellen aus dem Ausland steht der zu behandelnden Problematik häufig sogar näher als nichtjuristische Argumente im Rahmen der üblichen Auslegungsmethoden.¹³⁵ Eine fremde Rechtsordnung heranzuziehen bedeutet auch nicht automatisch sie als zwingend anzusehen. Unter Berücksichtigung des ei-

121 Levinson (Fn. 119), Tex. Int'l L.J. 39 (2004), 353 (363).

122 Alford (Fn. 119), Am. J. Int'l L. 98 (2004), 57 (69).

123 Mayer, in: Callies (Fn. 73), 167 (170), ähnlich Baer (Fn. 3), ZaöRV 2004, 735 (755 f.). So ist die Auffassung der Mehrheitsmeinung in *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), 715, die ausländischen Quellen seien bindend, wenig überzeugend – die ausdrückliche Nennung dieses Arguments macht die Entscheidung aber nachvollziehbar und damit kritisierbar.

124 Glensy, Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority, Virginia Journal of International Law 45 (2005), 357 (442 ff.), der zeigt, dass es sich bei *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), um das Kriterium der „liberalen Demokratien“ handelte. Dass die Mehrheit nur von der „Praxis anderer Staaten“ sprach, sei unzureichend gewesen, der dann vollzogene Vergleich aber berechtigt.

125 Bernhardt (Fn. 2), ZaöRV 1964, 431 (443); vgl. auch Bryde (Fn. 20), Tul. L. Rev. 80 (2005), 203 (213), der insb. bei staatsorganisationsrechtlichen Fragen Bedenken gegen einen Vergleich hat. Ähnlich *Calabresi/Zimdahl* (Fn. 45), Wm. & Mary L. Rev. 47 (2005), 743 (906 f.).

126 *Childress III* (Fn. 56), Duke L.J. 53 (2003), 193 (220 f.); vgl. auch *Glendon* (Fn. 86), U. Chi. L. Rev. 59 (1992), 519 (524), sowie schon *Scalia* (Fn. 57); ähnlich *Groffeld* (Fn. 83), S. 33.

127 S. schon oben III. 1. e).

128 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (144 f.); *Tushnet* (Fn. 105), Yale L.J. 108 (1999), 1225 (1307 f.). Im Übrigen ist der Kultureinwand in Amerika, wo er besonders stark ver-

treten wird, wenig überzeugend, da die Verfassungsväter sich in der Unabhängigkeitserklärung gerade auf universelle Werte beriefen, vgl. *Sommermann*, in: HGR I (Fn. 37), § 16 Rn. 21.

129 Alford (Fn. 119), Am. J. Int'l L. 98 (2004), 57 (58 ff.); Levinson (Fn. 119), Tex. Int'l L.J. 39 (2004), 353 (360). Wegen fehlender normativer Kraft erkennt auch *Groffeld* (Fn. 83), S. 33, nur eine mittelbare Verwertbarkeit rechtsvergleichender Argumente an.

130 *Scalia* in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 598, und *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), 324.

131 *Childress III* (Fn. 56), Duke L.J. 53 (2003), 193 (212 f.).

132 Etwa wenn ein Staat ein internationales Abkommen bewusst nicht unterzeichnet, dessen Wertungen dann aber durch rechtsvergleichende Auslegung in das nationale Recht übernommen werden. Vgl. Alford (Fn. 119), Am. J. Int'l L. 98 (2004), 57 (59) m.w.N. Dieses Problem wird in den USA vor allem bzgl. der Kontrolle von Parlamentsgesetzen durch den *Supreme Court* diskutiert. Diese umfassende Auseinandersetzung kann hier nicht wiedergegeben werden.

133 *Koh*, International Law as Part of Our Law, American Journal of International Law 98 (2004), 43 (55).

134 *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 21), S. 386, ähnlich *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 47 ff.

135 *Schulze*, Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung, ZfRV 1997, 183 (193 f.), nennt etwa das Vertrauen auf Regeln der Logik und der Sprache bei der grammatikalischen oder auf Aussagen von an der Gesetzgebung beteiligten Personen bei der historischen Auslegung.

genen Hintergrunds wird sie angereichert, ohne angetastet zu werden.¹³⁶ Auf die Frage der Legitimation ist deshalb bei der rechtsvergleichenden Auslegung stets Acht zu geben, ohne dass dies ihre Berechtigung grundsätzlich in Frage stellen würde.¹³⁷

d) Funktionalitätsargument

Ein weiterer häufig geäußelter Einwand ist der der Praktikabilität: Für eine echte rechtsvergleichende Auslegung seien Ressourcen und Fähigkeiten erforderlich, über die der Rechtsanwender oft nicht verfüge. Dazu gehöre der Zugang zu relevanten Informationen,¹³⁸ aber auch eine ausreichende Selektionsfähigkeit, da er sich kaum in ein gesamtes nationales Recht einarbeiten könne.¹³⁹ Hinzu kommen insbesondere auch Sprachbarrieren, die das Spektrum der zu vergleichenden Länder limitieren.¹⁴⁰ Andernfalls ergebe sich die Gefahr, dass Begriffe anderer Rechtsordnungen – aus ihrem Kontext gelöst – wegen ihrer scheinbaren Ähnlichkeit miteinander verglichen werden, obwohl ihnen in den verschiedenen Ländern eine unterschiedliche Funktion zukommt.¹⁴¹

Die Schlussfolgerung daraus sollte sein: Rechtsvergleichung ist aufwendig, mit vielen Fallstricken verbunden und deshalb vorsichtig anzuwenden.¹⁴² Gerade bei Gericht dürfte häufig die Zeit fehlen, umfassende rechtsvergleichende Untersuchungen anzustellen – hier ist dann die Wissenschaft gefordert, die auch schon beachtliche Vorarbeiten zur Verfügung stellt.¹⁴³ Auch wenn ggf. nur wenig Vergleichsmaterial bereitsteht, ist es bei entsprechender theoretischer Durchdringung durchaus verwertbar.¹⁴⁴

3. Ergebnis

Die genannten Argumentationsmuster für und wider die rechtsvergleichende Auslegung zeigen, dass weder ihre Vor- noch ihre Nachteile eine eindeutige Antwort für den Gebrauchswert der Auslegungsmethode geben. Einerseits sollten rechtsvergleichende Argumente aufgrund ihrer Vorteile in der Auslegung nicht einfach ignoriert werden, die Nachteile müssen aber angemessen berücksichtigt werden.¹⁴⁵ Daraus folgt, dass für die rechtsvergleichende Auslegung verschiedene Anwendungsbereiche zu differenzieren sind, in denen ihr jeweils ein unterschiedliches Gewicht zukommt.¹⁴⁶ Diese Differenzierung hängt weniger von der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ab, sondern orientiert sich erstens an der Offenheit der Rechtsordnung bzw. der auszulegenden Norm für eine Heranziehung ausländischen Rechts und zweitens an der Universalität der heranzuziehenden Normen.¹⁴⁷

Ausgehend von den verschiedenen Begründungsmodellen (III. 1.) können folgende Funktionen der rechtsvergleichenden Auslegung identifiziert werden.¹⁴⁸

a) Inspirierende Rechtsvergleichung

Die erste Kategorie beschreibt Anwendungsbereiche der Rechtsvergleichung, in denen sie die Funktion der Inspirationsquelle einnimmt.¹⁴⁹ Diese Vorgehensweise kann hier als dialogische Rechtsvergleichung bezeichnet werden.¹⁵⁰ Mittels der Untersuchung strukturell vergleichbarer Normen anderer Rechtsordnungen werden Besonderheiten sowie Vor- und Nachteile der heimischen Norm sichtbar.¹⁵¹ Dies erleichtert die Selbstreflexion über mögliche Lösungen der zu wählenden Auslegung.¹⁵² Der Dialog kommt dadurch zustande, dass nicht nur eine andere Rechtsordnung für eine vergleichbare Frage in Betracht gezogen wird, sondern das die letztlich

136 Vgl. Südafrikanisches Verfassungsgericht, *S v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC) Rn. 39.

137 Vgl. *Choudhry* (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (890 ff.); *Jackson* (Fn. 54), Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 (125).

138 *Bryde* (Fn. 20), Tul. L. Rev. 80 (2005), 203; *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193. Dieser Aspekt dürfte sich jedoch in Zeiten des Internets und hochleistungsfähiger Datenbanken deutlich abgeschwächt haben, vgl. schon *Drobnig* (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (616).

139 *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 21), S. 387; *Oberheiden* (Fn. 16), S. 64 f.

140 *Halberstam*, Of Power and Responsibility – The Political Morality of Federal Systems, Virginia Law Review 90 (2004), 731; so vergleichen deutsche Gerichte bevorzugt mit deutschsprachigen, britische Gerichte mit englischsprachigen Ländern, vgl. II. 1. und 3., *Schulze* (Fn. 135), ZfRV 1997, 183 (196); *Markesinis/Festke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (93).

141 Vgl. *Ponthoreau* (Fn. 19), RIDC 2005, 7 (22); *Sitaraman* (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653 (661 f.); ausführlich *Kischel* (Fn. 76), ZVglRWiss 104 (2005), 10 (11 ff.); *Sommermann* (Fn. 37), DÖV 1999, 1017 (1022), nennt das typische Beispiel, dass ein französischer *acte administratif* nicht mit einem deutschen Verwaltungsakt gleichgesetzt werden darf.

142 Grundlegend *Kischel* (Fn. 76), ZVglRWiss 104 (2005), 10.

143 Vgl. *Großfeld* (Fn. 83), S. 35 f.; *Zweigert/Kötz*, RVgl. (Fn. 13), S. 19. Hier kommt es insb. auf eine verständliche Präsentation der rechtsvergleichenden Quellen an, vgl. *Markesinis/Festke* (Fn. 22), S. 225. Zum Ganzen auch *Mayer*, in: Callies (Fn. 73), 167 (183 f.).

144 *Tushnet* (Fn. 105), Yale L.J. 108 (1999), 1225 (1267).

145 Vgl. *Rahdert* (Fn. 86), Am. U. L. Rev. 56 (2007), 553 (665); *Jackson* (Fn. 54), Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 (116 ff.).

146 *Mössner* (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (209); *Drobnig* (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (628); *Cárdenas Paulsen* (Fn. 4), S. 153.

147 Vgl. *Markesinis/Festke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (147); *Jackson* (Fn. 54), Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 (125).

148 Einteilung im Anschluss an *Choudhry* (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819; *Markesinis/Festke* (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (139 ff.) und *Cárdenas Paulsen* (Fn. 4), S. 121 ff., die die Kategorien jedoch als „Auslegungsmethoden“ bezeichnet. *Choudhry* verwendet im Original *modes*, genauso *Sitaraman* (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653. Es scheint sich aber eher um Funktionen oder Einsatzfelder der rechtsvergleichenden Auslegung zu handeln, vgl. *Sauer*, Cárdenas Paulsen, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Rezension), DÖV 2011, 75 (76). Einheitliche Begriffe scheinen sich jedoch in der Literatur noch nicht herauszukristallisieren.

149 *Smits*, in: Oxf. HCL (Fn. 65), 513 (525).

150 *Choudhry* (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (835 ff.); *Cárdenas Paulsen* (Fn. 4), S. 134 ff.

151 *Sommermann* (Fn. 37), DÖV 1999, 1017 (1020).

152 *Baer* (Fn. 3), ZsöRV 2004, 735, vertritt gar eine „reflexive Methode“ der Rechtsvergleichung. Laut *Choudhry* (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (892 f.), handelt es sich eher um eine juristische Auslegungstechnik als um eine Auslegungstheorie.

gewählte Auslegung wiederum Grundlage für weitere Entscheidungen in anderen Ländern sein kann.¹⁵³ Damit werden hauptsächlich das Informations- (III. 1. c)) und Legitimierungsmodell (III. 1. d)) als Begründung herangezogen, der Aspekt des transnationalen Austauschs beinhaltet aber auch Elemente des Harmonisierungsmodells (III. 1. a)).

Der Anwendungsbereich dieses Ansatzes ist grundsätzlich umfassend: Da er keine normativen Implikationen in sich trägt, sondern lediglich eine inspirierende Auslegungshilfe ist, bedarf es lediglich einer Norm in der anderen Rechtsordnung, die der eigenen entspricht.¹⁵⁴ Deshalb wird dieses Modell der rechtsvergleichenden Auslegung auch als weitgehend unproblematisch angesehen.¹⁵⁵

b) Indizierende Rechtsvergleichung

Ein problematischerer Teil der rechtsvergleichenden Auslegung soll als indizierende Rechtsvergleichung bezeichnet werden. Hier werden im Gegensatz zum soeben beschriebenen Modell die fremden Rechtsordnungen nicht bloß in Betracht gezogen; ihre Lösungen legen es der beabsichtigten Auslegung zumindest nahe, zum selben Ergebnis zu führen.¹⁵⁶

Auf diese Stufe lässt sich zunächst die universalistische Rechtsvergleichung¹⁵⁷ einordnen. Eine Grundannahme dieses Modells ist, dass verschiedene Rechtsordnungen ähnliche Lösungen finden, die sich zu einer universellen Rechtssprache zusammenfügen.¹⁵⁸ Voraussetzung ist jedoch, dass ähnliche Vorschriften in vielen – nicht notwendig allen – Rechtsordnungen existieren, weshalb der Anwendungsbereich vor allem allgemeine Rechtsprinzipien und Grundwerte erfasst.¹⁵⁹ Und auch innerhalb des Anwendungsbereichs ist zu differenzieren: einem Kern wird man universelle Bedeutung zusprechen können, doch andere Teile werden kulturell geprägt und deshalb schwieriger übertragbar sein. Diese Anforderungen verengen den Bereich der universalistischen Rechtsvergleichung erheblich und stellen hohe Anforderungen an ihre Anwendung. Die dadurch erzielten Ergebnisse führen jedoch mit einiger Wahrscheinlichkeit dazu, dass internationale Normen und Standards gestärkt werden.¹⁶⁰

Ein weiterer Ansatz in diesem Rahmen ist die sog. genealogische Rechtsvergleichung.¹⁶¹ Zum Einsatz kommt sie, wenn zwei Rechtsordnungen durch eine gemeinsame Abstammung oder Geschichte eng miteinander verbunden sind. Je stärker dies der Fall ist, desto größer ist die Wirkung auf die auszulegende Rechtsordnung.¹⁶² Der Anwendungsbereich dieses Ansatzes wird aber dadurch verkleinert, dass eine hinreichende historische Verbindung häufig schwer zu belegen ist.¹⁶³

Hierbei ist hervorzuheben, dass die genannten rechtsvergleichenden Auslegungsmodelle nicht exklusiv angewandt werden, sondern kombinierbar sind. Gerade der grundlegende Ansatz der dialogischen Rechtsvergleichung lässt sich häufig in die anderen zu deren Absicherung integrieren.¹⁶⁴ Im Bereich der abstrakten Rechtsmodelle¹⁶⁵ spielt etwa sowohl die Genese als auch das zugrunde liegende einheitliche Rechtsdenken eine Rolle, sodass hier teilweise auf die genealogische, teilweise auf die universalistische Rechtsvergleichung zurückgegriffen wird.

c) Maßgebliche Rechtsvergleichung

Grundsätzlich sind rechtsvergleichende Argumente nicht allein ausschlaggebend für die Auslegung einer Norm.¹⁶⁶ Wenn es eine nationale oder internationale Norm allerdings ausdrücklich oder implizit anordnet, dass ausländische Rechtsordnungen in Betracht zu ziehen sind, sind rechtsvergleichende Überlegungen nicht nur durchzu-

rungsmodell, trägt aber den unter III. 2. geäußerten Einwänden Rechnung.

161 Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (838 f.); Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 138 ff.

162 Vgl. Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (825), der sogar von einer Bindungswirkung der genealogisch verbundenen Rechtsordnungen spricht. Dies erscheint jedoch zweifelhaft, wie das Beispiel des südafrikanischen Verfassungsgerichts zeigt, dass trotz des starken Einflusses europäischer „Mutterordnungen“ die eigene Kultur und Identität betont, *S v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC) Rn. 39.

163 So kritisiert Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (886 f.), dass bei der Frage der Rechte kanadischer indigener Völker die USA aufgrund der gemeinsamen „Abstammung“ vom *British Empire* zum Vergleich herangezogen werden. Aufgrund der grundsätzlich verschiedenen Verfassungstypen seien sie jedoch nicht als „historisch verwandt“ vergleichbar. Vgl. zur Problematik der Einteilung in Rechtskreise Fn. 103.

164 Vgl. Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (839); vgl. in diese Richtung auch Zippelius, Methodenlehre (Fn. 134), S. 47 f., der als Beispiel BVerfGE 112, 332 (350 ff.), anführt, die eine Entscheidung zum Pflichtteilsrecht u.a. mit einem Vergleich zu Österreich, Polen, Italien und Frankreich sowie römischen Rechtsgrundsätzen begründet. Sowohl die gemeinsame Abstammung als auch die gemeinsame rechtsethische Überzeugung tragen demnach diese Entscheidung.

165 Etwa der *Typus Verfassungsstaat*, s. dazu oben III. 1. b).

166 So auch die dargestellte Praxis der Gerichte (s. oben II. 5.); dadurch wird den Bedenken gegen eine fehlende demokratische Legitimation Rechnung getragen (III. 2. c)). Eine Folge ist, dass sich die rechtsvergleichenden Argumente in den heimischen Methodenkanon einpassen müssen, vgl. Sitaraman (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653 (679).

153 Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (836).

154 Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (888 ff.).

155 Selbstverständlich nur, sofern man die Heranziehung ausländischer Normen zur Auslegung überhaupt akzeptiert, vgl. Sitaraman (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653 (664 ff.).

156 Vgl. Sitaraman (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653 (675 f.). Laut Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (815), wird dadurch eine Argumentationslast begründet.

157 Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (833 ff.); Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 123 ff.

158 Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (834); in diese Richtung auch Slaughter (Fn. 65), Harv. Int'l L.J. 44 (2003), 191 (202).

159 Je weiter diese Prinzipien und Werte verbreitet sind, desto höher ihre Legitimität, vgl. Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (844) und (886); Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 123.

160 Zum Ganzen Choudhry (Fn. 97), Ind. L.J. 74 (1999), 819 (887 ff.). Dieser Ansatz folgt damit im Wesentlichen dem Harmonisie-

führen, sondern können auch maßgeblich sein.¹⁶⁷ Ein Modell, das als Symbiose der bisher vorgestellten Ansätze erscheint, ist das der kommunitaristischen Rechtsvergleichung. Die Eigenart besteht darin, dass es auf Rechtsordnungen angewendet wird, die einer auf tiefere Zusammenarbeit und Angleichung ausgerichteten Rechtsgemeinschaft zugehören.¹⁶⁸ Dieser Zweck ist bei der Auslegung stets zu berücksichtigen, weshalb der rechtsvergleichenden Auslegung eine bedeutende Stellung zukommt. Musterbeispiel für diesen Ansatz ist die EU.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das rechtsvergleichende Argument grundsätzlich eine absichernde und ergänzende Funktion hat. Es kann jedoch die Auslegung einer Norm maßgeblich prägen, wenn es sich aus Kontext und Stellung der auszulegenden Norm ergibt – etwa bei einem besonderen internationalen Bezug der Norm.¹⁶⁹ In diesen Bereichen ist der Nachweis allerdings an hohe Voraussetzungen gebunden.¹⁷⁰

IV. Anwendungsbereiche rechtsvergleichender Auslegung

1. Grundlagen der Anwendungsbereiche

a) Voraussetzungen und Grenzen

Grundlage der rechtsvergleichenden Auslegung ist, dass sie nicht von der Bindung an das Gesetz befreit, auch wenn die ausländische Lösung als die bessere erscheint.¹⁷¹ Nur dort, wo das Gesetz Entscheidungsalternativen offen lässt, also wenn Lücken oder Unklarheiten bestehen, kommt eine Heranziehung ausländischen Rechts in Betracht.¹⁷² Die Grenze, so die allgemein übliche Formel,

liege im Wortlaut einer Norm¹⁷³ – allerdings kann die Rechtsvergleichung erst offenlegen, dass der Wortlaut nicht klar ist.¹⁷⁴ Gerade die anfangs aufgeführte Praxis zeigt, dass die klare Abgrenzung häufig schwer feststellbar ist und deshalb relativ frei gehandhabt wird.¹⁷⁵

Wenn die Heranziehung ausländischen Rechts mehr sein soll als bloße Verzierung, ist darüber hinaus eine ausführliche Auseinandersetzung mit den heranzuziehenden Quellen unentbehrlich.¹⁷⁶ Hier muss den Einwänden des Manipulierungs- und Funktionalitätsarguments (III. 2. a) und d)) hinreichend Rechnung getragen werden. Sind diese Voraussetzungen jedoch erfüllt, ist eine rechtsvergleichende Auslegung in diesem Rahmen möglich.

b) Methode der rechtsvergleichenden Auslegung

Für die Methode der rechtsvergleichenden Auslegung werden zahlreiche Vorschläge gemacht.¹⁷⁷ Häufig wird gefordert, die in der Rechtsvergleichung vorherrschende funktionelle Methode anzuwenden.¹⁷⁸ Danach soll sich der Rechtsvergleicher – ausgehend von einem Sachproblem – vollständig von den Begrifflichkeiten des heimischen Rechts lösen, die Funktionen der Rechtsnormen analysieren und deren Lösungen mit denen anderer Länder vergleichen.¹⁷⁹ Allerdings werden für diese aus dem Zivilrecht stammende Methode Anpassungen für das öffentliche Recht gefordert.¹⁸⁰ So können gerade hier Institutionen eine derart prägende Bedeutung für eine Staatsordnung haben, dass eine vollständige Lösung von Begriffen nicht zweckmäßig erscheint.¹⁸¹ Diese funktionelle Methode ist zumindest dort ertragreich, wo die rechtsvergleichende Auslegung dem dialogischen Ansatz folgt.¹⁸²

Für manche Bereiche wird sie aber als zu unergiebig kritisiert.¹⁸³ Deshalb wird ergänzend die Methode der

167 Münch, Einführung in die Verfassungsvergleichung, ZaöRV 1973, 126 (127); ähnlich Kötz, in: FG BGH (Fn. 25), 825 (826); Aubin (Fn. 25), RabelsZ 34 (1970), 458 (458 f.). Anders zumindest für implizite Anordnungen Sitaraman (Fn. 114), Harv. J.L. & Pub. Pol'y 32 (2009), 653 (673), der darin die Gefahr einer durch Auslegung erreichbaren Umgehung der demokratischen Legitimation sieht. Da aber alle unbestimmten Rechtsbegriffe ausgelegt werden müssen, ist diese Gefahr jedem Rechtssystem inhärent, vgl. Kramer, Methodenlehre (Fn. 21), S. 66 f.

168 Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 141 ff., zur Abgrenzung zu den anderen Modellen insb. S. 142.

169 Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 21), S. 461; Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 41), S. 626; Slaughter (Fn. 65) Harv. Int'l L.J. 44 (2003), 191 (193).

170 Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (815). Entsprechend hoch ist die Gefahr willkürlicher oder fehlerhafter Rechtsvergleichung, vgl. Fn. 74.

171 Starck (Fn. 20), JZ 1997, 1021 (1024); Wieser (Fn. 26), S. 34; Jackson (Fn. 54), Harv. L. Rev. 119 (2005), 109 (114); Breyer bei Dorssen (Fn. 49), Int'l J. Const. L. 3 (2005), 819 (530). Ebenso grds. die Auffassung von BVerfGE 3, 225 (244 f.), und BGHZ 80, 153 (156), die allerdings nicht konsequent ist, vgl. BGHZ 35, 363 (389); 39, 124 (132).

172 Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (203 f.); Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 21), S. 386; Wieser (Fn. 26), S. 34 f.; Zweigert/Kötz, RVgl. (Fn. 13), S. 16.

173 Vgl. BVerwGE 12, 42 (44); Drobnig (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (627).

174 So Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (204 in Fn. 45). Hier wird erneut deutlich, dass die übliche Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung an der Wortlautgrenze in diesem Zusammenhang wenig weiterhilft, vgl. dazu schon oben Fn. 21.

175 Vgl. auch Häberle (Fn. 100), JZ 1989, 913 (916); Oberheiden (Fn. 16), S. 167 ff.

176 Vgl. Levinson (Fn. 119), Tex. Int'l L.J. 39 (2004), 353 (363).

177 Hier kann nur auf wesentliche Grundzüge eingegangen werden. Zu den Einzelheiten vgl. die Beispiele bei Cárdenas Paulsen (Fn. 4), S. 121 f. und Wieser (Fn. 26), S. 38 f.

178 Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 21), S. 386; Starck (Fn. 20), JZ 1997, 1021 (1028 f.); Münch (Fn. 167), ZaöRV 1973, 126 (139 f.).

179 Vgl. Zweigert/Kötz, RVgl. (Fn. 13), S. 33 ff.; Wieser (Fn. 26), S. 43; Sommermann, in: HGR I (Fn. 37), § 16 Rn. 62.

180 Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (242).

181 Wieser (Fn. 26), S. 40.

182 Baer (Fn. 3), ZaöRV 2004, 735 (756). Anders Teitel, Comparative Constitutional Law in a Global Age, Harv. L. Rev. 117 (2004), 2570 (2585 f.), die der dialogischen Rechtsvergleichung allerdings auch einen normativen Anspruch zuschreibt.

183 Vgl. Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (810 ff.); kritisch auch Markesinis/Fedtke (Fn. 22), S. 37 ff.

Textstufenanalyse vorgeschlagen.¹⁸⁴ Ausgehend von verschiedenen Rechtstexten wird nicht nur deren kultureller Kontext, sondern ihre gegenseitige Beeinflussung auf der „Wirk- und Interpretationsebene“ auch aus kulturwissenschaftlicher Sicht analysiert. Eine Folge kann sein, dass sich daraus nicht nur Text-, sondern auch Rechtsgemeinschaften herauskristallisieren.¹⁸⁵ Dies kann insbesondere für die Ansätze der indizierenden Rechtsvergleichung (III. 3. b)) ertragreich sein. Einschränkend ist jedoch festzuhalten, dass ein derartiger Nachweis noch schwieriger zu vollziehen ist als der eines gemeinsamen Rechtskreises. Deshalb bleibt letztlich der Anwendungsbereich nur begrenzt.¹⁸⁶

Die dargestellten methodischen Ansätze beanspruchen keine Exklusivität, so wie sich auch für die Funktionen der rechtsvergleichenden Auslegung (III. 3.) ein differenziertes, sich aus verschiedenen Teilstücken komplementierendes Bild ergeben hat.

c) Rechtsvergleichung im „klassischen“ Kanon der Auslegungsmethoden

Wie bereits erwähnt, ist nach der Einpassung der rechtsvergleichenden Auslegung in die nationale Methodenlehre zu fragen.¹⁸⁷ Am Beispiel Deutschlands heißt das: Lässt sie sich in den Kanon der vier „klassischen“ Auslegungsmethoden¹⁸⁸ integrieren? Wenn ja, wie?

In den Standardlehrbüchern zur Methodenlehre wird die rechtsvergleichende Auslegung häufig nicht oder allenfalls am Rande angesprochen.¹⁸⁹ Häberle hat dagegen die Rechtsvergleichung zusätzlich zu dem klassischen Methodenkanon als „fünfte Auslegungsmethode“ vorgeschlagen.¹⁹⁰ Andere ordnen sie als Unterfall der vier Methoden wie der teleologischen¹⁹¹ oder im Rahmen des europäischen Rechts auch der systematischen¹⁹² Aus-

legung ein.¹⁹³ Eine Entscheidung über die genaue Einordnung ist jedoch nicht erforderlich: Zum einen sind die einzelnen „Methoden“ eher als Auslegungskriterien anzusehen,¹⁹⁴ die in begrifflich unscharfen Bereichen etwa durch die typologische Methode ergänzt werden.¹⁹⁵ Zum anderen gibt es auch innerhalb dieser keine Rangordnung,¹⁹⁶ sodass der Einfluss der rechtsvergleichenden Auslegung auch im Rahmen der „klassischen Methoden“ zur Geltung kommen kann. Faktisch wird sie jedenfalls schon – wie die oben genannten Beispiele (II.) gezeigt haben – von den Gerichten praktiziert, die die Wahl der Interpretationsregeln ohnehin frei handhaben.¹⁹⁷

2. Einzelne Anwendungsbereiche rechtsvergleichender Auslegung

Wie dargestellt, lassen sich verschiedene Anwendungsbereiche der rechtsvergleichenden Auslegung mit jeweils verschiedenem Gewicht differenzieren. Im Folgenden soll ein Überblick gegeben werden. Vertiefte Analysen sind jedoch nicht Schwerpunkt dieser Untersuchung, sodass sich nähere Betrachtungen vor allem auf Bereiche des öffentlichen Rechts beschränken.

a) Anwendungsbereiche der maßgeblichen Rechtsvergleichung

Wie schon unter III. 3. c) dargelegt, kommt der rechtsvergleichenden Auslegung in der EU eine hervorgehobene Bedeutung zu. So werden die Allgemeinen Rechtsgrundsätze als wichtiger Teil des Unionsrechts rechtsvergleichend ermittelt.¹⁹⁸ Ähnliches gilt für die Auslegung der Grundrechte gem. Art. 52 Abs. 4 EuGRCh. Zusammen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und den nationalen Grundrechten ergibt sich zudem ein europäischer Grundrechtsverbund, in dem sich EGMR, EuGH und nationale Gerichte abstimmen. Da hier keine klare Hierarchisierung festgestellt werden kann, entstehen auch Wechselwirkungen zwischen den

184 Sommermann (Fn. 37), DÖV 1999, 1017 (1022).

185 Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (813); Häberle (Fn. 100), JZ 1989, 913 (917 f.); ausführlich ders., RVgl. im Verf.-Staat (Fn. 117), S. 3 ff.

186 Vgl. Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (813).

187 Berger, Harmonisation of European Contract Law – The Influence of Comparative Law, International & Comparative Law Quarterly 50 (2001), 877 (881); vgl. schon oben Fn. 166.

188 Vgl. zum Methodenkanon, der aus den auf F. C. Savigny zurückgehenden Elementen der grammatischen, historischen und systematischen Auslegung sowie der teleologischen Auslegung besteht, Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, Rn. 375 f.; Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 21), S. 436 ff.; Kramer, Methodenlehre (Fn. 21), S. 56 ff.; Schluep, Rechtstheorie (Fn. 13), Rn. 928 ff.

189 Schulze (Fn. 135), ZfRV 1997, 183; vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995; Zippelius, Methodenlehre (Fn. 134), S. 47 ff.; Pawlowski, Methodenlehre (Fn. 109), Rn. 227.

190 Häberle (Fn. 100), JZ 1989, 913 (916 ff.).

191 Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 21), S. 461; Starck (Fn. 20) JZ 1997, 1021 (1024); laut Häberle (Fn. 100), JZ 1989, 913 (917), besteht eine besondere Nähe zu ihr.

192 Schulze (Fn. 135), ZfRV 1997, 183 (191); Giesecki, Methodik der Auslegung kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Rechts, 2008, S. 242; Pawlowski, Methodenlehre (Fn. 109), Rn. 363a.

193 Sommermann, in: HGR I (Fn. 37), § 16 Rn. 51. Gerade aufgrund dieser Flexibilität betont Tschentscher (Fn. 2), JZ 2007, 807 (812 f.), die Rechtsvergleichung müsse als eigene Auslegungsmethode anerkannt werden.

194 Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 189), S. 140.

195 Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 41), S. 616 ff.; auch zur Konzeption von Typen näher bei Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 21), S. 543 ff.

196 Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 189), S. 166; Zippelius, Methodenlehre (Fn. 134), S. 50; kritisch dazu Kramer, Methodenlehre (Fn. 21), S. 170.

197 Hassemer, in: Kaufmann/ders./Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 263; kritisch dazu Rüthers, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn. 704 ff. Zum Ganzen Häberle, RVgl. im Verf.-Staat (Fn. 117), S. 98.

198 Es handelt sich hier um eine implizite Anordnung zur rechtsvergleichenden Auslegung; s. dazu schon oben II. 4. Zu berücksichtigen sind die dort genannten Besonderheiten der wertenden Rechtsvergleichung. Auf vergleichbare Weise geht der EGMR bei der Auslegung der EMRK vor, vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 11.

nationalen Grundrechtsordnungen.¹⁹⁹ Doch auch bei der Umsetzung von europäischem in nationales Recht kann die rechtsvergleichende Auslegung maßgeblich sein, insbesondere wenn es um schwierige oder grundsätzliche Auslegungsfragen geht.²⁰⁰ Denn Ziel ist hier, dass das europäische Recht in allen Mitgliedsstaaten einheitlich ausgelegt wird.²⁰¹ Dies wird zwar grundsätzlich durch das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV gewährleistet. Doch ein letztinstanzliches nationales Gericht ist dann nicht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet, wenn die fragliche Auslegung offenkundig ist – und um dies festzustellen, hat es die beabsichtigte Auslegung auch mit anderen Mitgliedsstaaten abzugleichen.²⁰² Man könnte deshalb von einer *soft stare decisis* der Entscheidungen anderer Gerichte sprechen.²⁰³ Entweder die nationalen Gerichte stimmen sich nach rechtsvergleichenden Überlegungen mit anderen ab, oder sie legen die Frage dem EuGH vor.²⁰⁴

Eine ähnliche Struktur weist die Auslegung nationalen Rechts auf, das auf völkerrechtliche Verträge zurückgeht.²⁰⁵ Hier ist die völkerrechtskonforme Auslegung teilweise in den Verfassungen angeordnet, zumindest aber implizit geboten.²⁰⁶ Doch um den Zweck des Völkerrechts erfüllen zu können, ist auch die Betrachtung der Auslegungspraxis anderer Länder geboten.²⁰⁷

Auch im Internationalen Privatrecht kann die Rechtsvergleichung eine maßgebliche Rolle spielen: So richtet sich die Qualifikation eines ausländischen Rechtsinstituts nach h.M. nach der *lex fori*, allerdings muss ihre Funktion ermittelt, mit dem heimischen Recht abgeglichen und letzterem zugeordnet werden. Dazu wird die rechtsvergleichende Methode angewandt.²⁰⁸

Eine implizite Ermächtigung zur rechtsvergleichenden Auslegung ist auch in Art. 1 Abs. 2 ZGB zu sehen,²⁰⁹ die aber nicht als Rechtsgrundsatz die Rechtsverglei-

chung als allgemeine Interpretationsmethode zu begründen vermag.²¹⁰

b) Anwendungsbereiche der indizierenden Rechtsvergleichung

Am Beispiel Südafrika, wo mit genealogischen Erklärungsmustern in der Auslegung von Normen gearbeitet wird, ist erkennbar, dass die Anwendung der indizierenden Rechtsvergleichung angebracht ist, wo Normen eindeutig auf Vorbilder anderer Staaten zurückgehen.²¹¹

Ein weitaus umstrittenerer Bereich, der eine gemeinsame historische Abstammung mit Aspekten der soeben beschriebenen europäischen Rechtsharmonisierung kombiniert und hier nur angedeutet werden kann, ist der des gemeineuropäischen Privatrechts.²¹² Ziel der Rechtsvergleichung solle der Nachweis von Traditionslinien des alten und das Ausarbeiten eines neuen *ius commune europae* sein.²¹³ Der rechtsvergleichenden Auslegung komme in diesem Rahmen ein ähnlich normativer Charakter wie bei den Menschenrechten zu.²¹⁴

Rechtsvereinheitlichung kann im öffentlichen Recht schon aufgrund der unterschiedlichen historischen und politischen Voraussetzung weit weniger ein Ziel sein als im Privatrecht.²¹⁵ Dennoch wird zumindest im europäischen Raum die Entstehung eines gemeinsamen Verfassungsrechts festgestellt, das durch die Verfestigung des „europäischen Verfassungsverbundes“ eine hinreichende strukturelle Verbindung begründet, die eine rechtsvergleichende Auslegung begünstigt.²¹⁶ Ähnliches gilt zwischen einzelnen Mitgliedern eines Föderalstaats.²¹⁷ Doch auch darüber hinaus sollen verfassungsrechtliche Auslegungsprobleme überall dort rechtsvergleichend gelöst werden, wo sich Staaten zum „Typus Verfassungs-

199 Vgl. Sommermann, in: HGR I (Fn. 37), § 16 Rn. 22; Kirchhof (Fn. 93), NJW 2011, 3681 (3682 ff.); Grabenwarter, EMRK (Fn. 198), § 4 Rn. 11 ff.; Pernice, La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 2010, 51 (66 f.); ähnlich schon Häberle, RVgl. im Verf.-Staat (Fn. 117), S. 98.

200 Flessner, Juristische Methode und europäisches Privatrecht, JZ 2002, 14 (18). Dem entspricht die Praxis des BGH, s. oben II. 1. b).

201 Kötz (Fn. 78), JZ 2002, 257 (258); dies ist nicht gleichbedeutend mit Rechtsvereinheitlichung, vgl. Schulze (Fn. 135), ZfRV 1997, 183 (189).

202 EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 – C.I.L.F.I.T., Rn. 16; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 74), Art. 267 Rn. 58.

203 Giesecki (Fn. 192), S. 243; ähnlich Berger (Fn. 187), I.C.L.Q. 50 (2001), 877 (883 ff.).

204 Schulze (Fn. 135), ZfRV 1997, 183 (191); Markesinis/Fedtke (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (107); allerdings tun sich die Gerichte in der Praxis häufig schwer damit, vgl. Müller/Christensen (Fn. 73), S. 104; Markesinis/Fedtke (Fn. 22), S. 334.

205 Vgl. Zweigert/Kötz, RVgl. (Fn. 13), 19; Kötz (Fn. 78), JZ 2002, 257 (258).

206 Ausdrücklich etwa in Art. 10 Abs. 2 der spanischen Verfassung, vgl. Nußberger (Fn. 71), JZ 2006, 763 (766).

207 Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 70.

208 Vgl. Kropholler, IPR (Fn. 207), S. 125 f.; Drobnig (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (613).

209 Vgl. dazu oben II. 5., insb. Fn. 83.

210 So aber Häberle (Fn. 100), JZ 1989, 913 (916); Zweigert (Fn. 1), RabelsZ 15 (1949/50), 5 (9 f.); dieses Argument überzeugt kaum, weil die Heranziehung ausländischen Rechts mit ausländischem Recht begründet wird, Drobnig (Fn. 25), RabelsZ 50 (1986), 610 (611).

211 Markesinis/Fedtke (Fn. 13), Tul. L. Rev. 80 (2005), 11 (106); s. schon oben II. 5.

212 Das kontinentaleuropäische *ius commune* des 17./18. Jahrhunderts erhält etwa durch den europäischen Binnenmarkt des Art. 26 AEUV neuen Aufschwung. Ausführlich dazu, zur Rolle der Rechtsvergleichung in dieser Entwicklung und zur Kritik: Zimmermann, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: Reimann/ders. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 539 (539 ff.); Smits, Convergence of Private Law in Europe: Towards a New *Ius Commune*?, in: Örtücü/Nelken (Hrsg.), Comparative Law, A Handbook, 2007, 219 (219 ff.) m.w.N.

213 Vgl. Zweigert/Kötz, RVgl. (Fn. 13), S. 28 f.; Kötz (Fn. 78), JZ 2002, 257 (259 ff.).

214 Smits, in: Oxf. HCL (Fn. 65), 513 (529); ähnlich Berger (Fn. 187), I.C.L.Q. 50 (2001), 877 (892). „Europäische Grundwerte“ sollen auch ohne europäisches Sekundärrecht ausschlaggebend sein, vgl. das Beispiel der Telefax-Bürgschaft bei Flessner (Fn. 200), JZ 2002, 14 (18 ff.); kritisch dazu Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 41), S. 626.

215 Vgl. Wieser (Fn. 26), S. 38 f.; Mössner (Fn. 15), AöR 99 (1974), 193 (205).

216 Häberle, RVgl. im Verf.-Staat (Fn. 117), S. 71 ff.; Pernice (Fn. 199), ZaöRV 2010, 51 (66).

217 Häberle, RVgl. im Verf.-Staat (Fn. 117), S. 10 ff.; s. schon die Beispiele aus Deutschland (II. 1.) und den USA (II. 2.).

staat“ bekannt haben.²¹⁸ Doch gerade Verfassungsrecht unterscheidet sich schon in Europa stärker als andere Rechtsgebiete, weshalb eine vergleichende Auslegung im Rahmen des „Typus“ Verfassungsstaat“ zahlreiche Fehlerquellen birgt und in dieser Allgemeinheit kein hervorgehobenes Anwendungsfeld der rechtsvergleichenden Auslegung sein kann.²¹⁹ Die Parallelen können allenfalls Anregungen i.S.d. inspirierenden Rechtsvergleichung geben.²²⁰

Ein Einfallstor für die rechtsvergleichende Auslegung bieten aber die meist abstrakten, wertungsausfüllungsbedürftigen Formulierungen der Grundrechte.²²¹ Diese sind erstens mit den klassischen Auslegungsmethoden oft nur unzureichend konkretisierbar, weshalb bei der Auslegung dann vom Problem ausgehend, also topisch vorgegangen wird.²²² Gerade in diesem Bereich ist die Rechtsvergleichung von besonderem Wert, da sie Lösungsmöglichkeiten im Vergleich nicht nur suchen, sondern auch aufbereiten und in Zusammenhang setzen kann.²²³ Dies wird durch eine hier ausgeprägte gerechtigkeitsorientierte Ergebniskontrolle zusätzlich verstärkt.²²⁴ Zweitens kommen in ihnen universelle Grundwerte zum Ausdruck, die deshalb eine international vergleichbare Materie darstellen.²²⁵ Der genaue Inhalt der universellen

Werte lässt sich aber aufgrund der divergierenden Interpretationspraxen der Gerichte allein durch die Rechtsvergleichung schwer erkennen.²²⁶ Bryde behauptet dagegen, dass grundlegende Begriffe stets international und damit vergleichbar seien: Es gebe nur eine Menschenwürde, keine deutsche oder französische.²²⁷ Doch gerade dies ist umstritten.²²⁸ Bei Universalbegriffen stoße die rechtsvergleichende Einheitlichkeitsvermutung an ihre Grenze, da sie landesspezifisch geprägt seien.²²⁹ Stattdessen wird etwa vorgeschlagen, dass jedes Grundrecht einen universellen und damit vergleichbaren Kerngehalt habe, während der Inhalt der Randbereiche divergiere.²³⁰ Andere unterscheiden zwischen Kernschutzgütern wie Leben und Gesundheit, die universell mit normativem Anspruch vergleichbar seien, und anderen, die stark national geprägt seien und deswegen lediglich als Inspirationsquelle dienen.²³¹ Um diese Differenziertheit der Auslegung offener Grundrechtsbegriffe rational abzusichern, bedarf es jedoch eines Grundrechtsverständnisses, das universalistisch geprägt sein muss. Dadurch ergibt sich Raum für eine rechtsvergleichende Auslegung, die auch normative Schlussfolgerungen zulässt.²³² Aus diesem Grund kann sie im Bereich der Grundrechte mehr als nur inspirierend sein.

c) Anwendungsbereiche der inspirierenden Rechtsvergleichung

Die Anwendungsbereiche der inspirierenden rechtsvergleichenden Auslegung sind wegen ihrer geringen Anforderungen²³³ vielfältig. Besonders naheliegend ist sie

sich die Formulierung von Art. 1 Abs. 2 GG anlehnt; es geht hier aber nicht um menschenrechtskonforme Auslegung, da diese im Gegensatz zur rechtsvergleichenden Auslegung bindend ist, *Sommermann*, in: HGR I (Fn. 37), § 16 Rn. 18 und 40. Die international verbürgten Menschenrechte lassen neben die universelle auch noch eine genealogische Begründung der Rechtsvergleichung treten, vgl. *L'Heureux-Dubé* (Fn. 90), *Tulsa L.J.* 34 (1998), 15 (24).

226 *Sommermann*, in: HGR I (Fn. 37), § 16 Rn. 31.

227 *Bryde* (Fn. 20), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 203 (213).

228 Grundlegend *McCrudden*, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *European Journal of International Law* 19 (2008), 655; *Jackson* (Fn. 65), *Mont. L. Rev.* 65 (2004), 15. Was folgt etwa daraus, dass die laut GG unantastbare Menschenwürde in der EuGRCh der Schrankenregelung des Art. 52 unterworfen wird? Vgl. *Mahlmann*, *Grundrechtstheorien in Europa – Kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, *EuR* 2011, 469 (474).

229 So *Oberheiden* (Fn. 16), S. 152 ff.; *Tschentscher* (Fn. 2), *JZ* 2007, 807 (814).

230 *McCrudden* (Fn. 228), *Eur. J. Int'l L.* 19 (2008), 655 (675 ff.); *Dorsten et al.*, *Constitutionalism* (Fn. 3), S. 3 ff.; ähnlich *Tschentscher* (Fn. 2), *JZ* 2007, 807 (814). Was zum Kerngehalt gehört, ist wiederum umstritten, wie die Rechtsprechung des BVerfG (II. 1. a) zeigt.

231 *Markesinis/Fedke* (Fn. 13), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 11 (147 f.); *Teitel* (Fn. 182), *Harv. L. Rev.* 117 (2004), 2570 (2592 ff.); *Choudhry* (Fn. 97), *Ind. L.J.* 74 (1999), 819 (887 f.). Dem entspricht auch die Rechtsprechung zum 8. Zusatzartikel des *U.S. Supreme Court*, vgl. oben II. 2. Die Einstufung der liberalen Grundrechte als „andere“ heißt jedoch nicht, dass diese nicht bedeutend seien.

232 Vgl. *Mahlmann* (Fn. 228), *EuR* 2011, 469 (476 ff.), der die Notwendigkeit einer dahingehenden Grundrechtstheorie betont.

233 S. oben III. 3. a) a.E.

218 *Häberle* (Fn. 100), *JZ* 1989, 913 (916 f.); vgl. *ders.*, *RVgl. im Verf.-Staat* (Fn. 117), S. 98 f.; *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, Rn. 71; *Ossenbühl*, in: *HGR I* (Fn. 37), § 15 Rn. 32. *Mössner* (Fn. 15), *AöR* 99 (1974), 193 (241), rechtfertigt eine vergleichende Verfassungsauslegung über den Staatstyp der parlamentarischen, rechtsstaatlichen Demokratie. Zur typologischen Methode s. oben Fn. 195.

219 *Markesinis/Fedke* (Fn. 13), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 11 (78), führen dafür etwa die verschiedenen Demokratie-, Rechtsschutz- und Menschenrechtsbegriffe an. *Häberle*, *RVgl. im Verf.-Staat* (Fn. 117), S. 94, schränkt seinen Anspruch erheblich ein, indem er auf die unterschiedliche Bundesstaatsstruktur in Deutschland, Österreich und der Schweiz hinweist, aber zumindest das vergleichbare Prinzip der Bundestreue erkennt. Hier zeigen sich deutlich die Gefahren, die auch schon zur unsauberen Auslegung bei *Breyer in Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 976 f., geführt haben.

220 In diesem Sinne handhabt es auch das BVerfGE 118, 277 (356 ff.), wohl anders allerdings das Minderheitsvotum in BVerfGE 39, 1 (68 ff.). Für das Rechtsstaatsprinzip *Schmidt-Aßmann*, in: *Isensee/Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 101.

221 *Wieser* (Fn. 26), S. 35; *Barak-Erez*, *The Institutional Aspects of Comparative Law*, *Columbia Journal of European Law* 15 (2009), 477 (486). In diese Richtung geht auch schon früh der *U.S. Supreme Court*, *United States v. Smith*, 18 U.S. 153 (1820), 181 f.

222 *Hesse* (Fn. 218), Rn. 67 ff.; *Sommermann*, in: *HGR I* (Fn. 37), § 16 Rn. 35 m.w.N., auch für andere Länder. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass diese „offene Grundrechtsinterpretation“ nicht konturenlos werden darf, vgl. *Höfling*, *Offene Grundrechtsinterpretation*, 1987.

223 Vgl. *Kramer*, *Topik und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 33 (1969), 1 (4 f.); *Mössner* (Fn. 15), *AöR* 99 (1974), 193 (211 ff.).

224 *Häberle* (Fn. 100), *JZ* 1989, 913 (916); *Zippelius*, *Methodenlehre* (Fn. 134), S. 47 f.

225 Vgl. *Orücü*, *Comparative Law in Practice – The Courts and the Legislator*, in: *dies./Nelken (Hrsg.), Comparative Law, A Handbook*, 2007, 411 (429); *Laurence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Stern*, in: *HGR I* (Fn. 37), § 1 Rn. 79 ff. Der universelle Charakter der Menschenrechte kommt vor allem durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 zum Ausdruck, an die

bei Rechtsgebieten mit besonderem internationalen Bezug.²³⁴ Aber auch bei weitverbreiteten Problemen kann eine harmonisierte Antwort erwünscht sein.²³⁵ Gleiches gilt für den Fall, dass das heimische Recht keine oder nur ungenaue Antworten auf neue Fragen bietet.²³⁶ Hier kann es sogar ausschlaggebend sein,²³⁷ was aber nur den konstruktiven Charakter der dialogischen Rechtsvergleichung illustriert.²³⁸ Darüber hinaus trifft man im Verfassungsrecht häufig auf rechtsvergleichende Argumente bei jungen Staaten, die über kein eigenes Präjudizienreservoir verfügen.²³⁹ Weitere Anwendungsbereiche können rein technische Regelungen sein.²⁴⁰ Auch kann die rechtsvergleichende Auslegung genutzt werden, um die in Betracht gezogene Lösung empirisch abzusichern oder Ängste vor negativen Konsequenzen zu entkräften.²⁴¹

V. Zusammenfassung und einige Bemerkungen

Diese soeben genannten Beispiele zeigen, dass sich die Rechtsvergleichung in gewisser Hinsicht als universale Interpretationsmethode i.S.v. *Zweigert* anbietet – allerdings nicht mit dem von ihm geforderten normativen Anspruch. Allgemein dient sie eher als Erkenntnis- und Inspirationsquelle (III. 3. a)). Für eine ausschlaggebende Stellung, die dem Zusammenwachsen der Rechtsordnungen dient, bedarf es dagegen ausdrücklicher oder zumindest impliziter Regelungen, die eine Rechtsvereinheitlichung intendieren oder voraussetzen (III. 3. c)). Problematisch ist ein Zwischenbereich, in dem etwa Herkunft oder universeller Anspruch der Norm eine einheitliche Lösung nahelegt, dem aber gesellschaftliche, historische oder kulturelle Besonderheiten entgegenstehen

(III. 3. b)). Hier kann die Rechtsvergleichung eine bestimmte Auslegung indizieren, es ist aber umso mehr auf die Feinheiten der gegensätzlichen Begründungsansätze und die Fehlerquellen der Rechtsvergleichung zu achten. Gerade im Verfassungsrecht, insbesondere bei den Grundrechten, sind die Voraussetzungen dafür hoch.

Dies ist auch im eingangs erwähnten Urteil des BVerfG ersichtlich: Es betraf die Ausgestaltung der Versammlungsfreiheit, die weder als universell herausragendes Schutzgut noch als Kernbereich dieses Grundrechts einzuordnen ist. Deshalb kann die Heranziehung ausländischer Urteile nicht als indizierende Rechtsvergleichung eingestuft werden. Es betraf jedoch ein Problem, bei dem das eigene Recht nicht eindeutig war und keine eigene Rechtsprechung existierte, für das es aber einen reichen Erfahrungsschatz in Nordamerika gibt.²⁴² Die dort vorgebrachte Argumentation ist inhaltlich überzeugend.²⁴³ In diesem Fall ist ihr Fruchtbarmachen zur Auslegung hilfreich und entfaltet eine konstruktive Wirkung. Im Urteil ist jedoch nicht zu erkennen, dass das Gericht so entschieden hat, weil dies der amerikanischen Rechtsprechung entspricht. Die Richter haben sich vielmehr *nur* inspirieren lassen.

Damit lässt sich sagen, dass die Rechtsvergleichung zur Auslegung von Normen bereitsteht und dabei oft nützlich sein kann. Inwieweit dies legitimiert ist, hängt dabei von der institutionellen Einbindung der Normen in länderübergreifende Zusammenhänge ab.²⁴⁴ Die gerichtliche Praxis lässt zwar Konturen möglicher Anwendungsfelder erkennen, divergiert jedoch im Einzelnen und ist oft schwer nachzuvollziehen. Gerade hier ist zu wiederholen, dass sich die rechtsvergleichende Auslegung im Grenzbereich zwischen Auslegung i.e.S. und Rechtsfortbildung bewegt. Zu letzterem gehört etwa die rechtsvergleichende Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die im internationalen Bereich als Rechtsquelle anerkannt ist, aber auch im nationalen Recht unter engen Voraussetzungen eine Rolle spielen kann.²⁴⁵ Das Problem liegt hier weniger in der Rechtsvergleichung selbst, als in der allgemeinen Frage der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung.²⁴⁶ Umso wichtiger ist, dass die Gerichte ihre Beweggründe offenlegen und es der Rechtsvergleichung erleichtern, ihren Platz bei der Auslegung einzunehmen.

234 S. die Praxis des BGH (II. 1. a)) und *Zweigert* (Fn. 1), *RabelsZ* 15 (1949/50), 5 (11 f.). Das Schweizer Bundesgericht (II. 5.) hält eine sachgerechte Rechtsfindung ohne Rechtsvergleichung hier nicht für möglich, *Mössner* (Fn. 15), *AöR* 99 (1974), 193 (205 f.), weist allerdings darauf hin, dass dieses Abgrenzungskriterium wenig präzise ist.

235 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 11 (94 ff.), die den Asbest-Fall *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* [2003] 1 A.C. 32 (HL) anführen.

236 Vgl. *Kötz*, in: *FG BGH* (Fn. 25), 825 (834); *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 11 (90 f.); *Barak-Erez* (Fn. 221), *Colum. J. Eur. L.* 15 (2009), 477 (487).

237 *Bydlinski*, Grdz. Methodenlehre (Fn. 84), S. 58. Dann bewegt sich die Rechtsvergleichung im Bereich der Rechtsfortbildung, die bei Modernisierungsbedarf u.U. zulässig ist und auch praktiziert wird, vgl. *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 41), S. 633 ff., und *BGHZ* 35, 363 (389); 39, 124 (132).

238 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 11 (150 f.).

239 Vgl. für das BVerfG *Tschentscher* (Fn. 2), *JZ* 2007, 807 (807 f.); für Südafrika *Oberheid* (Fn. 16), 162; für Mittel- und Osteuropa *Nußberger* (Fn. 71), *JZ* 2006, 763 (767 f.) („Modell einer orientierungssuchenden Verfassungsgerichtsbarkeit“).

240 *Markesinis/Fedtke* (Fn. 13), *Tul. L. Rev.* 80 (2005), 11 (108 f.).

241 Zu ersterem BGHSt 38, 214 (228 ff.), und der *U.S. Supreme Court* (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), 71 f.; *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), 521 ff.), zu letzterem *Levinson* (Fn. 119), *Tex. Int'l L.J.* 39 (2004), 353 (363 f.). Diese Funktion wird insb. genutzt, wenn Minderheitsvoten das „anders möglich sein“ der Entscheidung darstellen, vgl. die Praxis des BVerfG (II. 1. a)).

242 Private bzw. privatisierte Orte der öffentlichen Kommunikation wie *Shopping Malls* gelten als typisch amerikanisches Phänomen, vgl. *Joite* (Fn. 10), *BLJ* 2011, 100; *Fischer-Lescano/Maurer* (Fn. 11), *NJW* 2006, 1393.

243 Vgl. *Wendt* (Fn. 10), *NVwZ* 2012, 606 (607), der zutreffend darauf hinweist, dass sich daran nichts dadurch ändert, dass die amerikanische Rechtsprechung teilweise von ihren Positionen wieder abgerückt ist.

244 Vgl. *Barak-Erez* (Fn. 221), *Colum. J. Eur. L.* 15 (2009), 477 (492 f.).

245 Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 21), S. 481 ff.; zu europäischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen oben Fn. 73, 198.

246 Eine heftige Auseinandersetzung über deren Grenzen zuletzt im Anschluss an BVerfGE 122, 248, mit einem kritischen Minderheitsvotum der Richter *Vofskuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio*, ebd., 282 ff.: einerseits etwa *Rieble*, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, *NJW* 2011, 819, andererseits BVerfGE 128, 193, und *Rüthers*, Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des Richterstaates, *NJW* 2009, 1461.