

# Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht<sup>\*</sup>)

Rudolf Bernhardt <sup>\*\*</sup>)

## I.

Die Vergleichung des öffentlichen Rechts stand bisher und steht noch heute etwas im Schatten der kräftigsten von mehreren Schwestern: der Privatrechtsvergleichung. Systematische rechtsvergleichende Untersuchungen einzelner Probleme und Institutionen sind im öffentlichen Recht verhältnismäßig selten <sup>1)</sup>, und methodische Besinnungen fehlen fast ganz (oder sie werden von der Schwester aus ihrer Sicht für die ganze Familie angestellt <sup>2)</sup>). Das hat mancherlei Gründe, zufällige und notwendige, jedenfalls steht dem umfangreichen Schrifttum über die Rechtsvergleichung insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts <sup>3)</sup> wenig Gleichwertiges für den Bereich des öffent-

<sup>\*</sup>) Der Text weicht nur an wenigen Stellen und geringfügig von dem Vortrag ab, der am 20. 9. 1963 in Wien auf der Tagung der Österreichischen und der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung im Rahmen der Fachgruppe für vergleichendes öffentliches Recht gehalten wurde. Die Anmerkungen beschränken sich auf einzelne Hinweise.

<sup>\*\*</sup>) Verfasser ist Privatdozent an der Universität Heidelberg und Referent am Institut (Anm. d. Red.).

<sup>1)</sup> Das ist natürlich nur dann richtig, wenn man die Rechtsvergleichung von der vergleichenden Untersuchung politischer Institutionen und von der allgemeinen Staatslehre unterscheidet; dazu unten S. 435 f.

<sup>2)</sup> Das Standardwerk von H. C. Gutteridge, *Comparative Law* (2. Aufl. 1949), bringt auf S. 29 wenige Bemerkungen zur Vergleichung im Staats- und Verwaltungsrecht; Schnitzer's »Vergleichende Rechtslehre« (2. Aufl. 1961) befaßt sich fast ausschließlich mit dem Zivilrecht; vgl. auch den Artikel »Rechtsvergleichung« von Konrad Zweigert, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 3 (2. Aufl. 1962), S. 79 ff.

<sup>3)</sup> Siehe die Zusammenstellung bei Zweigert, a. a. O., sowie die Literaturangaben bei Schnitzer, a. a. O., Bd. 1, S. 98 f. Neuerdings sind u. a. erschienen: Lorenz, *Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts*, in: *Juristenzeitung* 1962, S. 269; Marc Ancel, *Le rôle de la recherche comparative dans la coopération juridique internationale*, in: *De conflictu legum, Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus* (1962), S. 31 ff.; Schlesinger und Bonassies, *Le fonds commun des systèmes juridiques*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Bd. 15 (1963), S. 501 ff.; verschiedene Beiträge in: *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962 (u. a. Wagner, *Research in Comparative Law: Some Theoretical Considerations*, S. 511 ff.; Neumeyer, *The Role of a Uniform Legal*

lichen Rechts gegenüber<sup>4)</sup>. Um so dringender ist eine Besinnung auf seine wesentlichen Züge.

Im folgenden soll vor allem den Zielen der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht und der Bedeutung dieser Ziele für die Methode nachgegangen werden. Zuvor muß jedoch auf die wichtigsten Eigenheiten unseres Gegenstandes aufmerksam gemacht werden. Selbstverständlich finden sich manche der nachfolgend genannten Besonderheiten des öffentlichen Rechts auch in anderen Rechtsbereichen, aber m. E. sind sie in ihrer Intensität und ihrer Kombination nur dem öffentlichen Recht eigen. Als *specifica* des öffentlichen Rechts – damit ist hier nur das Staats- und das Verwaltungsrecht gemeint – sind anzuführen:

1. Das öffentliche Recht regelt die Struktur und die Aufgaben der öffentlichen Gewalt und ihr Verhältnis zum Einzelnen; es hat damit schon seinem Gegenstand nach eine ganz eigene Blickrichtung, denn es befaßt sich mit den wesentlichen Konstruktionselementen des Staates.

2. Weite Bereiche des öffentlichen Rechts werden weniger von einer immanenten Sachgesetzlichkeit als von dem politischen Gestaltungswillen der maßgeblichen Kräfte determiniert. Selbstverständlich gibt es auch im öffentlichen Recht, vor allem im Verwaltungsrecht, politisch indifferente Regeln wie etwa Vorschriften über Seuchenbekämpfung, Straßenunterhaltung usw. Ähnliches wird für viele andere Bereiche der Daseinsvorsorge des modernen Staates gelten, und hier verspricht die – bisher kaum begonnene –

---

Science in the Harmonization of the Continental Legal System, S. 649 ff.). Siehe auch das zweibändige, 1962 vom Institut Japonais de Droit Comparé hrsg. Werk: *Problèmes Contemporains de Droit Comparé*.

4) Speziell mit dem öffentlichen Recht befassen sich z. B.: Ludwik Ehrlich, *Comparative Public Law and the Fundamentals of its Study*, in: *Columbia Law Review*, Bd. 21 (1921), S. 623 ff.; Mirkine-Guetzévitch, *Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Bd. 1 (1949), S. 397 ff.; ders., *Les Constitutions Européennes*, Bd. 1 (1951), S. 3 ff.; Myres S. McDougal, *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order*, in: *Yale Law Journal*, Bd. 61 (1952), S. 915 ff. (wieder abgedruckt in *McDougal and Associates, Studies in World Public Order* [1960], S. 947 ff.). Weitere Hinweise bei Zajtay, *Quinze années de Revue internationale de droit comparé*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Bd. 15 (1963), S. 485 ff., 489 ff. Vgl. auch die Einleitung (S. XVII–XIX) von Mosler zu der unten in Anm. 9 genannten Publikation. 1963 ist ein »Casebook« von Harry E. Groves erschienen: *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*.

In manchen Untersuchungen erliegt die Rechtsvergleichung der Gefahr, im Meer politischer Betrachtung zu ertrinken, auch wird m. E. zuweilen die Grenze zwischen Ideal und Utopie überschritten; so weist McDougal, a. a. O., S. 925, der Rechtsvergleichung das folgende Ziel zu: "Most broadly conceived, that central, over-riding purpose is ... the clarification for all our communities – from local through national and regional to global – of the perspectives, the conditions, and the alternatives that are today necessary for securing, maintaining, and enhancing basic democratic values in a peaceful world".

Rechtsvergleichung besonders wichtige Einblicke. Andererseits sind aber auch im Verwaltungsrecht politische Entscheidungen von großer Bedeutung, dies zeigt sich z. B. in der Art und Weise, wie das Polizeirecht ausgestaltet ist, in der Möglichkeit des Staatsbürgers, Akte der Verwaltungsbehörden gerichtlich nachprüfen zu lassen, oder auch in Vorschriften über die Gewerbebefreiheit.

3. Das öffentliche Recht besteht aus einer Gemengelage von geschriebenem und ungeschriebenem Recht. Im Bereich des Staatsrechts ist die Verfassungsauslegung durch die Praxis oft wichtiger als der Verfassungstext. Nicht viel anders ist die Situation im allgemeinen Verwaltungsrecht, auch bei ihm handelt es sich selbst in Staaten mit sonst weitgehend kodifiziertem Recht überwiegend um eine Schöpfung der Verwaltung und der Verwaltungsgerichte. Etwas anderes gilt wohl für die fortschreitende Gewährung staatlicher Leistungen an den Bürger, hier dominiert regelmäßig das geschriebene Recht.

4. Das öffentliche Recht arbeitet besonders stark mit Rahmenvorschriften und ausfüllungsbedürftigen Wertbegriffen. Ich erinnere nur an Begriffe wie sozialer Rechtsstaat (Art. 28 des Grundgesetzes), *due process of law* (5. und 14. Amendment zur amerikanischen Verfassung) oder im Verwaltungsrecht an den Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Formale Auslegungsregeln müssen hier weitgehend versagen, ohne Kenntnis der Praxis ist mit derartigen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Bestimmungen oft noch weniger anzufangen als mit den Generalklauseln anderer Rechtsgebiete.

5. Es gibt keine eindeutige Grenze zwischen der öffentlichrechtlichen Gebundenheit und der Gestaltungsfreiheit der staatlichen Organe. Welche Gesetze die Legislative erläßt und wie sie die gesetzlichen Vorschriften faßt, ist im wesentlichen ihrer Entscheidung überlassen, allenfalls die äußersten Grenzen der Entscheidungsfreiheit sind verfassungsrechtlich festgelegt. Es sei als Beispiel auf den in vielen Verfassungen enthaltenen Gleichheitssatz verwiesen, der dem Gesetzgeber die Ungleichbehandlung der Staatsbürger und gleichgelagerter Sachverhalte verbietet, die Feststellung gleicher oder ungleicher Positionen und Situationen aber weitgehend dem Gesetzgeber selbst überlassen muß. Kaum weniger weit ist der freie Gestaltungsraum der Exekutive, das gilt sicher für die Staatsspitze, aber auch auf den unteren Ebenen der Verwaltung stoßen wir ständig auf einen erheblichen Ermessensspielraum. Die rechtsvergleichende Betrachtung steht hier vor der Schwierigkeit, daß sie die (oft verschwimmenden) rechtlichen Grenzen freier Gestaltung für jede einzelne Rechtsordnung feststellen und damit rechnen muß, daß der stärkeren rechtlichen Gebundenheit im einen Staat eine weite Gestaltungsfreiheit im anderen gegenübersteht.

6. Die Quellen für die Erkenntnis des öffentlichen Rechts sind besonders problematisch. In anderen Rechtsbereichen ist es neben dem Gesetz vor allem die Rechtsprechung, der der Normenbestand entnommen werden kann. Im öffentlichen Recht ist das geschriebene Recht fragmentarisch, und die Rechtsprechung ist in weitem Umfang rudimentär. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit fehlt in manchen Staaten ganz, in anderen ist sie nur begrenzt ausgebildet, und in keinem Staat findet sie Gelegenheit, in relativ kurzer Zeit zu allen wichtigen Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Das Bild, das die Verwaltungsgerichtsbarkeit bietet, zeigt kaum schärfere Konturen. Generalklauseln für die Anfechtung aller Akte der öffentlichen Gewalt fehlen entweder ganz, oder sie sind jungen Datums. Damit gewinnen sonst nur subsidiäre Erkenntnisquellen im öffentlichen Recht eine besondere Bedeutung: Neben der Literatur ist es vor allem die staatliche Praxis, die auf ihren rechtlichen Gehalt zu untersuchen ist. In ihr gehen jedoch, wie bereits betont, rechtliche Notwendigkeit und politische Gestaltungsfreiheit ineinander über.

7. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß das öffentliche Recht naturgemäß ständig einem besonders starken Druck seitens der politischen Kräfte ausgesetzt ist; da der Gegendruck klarer Rechtsvorschriften und eines umfassenden Gerichtsschutzes in der Regel fehlt, kann sich der Rechtsbestand lautlos und in kurzer Zeit wandeln.

## II.

Nach diesen Vorbemerkungen ist zu dem eigentlichen Thema des Referats, zu den Zielen der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht überzugehen. Dabei bedarf zunächst die Frage nach den möglichen Zielen einer kurzen Rechtfertigung. Es ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden<sup>5)</sup>, daß die wissenschaftliche Betrachtung überhaupt und auch im Rahmen der Rechtsvergleichung im Grunde zweckfrei sei, Kenntnis und Erkenntnis seien ihr Anliegen, frei von allen Nützlichkeitsabwägungen. Dem ist in dieser Unbedingtheit schwerlich zuzustimmen, vielmehr ist es m. E. legitim und notwendig zu fragen, welches Ziel auf welchem Wege und mit welchen Methoden am besten erreicht werden kann. Bedenken bestehen erst dort, wo das verfolgte Ziel die wissenschaftliche Betrachtung färbt und verfälscht. Andererseits ist natürlich die zweckfreie Betrachtung ein besonders hohes wissenschaftliches Anliegen, und daher soll auch zunächst erörtert werden, welche Gesichtspunkte die rein und nur auf Erkenntnis gerichtete Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht zu beachten hat. Diese zweckfreie Rechtsvergleichung kann übrigens durchaus mit anderen Motiven und Fernzielen

<sup>5)</sup> Vgl. etwa Zweigert, a. a. O. oben Anm. 2, S. 80 f.

verbunden sein, etwa mit dem Wunsch, andere Völker und ihre rechtlichen Institutionen besser zu verstehen und dadurch die menschliche Annäherung zu fördern, oder auch mit dem Anliegen, im Wege der Rechtsvergleichung den Phänomenen des Rechtes und des Staates philosophisch näher zu kommen. Dies sind unzweifelhaft berechtigte Anliegen jeder Rechtsvergleichung, sie können aber hier unberücksichtigt bleiben, denn sie üben wohl keinen direkten Einfluß auf die Arbeitsweise der Rechtsvergleichung und ihre Methode aus. Zunächst ist also die zweckfreie, auf wissenschaftliche Erkenntnis beschränkte Rechtsvergleichung zu betrachten. Hierbei zeigen sich sogleich die besonderen Schwierigkeiten des öffentlichen Rechts.

1. Eine erste Zweifelsfrage lautet: Gibt es überhaupt einen Unterschied zwischen der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht und der politischen Wissenschaft, soweit diese sich vergleichend mit dem Staat und seinem »Innenleben« befaßt? Und wenn es einen Unterschied gibt, worin besteht er? Ich kann mir nicht anmaßen, hier und überhaupt eine Definition der politischen Wissenschaft geben zu können, sondern muß mich auf eine beschreibende Grenzziehung bzw. den Versuch einer Grenzziehung zur Rechtsvergleichung hin beschränken. Die politische Wissenschaft dürfte sich doch wohl um ein Gesamtbild aller oder einzelner politischer Gewalten und Kräfte mit ihren vielfältigen Wurzeln und Einflüssen bemühen und den rechtlichen Gesichtspunkt dabei nur als einen von mehreren gleichwertigen ansehen. Gerade um diesen, und nur um diesen rechtlichen Gesichtspunkt dürfte es dagegen dem Rechtsvergleicher gehen. Um Mißverständnissen vorzubeugen, ist sogleich hinzuzufügen, daß auch von den Juristen die rechtliche Regelung durchaus in ihrem Zusammenhang mit außerjuristischen Faktoren zu sehen ist, aber die Blickrichtung dürfte doch eine andere sein als diejenige der politischen Wissenschaft. Die rechtsvergleichende Betrachtung fragt nach den rechtlichen Bindungen, und hierbei darf sie die politische und gesellschaftliche Umwelt der Rechtsvorschriften nicht übersehen; die politische Wissenschaft fragt nach den Gründen und Zielen politischer Geschehnisse und Entscheidungen und berücksichtigt dabei unter anderem den Einfluß rechtlicher Faktoren. Ich meine daher, daß die Aufgabenstellung der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht im Grunde enger und vielleicht bescheidener ist als die der politischen Wissenschaft. Der Bescheidung entspricht die Pflicht, das Detail des Gesamtbildes besonders eingehend und sorgfältig zu studieren.

2. Trotz mannigfacher Berührungspunkte ist die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht auch von der allgemeinen Staatslehre und von der Verfassungslehre zu trennen. Auch hier ist das Anliegen der Rechtsvergleichung wohl bescheidener. Die allgemeine Staatslehre wird zwar zu Recht auch und

vor allem von den Juristen betrieben, und sie können dabei kaum ohne Vergleich der rechtlichen Institutionen verschiedener Staaten und Völker auskommen. Aber die vergleichende Betrachtung dient dabei doch nur der Aufhellung staatlicher Grundstrukturen über den Raum und die Zeiten hinweg. Die Rechtsvergleichung muß sich demgegenüber m. E. sachlich und zeitlich beschränken. Sachlich scheint es mir nur sinnvoll, einzelne Institutionen, nicht aber ganze Rechtsordnungen miteinander zu vergleichen; darauf ist zurückzukommen. Zeitlich wird sich die Rechtsvergleichung im wesentlichen auf das Recht unserer Zeit beschränken müssen, historische Rückblicke scheinen mir jedenfalls in den zentralen Fragen des öffentlichen Rechts nur bis zum Beginn des modernen Konstitutionalismus fruchtbar. Intensive rechtsvergleichende Vorarbeiten dürften als Basis für staats- und rechtsphilosophische Betrachtungen und für die allgemeine Staats- und die Verfassungslehre unentbehrlich sein, die Rechtsvergleichung kann jedoch derartige Aufgaben nicht selbst übernehmen.

3. Der negativen Abgrenzung muß nun die Besinnung auf die positiven Aufgaben der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht folgen. Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Betrachtung muß die Überlegung sein, welche Lebenssachverhalte normalerweise rechtlich geregelt sind. Diejenigen Bereiche des öffentlichen Lebens, die regelmäßig dem freien Spiel der politischen Kräfte überlassen sind, mögen brauchbare Untersuchungsobjekte anderer Wissenschaften sein, der rechtsvergleichenden Erörterung bieten sie keine Ansatzpunkte. Bei der Auswahl der Lebenssachverhalte erscheint eine Orientierung an Fällen unangebracht, denn das öffentliche Recht läßt sich nicht durch ein Aktionen-Denken erfassen, zumal das Fehlen gerichtlicher Sanktionen kein sicherer Anhaltspunkt für das Fehlen rechtlicher Vorschriften ist. Geeigneter Gegenstand des Vergleichs sind m. E. nur die dem Lebenssachverhalt zugeordneten rechtlichen Institutionen, etwa der Erwerb der Staatsangehörigkeit, die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsakten, die Haftung für fehlerhafte Akte der Staatsgewalt und anderes mehr. Natürlich müssen die Sachverhalte und die ihnen zugeordneten Institutionen bei der Untersuchung weiter aufgegliedert werden, aber die Glieder sind stets in ihrem Zusammenhang zu sehen und zusammen zu erörtern. Wenig fruchtbar erscheint es auf der anderen Seite, im Wege der Rechtsvergleichung ganze Rechtsordnungen einander gegenüberstellen zu wollen. Der Vergleich einer Verfassung mit einer anderen muß entweder so differenziert ausfallen, daß jede Übersicht schwindet, oder er muß sich mit starken Vergrößerungen begnügen. Beides ist doch wohl der Rechtsvergleichung unangemessen. Einzig brauchbarer Gegenstand der Vergleichung im öffentlichen Recht dürften daher – jedenfalls gegenwärtig – einzelne Institutionen sein. Die Frage, die

der Rechtsvergleicher hierbei zu beantworten hat, lautet in etwa: Wie und mit welchem Ergebnis ist der Lebenssachverhalt in den verschiedenen Rechtsordnungen geregelt?

4. Welche Institutionen und welche Länder können sinnvollerweise miteinander verglichen werden? Hier wird man gleichsam als Faustregel den Satz aufstellen können: Je höher der politische Gehalt einer Institution, desto problematischer die Rechtsvergleichung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung etwa der Stellung »des« Staatsoberhauptes im modernen Staat stünde vor der kaum lösbaren Aufgabe, eine Verbindungslinie zwischen dem amerikanischen, dem französischen und dem deutschen Staatspräsidenten zu ziehen. Dabei sind nur miteinander verwandte Staatsordnungen genannt und keine exotischen Potentaten. Je mehr der politische Gehalt einer Institution oder auch Funktion <sup>6)</sup> abnimmt, um so aussichtsreicher ist der rechtliche Vergleich <sup>7)</sup>. Eine Grenze läßt sich nicht generell festlegen, vielleicht wird man die Verfassungsgerichtsbarkeit, auf die ich noch zurückkomme, als Grenzfall ansehen können, bei dem der Vergleich noch sinnvoll ist. Je »technischer« das Rechtsgebiet, um so leichter dagegen der Vergleich, daher wäre besonders für weite Teile des modernen Verwaltungsrechts eine Intensivierung der Rechtsvergleichung sehr wünschenswert.

Die Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen steht unter einem doppelten Gebot: Geeignete Objekte der Betrachtung sind nur Staaten, die erstens ähnliche Lebenssachverhalte und zweitens eine im Grundsätzlichen ähnliche Rechtsstruktur aufweisen. Was den gleichen Lebenssachverhalt anlangt, so kann etwa der Schutz rassistischer Minderheiten in einem Staat, der nur wenige fremdrassige Menschen beherbergt, nur sehr begrenzt mit Staaten verglichen werden, in denen ein erheblicher Prozentsatz der Bevölkerung eine geschlossene Minderheit darstellt. – Eine ähnliche rechtliche Grundstruktur der zu vergleichenden Staaten ist zumindest bei denjenigen Institutionen erforderlich, die einen starken politischen Gehalt aufweisen; das Parlamentsrecht einer westlichen Demokratie, in dessen Volksvertretung mehrere sich in der Führung abwechselnde Parteien vertreten sind, mit dem Parlamentsrecht der meisten Volksdemokratien zu ver-

<sup>6)</sup> Politisch geprägte Institutionen sind in aller Regel auch mit einzelnen mehr technischen Funktionen ausgestattet, so könnte man etwa die Art und Weise, in der Gesetze vom Staatsoberhaupt ausgefertigt und verkündet werden, ungeachtet der sonstigen politischen Stellung der Staatsspitze rechtsvergleichend untersuchen. Vgl. dazu: *Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, XX, *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé* (Paris 1961).

<sup>7)</sup> Es sei ausdrücklich betont: Die Skepsis über die Fruchtbarkeit der Rechtsvergleichung besagt keineswegs, daß auch der politische und generell der außerjuristische Vergleich fruchtlos sei; es geht hier ausschließlich darum, die Provinz der Rechtsvergleichung abzustecken.

gleichen, dürfte nicht allzu ergiebig sein, auch wenn die geschriebenen Vorschriften ähnlich oder gar identisch sein sollten<sup>8)</sup>. Dieses Beispiel zeigt zugleich die Notwendigkeit, die zu vergleichende Institution im Rahmen der gesamten jeweiligen Staatsordnung zu sehen.

5. Die bisherigen Darlegungen zeigen vielleicht das Bemühen, die Provinz der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht so abzugrenzen, daß sie juristisch und wissenschaftlich überhaupt erschlossen werden kann; ohne diese Abgrenzung scheint es mir unmöglich, über allgemeinste Aussagen hinauszugelangen. Hinzuzufügen ist aber mit ebensolchem Nachdruck, daß innerhalb unserer Provinz der Blick auf keinen Fall nur auf die juristischen Pfade und nur nach innen gerichtet sein darf. Vielmehr muß die zu untersuchende Institution jeweils im Rahmen der gesamten Staatsordnung gesehen werden, und weiter läßt sich der wirkliche Gehalt an öffentlichrechtlichen Vorschriften überhaupt nicht feststellen ohne Berücksichtigung der politischen Einflüsse, der gesellschaftlichen Kräfte, der Effektivität der Verfassung usw. Das soll an dem Beispiel der gerichtlichen Normenkontrolle erläutert werden, also an Hand der Frage, in welchem Umfang die Gerichte Akte der Legislative auf ihre Vereinbarkeit mit der Staatsverfassung prüfen und prüfen dürfen<sup>9)</sup>.

Die gerichtliche Normenkontrolle ist offensichtlich zunächst davon abhängig, ob überhaupt eine geschriebene Verfassung existiert. Selbst wenn das der Fall ist, bleibt für eine Kontrolle des Gesetzgebers durch die Gerichte dann kein Raum, wenn die Verfassung jederzeit durch den Gesetzgeber ohne besondere Erschwernisse geändert und fortgebildet werden kann, wie es (mit einigen Besonderheiten) in Südafrika der Fall ist<sup>10)</sup>. Erste Voraussetzung für die gerichtliche Normenkontrolle ist also in aller Regel eine relativ starre geschriebene Verfassung. In der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich lassen sich nun der Umfang der Normenkontrolle und das zuständige Gericht relativ leicht aus den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vor-

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu aber die einschlägigen Arbeiten der Interparlamentarischen Union (insbesondere: Parlements, Une étude comparative sur la structure et le fonctionnement des institutions représentatives dans quarante et un pays. Paris 1961) und die entsprechenden Hinweise bei Ivo Rens, L'enquête internationale en droit constitutionnel et parlementaire comparé, in: res publica (Revue de l'Institut belge de science politique) Bd. 5 (1963), S. 258 ff.

<sup>9)</sup> Vgl. dazu: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 36, 1962) (im folgenden zitiert: Verfassungsgerichtsbarkeit), und meinen Bericht über die »Normenkontrolle«, *ibid.*, S. 727 ff. Vgl. jetzt auch René Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht (1963) sowie Volker Haak, Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1963).

<sup>10)</sup> Vgl. G r a n o w, Verfassungsgerichtsbarkeit in Südafrika, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 527 ff.

schriften ablesen, und ein Blick auf die Praxis zeigt, daß diese sich weitgehend an die geschriebenen Normen hält<sup>11)</sup>. Ähnliche Klarheit läßt sich aus der Lektüre der amerikanischen Verfassung nicht gewinnen, man muß schon die Rechtsprechung des Supreme Court seit der Entscheidung *Marbury v. Madison*<sup>12)</sup> zu Rate ziehen um festzustellen, daß die Gerichtspraxis durch Interpretation der Verfassung eine Prüfungsbefugnis auch für Bundesgesetze in Anspruch genommen hat<sup>13)</sup>. Soweit andererseits die Verfassungen der Staaten Lateinamerikas – zum Teil in Anlehnung an die Verfassung der USA<sup>14)</sup> – eine Normenkontrolle vorsehen oder jedenfalls nicht ausschließen<sup>15)</sup>, muß die Rechtsvergleichung mit der Frage beginnen, wieweit Verfassung und Staatspraxis sich decken; diese Frage hat offensichtlich für viele Staaten Mittel- und Südamerikas eine erheblich größere Bedeutung als in manchen anderen Erdteilen. Wiederum eine andere Betrachtungsweise ist notwendig in Frankreich, dort übt bekanntlich der Conseil Constitutionnel eine präventive Normenkontrolle aus<sup>16)</sup>. Um diese Kontrolle richtig einzuschätzen, muß man beachten, daß sie eigentlich nicht den Staatsbürger, sondern die eine staatliche Gewalt, und zwar die Exekutive, vor Übergriffen der anderen, nämlich der Legislative, schützen soll. Weiter wäre wohl zu berücksichtigen, daß der Conseil Constitutionnel in seiner Zusammensetzung zuweilen mehr einem politischen als einem richterlichen Gremium ähnelt. Immerhin kennen die genannten Staaten eine verbindliche Normenkontrolle durch unabhängige Instanzen. Wie steht es aber nun mit den Staaten, in denen die Gerichte keine Kontrollbefugnisse haben? Kann sich der Rechtsvergleicher mit der Feststellung begnügen, in Finnland, in der Schweiz und in den Staaten des Ostblocks seien die Gesetze stets für die Gerichte verbindlich? Ich möchte die Auffassung vertreten, daß die Rechtsvergleichung hier nicht einfach mit der Feststellung Schluß machen kann, es gebe keine Normenkontrolle, sondern daß auch zu prüfen ist, welche Gründe und welche Konsequenzen das gehabt hat. Eine solche Prüfung wird völlig unterschied-

11) Vgl. die Berichte von Friesenhahn und Melichar in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 89 ff., 439 ff., sowie die *ibid.*, S. 883 ff. und S. 963 ff., abgedruckten Verfassungs- und Gesetzestexte.

12) 1 Cranch 137 (1803).

13) Vgl. dazu Kauper, Judicial Review of Constitutional Issues in the United States, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 568 ff., 605 ff.

14) Vgl. Art. 31 der argentinischen Verfassung von 1853, der weitgehend mit Art. VI, 2 der amerikanischen Verfassung übereinstimmt.

15) Vgl. dazu die Berichte für Argentinien, Kolumbien und Mexiko von Barberis und Uprimny, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 39 ff. 338 ff., 392 ff., wobei zu beachten ist, daß die relativ stabile Rechtslage dieser Staaten nicht unbedingt repräsentativ ist für den Kontinent insgesamt.

16) Vgl. Eisenmann-Hamon, La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit Français, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 231 ff., 264 ff.

liche Resultate zeitigen. Für Finnland wird uns berichtet<sup>17)</sup>, daß ein geschichtlich begründeter Respekt vor der Verfassung ihre Einhaltung wirksamer schützt, als es formelle Prüfungsbefugnisse vielleicht könnten. In der Schweiz<sup>18)</sup> ist ein bloßer Blick auf Art. 113 Abs. 3<sup>19)</sup> der Bundesverfassung unzureichend, man wird zumindest hinzufügen müssen, daß sich der scheinbar omnipotente Gesetzgeber merklich zurückhält und das, was er formaljuristisch allein könnte, immer wieder der ausdrücklichen Verfassungsänderung und damit dem Volk überläßt. Daß das Fehlen jeder unabhängigen Überwachung des Gesetzgebers in den Volkdemokratien auf ganz anderen Gründen beruht und auch ganz andere Konsequenzen hat, ist offensichtlich. Hier stoßen wir jetzt auf ein interessantes Experiment: Die neue jugoslawische Verfassung von 1963 sieht eine Verfassungsgerichtsbarkeit vor<sup>20)</sup>, deren Anblick diejenigen mit Neid erfüllen wird, die in einer umfassenden Verfassungsrechtsprechung ein Allheilmittel für jede staatliche Fehlentwicklung sehen. Man kann diesem jugoslawischen Experiment sicher positiv und gespannt entgegensehen, doch wird man, bevor ein abschließendes Urteil möglich ist, hier wie in jedem anderen Staat den Wert der Buchstaben an der Praxis messen müssen.

Die besondere Bedeutung der »Umwelt«, in der die Rechtsvorschriften wirken und wirken sollen, ist für das Verfassungsrecht wohl offensichtlich, aber Ähnliches gilt für erhebliche Teile des Verwaltungsrechts<sup>21)</sup>. Die Ausgestaltung des französischen allgemeinen Verwaltungsrechts durch den Conseil d'Etat findet kaum eine Parallele in anderen Staaten, nichts anderes gilt etwa für die britische Lokalverwaltung oder für die heutige Gestalt der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Mit der fortschreitenden internationalen Anpassung und Uniformierung der Lebensverhältnisse wird auch die Vergleichbarkeit der rechtlichen Ausgestaltungen zunehmen, und das gilt ganz besonders für die Institutionen, deren politischer Gehalt gering ist; zumindest vorläufig wird aber auch im Verwaltungsrecht der politischen

17) Vgl. Kastari, Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 198 ff., 209 f.

18) Vgl. Imboden, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 506 ff.

19) »In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze . . . für das Bundesgericht maßgebend.«

20) XIII. Kapitel der Verfassung (Art. 241 ff.), siehe auch Art. 74 Abs. 3 und das VII. Kapitel. Vgl. hierzu Marcic, Verfassungsgerichtsbarkeit in Jugoslawien, in: Juristische Blätter, Jg. 85 (1963), S. 341 ff.

21) Vgl. Ulrich Scheuner, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, in: Die Öffentliche Verwaltung (1963), S. 714: »Das Verwaltungsrecht gehört zu denjenigen Rechtsmaterien, in denen die nationale Eigenart eines Volkes und Staates sich am stärksten ausprägt.«

und gesellschaftlichen Umwelt bei jedem Vergleich ein besonderes Gewicht beizumessen sein.

Aus dem soeben Skizzierten ist zusammenfassend zu folgern: Brauchbarer Gegenstand zweckfreier rechtsvergleichender Betrachtung im öffentlichen Recht sind einzelne Institutionen. Dabei müssen die rechtlichen Vorschriften und Tendenzen im Lichte der Gesamtverfassung und der außerjuristischen Faktoren gesehen werden. Die Existenz einer gefestigten Volksmeinung, die Stabilität der Staats- und Regierungsform, historische Einflüsse, soziologische, ethnische Wurzeln sind mit zu beachten. Einzubeziehen in den Vergleich sind auch Staaten, die ohne rechtliche Sicherungen politisch zu ähnlichen oder abweichenden Ergebnissen kommen. Das, was im einen Staat durch gerichtliche Kontrollbefugnisse gesichert ist, kann im anderen auch ohne solche Kontrolle und vielleicht sogar wirksamer gewährleistet sein. Auch diesen Lösungen nachzugehen, ist m. E. legitime Aufgabe rechtsvergleichender Betrachtung im öffentlichen Recht, ohne daß ihr der Vorwurf einer Grenzüberschreitung gemacht werden kann.

### III.

Von dem hohen Anliegen zweckfreier wissenschaftlicher Rechtsvergleichung ist nun zu profaneren, aber praktisch durchaus wichtigen Zielen und Zwecken rechtsvergleichender Betrachtung überzugehen. Dabei soll zunächst erörtert werden, wieweit die Rechtsvergleichung dem nationalen Juristen im Rahmen seiner eigenen Rechtsordnung von Nutzen sein kann. Auszuscheiden sind jedoch die Fälle, in denen Instanzen des einen Staates das öffentliche Recht eines anderen anzuwenden haben. Solche Fälle sind verhältnismäßig selten, aber doch nicht ausgeschlossen. Es kann sich z. B. die Notwendigkeit ergeben, die Maßnahmen eines anderen Staates auf ihre Übereinstimmung mit der fremden Verfassung zu prüfen. Oder es kann in einem Streitfall darauf ankommen, ob ein Beteiligter eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt, und dann muß diese Frage an Hand des fremden Rechts beantwortet werden. In derartigen Fällen handelt es sich nicht um Rechtsvergleichung, sondern einfach um die Feststellung und Anwendung des fremden Rechts, wobei natürlich ähnliche Probleme und Schwierigkeiten auftauchen wie bei der echten Rechtsvergleichung. Die eigentliche Rechtsvergleichung kann für den »nationalen« Juristen wohl unter drei verschiedenen Aspekten wichtig sein: Sie kann ihm erstens bei der Auslegung der eigenen Rechtsordnung helfen, zweitens kann sie brauchbare Anhaltspunkte für die Neuschaffung nationalen Rechts liefern, und drittens kann sie dann

unentbehrlich sein, wenn der nationale Jurist internationales Recht anzuwenden hat. Auf diese unterschiedlichen Aspekte ist etwas näher einzugehen.

1. Die rechtsvergleichende Betrachtung fremden öffentlichen Rechts zur Auslegung der eigenen Rechtsordnung ist nicht so ungewöhnlich, wie es zunächst erscheinen könnte. Sie liegt vor allem dann nahe, wenn es sich um nach außen, auf den internationalen Verkehr gerichtete Sachverhalte handelt. Dazu ein Beispiel. In allen Bundesstaaten stellt sich die Frage, ob die Bundesinstanzen verfassungsrechtlich befugt sind, Verträge über Gegenstände der Länderzuständigkeit abzuschließen und derartige Verträge innerstaatlich durchzuführen<sup>22)</sup>. Das wird bekanntlich in Österreich grundsätzlich bejaht (mit einem kleinen Vorbehalt: Die Länder haben vertraglich gebotene Maßnahmen zunächst selbst zu ergreifen, erst bei ihrer Untätigkeit kann der Bund selbständig vorgehen)<sup>23)</sup>. In den Vereinigten Staaten ist die Treaty-Making Power ebenfalls von den Gliedstaatenrechten rechtlich nicht oder kaum behindert<sup>24)</sup>, ähnlich steht es in Australien<sup>25)</sup> und grundsätzlich auch in der Schweiz<sup>26)</sup>. Eine abweichende Auffassung ist von der Rechtsprechung für Kanada entwickelt worden, dort soll das Dominion Verträge jeder Art abschließen, nicht aber innerstaatlich durchführen können, soweit es sich um Angelegenheiten der Provinzen handelt<sup>27)</sup>. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat im sogenannten Konkordatsurteil<sup>28)</sup> einen Weg eingeschlagen, der dem kanadischen ähnlich ist<sup>29)</sup>, und es wird vielleicht nicht zu Unrecht die Vermutung geäußert, daß dabei eine rechtsvergleichende Betrachtung Pate gestanden hat. So begrüßenswert derartige vergleichende Betrachtungen an sich sind, so bedauerlich scheint es mir, daß im konkreten Fall ausgerechnet derjenige Weg eingeschlagen wurde, der der deutschen Tradition und Entwicklung m. E. am wenigsten angemessen ist. Während

<sup>22)</sup> Dieser Frage bin ich nachgegangen in meiner Arbeit: Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 32, 1957).

<sup>23)</sup> Art. 16 der österreichischen Bundesverfassung.

<sup>24)</sup> Das ist spätestens seit der Entscheidung *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), weitgehend anerkannt.

<sup>25)</sup> Grundlegend: *R. v. Burgess; Ex parte Henry* (1936) 55 C.L.R. 608.

<sup>26)</sup> Vgl. S. 56 ff. meiner in Anm. 22 genannten Arbeit.

<sup>27)</sup> Grundlegend: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (1937) A.C. 326; diese Stellungnahme des Judicial Committee of the Privy Council wird weitgehend noch heute als maßgeblich angesehen, vgl. Jean-Yves Grenon, *De la conclusion des traités et de leur mise en œuvre au Canada*, in: *The Canadian Bar Review*, Bd. 40 (1962), S. 151 ff., 162 f.

<sup>28)</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 6, S. 309 ff. Kritisch dazu vor allem Joseph H. Kaiser, *Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge des Bundes durch die Länder*, in: *ZaöRV*, Bd. 18 (1957/58), S. 526 ff.

<sup>29)</sup> Eine Parallele zieht unter anderem McWhinney, *Föderalismus und Bundesverfassungsrecht* (1962), S. 32 ff.

nämlich in Kanada, der britischen Tradition folgend, Verträge niemals unmittelbar innerstaatliche Wirkungen entfalten<sup>30)</sup>, waren bisher in Deutschland *self-executing treaties* stets ohne einen weiteren Akt als die Zustimmung des Parlaments intern verbindlich, und dabei stimmten die Abschluß- und die Transformationskompetenz des Bundes überein. Hinkende Verträge, die nach außen abgeschlossen werden dürfen, deren innerstaatliche Durchführung aber allein den Ländern zusteht, hat es bis zum Konkordatsurteil in Deutschland nicht gegeben. Wenn daher im konkreten Fall eine rechtsvergleichende Betrachtung angebracht gewesen sein sollte, dann hätte m. E. jede andere Parallele näher gelegen als die kanadische.

Mir scheint es im übrigen angebracht, davor zu warnen, von der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht allzuviel für die Auslegung der eigenen Rechtsordnung zu erwarten. Die schon erwähnten politischen, historischen, soziologischen und sonstigen Einflüsse auf das nationale Recht lassen es problematisch erscheinen, entscheidende Hilfe für seine Auslegung auswärts zu suchen. Dazu kommt, daß der nationale Verfassungs- und Gesetzgeber in der Regel seine sehr eigenen Vorstellungen über die beste Ausgestaltung der Rechtsordnung haben wird, und sein Wille ist zwar kein absolutes Kriterium für die Auslegung, aber doch ein wesentliches Element demokratischer Staatsordnung. Ich glaube daher, daß die Rechtsvergleichung in diesem Bereich in der Regel nicht viel mehr leisten kann, als den Blick für die mannigfaltigen Möglichkeiten rechtlicher Regelungen zu schärfen und den Horizont zu weiten. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn die Natur der Sache eine einheitliche Lösung nahelegt; in diesem Ausnahmefall wird man annehmen können, daß die Lösung der fremden Rechtsordnungen auch für die eigene in Betracht kommt<sup>31)</sup>.

2. Weniger Skepsis gegenüber der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht scheint mir angebracht, wenn es um die Neuschaffung von Verfassungs- und Gesetzesrecht geht. Unübersehbar ist z. B. der Einfluß, den die rechtlichen Erfahrungen der älteren Staaten auf das öffentliche Recht der neuen ausgeübt haben und noch ausüben. Das ist sicher zum Teil einfach ein Erbe der Kolonialzeit, aber auch unabhängig davon ist die Betrachtung fremder

<sup>30)</sup> Vgl. die in Anm. 27 genannte Entscheidung; in ihr heißt es: "Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire by virtue of the treaty alone, have the force of law".

<sup>31)</sup> Ein Beispiel bei Doehring, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 33, 1959), S. 47 ff.: Die zwischenstaatlichen Erfordernisse legen es nahe, den »Anspruch« des Staatsbürgers gegen seinen Staat auf diplomatischen Schutz einheitlich zu betrachten.

Rechtsordnungen und die Übernahme einzelner oder vieler ihrer Regeln wohl der einzig gangbare Weg, wenn es darum geht, ohne eigene Tradition und längere Erfahrung eine moderne Rechtsordnung zu schaffen. Die Rechtsvergleichung ist aber hier keineswegs nur für die neuen Staaten wertvoll. Auch bei uns kann sie helfen, Vorurteile abzubauen und mögliche Wege für die Schaffung neuen Rechts aufzuzeigen. Ein Beispiel, das vielleicht die Möglichkeiten und sicher zugleich auch die Grenzen der Rechtsvergleichung hervortreten läßt, bietet die deutsche Diskussion um das Notstandsrecht<sup>32)</sup>. Die Notstandsregelung ist ein deutsches Trauma, dem die Erfahrungen mit Art. 48 der Weimarer Verfassung zugrunde liegen. Wegen dieser Erfahrungen wird teilweise jede neue Notstandsregelung abgelehnt. (Nur kann man leider den Notstand selbst auf diese Weise kaum vom Staat fernhalten.) Eine rechtsvergleichende Betrachtung, die sich auf eindeutig rechtsstaatliche Verfassungsordnungen beschränkt<sup>33)</sup>, zeigt, daß man dort entweder besondere rechtliche Gebote für die Bewältigung der Not aufgestellt<sup>34)</sup> oder entsprechende Befugnisse der funktionsfähigen Staatsorgane stillschweigend akzeptiert hat<sup>35)</sup>, und man hat damit die Verfassung auf weite Sicht wohl eher bewahrt als zerstört. Natürlich kann kein einziges der fremden Beispiele unbesehen und *in toto* übernommen werden, denn der Notstand hat sich in jedem Staat in einer eigenen Ausprägung gezeigt. Die insulare Lage Englands und die rechtliche Omnipotenz seines Parlaments erforderten im zweiten Weltkrieg andere Vorkehrungen als die wirtschaftliche Situation der von Kriegführenden umgebenen neutralen Schweiz. Die Exilregierung des besetzten Belgiens war selbstverständlich in einer anderen Position als die Regierung der Vereinigten Staaten. Es wurden jeweils eigene Notstandsbefugnisse in Anspruch genommen, und keine von allen Regelungen läßt sich einfach auf einen anderen Staat übertragen. Aber die Rechtsvergleichung kann die möglichen Lösungsmöglichkeiten aufzeigen. Welche dann ergriffen wird, ist unzweifelhaft eine politische Entscheidung und keine Angelegenheit der Wissenschaft. Aber die Rechtsvergleichung muß m. E. das verfolgte Ziel

<sup>32)</sup> Außer der deutschen Regierung hat sich auch die belgische Regierung bei der Ausarbeitung und Vorlage eines Notstandsgesetzes auf rechtsvergleichende Untersuchungen gestützt, vgl. einerseits Bundesministerium des Innern, Das Gesetz für die Stunde der Not (Bonn 1961), S. 81 ff., andererseits Documents Parlementaires, Sénat de Belgique, Session de 1961–1962, N° 105, S. 9 ff.

<sup>33)</sup> Vgl. hierzu vor allem: Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 31, 1955).

<sup>34)</sup> Vgl. etwa für die Schweiz den Bundesbeschluß über Maßnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität vom 30. 8. 1939 (A.S. 55, S. 769) und den 1949 eingeführten Art. 89 *bis* der Bundesverfassung (A.S. 1949 II, S. 1511).

<sup>35)</sup> Vgl. den Bericht für Belgien von Ballreich in der in Anm. 33 genannten Arbeit (S. 1 ff.).

hier im Auge behalten, denn nur so kann sie die vergleichbaren Rechtsordnungen auswählen und auswerten. Was der von allen Zwecken gelösten Rechtsvergleichung verboten oder bei ihr zumindest bedenklich ist, die einseitig orientierte regionale und sachliche Beschränkung der Untersuchung, ist m. E. dann legitim und notwendig, wenn es darum geht, die der eigenen Staats- und Gesellschaftsordnung angemessensten Modelle zu finden.

Auch hier ist wiederum ein Hinweis darauf angebracht, daß die teilweise oder völlige Übernahme einer fremden Regelung natürlich dann am ehesten in Betracht kommt, wenn es sich um politisch mehr oder weniger indifferente Fragen handelt, die deshalb keineswegs unwichtig zu sein brauchen. Der Straßenverkehr, Gesundheitsvorkehrungen, Gewerbevorschriften und vieles andere erfordern bestimmte von der Sache her gebotene Maßnahmen, und bei ihrer Ausarbeitung kann in unserer Zeit auf einen Blick über die Grenzen des eigenen Staates hinaus überhaupt nicht mehr verzichtet werden.

3. Schließlich sieht sich der nationale Richter und jeder Jurist mehr und mehr vor die Notwendigkeit gestellt, Völkerrecht anzuwenden. Als Beispiel sei nur auf Art. 25 des Grundgesetzes verwiesen, der die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Bestandteil des deutschen Rechts erhebt. Hier ist die Rechtsvergleichung unentbehrlich, denn gleiche nationale Regelungen sind zuweilen die einzigen oder zumindest sehr wichtige Anhaltspunkte für den gegenwärtigen Stand des Völkerrechts. Darauf ist im nächsten Abschnitt zurückzukommen, vorerst genügt die Feststellung, daß der nationale Jurist heute in vielen Fällen zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht gezwungen ist, weil nämlich seine eigene Verfassung und das eigene Recht ihm die Berücksichtigung der internationalen Rechtsentwicklung zur Pflicht machen.

#### IV.

Nach der Erörterung der »nationalen« Ziele der Rechtsvergleichung ist nun noch darauf einzugehen, was die internationale Rechtsordnung von der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht profitieren kann<sup>36)</sup>. Mit einigen Aspekten dieses Themas wird sich das nachfolgende Referat noch näher befassen, ich kann mich auf das für mein Thema Notwendige beschränken. Auch in diesem Bereich erscheint es angebracht, vor allem zwischen zwei Anliegen rechtsvergleichender Betrachtung zu unterscheiden: zwischen der Feststellung geltenden und der Schaffung künftigen Rechts.

<sup>36)</sup> Vgl. hierzu I. Seidl-Hohenveldern, Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, in: Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross (1960), S. 253 ff.

1. Die Rechtsvergleichung kann zunächst der Feststellung geltenden Gewohnheitsrechts dienen. Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs spricht zwar bei der Erwähnung des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle von "international custom, as evidence of a general practice accepted as law". Damit ist unzweifelhaft primär die zwischenstaatliche und nicht die innerstaatliche Praxis gemeint. Hieraus und auch aus anderen Erwägungen dürfte sich ergeben, daß eine ausschließlich innerstaatliche Rechtspraxis nicht zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht ausreichen kann, sondern daß die wesentlichen Anhaltspunkte dem zwischenstaatlichen Verhalten entnommen werden müssen. Daß trotzdem auch die Rechtsvergleichung weiterhelfen kann, soll an einem Beispiel gezeigt werden<sup>37)</sup>. Es gibt mehr und mehr Anhaltspunkte dafür, daß der Mensch selbständiger Inhaber völkerrechtlich gesicherter Positionen auch gegenüber der eigenen Staatsgewalt ist, daß also das Völkerrecht gewisse fundamentale Menschenrechte garantiert. Dafür sprechen unter anderem einzelne Bestimmungen der Satzung der Vereinten Nationen, die Menschenrechtsdeklaration der Vereinten Nationen von 1948, die Europäische Menschenrechtskonvention und mancherlei andere zwischenstaatliche Bekenntnisse. Immerhin geben sie keinen ganz eindeutigen Aufschluß über die Existenz schon zum Gewohnheitsrecht erstarkter Verhaltensregeln. Derartige Zweifel zu beheben, ist ein legitimes Anliegen der Rechtsvergleichung, und sie dürfte in unserem Beispiel zu positiven Ergebnissen führen<sup>38)</sup>. Eine rechtsvergleichende Betrachtung ergibt nämlich, daß sich die ganz überwiegende Mehrzahl der Staaten in ihren Verfassungen, in Gesetzen und in der Praxis ausdrücklich zu gewissen menschlichen Grundrechten bekennt, und das dürfte das Bestehen entsprechender völkerrechtlicher Regeln bestätigen. Internationale Praxis und innerstaatlicher Grundrechtsschutz führen hier vereint zur Annahme von Völkergewohnheitsrecht, dessen Umfang und Abgrenzung natürlich im Einzelfall nicht leicht zu bestimmen ist; aber auch bei der Detailforschung wird die Rechtsvergleichung Aufschluß geben können.

Auch hier dürfte nun das Ziel der Rechtsvergleichung für die Methode nicht unwichtig sein. Eine wissenschaftlich zweckfreie rechtsvergleichende Betrachtung könnte die Frage nicht übergehen, ob in den untersuchten Staaten die tatsächliche Praxis den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Geboten

<sup>37)</sup> Vgl. auch die besonders breite rechtsvergleichende Basis bei Geck, Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 38, 1963), S. 50 ff., bei der Prüfung der Frage, ob Verstöße gegen die Landesverfassung die Gültigkeit abgeschlossener Verträge beeinträchtigen.

<sup>38)</sup> Vgl. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 39, 1963), S. 72 ff.

zum Schutz der Grundrechte entspricht, oder ob es sich nur um Lippenbekenntnisse handelt, die mehr oder weniger offen mißachtet werden. Hier läßt sich nun die These aufstellen, daß bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht – wie auch bei den noch zu besprechenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen – das Bekenntnis höher zu werten sein kann als eine im Einzelfall abweichende Praxis. Verfassungs- und Gesetzesvorschriften eines Staates können m. E. auch dann zur Annahme gewohnheitsrechtlicher Regeln führen, wenn eine vertiefte Betrachtung zeigt, daß sich die Staatsorgane über die Vorschriften hinwegsetzen. Im Bereich der Menschenrechte scheint mir das evident zu sein, aber auch sonst ist zu erwägen, ob nicht bei der Feststellung geltenden internationalen Rechts das Wort der staatlichen Rechtsordnungen wichtiger sein kann als die Tat. Die Begründung hierfür kann nur angedeutet werden, denn sie berührt sich mit Grundfragen des Rechts überhaupt: Das Recht ist kein bloßer Abdruck der Faktizität. Für die Existenz eines Rechtssatzes ist – wenigstens soweit eine Befehls- und Zwangsgewalt fehlt – seine Anerkennung wesentlich, nicht ausschlaggebend ist jedoch, ob einzelne Rechtsgenossen ihrem eigenen Bekenntnis zuwiderhandeln<sup>39)</sup>.

2. Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs nennt unter den Völkerrechtsquellen auch die «*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*». Diese berühmte Vorschrift ist vielfältig kommentiert worden und nach allgemeiner Ansicht ein besonders wichtiger Ansatzpunkt für die Rechtsvergleichung. Der theoretischen Wichtigkeit der Vorschrift steht die Frage gegenüber, welchen Gebrauch die Instanzen, für die sie geschaffen ist, also der Internationale Gerichtshof und sein Vorgänger, bisher von ihr gemacht haben. Beide Gerichtshöfe haben allgemeine Rechtsgrundsätze fast nie ausdrücklich angerufen, was natürlich nicht besagt, daß diese Rechtsgrundsätze nicht doch manchen Ansprüchen zugrunde liegen<sup>40)</sup>. Immerhin wird man die bisherige praktische Bedeutung der *principes généraux* jedenfalls für die Haager Rechtsprechung nicht überschätzen dürfen. Eine Erklärung für diese Zurückhaltung der Praxis liegt wohl darin, daß innerstaatliche Rechtsprinzipien und -regeln den traditionellen internationalen Streitigkeiten zwischen den Staaten wenig angemessen waren oder aber bereits zum Gewohnheitsrecht erstarkt sind. Diese Situation wandelt sich jedoch mit der Fortentwicklung der internationalen Gemeinschaft. Je mehr sich die internationale Ordnung mit Tatbeständen befaßt, die bisher dem Landesrecht überlassen bzw. nur dort von Bedeutung waren, um so

<sup>39)</sup> Zusätzlich könnte man auch das Estoppel-Prinzip heranziehen.

<sup>40)</sup> Vgl. Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (1953).

größer wird die Notwendigkeit, allgemeine Rechtsgrundsätze heranzuziehen. Im folgenden können nur die wichtigsten Blickrichtungen angedeutet werden.

Dort, wo das Völkergewohnheitsrecht zu versagen scheint, weil sich noch keine feste internationale Praxis herausgebildet hat, können die allgemeinen Rechtsgrundsätze den Staaten zusätzliche Verhaltenspflichten auferlegen. Das halte ich etwa für möglich bei dem Recht auf Zugang zu staatlichen Exklaven und der entsprechenden Duldungspflicht des Staates, über dessen Gebiet der Zugang führt<sup>41)</sup>. Das ist ein sehr umstrittenes Beispiel<sup>42)</sup>, es kann hier nicht weiter verfolgt werden, sondern es muß der Hinweis genügen, daß eine in den nationalen Rechtsordnungen anerkannte Regel unter gewissen Voraussetzungen zu selbständigen zwischenstaatlichen Obliegenheiten führen kann.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze können weiter bei der Auslegung von Verträgen Hilfestellung leisten. Bei unklaren Vertragsbestimmungen liegt es besonders nahe zu fragen, wie das entsprechende Problem im nationalen Recht aller oder jedenfalls der am Vertrag beteiligten Staaten gelöst wird, und den Vertrag entsprechend zu interpretieren<sup>43)</sup>. So hat z. B. der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bei der Frage, wie weit eine vertraglich vorgesehene Steuerfreiheit reicht, das Steuerrecht der beteiligten Staaten konsultiert<sup>44)</sup>.

Dies leitet über zu der außerordentlichen Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für die internationalen Organisationen. Wenn man sich z. B. die Rechtsprechung internationaler Verwaltungsgerichte ansieht<sup>45)</sup>, so fragt man sich manchmal erstaunt, woher die dort entwickelten beamtenrechtlichen Maximen stammen. Die Vermutung liegt nahe, daß hier Interpretation der einschlägigen Vorschriften, freie Rechtsschöpfung und die Anwendung von Grundsätzen nationaler Rechtsordnungen ineinander übergehen. Hier dürfte die Notwendigkeit vertiefter rechtsvergleichender Betrachtung besonders dringend sein. Das gilt natürlich ganz besonders für die engeren Euro-

<sup>41)</sup> Das Beispiel steht vielleicht dem Zivilrecht näher als dem öffentlichen Recht, immerhin wäre auch das öffentliche Recht daraufhin zu konsultieren, ob es Zugangsrechte zu sonst nicht erreichbaren Grundstücken kennt.

<sup>42)</sup> Vgl. etwa Krenz, *International Enclaves and Rights of Passage* (1961); der Internationale Gerichtshof hat bekanntlich in *I.C.J. Reports 1960 (Right of Passage over Indian Territory)*, S. 43 f., die Erörterung allgemeiner Regeln für das im konkreten Fall geltend gemachte Durchgangsrecht für unnötig gehalten.

<sup>43)</sup> Vgl. dazu meine Arbeit über: *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. 40, 1963), S. 156 ff.

<sup>44)</sup> Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, *Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes*, Bd. 6 (1960), S. 1163 ff., 1195 (*Jean Humblet gegen Belgischen Staat*, Rechtssache Nr. 6/60).

<sup>45)</sup> Vgl. etwa die Entscheidungen, die jeweils im Abschnitt IX E der *Lauterpacht'schen International Law Reports* mitgeteilt werden.

päischen Gemeinschaften, und die Rechtsprechung des Luxemburger Gerichtshofs zeigt denn auch eine Fülle von Beispielen rechtsvergleichender Betrachtungen<sup>46)</sup>. Ich möchte nur die Rechtsprechung zum Widerruf bzw. zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte erwähnen<sup>47)</sup>. Probleme und Fragen, die bisher ausschließlich das innerstaatliche Recht kannte und für die das internationale Recht daher keine eigenen Maximen entwickeln konnte, erlangen so für die Staatengemeinschaft eine hervorragende Bedeutung.

Das gilt vor allem, aber nicht nur für politisch mehr oder weniger indifferente Fragen der Verwaltung und des Verwaltungsrechts. Auch gravierendere Probleme sind für rechtsvergleichende Untersuchungen geeignet, z. B. umstrittene Budget- und Finanzfragen der Vereinten Nationen. Als der Internationale Gerichtshof 1954 in einem Gutachten die Frage prüfte, ob die Generalversammlung der Vereinten Nationen an die Urteile des UN-Verwaltungsgerichts gebunden sei und die entsprechenden Mittel bewilligen müsse, hat er in einem Satz erklärt, es sei auch in den nationalen Rechtsordnungen üblich, daß der Gesetzgeber an die Entscheidungen von ihm geschaffener Gerichte gebunden sei<sup>48)</sup>. Hier läge ein nicht uninteressanter Ansatzpunkt für vertiefte rechtsvergleichende Untersuchungen. Dasselbe gilt vielleicht für das Gutachten des Internationalen Gerichtshofes vom 20. Juli 1962, dort wurde die Frage gestreift, ob nicht auch bei einem *ultra vires*-Handeln internationaler Organe die eingegangenen finanziellen Verpflichtungen honoriert werden müssen<sup>49)</sup>.

3. Abschließend ist noch auf die Bedeutung der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht für die Schaffung neuen internationalen Rechts hinzuweisen. Diese Bedeutung besteht sowohl für die traditionellen Bereiche des Völkerrechts als auch für die internationalen Organisationen unserer Zeit. Handels- und Niederlassungsverträge, Verträge über Staatsangehörigkeitsfragen, Investitionsschutzabkommen, Doppelbesteuerungsverträge, Sozialversicherungsabkommen und viele andere zwischenstaatliche Vereinbarungen

<sup>46)</sup> Belege auf S. 158 f., 160 f. meiner in Anm. 43 genannten Arbeit.

<sup>47)</sup> Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, Bd. 3 (1957), S. 83 ff., 118 f. (*Algera u. a. gegen Gemeinsame Versammlung*, Rechtssachen Nr. 7/56 und 3-7/57); Bd. 7 (1961), S. 109 ff., 162, 172 ff. (*Snpat gegen Hohe Behörde*, Rechtssachen Nr. 42 und 49/59); Bd. 7 (1961), S. 233 ff., 259 f. (*Simon gegen Gerichtshof*, Rechtssache Nr. 15/60); auch Bd. 8 (1962), S. 511 ff., 543 ff. (*Hoogovens en Staalfabrieken gegen Hohe Behörde*, Rechtssache Nr. 14/61) und die Ausführungen des Generalanwalts Lagrange, *ibid.*, S. 569 ff. Vgl. hierzu jetzt die rechtsvergleichende Untersuchung von Franz Becker und Niklas Lühm ann, *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz* (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 16), 1963.

<sup>48)</sup> I.C.J. Reports 1954 (U.N. Administrative Tribunal), S. 61: "... it is common practice in national legislatures to create courts with the capacity to render decisions legally binding on the legislatures which brought them into being".

<sup>49)</sup> I.C.J. Reports 1962 (Certain Expenses of the United Nations), S. 168.

können nur gewinnen, wenn ihrer Formulierung und ihrem Abschluß rechtsvergleichende Studien vorausgehen. Nichts anderes gilt selbstverständlich für die internationalen Organisationen, etwa für die Erarbeitung von Beamtenstatuten, Geschäftsordnungen beratender Gremien und anderes mehr. Bei diesen Erörterungen *de lege ferenda* ist unzweifelhaft das angebracht, was mir sonst etwas problematisch erscheint: Es sollte nicht die am weitesten verbreitete, sondern die beste, die sachgerechteste Lösung gesucht werden.

Diesen positiven Bemerkungen zum Wert der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht für die Schaffung neuen Rechts ist eine Warnung vor zu weitgespannten Erwartungen hinzuzufügen<sup>50)</sup>: Für eine echte Rechtsvereinheitlichung<sup>51)</sup> sind zur Zeit wohl nur eng begrenzte Bereiche des öffentlichen Rechts geeignet. Im Staatsrecht würde eine Vereinheitlichung des Rechts eine auch ideologische und politische Homogenität der zu beteiligenden Staaten voraussetzen, eine Homogenität, die vorerst weitgehend fehlt und die wohl nicht einmal erstrebenswert erscheint, wenn man den heute dafür zu zahlenden Preis betrachtet. Ähnliches gilt für manche Teile des traditionellen Verwaltungsrechts, man denke an das Polizeirecht. Andererseits gilt auch für die Rechtsvereinheitlichung eine schon zuvor genannte Maxime: Je mehr der politische Gehalt einer Institution sinkt, um so stärker steigt die Vergleichbarkeit und damit auch die Chance, zu einer Vereinheitlichung zu gelangen. Die bisherigen Leistungen der Internationalen Arbeitsorganisation auf sozialem Gebiet sind wohl das eindrucksvollste Beispiel einer internationalen Koordinierung und Homogenisierung der nationalen Ordnungen. Bei engeren Gemeinschaften von Staaten mit ähnlicher Kultur-, Sozial- und Wirtschaftsstruktur sind die Aussichten für eine Vereinheitlichung des öffentlichen Rechts noch günstiger. Wenn die Europäischen Gemeinschaften die ihnen gesteckten Ziele erreichen wollen, ist die Angleichung mancher Rechtsvorschriften unausweichlich. Die Wege, die hierbei zur Verfügung stehen, sind vielfältig: Durch Aktionen der Gemeinschaftsorgane, aber auch durch gesonderte internationale Verträge oder gar durch autonome, aber übereinstimmende Entscheidungen der Staaten kann vor allem in engeren, teilweise aber auch in weiteren Gemeinschaften eine begrenzte Rechtsvereinheitlichung angestrebt und erreicht werden. Dem müssen intensiviertere rechtsvergleichende Bemühungen vorausgehen; daß die dabei aufzuwendende Mühe sich lohnt, haben diese Darlegungen zu zeigen versucht.

<sup>50)</sup> Das Folgende weicht etwas von dem mündlichen Vortrag auf der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung ab und berücksichtigt in der Diskussion erhaltene Anregungen.

<sup>51)</sup> Vgl. hierzu den Artikel »Rechtsvereinheitlichung« von Konrad Zweigert, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 2 (2. Aufl. 1962), S. 74 ff., und den gleichnamigen Artikel von Neuhäus in: Staatslexikon, Bd. 6 (6. Aufl. 1961), S. 727 ff.

## L e i t s ä t z e

## I.

Die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht muß die Eigenheiten ihres Gegenstandes beachten:

1. Das öffentliche Recht regelt die Struktur und die Aufgaben der öffentlichen Gewalt und ihr Verhältnis zum Einzelnen.
2. Das öffentliche Recht ist in weitem Umfang nicht von einer immanenten Sachgesetzlichkeit, sondern vom politischen Gestaltungswillen determiniert.
3. Das öffentliche Recht besteht aus einer Gemengelage von geschriebenem und ungeschriebenem Recht.
4. Das öffentliche Recht arbeitet besonders stark mit Rahmenvorschriften und ausfüllungsbedürftigen Wertbegriffen.
5. Es gibt keine eindeutige Grenze zwischen öffentlich-rechtlicher Gebundenheit und rechtlich indifferenter Gestaltungsfreiheit der Staatsorgane.
6. Die Erkenntnisquellen für das öffentliche Recht sind besonders problematisch: Oft geben weder der Gesetzestext noch die Rechtsprechung klare Auskunft, so daß die allgemeine Staatspraxis und die Doktrin helfend einspringen müssen.
7. Das öffentliche Recht ist ständigem Druck der politischen Kräfte ausgesetzt und wandelt sich entsprechend.

## II.

Die »zweckfreie«, zunächst nur auf Kenntnis und Erkenntnis gerichtete Rechtsvergleichung muß im öffentlichen Recht folgendes berücksichtigen:

1. Die Abgrenzung von der politischen Wissenschaft ist problematisch, aber notwendig. Die Rechtsvergleichung muß sich auf die rechtlichen Institutionen konzentrieren, ohne die politische und gesellschaftliche Umwelt zu übersehen.
2. Die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht unterscheidet sich von der allgemeinen Staatslehre und der Verfassungslehre durch eine begrenztere Fragestellung: Die staatsphilosophisch überhöhte Gesamtschau ist nicht Aufgabe der Rechtsvergleichung.
3. Ansatzpunkte der Rechtsvergleichung sind (auch) im öffentlichen Recht Lebenssachverhalte, die normalerweise rechtlich geregelt sind. Prüfungsobjekte sind die den Sachverhalten zugeordneten Institutionen, sie sind im Rahmen der jeweiligen gesamten Rechtsordnung zu sehen.
4. Je höher der politische Gehalt einer Institution oder Funktion, um so problematischer die Rechtsvergleichung.

5. Die Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen muß danach erfolgen, ob sie den gleichen Lebenssachverhalt vorfinden und eine ähnliche rechtliche Struktur aufweisen.

6. Die Vergleichung muß alle für den Normenbestand wichtigen außerrechtlichen Faktoren einbeziehen. Sie sollte auch Staaten berücksichtigen, die auf eine rechtliche Regelung verzichtet haben.

### III.

Mögliche »nationale« Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht sind:

1. Die Auslegung der eigenen Rechtsordnung unter Zuhilfenahme fremden Rechts. Hier ist der Wert der Rechtsvergleichung begrenzt; eine Parallele zwischen dem fremden und dem eigenen Recht wird immerhin dann gezogen werden können, wenn die Natur der Sache eine einheitliche Lösung nahelegt.

2. Die Neuschaffung eigenen Rechts auf Grund rechtsvergleichender Betrachtung.

3. Die Feststellung geltenden Völkerrechts, soweit der nationale Jurist es innerhalb seiner eigenen Rechtsordnung zu beachten hat.

### IV.

Mögliche »internationale« Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht sind:

1. Die Feststellung geltenden Völkergewohnheitsrechts. Hier hat die Rechtsvergleichung nur eine Hilfsfunktion.

2. Die Feststellung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Diese können insbesondere herangezogen werden

- a) für die Begründung selbständiger Rechte und Pflichten der Völkerrechtssubjekte,
- b) bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge,
- c) im internen Recht internationaler Organisationen.

Zu 1 und 2: Für die Feststellung des geltenden internationalen Rechts kann das Bekenntnis zu einem bestimmten Rechtsbestand wichtiger sein als die tatsächliche Praxis.

3. Die Schaffung neuen internationalen Rechts, und zwar von Vertragsrecht und von internem Staatengemeinschaftsrecht.