

ABHANDLUNGEN

VERGLEICHUNG IM ÖFFENTLICHEN RECHT

Einleitung

*Joseph H. Kaiser**)

Die Fachgruppe für vergleichendes öffentliches Recht der Gesellschaft für Rechtsvergleichung hat allgemeine Fragen der Vergleichung im öffentlichen Recht, vor allem Methodenfragen, auf der Tagung für Rechtsvergleichung 1963 in Wien, die im Verein mit der österreichischen Gesellschaft für Rechtsvergleichung veranstaltet wurde, zum Gegenstand ihrer Arbeit gemacht. Die der Fachgruppe vorgelegten Berichte und Leitsätze von Helmut S t r e b e l (Heidelberg), Rudolf B e r n h a r d t (Heidelberg) und Karl Z e m a n e k (Wien) werden nachstehend veröffentlicht. Die Fachgruppe hat mit dieser Themenstellung an ihre Arbeit über die vergleichende Methode in der Verfassungsinterpretation angeknüpft, die ihre Tagung 1961 in Trier unter dem Vorsitz von Hans S c h n e i d e r ausgefüllt hat¹⁾.

Die Vergleichung im öffentlichen Recht ist älter als das Bewußtsein ihrer Methode. Die Erwägung und Ausbildung einer für den Vergleich öffentlicher Rechte spezifisch angemessenen und erfolgversprechenden Methode brauchte auch so lange nicht als besondere Aufgabe ins Auge gefaßt zu werden, als der Vergleich für das Verständnis und die Entwicklung des

*) Der Verfasser, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg im Breisgau, hat die Arbeitssitzung der Fachgruppe in Wien am 20. 9. 1963 geleitet, auf der die anschließend veröffentlichten Referate gehalten wurden (Anm. d. Red.).

¹⁾ Von den Referaten dieser Tagung sind veröffentlicht: Otto Kirchheimer, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge (JÖR NF) Bd. 11, 1962, S. 93 ff.; Franco Pierandrei, Prinzipien der Verfassungsinterpretation in Italien, JÖR NF, Bd. 12, 1963, S. 201 ff.; über das deutsche Recht berichtete Horst E h m k e, der darüber ebenfalls vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer referierte und dieses Referat »Prinzipien der Verfassungsinterpretation« in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Heft 20, 1963, S. 53 ff., veröffentlicht hat.

öffentlichen Rechts unbedeutend oder jedenfalls nicht signifikant war. Ein nationalstaatlich-positivistisch eingeeignetes Rechtsdenken vermöchte der Vergleichung öffentlicher Rechte ebensowenig einen unmittelbaren Wert abzugewinnen wie der historischen Erforschung weit zurückliegender Rechtsverhältnisse²⁾.

In der langen, überschaubaren Abfolge der auf Verfassung und Verwaltung von Rechtsgemeinschaften gerichteten Erkenntnisbemühungen ist jene bewußte Selbstbeschränkung in der Wahl der juristischen Erkenntnismittel jedoch wenig mehr als eine Episode. Schon Aristoteles hat 158 griechische Verfassungen gesammelt und in der »Politik« eine sowohl vergleichende wie wertende Staatslehre entwickelt. Der Zweck des Vergleichens öffentlichen Rechts und Unrechts von Herrschaftsverhältnissen ist dabei jedoch hier und immer wieder weit über analysierende und generalisierende Vergleichsfeststellungen hinausgegangen. Das römische Reich beispielsweise ist seit Augustin das große Paradigma der Ursachen staatlichen Werdens und Vergehens gewesen und hat der Geschichtsdeutung die großartigsten Modelle geliefert³⁾; es hat aber auch, wengleich in historischer Vertiefung, zu Vergleichen leitender Staats- und Rechtsprinzipien und politischer Institutionen inspiriert⁴⁾. Läßt sich an solchen Beispielen die Möglichkeit fruchtbarer Wechselbeziehung zwischen Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und Geschichtsphilosophie aufweisen, so vermag eine vertiefte Rechtsvergleichung, worauf Erik Wolf hingewiesen hat⁵⁾, auch der Theorie eines als Gesellschaftsordnung verstandenen Naturrechts als notwendige Methode zu dienen.

Die Ziele der Vergleichung öffentlicher Rechte können diesen demnach

²⁾ So meinte Hans Nawiasky feststellen zu können: »Aus geschichtlich entfernten oder staatlich getrennten Rechtszuständen sind Schlüsse auf die Auslegung des geltenden deutschen Rechts nicht zu ziehen« (VVDSStRL Heft 3, 1927, S. 43, Leitsatz 2). Eine Ausnahme machte er nur vorbehaltlich des »Nachweises unmittelbarer geistiger Zusammenhänge im zeitlichen Ablauf und in räumlicher Beziehung, daß eine Übernahme erfolgt ist«. Nawiasky schätzte die historische oder staatliche Individualität eines Rechtsgebietes so hoch, daß selbst ein wortgleicher Satz in einem anderen Gebiet für die Auslegung in jener Rechtsordnung »an sich bedeutungslos« sei (S. 26).

³⁾ Montesquieu, *Considérations sur les Causes de la Grandeur des Romains et de leur Décadence*, 1734; Edward Gibbon, *History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, 1774–1781.

⁴⁾ Für diese jüngere Betrachtungsweise gibt es schon Beispiele bei Gabriel Bonnot de Mably, *Parallèle des Romains et des Français par Rapport au Gouvernement*, Paris 1740. Gegenwärtig wird der Vergleich von verfassungsrechtlichen Leitbildern und Institutionen sowohl von Juristen wie von der politologischen Disziplin Comparative Government gepflegt; hierfür ist repräsentativ Herman Finer, *Theory and Practice of Modern Government*, revised ed. New York 1949, deutsche Ausgabe Stuttgart 1958.

⁵⁾ Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch einer Orientierung, 3. Aufl., Karlsruhe 1964, S. 188.

ganz peripher sein und können sogar außerhalb der Jurisprudenz liegen. Sie können auch insofern außerhalb ihres Gegenstandes sich befinden, als die Vergleichung öffentlicher Rechte zwar vornehmlich an Erscheinungsweisen der Verfassung und Verwaltung anknüpft, das Erkenntnisziel aber im Bereich einer anderen juristischen Disziplin, etwa der Staatslehre, gelegen ist. Jede Rechtstheorie wird heute angesichts der noch zunehmenden Gleichartigkeit der Lebensverhältnisse und Rechtsüberzeugungen in großen Teilen der Welt ihre Ergebnisse auch rechtsvergleichend gewinnen und überprüfen müssen, und zwar um so mehr auch durch Vergleichung öffentlicher Rechte, je stärker die öffentliche Gewalt hoheitlich in den Rechtsverkehr eingreift. Die Ausbreitung der abendländischen Zivilisation und die mit dem wechselseitigen Austausch von Gütern und Ideen einhergehende Nivellierung der moralischen wie der ökonomischen Standards und so allmählich auch des Juristisch-Normativen fordern und erleichtern gerade auch die Vergleichung im öffentlichen Recht. Es geht dabei nämlich vor allem um die Positionen des Hoheitlich-Autoritären und ihre Ingerenz in den Beziehungen zwischen Individuen, Gruppen und Staaten, um die Effektivität ihrer ordnungstiftenden Funktion, um ihre rechtsstaatliche Verfassung und Bändigung oder ganz schlicht um ihren Abbau, sei es durch Rechtsetzung, sei es durch die Korrosionskräfte jener Entwicklungen, deren Wirkungen sich gewohnheitsrechtlich verfestigen und institutionalisiert werden können. Der demokratischen Entwicklung wird auf die Dauer keine Herrschaftsstruktur und keine politische Zielsetzung genügen können, die nicht alle aus der Ordnung gewonnenen, hoheitlich verwalteten Möglichkeiten den Einzelnen und den Gruppen dienstbar macht⁶⁾; »kein Zwang ist gerechtfertigt, welcher dem Einzelnen die Freiheit des Denkens und der Gewissensentscheidung vorenthält, und welcher nicht dazu dient, einen größeren Zwang entbehrlich zu machen«⁷⁾.

Die Vergleichung der öffentlichen Rechte der abendländischen Völkerfamilie und darüberhinaus vor allem Japans wird viel Material für das Bestehen solcher Rechtsüberzeugungen ermitteln und über die materiellen Normen, die Institutionen und die Verfahrensmodalitäten unterrichten, die der Verwirklichung jener Prinzipien dienen. Sie wird außerdem einen von der überlieferten Jurisprudenz kaum gewürdigten Tatbestand aufweisen: die »überstaatliche Bedingtheit« jedes Staates, in dessen Rechtsordnung jene

⁶⁾ Dieses durchaus auch über die nationalen Grenzen hinaus, wie die Entwicklungshilfe lehrt, die andererseits jedoch auch Beispiele dafür liefert, daß es nicht immer möglich ist, humanitären Zielen im weitesten Sinn zu dienen ohne gleichzeitig wenig demokratischen Regimen und feudalen Gesellschaftsstrukturen Mittel zuzuführen und dadurch zu ihrer Konservierung beizutragen.

⁷⁾ Werner von Simson, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart. Freiburger Habilitationsschrift 1964, maschinenschriftliches Exemplar, S. 159 f.

Überzeugungen Grundnormcharakter haben⁸⁾. Der Kreis dieser Staaten umfaßt eine engere Gruppe innerhalb der «nations civilisées» i. S. des Art. 38 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs im Haag. Die Zivilisation ist nahezu global und verliert allmählich die Effizienz eines Unterscheidungsmerkmals gegenüber dem allgemeinen Anspruch, für zivilisiert zu gelten⁹⁾, auch wenn vornehmlich erst die normative Fassade sich zivilisiert hat¹⁰⁾.

⁸⁾ Werner von Simson hat das Verdienst, die rechtlichen Konsequenzen für den Souveränitätsbegriff und für die zwischenstaatliche Ordnung aufgewiesen zu haben. Er spricht mit Recht vom »Ende der Selbstgerechtigkeit des Staates« (a. a. O. S. 270 ff.).

⁹⁾ Ignaz Seidl-Hohenveldern hält es für »mißlich, von einem Mitgliedstaat der Vereinten Nationen behaupten zu wollen, daß seine Rechtsordnung nicht die eines Kulturvolkes sei« (Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, Festschrift für A. Verdross, Wien 1960, S. 256).

Dietrich Schindler urteilt darin zurückhaltender (Völkerrecht und Zivilisation, in: Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht Bd. 13, 1956, S. 90), löst das Problem aber dadurch, daß er nach dem Inhalt des Zivilisationsbegriffs im Rechtssinn fragt und diesen in bewußter Unabhängigkeit von jeder tatsächlichen Befundnahme mit der Zugehörigkeit zur Völkerrechtsgemeinschaft identifiziert. Darin war ihm schon Josef L. Kunz in einer Abhandlung vorausgegangen, in der indessen vorbehalten wird, daß der Umkreis der Völkerrechtsgemeinschaft jeweils empirisch festgestellt wird (Zum Begriff der «nation civilisée» im modernen Völkerrecht, Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. 7, 1928, S. 86 ff.).

Vgl. auch Schwarzenberger, The Standard of Civilisation in International Law, Current Legal Problems, 1955, S. 228. Er betont die Einheit der Weltzivilisation, möchte dieser aber durch die Einführung materieller, nämlich an den «democratic States» orientierter Kriterien wieder die Qualität eines Unterscheidungsmerkmals (gegenüber totalitären und autoritären Systemen) geben (S. 218). Der freiheitliche Rechtsstaat, die «rule of law», scheint mir ein weit wichtigeres Kriterium zu sein.

Jede materielle Bestimmung, die sich mit einer juristischen Fiktion nicht zufrieden gibt, ruft natürlich, wie auch die Konstruktion Schwarzenbergers zeigt, nach Vergleichung staatlicher öffentlicher Rechte.

¹⁰⁾ Vgl. Ulrich Häfelin, Möglichkeiten der Verwirklichung der Demokratie in den neuen Staaten Afrikas und Asiens, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 81, 1962, S. 325 ff., mit zahlreichen Nachweisen vornehmlich deutsch- und englischsprachigen Schrifttums. Vgl. beispielsweise auch den von M. E. L. gezeichneten Artikel «Les Institutions du Maroc indépendant et le «Modèle Français»», Tiers Monde, 1961, S. 169 ff., und vor allem Alain Gandoifi, Essai sur le Système Gouvernemental des nouveaux Etats Africains d'Expression Française, Revue Juridique et Politique d'Outre-Mer, 1961, S. 369 ff., der kenntnisreich von dem alten afrikanischen Mystizismus spricht, der durch die nach französischem Muster entworfenen Verfassungseinrichtungen hindurchschlage und einem oder mehreren allen Glanz, alles Prestige und alle Autorität gebe, die herkömmlich durch Sitte und Religion den Stammesführern beigelegt worden seien.

Daran läßt sich leicht aufzeigen, wie weit ein Vergleich des öffentlichen Rechts des Vorbilds mit dem des Abbilds nicht nur hinter den Buchstaben, sondern auch hinter das Normen- und Institutionensystem zurückgehen muß und politische Kräfte, soziale und wirtschaftliche Gegebenheiten und u. U. sogar religiöse Bindungen berücksichtigen muß, um die Verfassungswirklichkeit und damit die Erkenntnismöglichkeiten eines sinnvollen Vergleichs nicht zu verfehlen.

Vgl. dazu auch P. I. Idenburg, Les nouveaux Etats Africains et les normes démocratiques occidentales, a. a. O., S. 195 ff.

Die Staaten des demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsideals sind demgegenüber berufen, einen neuen Standard zu setzen: Mag er zunächst auch nur im Verhältnis zueinander gelten¹¹⁾ und in partikulären Staatengemeinschaften wie beispielsweise den Europäischen Gemeinschaften die Rechtswirklichkeit bestimmen¹²⁾, so wird seine exemplarische Kraft jedoch nicht ohne Wirkung bleiben auf das Rechtsbewußtsein der Menschheit. Die Vergleichung der öffentlichen Rechte der jenem Typ zuzurechnenden Staaten vermag den damit gegebenen normativen Bewußtseins- und Überzeugungsinhalten so viel konkrete Anschaulichkeit zuzuführen, als zu ihrer Präzisierung und Anwendbarkeit erforderlich ist.

Der humane Aspekt dieses Motivs einer Vergleichung öffentlicher Rechte ist nicht zu trennen von der Respektierung des Individuell-Besonderen und Eigenartigen. Sie wird eine Zurückhaltung in der Einschätzung und im Urteil lehren, die in die Nähe eines rechtsphilosophischen Relativismus etwa im Sinne Radbruchs führen kann¹³⁾. Die Affinität einer solchen vor-

¹¹⁾ Verdross hält mit Recht derartige engere Völkerrechtskreise mit Begriff und Verpflichtung des allgemeinen Völkerrechts für vereinbar (Die Wertgrundlagen des Völkerrechts, Archiv des Völkerrechts, Bd. 4, 1953, S. 133).

¹²⁾ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kennt dafür zahlreiche Beispiele (vgl. dazu unten das Referat von K. Zemanek); aus ihnen wird insgesamt ersichtlich, daß die bei Durchführung des EWG-Vertrages anzuwendenden Rechtsnormen im Sinne seines Art. 173 Abs. 1, auch soweit sie sich aus den Rechtsprinzipien der Mitgliedstaaten herleiten, sich nicht auf das allen Mitgliedstaaten gemeinsame Rechtsminimum zu beschränken brauchen.

Dieser methodische Grundsatz für die Gewinnung allgemeiner Rechtsnormen ist für die Feststellung der völkerrechtlichen «*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*» i. S. des Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs im Haag anerkannt: Es ist nicht notwendig, daß sich ein solches Prinzip in dem Recht aller zivilisierten Staaten findet; «*il doit suffire qu'il se trouve au fond des systèmes juridiques des Etats en général*» (Max Sørensen, Les Sources du Droit International, Etude sur la Jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, Kopenhagen 1946, S. 134, unter Hinweis auf A. Verdross, Les Principes Généraux de Droit comme Source du Droit des Gens, Annuaire de l'Institut de Droit International, 1932, S. 291).

Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Auffindung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze unterstreicht auch Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Völkerrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Rundschau 1952, S. 341 f. Seidl-Hohenveldern hat die Bedeutung der Vergleichung im öffentlichen Recht für die wichtige Frage untersucht, welche Bedeutung das interne Recht der Staaten dem Völkerrecht zuerkennt (Methods for a comparative approach to Public International Law, Egawa-Festschrift, Tokio 1961, S. 153 ff.).

¹³⁾ Erik Wolf hat auf die Vorliebe Radbruchs für Rechtsvergleichung hingewiesen in der Einleitung in Radbruchs Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956, S. 28 und 38, hier unter Hinweis auf ein beispielhaftes Werk der Rechtsvergleichung in einer dem öffentlichen Recht im weiteren Sinn zugerechneten Disziplin: die auf Veranlassung des Reichsjustizministeriums unternommene »Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts«, in 15 Bänden 1908/09 erschienen, an der Radbruch mitgearbeitet

urteilslosen Auffassung von den Zielen der Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung mit dem überlieferten Bild rechtsstaatlicher Demokratie ist häufig dargestellt worden. In der Formulierung Yntema's wird man darin auch den "universal humanistic outlook"¹⁴⁾ öffentlich-rechtlicher Vergleichung sehen dürfen.

Dem entspricht die *Relativität* juristischer Begriffe, die schon von Rabel gegen den im nationalstaatlichen Rechtssystem verfangenen Dogmatismus und gegen die Begriffsjurisprudenz behauptet worden ist¹⁵⁾. Sie läßt sich im Internationalen Privatrecht und in der Privatrechtsvergleichung jedoch leichter konzedieren als in den Sparten des Öffentlichen Rechts, dessen Begriffe herkömmlich in höherem Maße von Grundüberzeugungen verfassungspolitischer, moralischer oder auch staatsmythischer Provenienz, mitunter auch in eigenartiger Mischung dieser Elemente, geprägt und gefüllt sind oder sich damit nach Belieben auch leicht aufladen lassen. Die nicht immer voll ins Bewußtsein tretende perfektionistische Anmaßung einer Rechtsideologie, die vorgibt, Organisation, Zuständigkeit und Eingriffsmodalitäten der öffentlichen Gewalt an sich optimal bestimmt zu haben, und die eigene Staatsform so wenig will antasten lassen, als wäre sie das letzte Wort der Geschichte, ist eine sublimale Form von Absolutismus und als solcher ein natürlicher Gegner einer ernsthaften Vergleichung im öffentlichen Recht. Montesquieu vollzog gegenüber dem Absolutismus seiner Zeit durch die Ironie seiner »Persischen Briefe« (1721) eine situationsbedingte Art der Distanzierung und gewann dadurch, was hier Hervorhebung verdient, den freien Raum, dessen die Unabhängigkeit seines Geistes bedurfte und der eine existentielle Voraussetzung seines Werkes war. In der literarischen Form und Funktion damit verwandt sind die Verfassungsvergleiche seines Hauptwerks. Sie sind ebenfalls eine Methode der Kritik an dem französischen Absolutismus seiner Zeit, vor allem auch der berühmteste von

hat. Vgl. auch Radbruch, Anselme Feuerbach, *Précurseur du Droit Comparé*, Mélanges Lambert, I, Paris 1938, S. 284.

¹⁴⁾ Hessel Yntema, *Comparative Legal Research*, Michigan Law Review 1956, S. 903, und man wird ihm insofern zustimmen können, wenn er dort ausführt: "while techniques may vary, the problems of justice are basically the same in time and space throughout the world".

¹⁵⁾ *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, I, 2. Aufl., Ann Arbor 1958, S. 55 ff., 60. – Die dem zugrunde liegende Einsicht darf nicht gleichgesetzt werden mit dem Extrem eines Relativismus, der sich vor der sachlichen Substanz drängender Rechtsfragen in den Formalismus von Zuständigkeitsregeln zurückzieht; dazu J. H. Kaiser, Zur gegenwärtigen Differenzierung von Recht und Staat, Staatstheoretische Lehren der Integration, Österr. Z. f. Öffentl. Recht, Bd. 10, 1960, S. 413, mit dem Hinweis auf Kelsen, Merkl und Anschütz; vgl. auch die Kritik der von Thoma und Radbruch bezogenen Positionen durch Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Berlin 1958, S. 99 Anm. 68 und S. 346.

allen: die Entwicklung des Prinzips der Gewaltenteilung in dem mit der Überschrift »Von der Verfassung Englands« betitelten 6. Kapitel des XI. Buches, dem die anzügliche Bemerkung vorausgeschickt wird: «une nation . . . qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique».

Für die Wahl des konkreten Gegenstandes der öffentlich-rechtlichen Vergleichung folgt daraus, daß sie durch Unzulänglichkeiten der eigenen Rechtsordnung motiviert sein kann und namentlich auch, wie Zweigert mit Recht gerade im Hinblick auf das Staatsrecht und das Staats- und Verwaltungsrecht ausgeführt hat, durch die Aufgabe, »manche vorgeschobenen oder scheinbaren Wertaporien als Trug zu entlarven«¹⁰⁾. Dadurch mag nahegelegt sein, das Rechtssystem mit der entwickelteren, sachgemäßerem, freiheitlicheren Lösung zum Vergleich heranzuziehen; es mag sich u. U. aber auch empfehlen, primitivere, ursprünglichere Rechtserscheinungen in Betracht zu ziehen, um etwa die tiefe Verwurzelung eines Instituts in der Geschichte oder einer Anlage und eines Bedürfnisses in der Natur des Menschen darzutun, um beispielsweise auch die rechtliche Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Züge eines konkreten Menschenbildes zu erweisen, das etwa in einer gegebenen Rechtsordnung den Rang eines juristischen Apriori einnimmt.

Im allgemeinen ist jedoch die Vergleichung innerhalb verwandter Ordnungen am fruchtbarsten. Im öffentlichen Recht wird man dabei den Grad der Verwandtschaft nicht nur nach der Zugehörigkeit zu den bekannten Rechtsfamilien (der germanischen, romanischen, dem *common law* usw.) bestimmen können, sondern auch den Typ der wirklichen Verfassung, nach dem Maß persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit, dem Niveau von Kultur, Zivilisation, Industrialisierung usw. Den wirtschaftlich und rechtsstaatlich entwickeltsten Ländern sind Rechtsprobleme gemeinsam, die sich anderen nicht in der gleichen Weise stellen. So haben die zehn wichtigsten Währungsländer, die bei den Tagungen der Weltbank und des Internationalen Währungsfonds als der sog. Zehnerklub in Erscheinung treten, auf Vorschlag Deutschlands im Jahre 1964 eine Untersuchung der Maßnahmen und Instrumente der nationalen monetären und finanziellen Politik beschlossen. Es ist offensichtlich, daß diese zehn Länder damit eine wohlbegründete Führungsrolle in Anspruch nehmen, indem sie die Fortentwicklung dieses Gegenstandes durch einen Vergleich ihrer entsprechenden rechtlichen und finanz- und währungspolitischen Institute und Grundsätze fördern.

In Zukunft wird der Gegenstand der Vergleichung noch stärker durch die Ähnlichkeit der zu lösenden Rechtsprobleme bestimmt werden, mag sich

¹⁰⁾ Rechtsvergleichung, Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3, 1962, S. 80.

diese Ähnlichkeit aus vergleichbaren Sachverhalten (z. B. der bundesstaatlichen Struktur, des Standes der wirtschaftlichen Entwicklung) oder eines gleichgerichteten politischen (etwa wirtschaftspolitischen) Willens ergeben: Darum ist der Vergleich des deutschen mit dem amerikanischen Wettbewerbsrecht fruchtbarer als mit dem Hollands oder der Schweiz, und ein Vergleich der mittelfristigen Wirtschaftspolitik durch europäische Instanzen mit der französischen Planifikation wird mehr ergeben als die Heranziehung der wenigen vergleichbaren Elemente in der deutschen Wirtschaftsgesetzgebung. Wie eng sich Rechtsvergleichung und Wirtschaftswissenschaften in der Wahl ihres Gegenstandes und in Methodenfragen berühren können, ließe sich an der Energiepolitik im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Modalitäten und die grundrechtlichen und privatrechtlichen Implikationen exemplifizieren: die in Österreich auf Initiative öffentlich-rechtlicher Körperschaften, namentlich der Handelskammern, und unter den Auspizien des angesehenen Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung erarbeitete Konzeption einer koordinierten Energiewirtschaft könnte in Deutschland den verantwortlichen Ministerien des Bundes und der Länder wie den Repräsentanten der Energieträger und -verbraucher ebenso Anregung für die Lösung juristischer Prozedurfragen wie für Inhalt und Zielsetzung einer ganzheitlichen Energiepolitik geben. Eine rechtsvergleichende Analyse der hoheitlichen Gestaltung der Energiewirtschaft, die u. a. auch Frankreich einzubeziehen hätte, vermöchte vielleicht sogar dazu beitragen, den in Anbetracht der mit geringem sichtbaren Erfolg geführten Energiegespräche des Bundes der deutschen Industrie zum Regieren berufenen Exekutiven des Bundes und der Länder das Ausmaß ihrer Verantwortung für eine immobile Energiepolitik ^{16a)} vor Augen zu führen.

Die Praxis aktueller Bemühungen um die Lösung von Problemen der bezeichneten Art läßt deutlich erkennen, daß das Ziel der Vergleichung öffentlicher Rechte sich nicht erschöpft in der Gegenüberstellung und Gruppierung von nationalen Instituten und Systemen; die Vergleichung hat auch nicht nur instrumentale Bedeutung, indem sie eine Reihe erprobter recht-

^{16a)} Ernst Forsthoff, *Strukturwandlungen der modernen Demokratie*, Berlin 1964, S. 17; vgl. zu diesem Thema auch Edgar Salin, *Energiepolitik europäischer Industriestaaten oder europäische Energiepolitik*, *Kyklos* 14, 1961, S. 451 ff. mit Bemerkungen über den Mangel einer planvollen deutschen Energiepolitik S. 455 und 463.

Das Institut International des Sciences Administratives, Brüssel, dem die Bundesrepublik als Mitgliedstaat angehört, hat in seiner umfassenden rechtsvergleichenden Tätigkeit wiederholt auch Fragen der Wirtschaftspolitik berührt; vgl. z. B. den von Giuseppino Treves erstatteten Generalbericht «L'organisation gouvernementale pour le développement économique», Brüssel 1963; der deutsche Landesbericht wurde von J. H. Kaiser erstattet.

licher Lösungs- und Gestaltungsmöglichkeiten offeriert. Sie vermag auch dazu beizutragen, den der Natur des Menschen und seiner Gemeinschaften *hic et nunc* gemäßen Rechtsstandard aufzuweisen und darüber hinaus unter Umständen sogar die konkrete Verantwortung öffentlicher Instanzen zu verdeutlichen. Das ist nichts Geringes in einer Zeit staatlichen Substanzverlustes und neuartiger Probleme, in der die Kriterien nationaler Tradition nicht mehr hinreichend orientieren. Indem die Vergleichung mehrerer Rechte hilft, das in einer gegebenen Lage richtige Recht zu finden, fördert sie die Erkenntnis des wahren Rechts und die Verwirklichung der Gerechtigkeit, der auch sie zu dienen berufen ist. Auch wo die Erkenntnis zweckfrei angestrebt wird, ist die aus aktuellem Anlaß und Bedürfnis unternommene und demgemäß gegenständlich beschränkte Vergleichung methodisch ein jenem Ziel nicht unangemessener Ansatzpunkt; die Forschung *aposteriori* ist der nächstliegende Weg, wo die Evidenz eines überlieferten Apriori verblaßt ist.

Ein in der Vergleichung öffentlicher Rechte besonders erfahrener Autor, Manuel García-Pelayo, hat mit Recht zwischen vergleichendem und allgemeinem Verfassungsrecht unterschieden und dieses als eine Art allgemeiner Theorie des demokratisch-liberalen Verfassungsrechts aufgefaßt; mit der Ausbreitung dieses Verfassungsideals entwickle sich eine «unificación de la imagen jurídica del mundo expresada en una especie de Derecho constitucional común»¹⁷⁾, die eine solche allgemeine Theorie als möglich und als notwendig erscheinen lasse. Ihr die Grundlagen zu erstellen ist eines der Ziele der Rechtsvergleichung. Einer auf nationale Erfahrungsbreite beschränkten Verfassungslehre wäre es nicht möglich, hier zu substantiierten grundsätzlichen Aussagen zu kommen. Das ist auch historisch leicht zu belegen:

Der Anfang der modernen Rechtsvergleichung schloß das öffentliche Recht selbstverständlich ein und hatte oft genug darin seinen Schwerpunkt. Montesquieu «De l'Esprit des Lois» (1748), mit dem man gern den Beginn der modernen Rechtsvergleichung datiert^{17a)}, belegt das überaus

¹⁷⁾ Derecho Constitucional Comparado, 5. Aufl., Madrid 1959, S. 20 f. Das Buch ist mit seinem umfassenden theoretischen Teil ein gutes Beispiel dafür, daß Rechtsvergleichung mehr ist als die Beschreibung einzelner Rechte. – Die Auffassung von der allgemeinen Verfassungsrechtstheorie kann sich auch stützen auf Santi Romano, Principi di Diritto Costituzionale Generale, 2. Aufl., Mailand 1946, S. 11 f.

Vgl. auch Rudolf B. Schlesinger, The Common Core of Legal Systems, An Emerging Subject of Comparative Study, Festschrift f. Hessel E. Yntema, Leyden 1961, S. 65 ff.; ders. und Pierre Bonassies, Le fond commun des systèmes juridiques, Rev. internationale de droit comparé, 1963, S. 501 ff.

^{17a)} Vgl. Imre Zajtay, Aus der rechtsvergleichenden Arbeit in Frankreich: Fünfzehn Jahre «Revue Internationale de Droit Comparé», Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, S. 458, mit Nachweisen.

eindrucksvoll. Alle seit der französischen Revolution beschlossenen demokratischen Verfassungen in aller Welt sind Zeugnisse verfassungsrechtlicher Vergleichung, nicht primär aus wissenschaftlichem Interesse, sondern befeuert durch die zündende Kraft überspringender politischer Ideen, deren Verwirklichung in einander nachgebildeten Verfassungseinrichtungen nahelag. Nicht nur die Ergebnisse der Rechtsetzung, sondern oft genug auch Stil und Modalitäten des Rechtsetzungsverfahrens sind aus einem Verfassungsvergleich auf Grund wesentlich übereinstimmender Überzeugungen hervorgegangen. Im Ostblock hat ein hegemoniales politisches Konzept in den Satellitenstaaten gleichförmige Institutionen des öffentlichen Rechts und ihm folgend auch des Privatrechts geprägt, und jede Erschütterung des determinierenden Modells setzt sich stoßweise in den abhängigen Verfassungsordnungen fort. In den Staaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft führen gleichartige Bedürfnisse der Wirtschaftspolitik auf Grund verwandter oder supranational-identischer Wirtschaftsverfassung dazu, daß sich die hoheitliche Eingriffsverwaltung zur mehr oder minder nachhaltigen Steuerung der wirtschaftlichen Abläufe, z. B. des Konjunkturverlaufs oder des Wettbewerbs, ähnlicher öffentlich-rechtlicher Instrumente bedient. Die Reihe dieser beispielhaften Vorgänge der Annäherung oder Angleichung von Institutionen des öffentlichen Rechts ließe sich *ad infinitum* fortsetzen. Sie sind natürlich in der Regel nicht der Rechtsvergleichung entsprungen, aber sie sind sämtlich von öffentlich-rechtlicher und mitunter auch privatrechtlicher Vergleichung begleitet, heute mit dem Vordringen des staatlichen Aufgabenbereichs und der hoheitlichen Einwirkung auf Wirtschaft und Gesellschaft noch weit mehr als früher. Die Aufgabe der Vergleichung stellt sich mitunter unausweichlich unter dem Druck der Rationalisierung und internationaler Standards im Wettbewerb, in der Steuerbelastung und in der Entlastung von Abgaben beim Export, in der mittelfristigen Wirtschaftspolitik (*planification*) usw.

Im Unterschied zur Rechtsvergleichung im Privatrecht tritt im öffentlichen Recht das Motiv der Rechtsvereinheitlichung erst schwach in Erscheinung. Die Harmonisierungspostulate der Art. 99, 100 und 101 des EWG-Vertrages, auch die landwirtschaftlichen Marktordnungen der EWG deuten immerhin in diese Richtung, und die auf Art. 99 und 100 des EWG-Vertrages gestützten Maßnahmen der Kommission zur Harmonisierung der Umsatzsteuersysteme^{17b)} zeigen die große Tragweite dieser Entwicklungen.

^{17b)} Vgl. Vorschlag der Kommission einer Richtlinie zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die Umsatzsteuern, Drucksache IV/850 des Deutschen Bundestages vom 17. 12. 1962. Konrad Zweigert hat die ungewöhnlichen Rechtsprobleme jener Vertragsartikel analysiert und namentlich die Grenze zwischen juristischer Auslegung und politischer Ermessensentscheidung aufgewiesen (Grundsatzfragen der europäischen Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung, Festschrift für Hans

Methodisch liegt in diesen Fällen der Schwerpunkt der Vergleichung nicht notwendig in den organisatorischen Bestimmungen der nationalen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsordnungen, sondern in den determinierenden Faktoren, die in höherem Maße vergleichbar sein mögen als die betreffende einzelstaatliche Norm oder Institution. Die Methodik kann sich hier mit der des Privatrechts eng berühren: mehrere Rechte »stehen vor dem gleichen Problem, ... kommen im Ergebnis zur gleichen Lösung. Aber die Fragestellung ist verschieden«¹⁸⁾, oder es unterscheiden sich auch Rechtsformen und -mittel. Nationale Besonderheiten oder verschiedene Stufen der geschichtlichen Entwicklung mögen sich darin widerspiegeln; die rechtsvergleichende Analyse sollte die Elemente der sachlich besten oder optimal übertragbaren Lösung von den insofern irrelevanten Merkmalen zu unterscheiden bemüht sein. Gerade in dieser eminent praktischen Funktion kann sie sich nicht versagen, Methoden zu entwickeln, die ihr den Schritt hinter die institutionelle oder regulative Norm zu den kausalen Sachverhalten wie politischen Ideen, oder der in wirtschaftlichen Abläufen zutage tretenden Regelmäßigkeit oder zu sozialen Zuständen erlauben. Auf diesen notwendigen Bestandteil der Vergleichung öffentlicher Rechte hat J. L. K u n z wiederholt hingewiesen: Die Vergleichung aller großen Rechtssysteme der Welt einschließlich der »ihnen zugrunde liegenden Naturrechte«, Wertentscheidungen und Ideologien sei eine notwendige Vorarbeit für die Weiterentwicklung des Völkerrechts¹⁹⁾. Die Wahrnehmung und Würdigung politischer, wirtschaftlicher oder auch geistlicher Macht gehört je nach ihrem Gegenstand zu den Aufgaben öffentlich-rechtlicher Vergleichung.

Der methodischen Hilfe der einschlägigen Fachwissenschaften kann sie dabei natürlich nicht entbehren. Auf die Hilfe der Rechtssoziologie²⁰⁾ und der Rechtsgeschichte ist sie in noch höherem Maße angewiesen als die Privatrechtsvergleichung, sind die von ihr verglichenen

Dölle, Bd. II, Tübingen 1963, S. 401 ff.). Die Vergleichung im öffentlichen Recht stößt immer wieder an diese Grenze.

¹⁸⁾ Horst Müller, Gedanken zum Schutz des Guten Glaubens in rechtsvergleichender Sicht, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1963, S. 3.

¹⁹⁾ Mit diesem Programm schließt sein Aufsatz »Pluralismus der Naturrechte und Völkerrecht«, Österr. Zeitschrift f. öffentl. Recht Bd. 6, 1955, S. 185, 220, unter Hinweis auf Roscoe P o u n d, A comparison of ideals of law, Harvard Law Review 1933, S. 4 ff., und M. S. M c D o u g a l, Comparative study of law for policy purposes: value classification as an instrument of democratic world order, The American Journal of Comparative Law Bd. 1, 1952, S. 24 ff. Vgl. ferner J. L. K u n z, La Crise et les Transformations du Droit des Gens, Recueil des Cours, 1955 II, S. 21; ferner The American Journal of International Law Bd. 49, 1955, S. 375 f.

²⁰⁾ Vgl. Ulrich D r o b n i g, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, Rabels Zeitschrift Bd. 18, 1953, S. 295 ff.

Regeln und Einrichtungen doch in noch höherem Maße durch geschichtliche und gesellschaftliche Kräfte bestimmt als die des Privatrechts.

Wie die Heimat des Rechts so ist auch die Heimat der Rechtsvergleichung das Privatrecht, trotz der Suprematie der öffentlichen Gewalt und der *tutela iuris publici*. Die Privatrechtsvergleichung hat die größere Erfahrung und die größere Sicherheit der Methode. Sie ist nicht nur mit ihrer Fundgrube methodischer Prinzipien der Vergleichung im öffentlichen Recht überlegen, sondern kennt über einem breit ausladenden Massiv von Detailforschungen auch Gipfel eines wissenschaftlichen Standards von exemplarischem Rang.

Die zweckfrei erarbeitete Erkenntnis ist hüben wie drüben ein Ziel der Rechtsvergleichung und oft eine Voraussetzung der Anwendung²¹⁾. Dabei kann die formelle Seite rechtlicher Phänomene (Verhältnis von Gewohnheits- und Gesetzesrecht, Fragen der Kodifikation, Instrumente der wirtschafts-politischen Intervention marktkonformer oder anderer Art) im Vordergrund stehen oder ihr dogmatischer Gehalt oder ihre historischen Wurzeln²²⁾. Die Frage, ob die Rechtsvergleichung eine eigene Disziplin oder nur Methode sei²³⁾, hat sich im öffentlichen Recht bisher um so weniger ergeben, als es hier immer wieder politische Bewegungen und Bedürfnisse waren, von denen, wie gezeigt wurde, starke Impulse und auch Zielsetzungen zu konkreter rechtsvergleichender Arbeit ausgingen. Die öffentlich-rechtliche Vergleichung ist deshalb noch nicht *ancilla* der Politik, ebensowenig wie die privatrechtliche Arbeit beispielsweise an der Vereinheitlichung des Kaufrechts Grund wäre zu meinen, sie erweise sich darin als Magd des Handels. Andererseits wäre es ein unangebrachter Purismus, das »politische Argument« grundsätzlich für illegitim und methodenwidrig zu halten²⁴⁾, so sehr es darauf ankommt, es

²¹⁾ Hans Dölle ist in seinem umfassenden Überblick »Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht« zu der Feststellung gelangt, daß man in der Bundesrepublik mit der Rechtsvergleichung bisher »am weitesten im Bereich der Wissenschaft gekommen« sei (Festschrift Deutscher Juristentag, II, Karlsruhe 1960, S. 47). Vgl. ferner Konrad Zweigert, Rechtsvergleichung, Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 1962, S. 80, und Zur Methode der Rechtsvergleichung, Studium Generale Bd. 13, 1960, S. 195 ff. Walter Erbe hat mit Recht bemerkt, die Zwecke der Rechtsvergleichung könne man nicht erschöpfend aufzählen und brauche es auch nicht (Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht Bd. 14, 1942, S. 196); vgl. auch Paul Heinrich Neuhäus, Rechtsvergleichung, Staatslexikon Bd. 6, 1961, S. 732.

²²⁾ Diese häufig zitierten Einteilungsgesichtspunkte gehen zurück auf Erich-Hans Kadon, Rechtsvergleichung, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht Bd. 6, Berlin 1938, S. 16 ff.

²³⁾ Boris Blagojević, Le Droit Comparé – Méthode ou Science, Revue Internationale de Droit Comparé Bd. 5, 1953, S. 649 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

²⁴⁾ Adolf Schüle möchte Gesichtspunkte politischer Zweckmäßigkeit aus dem völkerrechtlichen Denkprozeß ausgeschieden wissen; vgl. Methoden der Völkerrechtswissenschaft, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Heft 3, 1959, S. 12.

als solches zu erkennen und notfalls zu demaskieren. Macht²⁵⁾ und politischer Wille sind juristisch relevante Größen und notwendige Gegenstände der Rechtsvergleichung.

Die stärkere Verankerung des öffentlichen Rechts in gegebenen Räumen und historischen Traditionen ließ für die Wahl der in die Vergleichung einzubeziehenden Systeme und Institute früher nur geringeren Raum als in der Privatrechtsvergleichung. Die aus dieser Überlieferung noch resultierenden methodischen Grenzen verlieren jedoch infolge der nachhaltigen Internationalisierung verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Standards zusehends an Relevanz. Außerdem erfährt die prinzipielle Begrenzung der Wirkung von Hoheitsakten auf das Staatsgebiet zunehmend Einschränkungen, da Normen und Verwaltungsakte vielfach an die Geltung fremder Hoheitsakte anknüpfen²⁶⁾. Andererseits hat gerade die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg mit ihrer Blockbildung der Vergleichung im öffentlichen Recht neue Grenzen gezogen^{26a)}, und gerade die Disziplinen des öffentlichen Rechts haben erfahren müssen, daß Rechtsvergleichung dann unergiebig ist, »wenn die Lage des eigenen Staates eine ganz einmalige ist«²⁷⁾.

In manchen Bereichen des öffentlichen Rechts, insbesondere im Verwaltungsrecht, ist die Vergleichung jedoch seit langem weniger von nationalen Systemen her als institutsweise betrieben worden²⁸⁾. Der Einfluß von Instituten des französischen Verwaltungsrechts auf die Ausbildung entsprechender Elemente im deutschen Verwaltungsrecht ist bekannt. Andererseits ist die Bildung einer allgemeinen Prinzipienlehre »eine der großen Taten« der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, die sich weit über die nationalen Grenzen hinaus ausgewirkt hat²⁹⁾. Gegenwärtig wird das Studium und auch die Übernahme ausländischer Rechtseinrichtungen erleichtert und gefördert durch die angespannte Bereitschaft zum Verständnis des Fremdnationalen,

²⁵⁾ Vgl. z. B. Hermann Mosler, Die Großmachtstellung im Völkerrecht, Heidelberg 1949, sowie F. A. Frhr. von der Heydte, Ein Beitrag zum Problem der Macht im »klassischen« und im »neuen« Völkerrecht, Festschrift für Hans Wehberg, Frankfurt 1956, S. 172 ff.

²⁶⁾ Vgl. dazu Ernst Steindorff, Internationales Verwaltungsrecht, Strupp-Schlochau, Wörterbuch, Bd. 3, 1962, S. 581 ff.

^{26a)} Vgl. Dietrich A. Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, Rabels Z., Bd. 26, 1961, S. 201 ff.

²⁷⁾ Hans-Heinrich Jeschek, Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis, Berlin 1964, S. 27 f., wo mit Recht die nachdenklich stimmende Feststellung getroffen wird, das Problem der illegalen Staatsgeheimnisse in der Weimarer Republik könne »unter den Aspekten fremden Rechts nicht verstanden werden«.

²⁸⁾ Hartwig Bülck, Zur Dogmengeschichte des europäischen Verwaltungsrechts, Festschrift für Herbert Kraus, Würzburg 1964, S. 29 ff.

²⁹⁾ Max Imboden, Staatsbild und Verwaltungsrechtsprechung, Berlin 1963, S. 10, der sie als »das geschlossenste System eines in der neueren europäischen Rechtsgeschichte entstandenen gelehrten Rechts« rühmt.

die in Deutschland nach der exzessiven Beschränkung auf das Eigene nun in entgegengesetzter Richtung ausschlägt³⁰⁾. Eine Zeit, die in vielem improvisiert und darum eher die im raschen Wechsel der Umstände anpassungsfähige, lockere Textur eines Normengeflechts erträgt als aus nationalen Traditionen gewebte schwere Gewandung, ist auch für fremde bewährte Muster besonders aufgeschlossen und bereit, unvoreingenommen zu vergleichen und es mit der sich sachlich am meisten empfehlenden Lösung zu versuchen.

In dieser Zeit weiträumiger internationaler Kooperation und Angleichung, unter den Auspizien staatlicher und überstaatlicher öffentlicher Gewalt, ist die Vergleichung im öffentlichen Recht vor Aufgaben gestellt, die eine methodische Besinnung zur Pflicht machen. Die Klärung der Methodenfragen bahnt den Weg zu einer tieferen theoretischen Einsicht in die Zusammenhänge, in die Möglichkeiten und in die sich mit der wirtschaftlichen und politischen Integration aufdrängende Notwendigkeit eines Vergleichs der verschiedenen Rechtssysteme, um voneinander zu lernen, die Substanz der eigenen juristischen Überlieferung besser zu verstehen und sich gegenseitig zu ergänzen. Die Methode kann dabei nur der Bewegung und Entwicklung des Gegenstandes folgen, will sie nicht ein ihm nur äußerliches Erkennen bewirken³¹⁾.

In einer Zeit, die wie vorher nur im 18. Jahrhundert die Herausbildung einer europäischen Gesellschaft erfährt und darüber hinaus die Solidarität der freien Welt begrüßt und von ihr abhängt, hat die Rechtsvergleichung darum einen Bildungswert, der in den deutschen Rechtsfakultäten gegenüber der meist noch national geschriebenen Rechtsgeschichte³²⁾ zu kurz kommt. Aber sie weiß sich vorangetrieben von der unaufhaltsamen Dynamik eines großen historischen Impulses.

³⁰⁾ Wie wenig es sich dabei jedoch um eine gemeineuropäische Erscheinung handelt, zeigt die unduldsame Behandlung der deutschen Volksgruppe in Südtirol durch den italienischen Staat.

³¹⁾ Hegel, Vorrede zur Phänomenologie des Geistes, ed. J. Hoffmeister, Leipzig 1949, S. 40, und Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 31.

³²⁾ Vgl. indessen Hans Thiemé, Einheit und Vielfalt in der europäischen Rechtsgeschichte, Juristenzeitung 1955, S. 65 ff.