

## **Skizze des Promotionsprojekts „Vergleichende Verfassungsrechtsprechung. Praxis, Viabilität und Begründung rechtsvergleichender Argumentation durch Verfassungsgerichte am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts“**

Ich verfolge in der Dissertation „Vergleichende Verfassungsrechtsprechung“ ein empirisches und ein normativ-analytisches Erkenntnisziel. Zum einen möchte ich mehr – als bislang erforscht – über die tatsächliche Bedeutung und Entwicklung des komparativen Arguments in der Verfassungsrechtsprechung erfahren. Zum anderen geht es mir darum, den Status der Rechtsvergleichung in der Verfassungsrechtsprechung zu erklären und zu rechtfertigen.

### *Praxis am Bundesverfassungsgericht und am Südafrikanischen Verfassungsgericht*

Im empirischen Teil untersuche ich Bedeutung und Entwicklung des komparativen Arguments in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dazu habe ich in der Entscheidungssammlung des Gerichts verschiedene Parameter erhoben, um die statistische Verteilung und Entwicklung der Rechtsvergleichung erkennen und diese mit anderen vorkommenden Entscheidungspartikeln vergleichen zu können. Als quantitatives Ergebnis lässt sich vor allem festhalten, dass – entgegen der Vermutung, dass sich eher „junge“ Verfassungsgerichte der Rechtsvergleichung bedienen – die rechtsvergleichende Häufigkeit nach einer Anfangshausse abgenommen hat, aber seit der Jahrtausendwende eine Steigerung zu verzeichnen ist – im Durchschnitt vergleicht das Bundesverfassungsgericht in ca. jeder zwanzigsten Entscheidung. Die jüngste Steigerung geht mit einem Anwachsen der Zitationen transnationaler Rechtsmaterien (wie z.B. EuGH- und EGMR-Nachweisen) einher – hier ist der Einfluss der europäischen Integration spürbar. Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich am häufigsten auf „transatlantische“ Rechtsordnungen sowie auf nichtspezifizierte globale bzw. europäische Entwicklungen. Qualitativ ist hervorzuheben, dass das komparative Argument in der Regel der zusätzlichen Stützung der Argumentation dient; wertvolle Hilfe kann Rechtsvergleichung allerdings auch bei der Konkretisierung vager Verfassungsvorschriften sowie bei der Bewertung künftiger Implementationen von Recht leisten, indem man die Erfahrungen anderer Verfassungsordnungen befragt. Ein Spezifikum der vergleichenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es ferner, dass Rechtsvergleichung häufig bei der Einbeziehung historischer Rechtsentwicklungen mit aufgerufen wird.

Im internationalen Vergleich bewegt sich das Bundesverfassungsgericht im unteren mittleren Bereich – es ist demnach nicht so isolationistisch wie häufig dargestellt. Allerdings gibt es andere Verfassungsordnungen, die viel extensiver und intensiver vergleichen – wie das Südafrikanische Verfassungsgericht in fast der Hälfte seiner Entscheidungen. In methodischer Hinsicht gehe ich bei der Untersuchung des noch „jünger“ Verfassungsgerichts exemplarischer vor als bei der Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bei der Analyse der vergleichenden Entscheidungen des Südafrikanischen Verfassungsgerichts wird deutlich, dass die Methodenermächtigung in der Verfassung, die Rechtsvergleichung bei der Grundrechtsinterpretation erlaubt, keinen entscheidenden Einfluss auf die Quantität der Rechtsvergleichung hat. Bestimmender sind die Motivation, an der internationalen politischen Kultur teilzuhaben, der

individualistische Stil der Entscheidungsvoten und die Common-Law-Tradition, die in Südafrika vor allem im öffentlichen Recht wirksam ist.

#### *Viabilität rechtsvergleichender Argumentation in der Verfassungsrechtsprechung*

Unter Viabilität verstehe ich die theoretische sowie methodische Machbarkeit und Möglichkeit rechtsvergleichender Argumentation. In einem ersten Schritt lege ich dar, dass es keine überzeugenden Einwände gegen die Möglichkeit des rechtsvergleichenden Blicks auf andere Rechtsordnungen gibt. Allerdings muss man sich der Perspektivität der eigenen rechtswissenschaftlichen Aktivität bewusst sein und das *tertium comparationis* geschickt wählen. In einem zweiten Schritt stelle ich eine offene juristische Argumentationslehre vor, die auch die *Canones* der Auslegung integriert und dabei der rechtsvergleichenden Auslegung einen eigenständigen Ort zuweist.

#### *Begründung rechtsvergleichender Argumentation in der Verfassungsrechtsprechung – Offenheit und Öffnung*

In diesem Abschnitt der Arbeit begründe ich aus zwei verschiedenen Richtungen den Einsatz komparativer Argumentation in der Verfassungsrechtsprechung.

Zum einen zeige ich die Offenheit und Öffnung des Verfassungsrechts auf, die der Rechtsvergleichung Eintrittswege verschaffen. Die Vagheit und Lückenhaftigkeit des Verfassungsrechts bedingt eine inhärente Offenheit, die in der Verfassungsrechtsprechung einem Konkretisierungsbedarf entspricht. Die Rechtsvergleichung bietet hier argumentative Hilfestellung. Ich unterscheide zudem endogene und exogene Öffnung des Verfassungsrechts. Endogen öffnet sich eine Verfassungsordnung durch ihre Eigenheiten, die sich in der Juristenausbildung, in der Verfassungskultur, aber auch in genuinen Entscheidungen der (verfassungs-)politischen Gemeinschaft, d.h. in positivierten Verfassungsnormen ausdrücken können. Ich untersuche die endogene Öffnung für die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, greife insbesondere die Völkerrechtsfreundlichkeit und das Menschenrechtsbekenntnis in Art. 1 Abs. 2 GG heraus und komme zum Schluss, dass die deutsche Verfassungsordnung eine grundsätzlich offene ist.

Exogen werden Verfassungsordnungen geöffnet, indem ihre Institutionen und Akteure am transnationalen Feld der Rechtskommunikation teilnehmen. Es handelt sich dabei – in Anlehnung an die Feldtheorie des französischen Soziologen Pierre Bourdieu – um einen sozialen Raum von Akteuren, Institutionen, Positionen, Stellungnahmen und Beziehungen, der durch eine gewisse Eigenlogik und Eigenstruktur von anderen sozialen Feldern abgegrenzt werden kann. Zusätzlich zu ihrer Position im nationalen Bereich nehmen juristische Akteure und Institutionen verstärkt an transnationalen Kommunikationszusammenhängen teil. Die Kommunikation hat mittlerweile eine solche Dichte, Unmittelbarkeit und Kontinuität erreicht, dass man jedenfalls für den europäischen Bereich, aber mit einiger Sicherheit auch für globale Zusammenhänge die Entstehung eines solchen Feldes bejahen kann. Die Teilnahme am transnationalen Feld der Rechtskommunikation hat zur Folge, dass man sich den Kommunikationen in diesem Feld nicht mehr entziehen kann – sie haben Rückwirkungen auf den Diskurs im nationalen juristischen Feld: v.a. wird der Raum verfügbarer juristischer Argumente erweitert.

Die Verfügbarkeit solcher Argumente und schließlich auch ihr Einsatz haben Einfluss auf die Legitimität von Verfassungsrechtsprechung. In einem weiteren Abschnitt belege ich die grundsätzliche Legitimität von Verfassungsrechtsprechung und stelle dabei die mittelbare Rolle plausibler Argumentation heraus. Bestimmte Suchbewegungen in der juristischen Argumentation nehmen an dieser mittelbaren Legitimation der Verfassungsrechtsprechung teil. Hier greife ich drei zentrale heraus: die Suche nach Rationalität, nach Konsens und nach Autorität. Rechtsvergleichende Argumentation kann – gerade aufgrund des durch das transnationale Feld der Rechtskommunikation erweiterten Argumentationsraums – an diesen Suchbewegungen teilhaben. In der Folge kann begründet werden, dass rechtsvergleichende Argumentation die Rationalität, Konsensfähigkeit und Autorität und damit wiederum die Legitimität von Verfassungsrechtsprechung steigern kann.

#### *Schlussfolgerungen und Empfehlungen für das Bundesverfassungsgericht*

Im Schlussabschnitt werden die Ergebnisse der Arbeit unter drei Perspektiven zusammenfasst: ich unterscheide die *Medien* der Rechtsvergleichung, d.h. die spezifischen Kanäle, über die sie in die Verfassungsrechtsprechung kommt, und die Ausdrucksweisen, wie sie die Verfassungsrechtsprechung verlautbart. Ich greife zentrale *Leistungen* der rechtsvergleichenden Argumentation heraus. Hierbei betone ich einerseits nicht eindeutig messbare Rationalisierungs- und Legitimationseffekte, andererseits, dass weder ein dauerhafter Dialog der Verfassungsordnungen existiert noch dass Rechtsvergleichung eindeutig zu Rechtsharmonisierung führt. Es finden vielmehr differenzierte, nicht durch eine unsichtbare Hand gesteuerte und damit kontingente Prozesse statt. Des Weiteren zeige ich *Grenzen* rechtsvergleichender Argumentation auf: Verfassungsrechtsprechungen dürfen über die Rechtsvergleichung nicht die Anbindung an ihr Verfassungsgesetz vergessen – was bis auf seltene Ausnahmen auch nicht geschieht. Dann ist zu beachten, dass Verfassungsordnungen sich auch gegen den (offenen) Einsatz von Rechtsvergleichung entscheiden können, obgleich dies durch Effekte des transnationalen Feldes der Rechtskommunikation erschwert wird. Schließlich ist die Kontextualität des rezipierten Wissens beim Einsatz der Rechtsvergleichung zu beachten und methodisch vor zu schnellen Schlussfolgerungen, z.B. bei transnationalen Trends zu warnen.

Für das Bundesverfassungsgericht arbeite ich eine Beobachtungspflicht in Bezug auf fremde Verfassungsordnungen heraus, die nicht dazu führt, dass entsprechende Erkenntnisse in die Entscheidungsbegründung aufgenommen werden müssten. In Integrationszusammenhängen wie der Europäischen Union kann diese Pflicht sich jedoch verstärken und zu einer Verschiebung der Begründungslast führen, d.h. das Bundesverfassungsgericht sollte offen begründen, warum es von einem Konsens anderer Verfassungsordnungen in Bezug auf das Unionsrecht abweicht. Ferner sollte das Bundesverfassungsgericht rechtsvergleichende Informationen überprüfbar darstellen, wenn sie in die Entscheidungsbegründung aufgenommen werden und sich bei Gelegenheit näher zum Status des komparativen Arguments äußern, das bislang *ad hoc* und unsystematisch von Fall zu Fall eingesetzt wird.