

Konrad Lachmayer*)

Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode

- I. Verfassungsvergleichung als Rechtswissenschaft und als Vergleichungswissenschaft
 - A. Einleitung
 - B. Normative Perspektive auf die Verfassungsvergleichung
 - C. Vergleichungsperspektive auf die Verfassungsvergleichung
 - D. Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte
- II. Methodische und organisatorische Überlegungen
 - A. Einleitung
 - B. Zur Methodik der Verfassungsvergleichung
 - C. Vernetzungen, Dialoge und Kooperationen
 - D. Vergleichungsmethodik und -organisation in der Verfassungsgerichtsbarkeit
- III. Abschließende Bemerkungen
 - A. Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit
 - B. Engagement und Transparenz

Abstract: Die Rolle der Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte scheint in Zeiten der Europäisierung und der Globalisierung stetig zuzunehmen. Um eine bessere Einschätzung dieser Entwicklungen vorzunehmen, sind normative und vergleichungswissenschaftliche Grundlagen der Verfassungsvergleichung zu analysieren. Neben methodischen Überlegungen ist die Bedeutung der organisatorischen Umsetzung von Verfassungsvergleichung hervorzuheben. Für das Engagement der Verfassungsgerichte im internationalen Verfassungsdialog ist die Herstellung von Transparenz erforderlich.

Deskriptoren: Convergence; Dialog; Engagement; Funktionalismus; Judicial Dialogue; Kontextualismus und Expressivismus; Methodik; Migration von Verfassungsideen; Rechtsvergleichung; Resisting; Transparenz; Universalismus; Verfassungsdialog; Verfassungsgerichtsbarkeit.

Rechtsquellen: Art 39 Verfassung von Südafrika.

I. Verfassungsvergleichung als Rechtswissenschaft und als Vergleichungswissenschaft

A. Einleitung

Verfassungsvergleichung ist en vogue.¹⁾ Der Trend zur Verfassungsvergleichung in der Rechtswissenschaft hält international betrachtet seit einem Jahr-

zehnt an und ist ungebrochen. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung trägt die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die US-amerikanische Diskussion zur Verfassungsvergleichung ist eng mit der Zitierung von ausländischen Entscheidungen durch den US Supreme Court verbunden.²⁾ Die europäischen Diskussionen um die Verfassungsvergleichung sind wiederum mit der Rsp des EuGH und des EGMR verbunden.³⁾ Das Zusammenspiel zwischen nationalen und internationalen und supranationalen Höchstgerichten im Verfassungsverbund wurde dabei als „Dialog der Gerichte“, als „judicial dialogue“⁴⁾ bezeichnet. Im Rahmen des Common Law hat die Berücksichtigung von ausländischen Gerichtsentscheidungen ohnedies Tradition.⁵⁾ Die post-koloniale Einseitigkeiten in der Verfassungsvergleichung scheinen auch zunehmend überwunden, gelten doch das südafrikanische Verfassungsgericht oder das Indische Höchstgericht als leuchtende Beispiele für maßgebliche Rechtsprechung etwa im Bereich der sozialen Grundrechte.⁶⁾

tional Law: Thoughts on Substance and Method, 2 Indian Journal of Constitutional Law 2008, 11.

²⁾ Siehe nur Dorsen, The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer, 3 Int J Constitutional Law 2005, 519; siehe dazu vor allem auch Christoph Bezemek und Iris Eisenberger.

³⁾ Siehe F. Mayer, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund, in: Calliess (Hrsg), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund (2007) 167; siehe vor allem auch die Beiträge von Marten Breuer, Sibylle Seyr und Stefan Schumann in diesem Heft.

⁴⁾ Siehe Slaughter, A New World Order (2004) 65; Schulze, „Justice must be done“ – and the reference & context are (often) unseen ... A few thoughts on cross-references in the “global (legal) village, juridikum 2006, 177.

⁵⁾ Siehe etwa Saunders, The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law, 13 Indiana Journal of Global Legal Studies 2006, 37.

⁶⁾ Siehe etwa Bilchitz, Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights (2007); Bilchitz, Social Rights in Africa, in: Binder ua, Corporate Social Responsibility and Social Rights (2010) 115.

*) Mein besonderer Dank gilt Harald Eberhard und Claudia Fuchs für lange Diskussionen zu diesem Thema ebenso wie Anja Seibert und Russell Miller für intensive Debatten und zahlreiche Einsichten.

¹⁾ Siehe Hirschl, The Rise of Comparative Constitu-

Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte ist ein vielschichtiges Phänomen, dem trotz des in der internationalen rechtswissenschaftlichen Debatte bestehenden großen Enthusiasmus nicht unkritisch begegnet werden sollte.⁷⁾ Wie steht es um die Zielsetzung von Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte? Gibt es eine Legitimation für diese Vorgehensweise? Welche Methodik wird verwendet? Unter welchen organisatorischen Rahmenbedingungen findet Verfassungsvergleichung statt und welche politischen Auswirkungen sind mit Verfassungsvergleichung verbunden?

Während die folgenden Beiträge aus der Perspektive konkreter Gerichte, die in diesem Zusammenhang als Verfassungsgerichte qualifiziert werden,⁸⁾ spezifische Vorgehensweisen analysieren, soll dieser einleitende Beitrag die allgemeinen Rahmenbedingungen von Verfassungsvergleichung darstellen. Dabei wird auf die Rolle der Verfassungsvergleichung bei Verfassungsgerichten besonders Rücksicht genommen. Nichtsdestotrotz sind auch ganz allgemeine Überlegungen zur Verfassungsvergleichung anzustellen, um den Kontext, in dem Verfassungsvergleichung bei Verfassungsgerichten stattfindet, wahrzunehmen.

⁷⁾ *Gamper*, Verfassungsvergleichung und „gemeineuropäischer“ Verfassungsstaat. Wert und Unwert einer transnationalen Methode unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Judikatur, ZÖR 63 (2008) 359 (382 f).

⁸⁾ Bei der Qualifikation der in diesem Zusammenhang behandelten Gerichte als Verfassungsgerichte ist zu differenzieren. So sind nur der österreichische Verfassungsgerichtshof und das deutsche Bundesverfassungsgericht explizit als solche bezeichnet. Der US Supreme Court zum Beispiel ist als Höchstgericht aber auch mit verfassungsgerichtlichen Funktionen ausgestattet und in der historischen Betrachtung als eine Grundform der Verfassungsgerichtsbarkeit zu begreifen. Neben den nationalen Gerichten werden aber auch europäische Gerichte als Verfassungsgerichte in die Analyse miteinbezogen. Auch dem EuGH kommen insoweit zunehmende Verfassungsfunktionen zu (siehe *L. Bauer*, Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht [2008]). Schließlich sollen auch internationale Gerichte als Verfassungsgerichte berücksichtigt werden. Exemplarisch werden der EGMR und der IGH analysiert werden. Diese Vorgehensweise soll die verfassungsgerichtlichen Funktionen dieser Gerichte ebenso aufzeigen wie die Bedeutung dieser Gerichte für verfassungsrechtliche Inhalte (siehe dazu *Harald Eberhard*, in diesem Heft). Letztlich wird mit dieser breiten Verfassungsperspektive auch einem Ansatz des Internationalen Verfassungsrechts Rechnung getragen (siehe *Lachmayer*, The International Constitutional Law Approach. Offering a new perspective on the constitutional challenges in a globalizing world, ICL-Journal 2007, 91 [www.icl-journal.com]); *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Über Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts als Wissenschaftsdisziplin, in: *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg.), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht. Tagungsband zum 1st Vienna Workshop on International Constitutional Law (2005) 173.

Als Einstieg soll eine Unterscheidung von zwei Perspektiven⁹⁾ auf das Phänomen eingeführt werden: eine normative Perspektive und eine vergleichende Perspektive der Verfassungsvergleichung.¹⁰⁾ Die Rolle der Verfassungsvergleichung ist zum einen durch eine vergleichungswissenschaftliche Sicht bestimmt, womit eben keine rechtliche Relevanz verbunden ist. Aus dogmatischer Sicht des Rechtsanwenders hat diese sodann keine Bedeutung. Durch die schon lange bestehende¹¹⁾ und in den letzten Jahren zT verstärkte Einbindung der internationalen Verfassungsvergleichung in die Rechtsprechung hat die Verfassungsvergleichung verstärkt normative Relevanz erhalten. Aus rechtlicher Perspektive wird die Verfassungsvergleichung somit zu einem mitzuberücksichtigenden Faktor. Je nach Perspektive – ob vergleichungswissenschaftliche oder rechtlich – stellen sich unterschiedliche Fragen, die allerdings nicht kategorial zu trennen sind, sondern eben auch zusammenspielen. Um Verfassungsvergleichung begreifen, analysieren und anwenden zu können, sind beide Perspektiven relevant.

B. Normative Perspektive auf die Verfassungsvergleichung

Die normative Bedeutung von Verfassungsvergleichung bezieht sich auf Rechtsvorschriften, Rechtsprechung oder andere rechtliche relevante Akte, die Verfassungsvergleichung vorschreiben oder die auf Grundlage von Verfassungsvergleichung erlassen wurden.

Bekannter Ausgangspunkt an dieser Stelle ist die Südafrikanische Verfassung, die damit nicht nur inhaltlich sondern auch zeitlich in den 1990er Jahren eine neue Ära der Verfassungsvergleichung begonnen hat. Art 39 Abs 1 lit c der Verfassung Südafrikas besagt, dass bei der Interpretation der Südafrikanischen Grundrechtecharta ein Gericht oder ein Tribunal ausländisches Recht berücksichtigen

⁹⁾ Diese Unterscheidung soll nicht andere Perspektiven auf die Verfassungsvergleichung verschließen. Zu erwähnen wäre etwa eine Perspektive der Rechtsökonomik oder des Rechtspluralismus. Siehe zu diesen etwa *van Aaken*, Rational Choice in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht (2003) sowie *Griffiths*, What is Legal Pluralism, Journal of Legal Pluralism 1986, 1; *Schacherreiter*, Postkoloniale Rechtswissenschaften. Recht und kritische rechtswissenschaftliche Perspektiven in postkolonialen Herrschaftsverhältnissen und Befreiungskämpfen, Juridikum 2009, 135; *Hainzl/Zips*, Rechtsanthropologie und anthropologische Friedensforschung. Neue kritische Perspektiven in (trans)nationalen Konstellationen, Juridikum 2005, 191.

¹⁰⁾ Siehe auch *Wieser*, Vom Wesen und Wert der Verfassungsrechtsvergleichung, Juridikum 2004, 117; *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht (2005) 29 ff.

¹¹⁾ Dies zeigt sich in der Analyse der nachfolgenden Beiträge in diesem Heft.

kann. Trotz dieser normativ schwach formulierten Bestimmung besteht damit eine Öffnungsklausel für ausländisches Recht in der südafrikanischen Verfassung.¹²⁾

Art 10 Abs 2 der spanischen Verfassung öffnet etwa die Grundrechtsinterpretation in Hinblick auf internationale Grundrechtsstandards. Auch auf diese Weise werden indirekt verfassungsvergleichende Überlegungen zu anderen nationalen Verfassungsordnungen den spanischen Gerichten ermöglicht.¹³⁾ Die spanische Verfassung lässt keine Option zur internationalen Auslegung, sondern sieht diese verpflichtend vor. Eine direkte Legitimation zur Verfassungsvergleichung ergibt sich daraus nicht.

Aus normativer Sicht sind unterschiedliche Ebenen der Legitimation von Verfassungsvergleichung zu differenzieren. Zum einen stellt sich die Frage der rechtlichen Legitimation im Rahmen der eigenen Verfassungsordnung, zum anderen besteht darüber hinaus auch die allgemeine Frage der demokratischen Legitimation oder auch rechtsstaatlichen Grundlage für Verfassungsvergleichung.

Die deutlichste Form einer rechtlichen Legitimation besteht in einer expliziten rechtlichen Grundlage für die Verfassungsvergleichung. Eine solche ist nur in seltenen Fällen, wie bereits beschrieben, gegeben. Darüber hinaus bestehen aber auch indirekte Möglichkeiten rechtlicher Legitimation. Diese können etwa darin bestehen, dass Öffnungsklauseln gegenüber dem Völkerrecht oder etwa auch gegenüber dem Europarecht bestehen. Aus völkerrechtlichen oder europarechtlichen Vorschriften kann sodann die rechtliche Notwendigkeit der Berücksichtigung anderer Rechtsordnungen bzw Verfassungen entstehen.¹⁴⁾ Indirekt wirken sich auch andere Verfassungssysteme insoweit rechtlich aus als völkerrechtliche Vereinbarungen oder europarechtliche Vorschriften durch andere Rechtsordnungen mitgeprägt werden, die sodann durch das Völker- und Europarecht wiederum national relevant werden können.

Neben konkreten (verfassungs)gesetzlichen Vorgaben kann die Verfassungsvergleichung auch durch die verfassungsrechtliche Praxis an rechtlicher Bedeutung gewinnen. Diesbezüglich kann die Verfassungsvergleichung sowohl in der Rechtsetzung poli-

tische Spielräume füllen als auch in der Rechtsprechung bestehende rechtsgestaltende Auslegungsspielräume prägen.

In allen genannten Fällen, wohl aber bei letzteren in besonderer Weise, stellt sich auch aus Perspektive demokratischer und rechtsstaatlicher Werte die Frage der Legitimation dieser Vergleichung. Durch eine verfassungsgesetzliche Grundlage wird die Verfassungsvergleichung jedenfalls in ganz anderer Weise demokratisch legitimiert als wenn sich diese als bloße Usance der Rechtsprechung darstellt.

Die Frage nach der demokratischen Legitimation im Rahmen der Verfassungsvergleichung ist etwa ein wichtiges Element in der US-amerikanischen Debatte.¹⁵⁾ Der Einfluss ausländischen Rechts ist nur dann durch die eigene Bevölkerung legitimiert, wenn es eine eigene (verfassungs)gesetzliche Grundlage gibt. Die europäische und international veranlasste Verfassungsvergleichung trägt zwar schon zu einer demokratischen Legitimation bei; allerdings auch nur in einer reduzierten Form, ist doch das Demokratiedefizit europäischer Institutionen Thema breiter Diskussionen.¹⁶⁾

Ansonsten ergibt sich die Anwendung vergleichender Methodik vielmehr aus dem den Richtern oder Verwaltungsbehörden zugestandenen Auslegungsspielraum, ihre eigenen Vorstellungen einfließen zu lassen.¹⁷⁾ Eine demokratische Legitimation erfließt daraus allerdings nicht. Diese wird vielmehr durch die demokratische Legitimation der Verfassungsrichter selbst hergestellt. Überdies ist aber zu beachten, dass Transparenz und Öffentlichkeit im Prozess der verfassungsgerichtlichen Verfassungsvergleichung zu öffentlichen Diskussionen und damit ebenso zu demokratischer Legitimation führen können. Je verdeckter Verfassungsvergleichung in die höchstrichterliche Rechtsprechung einfließt, umso weniger kann diese als demokratisch legitimiert angesehen werden.

In Hinblick auf die rechtsstaatliche Legitimation der Verfassungsvergleichung ist die mangelnde Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Verfassungsvergleichung zu problematisieren. Diesen rechtsstaatlichen Herausforderungen kann allerdings durch transparente Methodik und eine öffentlich vorgestellte Vorgehensweise sowie dargelegte Grundlagen und Prinzipien der Verfassungsvergleichung begegnet werden. An solchen Strategien ermangelt es den Verfassungsgerichten allerdings regelmäßig.

¹²⁾ Siehe *Gamper*, On the Justiciability and Persuasiveness of Constitutional Comparison in Constitutional Adjudication, ICL-Journal 2009, 150 (151 f, 161 f) (www.icl-journal.com).

¹³⁾ Art 10 Abs 2 Verfassung Spaniens: „Die auf die in der Verfassung anerkannten Grundrechte und -freiheiten bezüglichen Normen werden in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen und Abkommen über die gleiche Materie ausgelegt.“

¹⁴⁾ Siehe *Tschetschner*, Dialektische Rechtsvergleichung. Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807 (813); *Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung (2003) 83 ff.

¹⁵⁾ Siehe dazu *Murkens*, Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists' Objections, VRÜ 2008, 32 sowie die Beiträge von *Bezemek* und *Eisenberger*.

¹⁶⁾ Siehe nur *Haltern*, Europarecht² (2007) 133 ff sowie v *Bogdandy*, Grundprinzipien, in: v *Bogdandy/Bast* (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht² (2009) 62 ff.

¹⁷⁾ Siehe schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 239 ff, 242 ff.

Ein weiteres Moment zur rechtsstaatlichen Legitimation der Verfassungsvergleichung ist zu erwähnen. Sieht man als Zielsetzung des Rechtsstaats nicht nur die Legitimation von Herrschaft durch Recht sondern vor allem auch die Beschränkung der Herrschaft durch Recht, so kann eine Verfassungsvergleichung, die sich der Beschränkung von Herrschaft verschreibt, dieses Ziel zugunsten des einzelnen Normadressaten verbessern. In diesem Sinne entsteht für den Einzelnen auch kein Problem mangelnder Berechenbarkeit, da es diesem ohnedies zu Gute kommt.¹⁸⁾

In diesem Sinne ist auch die besondere Legitimation der Verfassungsvergleichung im Rahmen der Grundrechte zu sehen. Grund- und Menschenrechte haben durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und die UN-Pakte einen besonderen Level der Internationalisierung und der Universalisierung erreicht. Durch die EMRK wurde in Europa ein besonderer europäischer Grundrechtstandard geprägt, der durch die Charta der Grundrechte der EU Bestätigung und Verstärkung erfahren hat. Dient also Verfassungsvergleichung im Rahmen der Grundrechte der Erhöhung der Freiheit des Einzelnen gegenüber dem Staat, so wird das den Grundrechten grundgelegte universelle Ziel, der Freiheit des Einzelnen, verstärkt. Auf diese Weise kann die interpretative Unterstützung grundrechtlicher Bestimmungen durch ausländisches und internationales Recht grundrechtstheoretisch fundiert werden.¹⁹⁾

C. Vergleichungsperspektive auf die Verfassungsvergleichung

Neben der normativen Perspektive auf die Verfassungsvergleichung besteht traditionell eine vergleichungswissenschaftliche Perspektive. Diese zielt auf die Fragen des Vergleichs von Rechtsordnungen generell ab, unabhängig davon, ob dieser Vergleich rechtlich vorgesehen ist oder nicht. Eine vergleichungswissenschaftliche Perspektive lässt sich am deutlichsten anhand wissenschaftlicher Verfassungsvergleichung illustrieren.

Die Auswahl von Vergleichsobjekten kann dabei ganz unterschiedlichen Zielsetzungen dienen. Die Herstellung von Zusammenhängen zwischen unterschiedlichen Verfassungen kann etwa der Kritik der eigenen Verfassung, der Kategorisierung aus be-

¹⁸⁾ Damit sollen nicht Fallkonstellationen ausgeblendet werden, bei denen der Vorteil des einen Normadressaten zum Nachteil eines anderen wird. Insoweit ist eine derartige Perspektive nur in begrenzter Weise argumentierbar. Dennoch stellt es eine wesentliche Anwendungsmöglichkeit und Zielsetzung von Verfassungsvergleichung dar.

¹⁹⁾ Damit geht sodann allerdings auch eine Beschränkung der souveränen Entscheidungen der Mitgliedsstaaten einher.

stimmten Gesichtspunkten, der Herausarbeitung paralleler oder divergierender Entwicklungen sein, kann der Problemlösung genauso dienen wie dem Aufzeigen von Unterschieden von Verfassungsordnungen. Es besteht kein rechtlicher Legitimationsdruck, sondern die Anforderungen (wissenschaftlicher) Begründungsrationalität.

Die Vergleichungsperspektive legt auf den Vorgang des Herstellens des Zusammenhangs zwischen den Verfassungsordnungen Wert und findet durch die Methodik ihre Legitimation. Aus diesem Gesichtspunkt ist sie aber etwa auch für die verfassungsgerichtliche Vergleichung, also die normative Vergleichung, relevant.

Die Zielsetzungen einer verfassungsgerichtlichen Verfassungsvergleichung sind durch die notwendige Legitimation der normativen Verfassungsvergleichung beschränkt, werden aber auch durch die anderen (wissenschaftlichen) Perspektiven angereichert. So kann die verfassungsgerichtliche Vergleichung nicht bei der bloßen Feststellung von Differenz stehen bleiben. Trotzdem kann die Begründung eines verfassungsgerichtlichen Urteils auch in der verfassungsvergleichenden Abgrenzung von anderen Rechtsordnungen bestehen. Oder konsequenter formuliert, soll Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte nicht einseitig erfolgen, sind nicht nur bestätigende Ähnlichkeiten von Verfassungsordnungen darzustellen, sondern auch Unterschiede und Differenzen klar zu formulieren.

Letztlich muss auch verfassungsgerichtliche Verfassungsvergleichung aus einer Vergleichungsperspektive bestehen können, um den rechtlichen Anforderungen gerecht werden zu können. Methodische Voraussetzungen und vergleichungswissenschaftliche Einsichten sind daher ebenso zu diskutieren wie normative Perspektiven.

D. Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte

Wie einleitend festgehalten, wird im Besonderen in den letzten zehn Jahren die verfassungsgerichtliche Verfassungsvergleichung diskutiert. Ob Höchstgerichte zunehmend ausländische Gerichtsentscheidung zitieren, um ihre Rechtsprechung zu bestärken, bleibt allerdings fraglich.²⁰⁾ Hinsichtlich der Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte sind sowohl methodische als auch organisatorische Anmerkungen zu machen, die einen kritischen Blick auf die verfassungsgerichtliche Verfassungsvergleichung werfen sollen.

Die normativen Grundlagen für die Verfassungsvergleichung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit sind zumeist gering. Die sowohl im europäischen Verfassungsverbund als auch im europäischen

²⁰⁾ Siehe die Beiträge von *Claudia Fuchs*, *Heiko Sauer* und *Christoph Bezemek*.

Grundrechtssystem entstandene Dynamik hat die europäischen Entwicklungen zu einem zentralen Bezugspunkt der Verfassungsvergleichung werden lassen. Daneben sind vor allem die US-amerikanische Debatte zur Verfassungsvergleichung aber auch die vor allem dem Commonwealth zuzurechnenden Staaten verankertes Common Law System zu nennen. Überdies bestehen historische, kulturelle und politische Verflechtungen, die schon seit langem punktuell zu gerichtlicher Verfassungsvergleichung geführt haben.²¹⁾

In vielen Fällen besteht kein reziproker Dialog der Verfassungsvergleichung, sondern vielmehr eine einseitige Orientierung, wie dies das Beispiel von Österreich an Deutschland zeigt.²²⁾ Viel hängt in der verfassungsgerichtlichen Verfassungsvergleichung auch von der Verfügbarkeit von Informationen über die Rechtsprechung in global relevanten Sprachen ab²³⁾ und den Austausch von Informationen über formelle und informelle Netzwerke. Verfassungsvergleichung funktioniert nicht objektiv und gleichwertig, im Sinne der besten vorhandenen Lösungen, sondern ist auch eine Frage von Informationsverfügbarkeit und Marketing. Damit verbunden ist nicht nur die politische und wirtschaftliche Bedeutung eines Landes, sondern auch das Interesse und die damit verbundenen Ressourcen relevant, die aufgewendet werden, um sich an einem verfassungsgerichtlichen Verfassungsdialog zu beteiligen.²⁴⁾

II. Methodische und organisatorische Überlegungen

A. Einleitung

Während die Frage der Vergleichungsmethodik ein Feld ist, das die Privatrechtsvergleichung seit Jahrzehnten²⁵⁾ – ja seit einem Jahrhundert – diskutiert,²⁶⁾

²¹⁾ An dieser Stelle sei nur etwa Argentinien genannt, das in seiner Rechtsprechung die Urteile des US Supreme Court regelmäßig als Referenz angeführt hat. *Rosenkrantz, Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*, 1 International Journal of Constitutional Law 2003, 269.

²²⁾ Siehe die Beiträge von *Claudia Fuchs* und *Heiko Sauer*.

²³⁾ Und damit ist keinesfalls nur die englische Sprache gemeint. Im Gegenteil, etwa um in einen lateinamerikanischen Dialog einzutreten sind spanische Übersetzungen erforderlich. In vielen afrikanischen Staaten ist eine französische Übersetzung grundsätzlich erforderlich.

²⁴⁾ Siehe *Karpen*, „Rechtsexport“ – Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungs- und Rechtsberatung im Ausland, *Humboldt Forum Recht* 2009/20, 322.

²⁵⁾ Siehe nur *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts³ (1996) aber auch *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook on Comparative Law* (2006).

²⁶⁾ *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925).

erlangt die Diskussion um die Methode der Verfassungsvergleichung erst in den letzten Jahren besondere Bedeutung. Methodische Fragen der Vergleichung sind dabei allgemein erörterbar, aber auch unter den besonderen Bedingungen des Verfassungsrechts zu sehen. So zeigt sich auch bei einer nationalstaatlichen Betrachtung von Verfassung, dass andere Formen der Interpretation bei Verfassungsvergleichung herangezogen werden. Gründe dafür sind in der relativen Unbestimmtheit des Verfassungsrechts zu sehen sowie in den historischen Perspektiven des Verfassungsrechts und der grundlegend politischen Dimension des Verfassungsrechts. Diese hermeneutischen Rahmenbedingungen von Verfassungsrecht sind auch für die Verfassungsvergleichung von Relevanz.

Als einleitende Bemerkung ist auf die – schon oft getroffene Feststellung – zurückzukommen, dass in der Vergleichung die Methodik häufig vernachlässigt wird. Damit ist aber sowohl aus vergleichungswissenschaftlicher als auch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ein Rationalitätsdefizit zu konstatieren. Dieser Methodenkritik bzw. Methodenkontrolle haben sich auch die Verfassungsgerichte zu stellen, wenn diese Verfassungsvergleichung anwenden und insbes. dann, wenn die Anwendung der Verfassungsvergleichung normativ gesollt ist.

Worin Minimalstandards der Vergleichung bestehen und welche bestehenden Methoden Verwendung finden können, soll kurz umrissen werden. Vorab ist allerdings festzuhalten, dass es sich bei bloß nationalen Länderberichten um keine Vergleichung handelt.²⁷⁾ Dies ist zwar eine triviale aber trotzdem umso wichtigere Aussage als das Erfordernis der Vergleichung oft schon dann als erfüllt angesehen wird, wenn andere Verfassungsordnungen erwähnt werden. Es soll nicht bestritten werden, dass ein gewisses Wissen über die referenzierten Rechtsordnungen eine zentrale Voraussetzung der Vergleichung ist. Allerdings beginnt die Verfassungsvergleichung erst an jenem Punkt, an dem zwei Rechtsordnungen miteinander in Beziehung gesetzt werden.

Erst ein relationales Rechtsdenken schafft den Zusammenhang zwischen den Rechtsordnungen. Dieser Zusammenhang kann zum einen normativer Art sein, in dem etwa ein rechtlicher Verweis oder sogar ein Zusammenspiel zwischen Rechtsordnungen besteht (man denke nur an die Europäische Union).²⁸⁾ Zum anderen kann der Zusammenhang durch den vergleichenden Rechtsakt bzw. die ver-

²⁷⁾ *Tschentscher* (FN 14) 807.

²⁸⁾ Wenn in diesem Zusammenhang von zwei Rechtsordnungen gesprochen wird, so wird von einem (zumindest) dualistischen Rechtsmodell ausgegangen. Siehe zur Problematik aus der Perspektive des Europarechts jüngst *Potacs*, Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, *ZÖR* 2010, 117.

gleichende Rechtsprechung auch erst geschaffen werden. In diesem Fall ist das Zusammenführen, der Transfer (Migration) von ausländischen Rechtsakten von besonderer Relevanz. Das bloße Beschreiben rechtlicher Zustände in anderen Verfassungsordnungen genügt für eine Vergleichung noch nicht.

B. Zur Methodik der Verfassungsvergleichung

Als methodische Grundposition der Verfassungsvergleichung hat *Mark Tushnet* als einer der internationalen Verfassungsvergleicher die folgenden methodischen Strömungen identifiziert: Universalismus, Funktionalismus, Kontextualismus und Expressivismus.²⁹⁾ Dem Universalismus liegt der Gedanke zu Grunde, dass hinter liberalen Rechtsordnungen ein universelles Verständnis von Verfassungsrecht steht, das sich in jeder (liberal-demokratischen) Rechtsordnung widerspiegelt. Die Ausprägung dieses vergleichenden Rechtsverständnisses zeigt sich etwa in Menschenrechtsdebatten, die ausgehend von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den UN-Pakten universelle Verfassungsgrundwerte global verankert sehen. Der Funktionalismus wiederum stellt die Lösung von Verfassungsrechtsproblemen in den Vordergrund, die in einer Rechtsordnung auftreten. Aus funktionaler Sicht lassen sich Problem- bzw. Fragestellungen formulieren, die ebenso in anderen Verfassungsordnungen bestehen und damit verglichen werden sollen. Auch wenn der Funktionalismus das politische, soziale und historische Umfeld bei der Problemlösung mitberücksichtigt, wird dieser erst im Rahmen des Kontextualismus in den Vordergrund gerückt und die Formulierung von (sozialen) Problemstellungen bereits in Frage gestellt. Die Konzeption von Problemen entsteht aus einer spezifischen Perspektive einer Rechtsordnung und lässt sich nicht aus dem nationalen Kontext lösen. Der Kontextualismus betont daher die spezifischen Rahmenbedingungen von Rechtsordnungen und lässt Vergleichung nur aus dieser breiten bzw. vertieften Perspektive der Rechtsordnungen zu. Schließlich ist der Expressivismus auf die Eigenheiten des jeweiligen Rechtssystems fokussiert. Die Vergleichung dient sodann nur mehr der Feststellung von Unterschieden und nicht mehr dem Herausarbeiten von Gemeinsamkeiten. Dieses methodische Spektrum reicht von einem Verständnis grundlegender Gemeinsamkeiten bis hin zur Differenz als Ausgangs- und Endpunkt der Vergleichung.

Aus Perspektive kritischer Rechts- und Verfassungsvergleichung³⁰⁾ sind liberale Konzepte des Zu-

sammenschau von Rechtsvergleichung ideologisch problematisch. Verfassungsvergleichung soll vielmehr zur Reflexion der eigenen Rechtsordnung führen, ohne den Import von Werten aus anderen Rechtssystemen zu verwirken. Verfassungsvergleichung dient dabei mehr einer interkulturellen Erfahrung als einer Problemlösungsstrategie.³¹⁾ Eine vermittelnde Ansicht sieht die Grenzen einer kritischen Rechtsvergleichung an dem Punkt erreicht, an dem diese die Grundlagen wissenschaftlichen Arbeitens an sich in Frage stellt, versucht aber, die aus der kritischen Betrachtung gewonnenen Ergebnisse als wertvollen Beitrag in eine funktionale und damit problemlösungsorientierte Vergleichung einfließen zu lassen.³²⁾

Die Frage der methodischen Positionierung knüpft jenseits der beschriebenen Debatte der Vergleichungsmethodik aber auch an dem jeweiligen rechtstheoretischen Verständnis und damit in weiterer Folge auch am jeweiligen Verfassungsverständnis an. Je nach dem gewählten Rechtsbegriff bzw. Rechtsverständnis ergeben sich auch auf die Rechtsvergleichung unterschiedliche Perspektiven. Dasselbe gilt auch für das Verfassungsverständnis. *Frankenberg* spricht in diesem Zusammenhang von einer „layered narrative“, einer mehrschichtigen Erzählung, und bringt unterschiedliche Verfassungsverständnisse ins Spiel. So versteht er Verfassung etwa als (Gesellschafts-)Vertrag, als (politisches) Programm, als Manifest (iSd französischen Verfassung), als Recht (iS eines Produkts eines Gesetzgebungsprozesses) oder als Kultur.³³⁾

Abschließend sei zu dem bisher gesagten zur Methodik der Verfassungsvergleichung der Prozess des Vergleichs in den Vordergrund gestellt. Jenseits von Differenzen von Verfassungen (jede ist individuell) und Gemeinsamkeiten (die sich in Bezug auf bestimmte Eigenschaften bzw. Charakteristika finden lassen) stellt sich die Frage, wie der konkrete Zusammenhang zwischen Verfassungen hergestellt werden kann. Vergleichung ist dabei zwingend auch ein Vorgang der Abstraktion weg von dem Detailreichtum einer Rechts- und Gesellschaftsordnung. Je nachdem, ob spezifische Eigenschaften einer Verfassung betont werden und damit Unterschiede gefunden werden oder Gemeinsamkeiten in dieser Abstraktion in den Mittelpunkt gestellt werden, führt die Vergleichung zu dem einen oder anderen

1985, 411; *Frankenberg*, Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology – toward a layered narrative, 4 International Journal of Constitutional Law 2006, 439.

³¹⁾ *Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, *ZaöRV* 2004, 735.

³²⁾ *Peters/Schwenke*, Comparative Law beyond Post-Moderism, 49 International and Comparative Law Quarterly 2000, 800.

³³⁾ *Frankenberg*, International Journal of Constitutional Law (FN 30) 439.

²⁹⁾ Siehe etwa *Tushnet*, Weak Courts, Strong Rights (2007) 5 ff.

³⁰⁾ *Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law, 2 Harvard International Law Journal

Ergebnis. Je nach Zielsetzung der Vergleichen werden also Unterschiede oder Gemeinsamkeiten in den Vordergrund gestellt, bestimmte Kriterien als zwingend einblendet oder ausgeblendet. Dabei ist auch die Frage zu berücksichtigen, wieviel Kontextwissen als Ausgangspunkt für die Abstraktion erforderlich ist. Verfassungsvergleichung erweist sich aus dieser Perspektive als vergleichungswissenschaftliche Konstruktion eines Zusammenhangs unterschiedlicher Verfassungsordnungen.

Schließlich ist mit *Hirschl* auch zu betonen, dass methodische Zugänge der Sozialwissenschaften in Bezug auf Fallauswahl auch in den vergleichenden Rechtswissenschaften nicht unberücksichtigt bleiben sollten.³⁴⁾ Die Begründung der Auswahl von Referenzverfassungssystemen, der Wissenstand der anderen Verfassungsordnungen auch in Bezug auf den jeweiligen historischen, politischen und sozialen Kontext, die Strategie zur Überwindung sprachlicher Hürden³⁵⁾ (die Rechtssprache als Fachsprache ist in jedem Land individuell, auch wenn etwa die allgemeine Sprache dieselbe ist) sowie die Vorgehensweise im Rahmen der Abstraktion und die Begründung des In-Beziehung-Setzens spielen eine wesentliche Rolle für die Methodik der Verfassungsvergleichung.

C. Vernetzungen, Dialoge und Kooperationen

Neben den methodischen Grundlagen sind auch die organisatorischen Rahmenbedingungen von zentraler Bedeutung für die Verfassungsvergleichung. Die beste Methodik der Verfassungsvergleichung kann an schlechten organisatorischen Rahmenbedingungen scheitern. In diesem Sinne sind allgemeine Erwägungen zur Organisation von Verfassungsvergleichung anzustellen.

Die in der Wissenschaft aufgestellten Vorgaben an den Verfassungsvergleicher bzw die Verfassungsvergleicherin sind denkbar hoch. Gefordert werden sehr gute Sprachkenntnisse, je mehr Sprachen desto besser, interkulturelle Auslandserfahrung, am besten mehrjährig, interdisziplinäre Kenntnisse, etwa aus politischer, historischer oder kultureller Perspektive, usw. Das grundsätzliche Problem, das dabei entsteht ist, dass Verfassungsvergleichung nach diesem Konzept nur sehr punktuell und begrenzt erfolgen kann. Dies spiegelt auch die bereits bestehenden Entwicklungen der Verfassungsvergleichung wider.

Neben dieser Perspektive der genialen Vergleichlerin, die multikulturell die Welt als ihre Heimat bezeichnen kann, ist ein anderes Verständnis von Ver-

fassungsvergleichung entstanden, das auf einem Internetenthusiasmus aufbaut.³⁶⁾ Nach dieser Konzeption sind ohnedies beinahe alle Verfassungen der Welt elektronisch abrufbar. Verfassungsgerichte stellen immer mehr ihre Urteile auch in englischer Sprache ins Netz und internationale wissenschaftliche Datenbanken ermöglichen es, breites Verfassungswissen aus zahlreichen Staaten dieser Welt vom Schreibtisch zu erkunden. Auch diese Perspektive ist insoweit problematisch, als die online zur Verfügung stehende Information oft nur punktuell sind und den interpretatorisch notwendigen Kontext der Bestimmungen nicht aufzeigen. Verfassungsvergleichung wird dadurch schnell oberflächlich und besteht vielmehr aus einem Missverständnis anderer Verfassungsordnungen.

Es soll daher an dieser Stelle weder das eine noch das andere Organisationsmodell von Verfassungsvergleichung präferiert, sondern vielmehr das Kriterium der Rückkoppelung von Verfassungsinformation betont werden. Es kommt daher nicht darauf an, in jenem Land, das Teil der Verfassungsvergleichung sein soll, jahrelang gelebt zu haben. Umgekehrt ist bloße Internetrecherche zu wenig. Es ist vielmehr notwendig, schriftlich oder mündlich, persönlich oder online mit Personen in Kontakt zu treten, die in dieser – der vergleichenden – Rechtsordnung grundlegende Kompetenzen besitzen, etwa Sprachbeherrschung, Rechtsausbildung, kulturelle Gegebenheiten ebenso kennen wie politische, historische und soziale Zusammenhänge. Es bedarf also der Rückkoppelung des eigenen Wissens mit jenem Wissen, das Expertinnen und Experten dieser, der verglichenen Verfassungsordnung, haben. Eine solche Rückkoppelung ist dabei – bestenfalls – nicht ein einmaliger Austausch, sondern ein auf Dialog basierender Prozess, der die Vernetzung des Wissens ermöglicht.

An dieser Stelle soll nicht die Vielfalt der Organisationsmöglichkeiten von Verfassungsvergleichung bestritten werden, aber dennoch für Team-basiertes Konzept von Verfassungsvergleichung plädiert werden. Aufgrund des Einbeziehens eines oder mehrerer (Forschungs)Teams ist es vielmehr möglich, unterschiedliche Verfassungssysteme miteinander in Beziehung zu setzen. So können Personen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen international Verfassungsvergleichung auf einem anderen Niveau betreiben als dies ein einzelner Vergleichler je können wird.

International betrachtet bedeutet dies eine Organisation von Verfassungsvergleichung, die auf permanenter Kooperation von Verfassungsexperten-netzwerken beruht. Um diese nicht als geschlossene expertokratische Clubs auszugestalten, wäre es überdies notwendig, öffentliche und offen zugängli-

³⁴⁾ Siehe *Hirschl*, On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law, in: Choudhry (Hrsg.), *The Migration of Constitutional Ideas* (2006) 39.

³⁵⁾ *Kischel*, Vorsicht Rechtsvergleichung!, *ZVglRWiss* 104 (2005) 10.

³⁶⁾ *Jackson*, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (2010) 97.

che Konzepte zu entwickeln, womit nicht Geheimwissen ausgetauscht wird, sondern die interessierte und kritische (Fach)Öffentlichkeit an diesen Dialogen teilhaben kann.

D. Vergleichungsmethodik und -organisation in der Verfassungsgerichtsbarkeit

Interessanter Weise wird die Vergleichungsmethodik in der Debatte um die verfassungsgerichtliche Verfassungsvergleichung nicht primär diskutiert. Die Feststellung des Phänomens und die Fragen der Legitimation stehen im Vordergrund. Unterschwellig wird sodann von einer funktionalen Methodik ausgegangen, gilt es doch, ein Problem im konkreten Einzelfall zu lösen. Die verfassungsgerichtliche Verfassungsvergleichung dient dem Ziel, ein verfassungsrechtliches Problem zu lösen oder eine verfassungsgerichtliche Lösung vergleichend zu bestätigen. Ausländische Verfassungsordnungen können dabei sowohl Werte als auch konkrete Lösungen anbieten. Als funktionaler Lösungsmechanismus tritt die Verfassungsvergleichung damit etwa historischen Auslegungsmethoden entgegen und unterstützt richterrechtliche Rechtsentwicklungen.

Die verfassungsgerichtliche Vergleichungsmethodik sollte aber nicht an dieser allgemeinen Ebene stehen bleiben, sondern hat sich – um sich zu legitimieren – mit konkreten Detailfragen auseinanderzusetzen. Als ein Beispiel sei die Auswahl der Referenzverfassungssysteme zu nennen. Unterschiedliche rechtliche, kulturelle, historische, politische und sprachliche Gründe können die Auswahl der Vergleichssysteme begründen. Zu aller erst sind diese Gründe offen zu legen. In einem zweiten Schritt sind diese allerdings aus der Zielsetzung der Verfassungsvergleichung auch kritisch zu hinterfragen. Ist etwa die bloß sprachliche Nähe Grund genug für die Auswahl von Vergleichssystemen, wenn es um die Suche guter Lösungen geht? Auch praktische Erwägungen, wie der Zugang zur Informationen anderer Verfassungssysteme, spielen eine gewichtige Rolle. Jedenfalls sollte sich eine verfassungsgerichtliche Vergleichungsmethodik mit diesen Fragen auseinandersetzen, diese offenlegen und auch die Debatte darüber (fach)öffentlich führen.

Die verfassungsgerichtliche Vergleichungsmethodik stößt auch an organisatorische Grenzen. Dabei ist zu allererst der Dialog der Verfassungsgerichte zu nennen. Dieser findet formal durch die gegenseitige Zitierung von Verfassungsgerichten und Höchstgerichten auf nationaler und internationaler Ebene statt. Das gegenseitige Aufeinandereingehen der Gerichte zeigt die Bedeutung der Vergleichung auf. Aus organisatorischer Sicht ist aber auch kritisch zu hinterfragen, welche Informationen aus der jeweils anderen Verfassungsordnung als Grundlage vorliegen und wie diese organisiert wird. Generell ist zu konstatieren, dass je stärker der Austausch und die

Rückkoppelung mit den Referenzverfassungsordnungen ist, umso besser kann die Vergleichungsmethodik eingesetzt werden und umso größer ist die Legitimation für die Vergleichung.

Zu allererst ist der regelmäßige informelle Austausch von Verfassungsrichtern bei Tagungen und Treffen zu nennen. Durch den Austausch von aktuellen Verfassungsurteilen entsteht zumindest über aktuelle Rechtsprechungslinien eine gewisse Kenntnis. Diese Form von Treffen findet etwa in Europa statt. Darüber hinaus gibt es auch regelmäßige Besuche bzw Vorträge von Verfassungsrichtern oder Delegationen bei anderen Verfassungsgerichten, womit bilaterales Wissen entsteht.

Neben diesem mündlichen Transfer von verfassungsrechtlichem Wissen können auch verfassungsgerichtliche Sammlungen anderer Gerichte zur Verfügung stehen oder aktuelle verfassungsgerichtliche Entscheidungen in Sammelbänden oder (Fach)Zeitschriften präsentiert werden.³⁷⁾ Darüber hinaus besteht über Rechtsdatenbanken und wissenschaftliche Publikationen die Möglichkeit, an der Rsp anderer Verfassungsgerichte zu partizipieren.

Diese allgemeine Auseinandersetzung mit anderen Verfassungsgerichten schafft allerdings nur ein sehr oberflächliches bzw nur punktuell vertieftes Wissen in die andere Verfassungsordnung. Auch der informelle Austausch stellt noch eine geringe Form der Rückkoppelung dar.

Modelle der vertiefteren Organisation von Verfassungsvergleichung gehen einen Schritt weiter. Als erste Möglichkeit ist die Einrichtung eines wissenschaftlichen Dienstes bei einem Verfassungsgericht zu erwähnen, wodurch Spezialisten, die sich auf verfassungsvergleichende Fragen konzentrieren können, zur Verfügung stehen. Ein darüber hinausgehender Schritt ist die Entsendung von Mitarbeitern an andere Verfassungsgerichte bzw die Einladung von Mitarbeitern von anderen Gerichten an das eigene Verfassungsgericht, um einen permanenten Austausch über Verbindungsbeamte zu schaffen.³⁸⁾ Auf diese Weise können auch viel stärker die politischen, kulturellen und historischen Kontexte der Verfassungsvergleichung berücksichtigt und rückgekoppelt werden und Missverständnisse ausgeräumt werden. Internationale Verfassungsgerichte wie der EuGH bestehen schon aus nationalen Experten und nationalen wissenschaftlichen Mitarbeitern, womit die verfassungsrechtliche Information in qualitativ hochwertiger Weise zur Verfügung steht.

Als noch weitergehender Schritt ist schließlich der Austausch von Richtern selbst zu erwähnen. Diesbezüglich ist etwa die verfassungsgerichtliche

³⁷⁾ Siehe das Bulletin der Venice Commission.

³⁸⁾ Dieses Modell findet sich im Übrigen bei Geheimdiensten, die allerdings das eigene Wissen nur gegen anderes Wissen austauschen, wohingegen bei einem verfassungsgerichtlichen Austausch das Wissen frei zur Verfügung steht.

Situation in Hong Kong zu erwähnen. Der Court of Final Appeal als das Höchstgericht von Hong Kong besteht aus fünf Richtern. Von diesen sind drei als permanente Richter bestellt und zwei weitere Richter werden aus einem Pool von nicht-permanenten Richtern herangezogen. Diese nicht-permanenten Richter entstammen Höchstgerichten anderer Staaten, wie etwa dem englischen House of Lords oder dem High Court of Australia. Dabei werden primär pensionierte Richter herangezogen. Auch der Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtensteins kann als derartiges Beispiel dienen. So finden sich etwa Schweizer oder österreichische Professoren oder sogar Verfassungsrichter als (Ersatz)Mitglieder dieses Höchstgerichts. Die Entsendung von Verfassungsrichtern zu internationalen Gerichten als Richter findet zwar regelmäßig statt. Seltener allerdings werden internationale Richter wieder in nationale Höchstgerichte integriert.

Zusammenfassend zeigt sich, dass ganz unterschiedliche Formen der Informationsgewinnung möglich sind, wobei die Rückkoppelung des eigenen Wissens über andere Rechtsordnungen von entscheidender Bedeutung ist. Letztlich bleiben aber all diese organisatorischen Möglichkeiten sehr begrenzt, da mit steigender Anzahl der einbezogenen Verfassungsordnungen die Möglichkeit der Wissensgenerierung aus finanziellen Gründen stark limitiert ist und die Sinnhaftigkeit der Vergleichung bei steigender Anzahl der einbezogenen Verfassungsordnungen auch mit einem Grenznutzen ausgestattet ist.

III. Abschließende Bemerkungen

A. Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit

Mit dem Einsatz von Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte korreliert die Bedeutung der Verfassungsgerichte als Teil des Verfassungsrechts. Je nach Konzeption des Höchstgerichts oder Verfassungsgerichts und dessen Bedeutung im Rahmen der jeweiligen Verfassungsordnung ist die Bedeutung der Verfassungsvergleichung einzuschätzen. Generell ist zu mutmaßen, dass jene Verfassungsordnungen, in denen funktionale Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte Anwendung findet, Verfassungsgerichte aufweist, die eine gewisse Form von *judicial activism* pflegen. Für ein aktives Verfassungsgericht ist die Verfassungsvergleichung eine Möglichkeit, die Weiterentwicklung des eigenen Verfassungsrechts zu legitimieren. Im Rahmen von *common law*-Systemen, die auf einer *case-law* Tradition aufbauen, bekommen verfassungsvergleichende Argumente mit anderen *common-law* Systemen besonderes Gewicht, wie sich in den Commonwealth Staaten zeigt.³⁹⁾ Dabei spielen

³⁹⁾ Saunders, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2006, 37.

nicht nur die rechtlichen, sondern auch die sprachlichen und kulturellen Gemeinsamkeiten eine Rolle. Für ein durch *judicial self-restraint* geprägtes Verfassungsgericht wiederum ist der Spielraum für Verfassungsvergleichung deutlich geringer, kann aber etwa auch als Abgrenzung von anderen Rechtsordnungen dienen.

Internationale und transnationale Verfassungsgerichtsbarkeit, wie zB im Rahmen internationaler Menschenrechtsgerichtshöfe, sind in ganz anderer Weise mit verfassungsvergleichenden Aspekten betraut. Trotz der autonomen Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen dieser Menschenrechtsübereinkommen ist die Auseinandersetzung mit nationalem (Verfassungs)Recht in Relation zu den internationalen Vereinbarungen geboten. Verfassungsvergleichende Argumente können zur Unterstützung eines einheitlichen verfassungsgerichtlichen Verständnisses führen und damit die Rolle der internationalen Verfassungsgerichtsbarkeit stärken. Die Einbeziehung der Verfassungsordnung anderer Vertragsstaaten kann idZ aber auch zu einer Zurückhaltung des Menschenrechtsgerichts führen („margin of appreciation“⁴⁰⁾) und damit verbunden, die Regelungen auf nationaler Ebene zu belassen, ohne einheitliche Standards zu schaffen.

Je nach politischen und rechtlichen Funktionen von Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher die Rolle der gerichtlichen Verfassungsvergleichung zu verorten. Je bedeutender das Verfassungsgericht für die jeweilige Verfassungsordnung ausgestaltet ist, umso notwendiger ist auch die Auseinandersetzung mit dem Einsatz verfassungsvergleichender Argumente in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

B. Engagement und Transparenz

Abschließend soll auf zwei relevante Gesichtspunkte der verfassungsgerichtlichen Verfassungsvergleichung hingewiesen werden, wobei ersteres als Befürwortung der verfassungsgerichtlichen Verfassungsvergleichung zu werten ist und zweiteres zum Innehalten bei derselben mahnt.

Vicki Jackson, eine der führenden internationalen Verfassungsvergleichenden, hat in einem von ihr jüngst erschienen Buch die Notwendigkeit der Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte betont.⁴¹⁾ Die transnationalen Entwicklungen des Verfassungsrechts sind aus ihrer Perspektive weder verneinbar noch zu ignorieren. Der Einfluss internationaler Verträge auf nationales Verfassungsrecht sowie die Verhandlung verfassungsrechtlicher Fragen auf internationaler Ebene haben auch für die Verfassungsvergleichung eine zentrale Rolle. Das weltweite Netz an gerichtlichen Verfassungsdialog

⁴⁰⁾ Siehe dazu den Beitrag von *Marten Breuer* in diesem Heft.

⁴¹⁾ *Jackson* (FN 36) 71 ff.

stellt sie außer Frage. Die Problemstellung ist daher vielmehr jene, wie sich das jeweilige Verfassungsgericht dazu positioniert. Sie unterscheidet dabei drei Handlungsalternativen: *Resisting*, *Convergence* und *Engagement*. In Hinblick auf den US Supreme Court argumentiert sie in weiterer Folge, dass nur *Engagement* als Handlungsalternative verbleibt. Weder der Widerstand (*Resisting*) noch die unreflektierte Übernahme (*Convergence*) ausländischer Verfassungsentwicklungen bieten sich als Handlungsalternativen an. Hat der internationale Verfassungsdiskurs einen Einfluss auf die amerikanische Verfassung, so muss auch das amerikanische Verfassungsgericht sich an diesem Diskurs beteiligen und aktiv mitgestalten. Diese Perspektive schafft eine neue Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, die bereits im Rahmen der Europäischen Union virulent geworden ist. Nationale Verfassungsgerichte werden zu Akteuren in einem international vernetzten Verfassungsdialog.

Das österreichische aber auch das deutsche Verfassungsgericht haben sich beide in diesem europäischen Verfassungsdialog positioniert und dies auf ganz unterschiedliche Weise. Während das österreichische Verfassungsgericht sich etwa durch Vorabentscheidungsverfahren seit dem Beitritt Österreichs zur EU sofort für die Zusammenarbeit bei verfassungsrechtlichen Fragen zum EuGH geöffnet hat,⁴²⁾ stellt das deutsche Verfassungsgericht sich selbstbewusster mit seinen Vorstellungen im europäischen Verfassungsdialog in Szene.⁴³⁾ Nichtsdestotrotz ist aber auch die deutsche Vorgehensweise

als europarechtsfreundlich zu qualifizieren.⁴⁴⁾ Auch die Zusammenarbeit und Diskussion des österreichischen und deutschen Verfassungsgerichts mit dem EGMR können als Teil eines engagierten Verfassungsdialogs verstanden werden. Letztlich bleibt eine über den europäisch-amerikanischen Raum hinausgehende Partizipation am internationalen Verfassungsdialog eine Zukunftsperspektive für diese Verfassungsgerichte.

Abschließend soll nochmals die Notwendigkeit von Transparenz bei dem Einsatz von Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte betont werden. Der fortschreitenden Dynamik des internationalen Verfassungsdialogs stehen noch immer Unklarheiten hinsichtlich der Zielsetzung, der Methodik und der Organisation von Verfassungsvergleichung gegenüber. Dabei wird Verfassungsvergleichung sowohl als Selbstverständlichkeit behandelt als auch als *black box* nicht offen gelegt. Die Legitimation und Professionalisierung internationaler Verfassungsvergleichung setzt allerdings die offene Positionierung zur Verfassungsvergleichung ebenso voraus wie die öffentlich dargelegte Methodik und Organisation derselben.

Korrespondenz: Univ.-Ass. Dr. Konrad Lachmayer, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien; Mitherausgeber des Vienna Online Journal on International Constitutional Law (ICL-Journal) www.icl-journal.com; konrad.lachmayer@univie.ac.at

⁴²⁾ Siehe VfSlg 15.450/1999, 16.050/2000, 16.100/2001 sowie *Holzinger*, Der Verfassungsgerichtshof und das Gemeinschaftsrecht, in: Öhlinger-FS (2004) 142 (152 ff).

⁴³⁾ Siehe etwa das Lissabon-Urteil des deutschen BVerfG v 30.06.2009, 2 BvE 2/08 sowie die dazu bestehende umfangreiche Literatur, siehe idZ etwa *Thym*, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 48 Der Staat 2009, 559; *Thym*, In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, 46 Common Market Law Review 2009, 1795 sowie kritisch aus österreichischer Perspektive *Wiederin*, Deutschland über alles: Das Lissabon-Urteil des BVerfG, ÖJZ 2010, 398.

⁴⁴⁾ *Ziller*, Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichtes. Eine ausländische Bewertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zur Ratifikation des Vertrages von Lissabon, ZÖR 2010, 157.

SpringerRecht.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...