

## Einführung in die Verfassungsvergleichung<sup>\*)</sup>

F. Münch

1. Verfassungsvergleichung ist eine Unterart der Rechtsvergleichung; man wird deren Ziele, Grundsätze und Arbeitsweisen darauf zu überprüfen haben, wie weit sie auf die Verfassungsvergleichung anwendbar sind. Die allgemeine Rechtsvergleichung ist noch im Zweifel über ihre Grundlagen<sup>1)</sup>; aber es scheint doch möglich, aus der Geschichte der Rechtsvergleichung<sup>2)</sup> und aus neuen Äußerungen bedeutender Vertreter<sup>3)</sup> einige Behauptungen zu belegen.

Man darf jedenfalls davon ausgehen, daß die Rechtsvergleichung nicht ein System von Rechtssätzen unmittelbarer Anwendung erstellen will. Die Positivität des Vergleichsmaterials, also der in den verschiedenen Rechtsordnungen geltenden Sätze, wird vorausgesetzt; darum ist kein Platz für eine übergeordnete oder unterliegende Rechtsordnung, die es durch Vergleichung aufzufinden gälte. Die Rechtsvergleichung ist, wie man sagt, keine Rechtsmaterie, sondern eine Methode<sup>4)</sup>.

---

<sup>\*)</sup> Überarbeitung eines Kursus an der Faculté internationale pour l'Enseignement du Droit comparé, 1971. Neuerdings Herbert Krüger, Stand und Selbstverständnis der Verfassungsvergleichung heute, *Verfassung und Recht in Übersee* 1972, S. 1–28.

<sup>1)</sup> Ernst A. Kramer, Topik und Rechtsvergleichung, *RabelsZ* Bd. 33 (1969), S. 1, spricht von einer reichhaltigen Literatur, die aber noch kein gesichertes Selbstverständnis hervorgebracht habe. Auch andere haben darüber geklagt, noch L. Constantinesco, *Rechtsvergleichung* Bd. 1 (1971), S. 203.

<sup>2)</sup> Etwa bei Gutteridge, *Comparative Law* (2. Aufl. 1949), Kap. I–III; R. David, *Traité élémentaire de Droit civil comparé* (1950); M. Ancel, La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XXe siècle, in: *Festschrift für Ernst Rabel* (1954), und ders., Valeur actuelle des études de droit comparé, in: *Festschrift für Hessel E. Yntema* (1961), S. 17–20.

<sup>3)</sup> Vgl. insbes. K. Zweigert, Stichwort »Rechtsvergleichung«, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch* Bd. 3 (1962), S. 79 ff.

<sup>4)</sup> Gutteridge, a.a.O., S. 1; R. David, a.a.O., S. 5; Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Law* (2. Aufl. 1960), S. 1; O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, *Law Quarterly Review* 1966, S. 41: Sammelname für mehrere Methoden.

Jedenfalls ist die Rechtsvergleichung nicht zu verwechseln mit Kenntnis des ausländischen Rechts, siehe Constantinesco, a.a.O., S. 73; Prélôt, *Précis de droit constitutionnel* (1950), S. 22; Zweigert, a.a.O., S. 79.

Wenig erwähnt wird im Schrifttum die Vergleichung, die das Gesetz vorschreibt. Nach Art. 12 und 21 EGBGB dürfen die Ansprüche aus unerlaubter Handlung und auf Alimente nach ausländischem Recht nicht höher sein als nach deutschem; nach Art. 17 Abs. 4 EGBGB kann eine Ehe nach ausländischem Recht im Inland nur geschieden werden, wenn dies auch nach deutschem Recht zulässig wäre. Die Auslandstat des Deutschen wird nach § 3 Abs. 2 StGB nicht nach deutschem Recht bestraft, wenn sie wegen der besonderen Verhältnisse am Tatort kein strafwürdiges Unrecht ist. Die Strafbarkeit einer Tat in zwei Rechtsordnungen ist festzustellen nach Art. 2 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Verfolgung von Verkehrsverstößen vom 30. November 1964 und nach Art. 4 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Geltung von Strafurteilen vom 28. Mai 1970 (Conventions Européennes 52 und 70).

Man kumuliert hier und in ähnlichen Fällen nur die Anwendung des ausländischen und des deutschen Rechts; eigentlich rechtsvergleichende Überlegungen kämen wohl nur bei § 3 Abs. 2 StGB zum Zuge, wenn den Gründen der Straflosigkeit der Tat im ausländischen Recht nachzuspüren ist.

Anders ist es mit der Vergleichung, die Art. 215 Abs. 2 des EWG-Vertrages und Art. 188 Abs. 2 des Euratom-Vertrages fordern, wenn sie den Gemeinschaften die außervertragliche Haftung für Amtsschäden gemäß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auferlegen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Eine ähnliche Bestimmung hatte es in Art. 2 § 3 des Justizprotokolls zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft gegeben, das auf die Angleichung der Grundsätze der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verwies. Diese Vergleichung<sup>5)</sup> wird als Grundlage der Schaffung neuen Rechts verstanden<sup>6)</sup>, so daß der sonst behauptete nur theoretische Charakter der Rechtsvergleichung entfällt.

Das gilt nach einigen<sup>7)</sup> auch, wenn der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Lücken des geschriebenen Gemeinschaftsrechts ausfüllt, indem er — ohne es selbst zu sagen<sup>8)</sup> — die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vergleicht.

Im Verfassungsrecht scheint es derartige Verweisungen auf fremdes Recht nicht zu geben<sup>9)</sup>. Allerdings blickt man in jungen und erneuerten De-

---

<sup>5)</sup> Siehe des näheren unten S. 147 ff.

<sup>6)</sup> A. Migliazza, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee* (1961), S. 368.

<sup>7)</sup> Z. B. A. Tizzano, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee* (1967), S. 53 f.

<sup>8)</sup> Tizzano, a.a.O., S. 47; H. Mosler, *Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten*, in: *Internationale Festschrift für Alfred Verdross* (1971), S. 409.

<sup>9)</sup> Lavagna, *Aspetti tecnici della comparazione costituzionale* (1966), S. 402.

mokratien gern nach der Verfassungspraxis älterer und bewährter Staaten. Man kann diese aber nur in die Auslegung der eigenen Verfassungsvorschriften einführen, wenn die Anlehnung an die fremde Verfassung offenkundig ist, und im übrigen lediglich politisch als Praxis in den Lücken oder Ermessensräumen der eigenen Verfassung empfehlen.

2. Ob die Verfassungsvergleichung älter ist als die Vergleichung anderer Rechtsmaterien, mag dahinstehen. Berufen sich die allgemeinen Komparatisten auf die Zwölf Tafeln<sup>10)</sup>, die nach der Überlieferung auf Vergleichung beruhen, so verweist der Publizist auf die zwar verschollene Verfassungssammlung des Aristoteles, die aber doch wohl die Unterlage für seine Staatslehre und die sechs Herrschaftsformen gegeben hat. Mangels Anschauungsmaterial mußte lange Zeit ein entsprechendes Unternehmen ausbleiben; auch beim Übergang von der Reichsidee zur Welt unabhängiger Staaten scheint man nicht an Verfassungsvergleichung gedacht zu haben. Immerhin hätten die Verfassungen der italienischen Städte und der Reichsstädte einen Anlaß geben können. Erst 1560 erscheint eine Sammlung von Darstellungen moderner Verfassungen, von einem gewissen Sansovino herausgegeben, und Bodin verbindet überlieferte Doktrin mit der Vergleichung aktueller Verfassungen<sup>11)</sup>.

Aber erst nach dem Westfälischen Frieden findet man die Ansätze, die bis in die Jetztzeit hinein führen. Achenwall<sup>12)</sup> erwähnt als ersten Vorläufer Bosius<sup>13)</sup>, später Conring<sup>14)</sup>; er selbst verfaßt als »historische Staatslehre« oder »Statistik« ein Werk, das unseren heutigen politischen Jahrbüchern gleicht und über die Staaten der Welt, ihre wirtschaftlichen, geographischen und anderen faktischen Verhältnisse sowie über die Grundzüge ihrer Institutionen Auskunft gibt. Ihm liegt für die Darstellung der einzelnen Staaten ein einheitliches Schema zugrunde, man findet hier also eine der unteren Stufen der vergleichenden Methode.

J. G. v. Justi<sup>15)</sup> gibt sich anspruchsvoller; er will den Dünkel der Europäer mindern und aus der Vergleichung die besten Einrichtungen finden, nach denen die Menschen regiert werden müssen. Sein Werk trägt also

<sup>10)</sup> Constantinesco, a.a.O., S. 69 ff., geht längst nicht so weit zurück.

<sup>11)</sup> J. Moreau-Reibel, Jean Bodin et le droit public comparé (1933); dort S. 54 f. über die Sammlung von 1560.

<sup>12)</sup> G. Achenwall, Staatsverfassung der heutigen vornehmsten Europäischen Reiche im Grundrisse (1. Aufl. 1749, 4. Aufl. 1762), S. 1 und 43.

<sup>13)</sup> Introductio generalis in notitiam rerumpublicarum orbis universi (1674).

<sup>14)</sup> Opus posthumum de notitia rerumpublicarum hodiernarum.

<sup>15)</sup> Vergleichungen der europäischen mit den asiatischen und anderen vermeintlich barbarischen Regierungen (1762).

aufklärerisch-utopische Züge. De la Croix<sup>16)</sup> ist anscheinend von den Zeitereignissen angeregt; seinen drei Bänden über fremde Verfassungen folgt eine französische Verfassungsgeschichte und eine Verfassungstheorie.

Es handelt sich zunächst um Darstellungen des staatlichen Aufbaus. Man darf eben nicht vergessen, daß die Verfassung als einheitliche Urkunde jung ist und erst mit der Amerikanischen Unabhängigkeit und der Französischen Revolution zur Praxis wurde.

Die erste Textsammlung scheint diejenige zu sein, die 1782 auf Veranlassung des Kongresses der Vereinigten Staaten die Verfassungen der Mitgliedstaaten und die Unabhängigkeitserklärung enthielt. Seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts gibt es allgemeine Textsammlungen<sup>17)</sup>; sie sind manchmal mit systematischen (vergleichenden) Einleitungen versehen. In dieser Art schreibt noch Mirkine-Guetzévich zu seinen Verfassungssammlungen<sup>18)</sup> jeweils einen *essai synthétique*. Peaslee, *Constitutions of Nations*, bringt zu jedem Staat eine sehr kurze schematisierte Übersicht; die erste (1950) und die zweite (1956) Auflage hatten außerdem Synopsen über manche Hauptpunkte.

Die monographische Behandlung lebt heute in der Reihe des Verlags Alfred Metzner »Die Staatsverfassungen der Welt«<sup>19)</sup> fort. Die wissenschaftliche Freiheit, die dem Bearbeiter gelassen werden muß, bringt kein einheitliches Muster hervor; das Eindringen in die Geschichte und den Geist der dargestellten Verfassung wirkt individualisierend, nicht integrierend.

Möglichst vollständigen Fundstellennachweis erstrebt das Verfassungsregister, das im selben Verlag vom selben Herausgeber zusammen mit zwei weiteren Universitätsinstituten erscheint.

3. Schon in diesem sehr knappen Rückblick sind verschiedene Ziele der Verfassungsvergleichung zutage getreten. Die allgemeine Rechtsvergleichung kennt deren mehrere, denen sich jeweils auch die Methoden anpassen müs-

---

<sup>16)</sup> *Constitutions des principaux Etats de l'Europe et des Etats-Unis de l'Amérique*, 5 Bände (1791—1793).

<sup>17)</sup> Die *Constitutions der europäischen Staaten*, 3 Bände, Hrsg. Brockhaus (1817—1820); die Sammlungen von Dufau, Duvergier und Guadet, 6 Bände (1821—1823); Pölitz, 3 Bände (1832/33); F. W. Schubert, 2 Bände (1848/1850); Laferrière (1869); Dareste ab 1928; mehrere deutsche Sammlungen seit 1947. Auch verfassungsgeschichtliche Sammlungen wie die von Altmann können der Vergleichung dienen.

<sup>18)</sup> *Les Constitutions de l'Europe nouvelle* (2. Aufl. 1930); *Les Constitutions européennes* (1951).

<sup>19)</sup> Hrsg. von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg.

sen. Ziele und Methoden lassen sich mehr oder weniger glücklich in einem Stufensystem darstellen<sup>20)</sup>, das immerhin einigermaßen anschaulich ist.

Als erstes Motiv wird manchmal die Neugier genannt, als Ziel die Information. Aber dieses Motiv und dieses Ziel gehen zunächst auf das fremde Recht; die Vergleichen käme hinzu, entweder als Spiel oder als Hilfsmittel zur Aufbereitung der Information.

Die Information über fremde Verfassungen verfolgt durchaus praktische Zwecke. Kenntnis des Auslandes erfordert die Kenntnis des Staatsorganismus dringender als die Kenntnis anderer Rechtsmaterien. F. de Callières<sup>21)</sup> empfiehlt dem Diplomaten, die *forme de gouvernement* des anderen Landes zu erfahren, damit er weiß, wer ein Mitspracherecht hat. Mably entwickelt geradezu eine Lehre von der Eignung als Bundesgenosse je nach der Verfassung<sup>22)</sup>; Bismarck wird viel später Mißtrauen gegen England wie Mably aus dem Verfassungssystem begründen<sup>23)</sup>.

Das Bedürfnis nach Kenntnis fremder Verfassungen wird mit der Zeit lebhafter, und man genügt ihm nicht mehr, indem man Verfassungstexte wie Briefmarken sammelt<sup>24)</sup>. Schon die Indices einer bloßen Sammlung erfordern eine Verarbeitung des Stoffes, und noch mehr tun das Synopsen. Darstellungen müssen, wenn sie nützen sollen, ein einheitliches Schema haben. Schließlich hat die Vergleichen schon für das Erlernen fremden Rechts einen didaktischen Wert<sup>25)</sup>.

R. v. Mohl<sup>26)</sup> unterscheidet zwei Arten der enzyklopädischen Dar-

<sup>20)</sup> Sugiyama, in: Recueil d'Etudes en l'honneur de E. Lambert (1938) Bd. 1, S. 52 f.; K. Zweigert, *Méthodologie du droit comparé*, in: *Mélanges Maury* (1960) Bd. 1, S. 581 ff.; M. Rheinstejn, *Comparative Law — its Functions, Methods and Usages*, *Arkansas Law Review* Bd. 22 (1968), S. 415 ff.; Constantinesco, a.a.O. (Anm. 2), S. 73, 206 f., 212.

<sup>21)</sup> De la manière de négocier avec les Souverains (1716), hier nach einer Ausgabe von 1750, S. 61 f., 70 ff.

<sup>22)</sup> Des Principes des négociations, Einleitung zum Droit public de l'Europe fondé sur les Traités (1757), Kap. XI.

<sup>23)</sup> Mably gegen Ende des Kap. III; Bismarck, Gedanken und Erinnerungen Bd. 3 Kap. 11 im ersten Absatz, siehe auch Die Große Politik der Europäischen Kabinette 1871—1914 Bd. 3, S. 401, Bd. 4, S. 134, 138, 141, 339; eine ähnliche Wendung gegen das republikanische Frankreich *ibid.* Bd. 3, S. 207, 418 f.

<sup>24)</sup> So Mast in einer Vorlesung an der Faculté internationale pour l'Enseignement du Droit comparé.

<sup>25)</sup> Zweigert, a.a.O. (Anm. 3), S. 79: »Niemand kann eine ausländische Rechtsordnung isoliert darstellen ohne zumindest ›im Stillen‹ rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen«.

<sup>26)</sup> Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften Bd. 1, S. 50 f., 121, und ders., *Enzyklopädie der Staatswissenschaften* (1859), S. 385 f.

Der Vergleich mit Anatomie und Physiologie soll von J. Bentham stammen (siehe Kahn-Freund, a.a.O. [Anm. 4], S. 45 Anm. 8) und findet sich bei R. Redslob,

stellung fremder Staatsverhältnisse: die äußerlich ordnende und die »organische«, die er jeweils mit Anatomie und Physiologie vergleicht. Aber auch bei der organischen Manier — die wir als eine erste Stufe von Rechtsvergleichung auffassen — schätzt er den wissenschaftlichen Wert gering<sup>27)</sup>.

Einen anderen didaktischen Gewinn der Vergleichung sehen Komparatisten im besseren Verständnis der eigenen Rechtsordnung, und manchmal ergebe die Vergleichung sogar die Lösung eines schwierigen Problems<sup>28)</sup>.

Für diese Zwecke der Vergleichung ist die Materialsammlung und -sichtung nicht mehr ausreichend, sondern es muß der weitere Schritt zur Entwirrung der Homonyme und Aufklärung der Synonyme getan werden<sup>29)</sup>. Man erwähnt als besonders einprägsames Beispiel, daß die Scheidung des BGB der Trennung des ABGB, die Trennung von Tisch und Bett des BGB der Scheidung des ABGB entspricht.

Im Verfassungsrecht bietet der Bundesstaat Anschauungsmaterial. Wir verstehen heute unter »Bundesstaat« die größere Einheit, aber in der Bismarck-Verfassung bezeichnete dieses Wort den Gliedstaat. Einige Bundesstaatsverfassungen liefern im Vergleich folgende Terminologie<sup>30)</sup>:

Australien:	Bund (Commonwealth)	Staat (State)
Brasilien:	Union	Staat
China 1947:	Zentralregierung	Lokalregierung
Deutschland 1849:	Reich	Land

Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und ihrer unechten Form (1918) S. 9 wieder. Hierzu noch unter Bezugnahme auf Erich Kaufmann, H. Strebel, Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht, ZaöRV Bd. 24 (1964), S. 413 ff.

<sup>27)</sup> Encyklopädie der Staatswissenschaften (1859), S. 388, Geschichte und Literatur Bd. 1, S. 486 f., Bd. 2, S. 293 ff., im Hinblick auf die Bearbeitungen des Allgemeinen Kantonal-Staatsrechts und des gemeinsamen deutschen Staatsrechts.

<sup>28)</sup> K. Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ Bd. 15 (1949/50), S. 8 ff.; Kahn-Freund, a.a.O. (Anm. 4), S. 60 f.; zurückhaltender Kramer, a.a.O. (Anm. 1), S. 6 f.; beiläufig Rheinstein, a.a.O. (Anm. 20), S. 424.

Im öffentlichen Recht siehe v. Mohl, Encyklopädie, S. 381; jedoch warnt R. Bernhardt, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, ZaöRV Bd. 24 (1964), S. 442 f., vor allzu eifriger Verwendung fremder Elemente bei der Auslegung und Anwendung des heimischen öffentlichen Rechts.

<sup>29)</sup> W. Erbe, Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, RabelsZ Bd. 14 (1942), S. 217; Rheinstein, a.a.O., S. 419; Kahn-Freund, a.a.O., S. 52 f., und Parallelen und Gegensätze im englischen und amerikanischen Privatrecht, Bonner akademische Reden Nr. 35 (1970), S. 6.

<sup>30)</sup> Unberücksichtigt ist hierbei, daß es in manchen Bundesstaaten noch Gebiete minderen Status gibt, die neben den Mitgliedstaaten stehen (Hauptstadtdistrikte, Territorien, autonome Gebiete usw.).

Deutschland 1871:	Reich	Bundesstaat
Deutschland 1919:	Reich	Land
Deutschland 1949:	Bundesrepublik (Bund)	Land
Indien 1949/1963:	Union	State
(so auch Burma 1947)		
Jugoslawien 1963:	Föderation	Sozialistische Republik
Kanada:	Union	Provinz
Österreich 1929/1945:	Bund	Land
Schweiz 1874:	Bund (Eidgenossenschaft)	Kanton
UdSSR 1936:	Union	Unionsrepublik
USA 1787:	United States	State

Dazu muß man dann wissen, daß die Südafrikanische Union kein Bundesstaat, sondern ein Einheitsstaat ist <sup>31)</sup>.

Ein Homonym ist etwa Bundesrat: im Bismarck-Reich und in der Bundesrepublik = Organ von Vertretungen der Mitgliedstaaten aus instruierten Vertretern, in Österreich = Organ gewählter Vertreter der Länder, in der Schweiz = Regierung als Organ und das Mitglied der Regierung.

Synonym ist in Deutschland Bundesrat (wie soeben) und Reichsrat der Weimarer Verfassung.

Homonym ist der Staatssekretär nach deutscher Auffassung als oberster Fachbeamter mit dem Secretary of State, der dem Minister entspricht; synonym sind Bundeskanzler, Reichskanzler, Premierminister, Ministerpräsident. Dabei ist die Stellung dieser Personen in jedem Lande in Einzelheiten verschieden, und die hier vorgenommene Gleichsetzung geschieht nur in groben Zügen zur ersten Orientierung.

4. Rechtsvergleichung ist häufig zur Vorbereitung neuer Gesetzgebung betrieben worden; man erwähnt in diesem Zusammenhang die Sage von den Zwölf Tafeln. Insbesondere hat die französische Justizverwaltung schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Kenntnis des fremden Rechts und die Rechtsvergleichung zum Zweck der Gesetzgebung gefördert <sup>32)</sup>.

So hat auch die Verfassungsvergleichung schon in ihren einfachsten Formen der Vorbereitung einer Verfassunggebung oder -reform gedient. Ver-

<sup>31)</sup> H. R. H a h l o / E. K a h n, The Union of South Africa, in: The British Commonwealth, The Development of its Laws and Constitutions Bd. 5 (1960), S. 129: "Unitary State".

<sup>32)</sup> A n c e l, La tendance universaliste, a.a.O. (Anm. 2), S. 19 ff., d e r s., Valeur actuelle, a.a.O. (Anm. 2), S. 18; K r a m e r, a.a.O. (Anm. 1), S. 8, erinnert an solche Vorarbeiten für das ABGB.

fassungen werden überhaupt öfter und leichter rezipiert als sonstiges Recht<sup>33)</sup>; man hat den Eindruck, daß die Öffentlichkeit das Verfassungswesen leicht nimmt und der Meinung huldigt, die Texte seien austauschbar. Die Fruchtbarkeit der Französischen Revolution im Hervorbringen von Entwürfen<sup>34)</sup> — verwirklichten und nicht verwirklichten — verblüfft nur, wenn man diese allgemeine Mobilität des Verfassungsdenkens vergißt<sup>35)</sup>.

Politische Strömungen gehen in neuer Zeit über die Grenzen und tragen Elemente von Verfassungen in fremde Länder; die Emanzipationsverfassungen sind von den älteren Ländern entlehnt. Es gibt Gleichschaltungen durch Überredung (exotische Staaten vor 1914), durch Intervention (Mitteleuropa nach 1918 und 1945) und Unterwanderung (Osteuropa nach 1945).

Entlehnungen werfen aber manche interessante Fragen auf<sup>36)</sup>. Im englischen Bereich z. B. erlebt die ungeschriebene Verfassung des Mutterlandes in den Emanzipationsverfassungen eine schriftliche Fixierung. Noch eigenartiger ist es, wenn eine nichtjuristische Verfassung bei der Emanzipation streng rechtlich geformt und sogar ihr Vorrang vor dem einfachen Gesetz etabliert wird<sup>37)</sup>. Indien fühlt sich offenbar mit seiner »verrechtlichten« Verfassung unbehaglich; der Schutz der Minderheiten, der im britischen Afrika bezweckt wurde, funktioniert offenbar nicht.

Bei der Losreißung werden Kolonien ein anderes kämpfendes Kolonialland zum Vorbild nehmen, so Lateinamerika die USA-Verfassung. Man erlebt dann aber, wie verschieden die Ergebnisse sein können.

Denn die Übernahme von Verfassungsgedanken und Institutionen bedeutet nicht ohne weiteres die Gleichheit der Praxis mit dem Stammland. Das parlamentarische System, das die Weimarer Verfassung entlehnt, aber anscheinend als erste ausdrücklich formuliert hatte, wurde unter ihr einschränkend ausgelegt. Die vom Staatsoberhaupt ernannte Regierung amtierte ohne Antrittsvertrauen und wich nur einem erklärten Mißtrauens-

<sup>33)</sup> J. Blondel, *An Introduction to Comparative Government* (1969), S. 13.

<sup>34)</sup> Dazu J. Laferrière, *Manuel de Droit constitutionnel* (2. Aufl. 1947), S. 5; L. Duguit, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789* (4. Aufl. 1925), S. VIII; er zitiert S. XXVII Barère, der jedermann aufrief, Verfassungsentwürfe zu machen.

<sup>35)</sup> Wenn man will, findet man ein altes Beispiel in 1. Samuel 8: Das Volk will einen König haben »wie die Heiden« trotz den Warnungen Gottes; siehe auch 5. Moses 17, 14, wo aber ein Konstitutionalismus vorgezeichnet ist (Vers 18 ff.). Nur vorübergehend war das Königtum Abimelechs, das wohl auf eigenen Bedürfnissen Israels beruht hatte, siehe Richter 9, 2.

<sup>36)</sup> Lavagna, a.a.O. (Anm. 9), S. 404.

<sup>37)</sup> Hierzu S. A. de Smith, *The New Commonwealth and its Constitutions* (1964), besonders S. 107 ff.



votum<sup>38)</sup>. Vergebens berief sich die Opposition unter der ersten Regierung Adenauer auf das englische Vorbild, um zu erreichen, daß der Verabschiedung der Zustimmungsgesetze zu den Westverträgen Neuwahlen vorhergehen. Vergebens auch suchte sie unmittelbare Demokratie zu praktizieren und Volksabstimmungen über die atomare Bewaffnung der Bundeswehr herbeizuführen.

Verfassungsgebung und -reform mit Hilfe von Vergleichung geben dem Schrifttum verschiedene Anregungen. Als der Parlamentarische Rat das Grundgesetz vorbereitete, stellte die amerikanische Militärregierung eine Sammlung bundesstaatlicher Verfassungen zur Verfügung, der auf 68 Seiten eine Analyse vorangeht und eine Tafel über Kompetenzverteilungen zwischen Bund und Mitgliedern folgt. Fünf Jahre später gab das Auswärtige Amt eine ähnliche Sammlung heraus, die für Arbeiten an der Europäischen Politischen Gemeinschaft nützlich sein sollte<sup>39)</sup> und in der das Sachregister zur ersten vergleichenden Orientierung dient.

Ohne in dieser Weise *ad hoc* geschrieben zu sein, sind vergleichende Arbeiten bei Verfassungsgebung und -revision verwendet worden. R. Redslobs Schrift »Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und ihrer unechten Form« (1918) hat Einfluß auf Hugo Preuß und die Weimarer Reichsverfassung gehabt<sup>40)</sup>. Vergleichende Arbeiten über Wahlrecht sind sicherlich unentbehrlich in allen Erörterungen über Wahlrechtsreform<sup>41)</sup>.

Oft trifft man auf eine empfehlende oder warnende Tendenz<sup>42)</sup>; es liegt nahe, aus der Vergleichung nun auch Folgerungen, Bewertungen zu zie-

<sup>38)</sup> G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (10. Aufl. 1929), Anm. 2 und 3 zu Art. 54.

<sup>39)</sup> Verfassungsurkunden von Staatenverbindungen (1953).

<sup>40)</sup> Fr. Glum, Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Großbritannien und Frankreich (1950), S. 153, 157; Kaltefleiter, Die Funktionen des Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie (1970), S. 138 ff.

<sup>41)</sup> Georg Meyers nachgelassenes Werk Das parlamentarische Wahlrecht (1901) und K. Braunias mit demselben Titel (1932), jeweils die einzelnen Wahlrechte schildernd und dann die einzelnen Institutionen systematisch vergleichend. Angesichts der zahlreichen Experimente, die in fast jedem Lande mit den Wahlsystemen gemacht worden sind, ist der Rückgriff auf die Geschichte unvermeidlich; in diesem Sinne gehört zur vergleichenden Literatur auch A. Tecklenburg, Die Entwicklung des Wahlrechts in Frankreich seit 1789 (1911).

<sup>42)</sup> Bryce, Modern Democracies (1920/21); W. Hasbach, Die moderne Demokratie (1912) — seine Parlamentarische Kabinettsregierung (1919) ist erst *post festum* erschienen. R. v. Mohls Arbeiten in Staatsrecht, Völkerrecht, Politik (1860) haben auch eine Tendenz. Für die Ministerverantwortlichkeit streitet z. B. in den Niederlanden eine Serie von Artikeln im "Standaard": Proeve over de Verantwoordelijkheid (1831).

hen. Und daß aus Vergleichen umfassende Reformbestrebungen hervorgehen können, beweisen *Montesquieu's* Nachruhm und der Einfluß der Amerikanischen Unabhängigkeit auf die Französische Revolution. Mehr oder weniger utopischer Tendenzen ist bereits mit dem Hinweis auf *J. G. v. Justi* gedacht<sup>43</sup>); man könnte aus dem ersten Drittel des vorigen Jahrhunderts noch *Ludwig Hoffmann* »Die staatsbürgerlichen Garantien oder über die wirksamen Mittel, Throne gegen Empörungen und die Bürger in ihren Rechten zu sichern«<sup>44</sup>) nennen. Aber auch die Ängste vor unerfreulichen Entwicklungen kommen in solchen Werken zum Ausdruck, so bei *Mirkine-Guetzévich*, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* (1931) vor dem Totalitarismus von links und rechts<sup>45</sup>).

Wenn Rezeptionen auf vergleichender Bewertung beruhen, ist auch ihr Schicksal im fremden Land ein interessanter Gegenstand der Rechtsvergleichung<sup>46</sup>). Ganz gewiß ist die weitere Entwicklung rezipierten Rechts verschieden von derjenigen im Heimatland. Die Vergleichung, etwa 50 Jahre nach einer solchen Rezeption, führt dann zu Überlegungen, warum Abweichungen stattgefunden haben, wie weit einheimische ältere Vorstellungen und Institutionen Widerstand geleistet haben und ob überhaupt die globale Rezeption in ein anderes Milieu Sinn hat.

So gibt es denn auch Arbeiten, welche nachträglich eine Verfassung mit ihren angeblichen, vermuteten oder möglichen Vorbildern vergleichen<sup>47</sup>). *Rudolf Smeind* hat seine Dissertation (gleichzeitig Preisschrift) über ein solches Thema geschrieben<sup>48</sup>) und interessante Betrachtungen darüber angestellt, warum denn nun die belgische Verfassung nicht die Anwendung und Auslegung der preußischen bestimmt.

Die Entlehnungen lassen es aber nicht zu, die sonst in der Vergleichung gebräuchlichen Rechtskreise für die Darstellung der Verfassungen zu verwenden<sup>49</sup>). Dem angelsächsischen Rechtskreis verdanken wir sowohl das

<sup>43</sup>) Oben S. 128 bei Anm. 15.

<sup>44</sup>) Ursprünglich eine Preisschrift auf eine private Auslobung, 1826/27 in einer Zeitschrift sukzessiv veröffentlicht, 1828 als Buch erschienen, 1831 auf 2 Bände erweitert.

<sup>45</sup>) Besonders S. 121 ff. zum Versagen vieler Demokratien.

<sup>46</sup>) *Zajta y*, *La réception des droits étrangers et le droit comparé*, *Revue internationale de Droit comparé* Bd. 9 (1957), S. 686 ff. Die UNESCO hat der Frage mehrere Tagungen gewidmet.

<sup>47</sup>) Etwa: *A. Bard/P. Robiquet*, *La constitution française de 1875 étudiée dans ses rapports avec les constitutions étrangères* (2. Aufl. 1878); *Mathiot*, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940*, und *Vedel* mit demselben Titel für 1945 bis 1965, beides in: *Livre du Centenaire de la Société de Législation comparée* (1969), S. 165 ff. und 183 ff.

<sup>48</sup>) Die preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen (1904).

<sup>49</sup>) *Lavagna*, a.a.O. (Anm. 9), S. 403.

parlamentarische System wie das entgegengesetzte Präsidialsystem; beide haben sich in romanische Länder ausgebreitet<sup>50)</sup>. Die Verfassung als oberste Norm hat Deutschland von den USA übernommen; die Souveränität des Parlaments als Gesetzgeber ist gleichermaßen in England und in Frankreich der Leitgedanke beim Verständnis der Verfassung.

5. Die bisher erörterten praktischen Zwecke der Vergleichung erforderten bereits mehr als eine bloße Synopse von Texten. Die Anforderungen an die dienende Methode der Vergleichung haben sich gesteigert; die Methode hat sich verfeinert und selbständig gemacht. Man hat für sie ein eigentlich wissenschaftliches Ziel gefordert.

Nahe lag, was man den Universalismus genannt hat. In der Tat werfen durchgehende Gleichheiten die Frage auf, ob sich ein gemeinsames Recht der Menschheit ermitteln läßt, ob also Naturrecht induktiv nachweisbar ist<sup>51)</sup>. Eine ältere Generation von Rechtsvergleichern hat gemeint, Anstrengungen in diesem Sinne fordern zu müssen, damit die Rechtsvergleichung nicht bloß eine Arbeitstechnik, sondern eine selbständige Wissenschaft werde<sup>52)</sup>.

Bescheidener scheint die Idee der Universalität bei den neueren Praktikern zu sein. Sie streben allerdings auch nach einem Gesamtbild aller rechtlichen Regeln auf der Welt, erfassen sie aber eben in ihrer Widersprüchlichkeit und fordern nur ein »Beobachtungsfeld optimaler Breite«<sup>53)</sup>. Die Furcht, in Details zu ertrinken, wäre aber nicht begründet; es ist möglich und nötig, sich auf einige Gruppen oder typische Exemplare zu konzentrie-

<sup>50)</sup> Das parlamentarische System in Europa, das Präsidialsystem in Lateinamerika.

<sup>51)</sup> Vgl. Zwegert, *Mélanges Maury*, a.a.O. (Anm. 20), S. 581, ders., *RabelsZ* Bd. 15, S. 19.

<sup>52)</sup> Diese Tendenz schildert Ancel, *La tendance...*, a.a.O. (Anm. 2); verständlicherweise hat sie bei Rechtsphilosophen Anklang gefunden, siehe G. del Vecchio, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato* (1908), jetzt in: *Studi sul diritto* Bd. 1 (1958), S. 33 ff., 45 ff., ders., *Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto*, in: *Parerga* Bd. 1 (1961), S. 81 ff., wobei er auf eine wenig bekannt gewordene Schrift P. J. Anselm Feuerbachs, *Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz*, verweist. Gewisse Nachklänge anscheinend bei Rudolf B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems, an Emerging Subject of Comparative Study*, in: *Festschrift für Hessel E. Yntema* (1961), S. 65 ff., der aber durchaus die Möglichkeit offen läßt, daß sich in einzelnen Problemlösungen kein *common core* findet. Zum *common core* O. Kahn-Freund in *American Journal of Comparative Law* Bd. 18 (1970), S. 429 f. Siehe auch Koschaker, *L'histoire du droit et le droit comparé surtout en Allemagne*, in: *Recueil Lambert*, a.a.O. (Anm. 20) Bd. 1, S. 276 f., und Constantinesco, a.a.O. (Anm. 1), S. 206, 235 ff.

<sup>53)</sup> U. Drobniig, *Universale Rechtsvergleichung, Theoretische und praktische Probleme eines Experiments*, in: *Mitteilungen aus der Max-Planck-Gesellschaft* (1970) H. 3, S. 140 f.

ren, die als Vergleichsgegenstand zur weiteren Untersuchung übrigbleiben<sup>54)</sup>.

Vier Wege wissenschaftlicher Betätigung öffnen sich von da aus: vergleichende Rechtsgeschichte, Begriffsbildung für allgemeine Rechts- und Staatslehre, Ermittlung eines Standards der Staatseinrichtungen und endlich, nun nicht auf die Gleichheiten, sondern die Verschiedenheiten schauend, diese auf ihre Ursachen zu untersuchen und ein tieferes Verständnis für einzelne Normen, Institutionen und schließlich die Rechtsordnungen im ganzen zu wecken.

6. Auf die erstgenannte Möglichkeit hat Koschaker<sup>55)</sup> hingewiesen. Aus Gleichheiten kann auf eine gemeinsame Geschichte geschlossen werden, und die vergleichende Konjektur kann Lücken in Tradition und Quellen füllen.

Umgekehrt bietet die Rechtsgeschichte Material für eine Vergleichung; es ist nicht einzusehen, warum die Vergleichung sich auf das Gleichzeitige im weiteren Raum beschränken und nicht auch das Frühere im gleichen Raum, sogar auch das Frühere in fremden Räumen erfassen soll<sup>56)</sup>.

Der Begriffsbildung aus der Vergleichung hat sich auf unserem Gebiet und im deutschen Sprachbereich eifrig Georg Jellinek<sup>57)</sup> gewidmet. Seine Schriften enthalten durchweg umfangreiches Material aus ausländischem öffentlichen Recht<sup>58)</sup>. Wenn man annimmt, daß Aristoteles seine Staatslehre aus Vergleichung geschöpft hat, besteht nicht einmal ein Bruch darin, daß sich die neuere Staatswissenschaft vom deduzierenden Naturrecht und von den überlieferten Typen löst und Kenntnisse und Ver-

<sup>54)</sup> Drobniġ, a.a.O., S. 146; Zweigert, *Mélanges Maury*, a.a.O. (Anm. 20), S. 584. Schon G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), S. 34 (3. Aufl.), S. 37, warnte davor, die Vergleichung zu weit zu treiben. *Gesetz und Verordnung* (1887), S. IX: »Je weiter das Gesichtsfeld, desto weniger scharf wird der einzelne Gegenstand erblickt«. J. Miranda, *Notas para uma introdução ao direito constitucional comparado*, Sonderdruck aus *O Direito* 1970 Nr. 2—3, S. 80, beruhigt uns damit, daß es nur wenige Familientypen gebe.

<sup>55)</sup> Koschaker, a.a.O. (Anm. 52), S. 280; Erbe, a.a.O. (Anm. 29), S. 207 ff.

<sup>56)</sup> Miranda, a.a.O., S. 21, 28; H. Coing, in: *Festschrift Hallstein 1966*, S. 125; ders., in: *Mitteilungen der Max-Planck-Gesellschaft 1966*, S. 359. Praktisches Beispiel wäre Braunias, a.a.O. (Anm. 41). Für die sonstige Rechtsvergleichung siehe Erbe, a.a.O., S. 204, 214.

<sup>57)</sup> Frühere Anklänge schon bei Bodin, siehe oben S. 128 Anm. 11.

<sup>58)</sup> Auch die Monographien: *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882); *Gesetz und Verordnung* (1887) mit dem bezeichnenden Untertitel: »Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage«; *Über Staatsfragmente* (1896); *Das Recht der Minoritäten* (1898), das notabene die Minderheiten des politischen Willensbildungsverfahrens meint und die nationalen Minderheiten unseres Sprachgebrauchs nur insoweit erwähnt, als sie Parlamentsparteien bilden; *Der Anteil der ersten Kammern an der Finanzgesetzgebung*, in: *Festschrift für Paul Laband* (1908) Bd. 2, S. 95 ff.

gleichung fremder Verfassungen verwertet<sup>59)</sup>. Programmatisch sind G. Jellineks Äußerungen, daß die empirischen Typen auf induktivem Wege, durch sorgfältige Vergleichung der einzelnen Staaten, ihrer Organisation und ihrer Funktion gefunden werden<sup>60)</sup> oder daß aus der Vergleichung der historisch gegebenen Staatsformen und Staatsbildungen die höheren Begriffe berichtet werden müssen<sup>61)</sup>.

Hatschek betont in derselben Richtung, daß manche Staatsformen der überlieferten Lehre nicht mehr vorhanden sind<sup>62)</sup>. Auch Bluntschli will sein Allgemeines Staatsrecht geschichtlich und vergleichend ausarbeiten<sup>63)</sup>. Hierbei ist unter »historisch«, wie schon bei Achenwall<sup>64)</sup>, das Gewordene, gegenwärtig Reale zu verstehen<sup>65)</sup>. Der Zusammenhang zwischen Staatsrecht, mit theoretischem Einschlag dargestellt, oder Allgemeinem Staatsrecht und Verfassungsvergleichung erscheint dann auch in den Titeln der Werke<sup>66)</sup>, aber Hatschek täuscht sich, wenn er sich für einen Neuerer hält.

Von da versteht es sich als bloße terminologische Umstellung, daß das im spanischen Sprachbereich und in den USA beliebte *Derecho constitucional comparado* und *Comparative Government* meistens allgemeine Staatslehre ist<sup>67)</sup>, die man heute bei uns nicht mehr von allgemeinem Staatsrecht unterscheidet.

Rechtsvergleichung und allgemeine Staatslehre kommen praktisch auch insofern zusammen, als schon die Vergleichung von Staatsorganen, Staatsfunktionen und Institutionen besondere abstrahierte Begriffe voraussetzt. Die oben S. 131 f. als Beispiel gebrachten Synonyme wären als solche gar nicht zu erkennen, wenn hinter den oft historisch geprägten Namen nicht solche Begriffe ständen.

<sup>59)</sup> F. Weyr, *Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative*, in: *Etudes Lambert*, a.a.O. (Anm. 20) Bd. 1, S. 313; Biscaretti di Ruffia, *I problemi attuali del diritto costituzionale comparato*, in: *Scritti in memoria di A. Giuffrè* (1967) Bd. 3, S. 152.

<sup>60)</sup> Allgemeine Staatslehre (1900), S. 34 (3. Aufl. 1913), S. 37.

<sup>61)</sup> Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 14.

<sup>62)</sup> Allgemeines Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage Bd. 1 (1900), S. 9, 11, siehe auch S. 8, 20.

<sup>63)</sup> Zitiert nach der 6. Aufl. 1885, S. 31 ff.

<sup>64)</sup> Siehe oben Anm. 12.

<sup>65)</sup> So auch Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* Bd. 1 (7. Aufl. 1921), S. XIII, wenn er seine Methode als »historisch« bezeichnet. Georg Jellinek hat man wohl überhaupt so zu verstehen.

<sup>66)</sup> Siehe Esmein, a.a.O. (Anm. 65), und Hatschek, a.a.O. (Anm. 62).

<sup>67)</sup> Miranda, a.a.O. (Anm. 54), S. 21 f., 25; K. Loewenstein, Rom und die Allgemeine Staatslehre, AöR Bd. 96 (1971), S. 1. Mehr eigentlich vergleichend ist Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato* (1969).

Die allgemeine Rechtsvergleichung weiß, daß sie aus dem Material des ausländischen Rechts eigene Begriffe bilden muß, daß ihr eine »autonome Begriffsbildung« obliegt<sup>68)</sup>. Als Beispiel aus dem öffentlichen Recht diene Kunz, der die Staatenverbindung und ihre einzelnen Typen als rechtswissenschaftliche Klassifikationsbegriffe induziert<sup>69)</sup>.

Dabei kann die Bezeichnung eines solchen Begriffs gelegentlich von einem konkreten Beispiel genommen sein, wenn es historisch von Gewicht und genügend prägnant ist, wie etwa »Parlament«. Interessant ist aber gerade hier, wie die *parlements* des Ancien Régime ganz in den Hintergrund getreten sind und nicht in den Klassifikationsbegriff passen.

Ein anderes Beispiel ist das Staatsoberhaupt, das in der Geschichte wohl kaum je diesen Namen getragen hat, ihn aber auch nicht einer vergleichenden Analyse verdankt, sondern der organischen Staatsdoktrin<sup>70)</sup>. Seine Funktionen zu erkennen, ist erst später Gegenstand vergleichender Arbeit gewesen.

7. Die allgemeine Rechtsvergleichung hat erst später gesehen, daß nicht eigentlich die Institutionen zu vergleichen sich lohnt, sondern deren Funktionen<sup>71)</sup>. Das kann man übrigens auch von der nicht organisch inspirierten Gewaltenteilungslehre sagen, die mehr und mehr auf die Funktionen abstellte.

Mit der funktionalen Betrachtung überwindet man die Aporie, die nach der Feststellung der Verschiedenheit der Rechte und Institutionen droht. Man kommt weiter als Montaigne, der überhaupt am Sinn von Ordnungen zu zweifeln begann<sup>72)</sup>, und Pascal, dem das Recht fragwürdig wurde<sup>73)</sup>. Montesquieu's *Esprit des Lois* erscheint dann verdienstlich, aber er hat auch Mißverständnisse verbreitet. Noch R. v. Mohl weiß

<sup>68)</sup> Der Gedanke stammt anscheinend aus dem internationalen Privatrecht; siehe Rabel, *Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ* Bd. 5, S. 257, 267 f., 283; Zweigert, *Die dritte Schule im internationalen Privatrecht*, in: *Festschrift für Leo Raape* (1948), S. 38 f., 42 ff., und *RabelsZ* Bd. 15, S. 16. Die Vorstellung »autonomer« Begriffe kehrt in der Lehre und Praxis des Integrationsrechts wieder, siehe unten bei Anm. 111.

<sup>69)</sup> Kunz, *Die Staatenverbindungen* (1929), S. 139 ff., 437. Er bezieht sich S. 139 Anm. 1 ausdrücklich auf G. Jellinek, *Staatslehre*, a.a.O. (Anm. 54) (3. Aufl.).

<sup>70)</sup> Vgl. O. Kimminich, *Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie* (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 25), S. 2 ff.

<sup>71)</sup> Erbe, a.a.O. (Anm. 29), S. 224; Kahn-Freund, *Law Quarterly Review* 1966, S. 45, 54. Vgl. auch den Titel von Kaltefleiter, *Die Funktionen des Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie* (1970), der überhaupt eine funktionale Auslegung von Verfassungen empfiehlt.

<sup>72)</sup> Montaigne, *Essais*, 1. Buch Kap. 23.

<sup>73)</sup> Pascal, *Pensées* (no. 230): «Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence...».

mit Vergleichung wenig anzufangen und erwartet von ihr allenfalls geistige Anregung<sup>74</sup>).

Die Rechtsvergleichung ist noch einen Schritt weiter gegangen und fordert heute, von den Lebensproblemen auszugehen und ihre Lösungen durch die einzelnen Rechtsordnungen zu vergleichen<sup>75</sup>). Hierbei zeigt sich, daß die Lebensprobleme manchmal in verschiedenen Rechtsordnungen von verschiedenen Institutionen geregelt sind<sup>76</sup>). Manchmal kommen Topoi außerhalb des positiven Rechts vor und werden durch Geschäfts- und Vertragspraxis oder durch Brauch, aber fest und einheitlich, behandelt<sup>77</sup>).

Auch in der Verfassungsvergleichung stößt man auf Fragen, die sogar von geschriebenen Verfassungen der Politik überlassen sind, aber gleichmäßig gelöst werden, ohne daß man von Verfassungsgewohnheitsrecht sprechen könnte. Damit ist man bei dem angelangt, was man den Geist oder auch den Stil der einzelnen Rechtsordnungen genannt hat<sup>78</sup>), was auch als Rechtssoziologie bezeichnet wird und dessen Erforschung Kahn-Freund in seinen angeführten Schriften eindringlich fordert. Bei der Verfassungsvergleichung müßte man dementsprechend das Staatsverständnis und das politische Klima berücksichtigen.

Schon S m e n d<sup>79</sup>) hatte getadelt, daß man die belgische Verfassung,

<sup>74</sup>) v. Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaften (2. Aufl. 1872), S. 387 f. und 389 f., siehe noch oben ders., Geschichte und Literatur, a.a.O. (Anm. 27); ähnlich Gutteridge, a.a.O. (Anm. 2), S. 29.

<sup>75</sup>) Kramer, a.a.O. (Anm. 1). Drobniç, a.a.O. (Anm. 53), setzt das voraus, wenn er vom Vergleich der »typischen Lösungen« spricht. Anschauliches Beispiel ist die Probeausarbeitung, die im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht über den Gefahrübergang (*The Time of the Passing of Risk*) beim Kauf für die International Encyclopedia of Comparative Law geschrieben worden ist. Siehe ferner Kahn-Freund, Parallelen (oben Anm. 52), der am Fall *Hennigsen v. Bloomfield Motors Inc.* 161 A. 2d 69 (1960) diese Methode vorführt. So übt auch M. Bullinger eine verhaltene Kritik am Kolloquium über den Gerichtsschutz gegen die Exekutive: Bullinger, Der Gerichtsschutz gegenüber der vollziehenden Gewalt, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive — Judicial Protection against the Executive — La protection juridictionnelle contre l'exécutif (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) Bd. 3: Rechtsvergleichung — Völkerrecht (1971), S. 201 f., 226.

Siehe noch Lavagna, a.a.O. (Anm. 9), S. 410 über die *fattispecie astratta*, die man mit einem Topos gleichsetzen kann.

<sup>76</sup>) Gutteridge, a.a.O. (Anm. 2), S. 75 ff.; Kahn-Freund, Law Quarterly Review 1966, S. 54 und S. 18 ff., 25 f.

<sup>77</sup>) Kahn-Freund, a.a.O., S. 55 ff.; Erbe, a.a.O. (Anm. 29), S. 218.

<sup>78</sup>) Zweigert, Mélanges Maury, a.a.O. (Anm. 20), S. 586, ders., in: Festschrift für Hessel E. Yntema (1961), S. 46.

<sup>79</sup>) Siehe oben Anm. 48, S. 2, 72 ff. Für die Gegenwart: Sung-Jo Park, Eine Untersuchung der Übertragbarkeit des parlamentarischen oder präsidentiellen Regierungssystems auf ein Entwicklungsland (unter besonderer Berücksichtigung der koreanischen Staatsentwicklung) (Berlin 1963).

eine Neuschöpfung für einen neugeschaffenen Staat, nach Preußen übernehmen wollte, um einen alten Staat mit einer sehr geprägten Struktur zu reformieren. Die Frage nach der Bundestreue — wie wir heute sagen würden — erscheint ihm in einem monarchischen Bundesstaat ganz anders als in einem republikanischen<sup>80)</sup>.

Man gelangt dabei schließlich in recht allgemeine Erwägungen. Bryce hält Demokratie nur bei politisch-moralisch sehr entwickelten Völkern möglich<sup>81)</sup>; Hasbach meinte, daß die Schweiz wegen ihres Volkscharakters noch am wenigsten unter der Demokratie leide<sup>82)</sup>. Vedel zieht den Schluß, daß Frankreich entgegen dem äußeren Anschein nicht dem englischen, sondern dem amerikanischen Regierungssystem nahestehe<sup>83)</sup>.

So richtig derartige Bemerkungen sein können, besteht doch die Gefahr, daß Voreingenommenheit sie prägt oder daß der Leser mit angenehm zu lesenden geistreichenden Aperçus gefangen werden soll.

8. Der Übergang zu einer funktionalen und topischen Sicht hat Einfluß auf den Begriff der Verfassung. Jeder Staat hat eine Verfassung; das wird nun ein erkenntnistheoretisches Postulat. Peaslee gibt dort, wo er keine Texte bringen kann, eine Beschreibung der wesentlichen Institutionen des Staates. In England gibt es — obwohl man vereinfachend sagt, es habe keine geschriebene Verfassung — eine Anzahl älterer Gesetze, die zur Verfassungsmaterie gerechnet werden. Israel, das englische Vorbild zuerst bewußt nachahmend, geht zur Einzelgesetzgebung über. Frankreichs III. Republik stand auf wenigen Gesetzen über Einzelgegenstände, von denen einige durch die Bezeichnung als *loi constitutionnelle* oder *loi organique* hervorgehoben waren.

Die Vergleichung setzt also voraus, daß man »Verfassung« in einem sachlichen Sinne versteht. Dabei kann man zweifeln, was als Verfassungsmaterie zu gelten hat. Nicht verbindlich ist die österreichische Praxis, die der förmlichen Verfassung immer mehr Verfassungsgesetze beifügt, aber nur in der Intention, ihre Verbindlichkeit zu verstärken und ihre Abänderung zu erschweren.

Die Verfassungslehre<sup>84)</sup> hat demgemäß schon lange verschiedene Arten

<sup>80)</sup> Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, in: Festgabe für Otto Mayer (1916), S. 267 ff.

<sup>81)</sup> A.a.O. (Anm. 42) im Kapitel "Democracy and the Backward Races", besonders S. 550.

<sup>82)</sup> A.a.O. (Anm. 42), S. 581 — bemerkenswert, daß Tocqueville drei Generationen früher an den Schweizern die Fähigkeit zur Demokratie bezweifelt hatte (Voyage en Suisse, Oeuvres complètes VIII [1865], S. 455 ff.).

<sup>83)</sup> A.a.O. (oben Anm. 47), S. 193.

<sup>84)</sup> Siehe jetzt Biscaretti di Ruffia/St. Rozmaryn, La Constitution



von Verfassung erkannt: ungeschriebene und geschriebene, Texteinheit und Textmehrheit, Verfassung bloß politischer und Verfassung strikt rechtlicher Bedeutung, Verfassung mit erschwelter Änderung und ohne solche, daraus folgend Verfassung mit Rang über den anderen Gesetzen und Rang in den Gesetzen<sup>85</sup>), Verfassungen, die durch Gesetze durchbrochen werden können, und Verfassungen, die ausdrücklich geändert werden müssen<sup>86</sup>). Die Klarheit darüber, wohin ein gegebener Text gehört, ist Voraussetzung für eine nützliche Vergleichung; sie kann aber nicht einmal immer aus dem Text selbst gewonnen werden, sondern erfordert das Eindringen in das Rechtssystem des Staates überhaupt.

Hierbei kann man z. B. auf die Frage stoßen, ob der Staat in seiner eigenen Rechtsordnung überhaupt ein Rechtssubjekt ist. In Südafrika ist es zu Schwierigkeiten beim Zusammenstoß des englischen mit dem römisch-holländischen Recht gekommen, da das erstere ein Subjekt »Staat« nicht kannte<sup>87</sup>). Der Punkt ist wichtig bei der Ausgestaltung der Staatshaftung, wo die Vorstellung von Prärogativen und der Satz *the King can do no wrong* der Klagbarkeit von Ansprüchen aus schädlichen Amtshandlungen entgegenstand. Praktisch konvergieren schließlich die Lösungen, weil im angelsächsischen Bereich bis zur Einführung eigentlicher Staatshaftung die den Schaden verursachenden Beamten haftbar gemacht wurden<sup>88</sup>) und der Staat die Urteilssummen zahlte.

Dieses Beispiel zeigt, wie wichtig solche theoretischen Fragen in der Erkenntnis und Behandlung konkreter Tagesprobleme des öffentlichen Rechts sein können.

9. Der frühere etwas naive Universalismus<sup>89</sup>) ist mit den methodischen Fortschritten der Rechtsvergleichung nicht mehr zu halten. Die Frage bleibt

---

comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes (1966).

<sup>85</sup>) Die Verfassung von Berlin vom 1. 9. 1950 (siehe Art. 85) versteht sich als Rechtsvorschrift, wirkt aber dennoch nicht einmal als *lex posterior*, sondern verlangt die Anpassung des Rechts an die Verfassung durch Novellierung.

<sup>86</sup>) So das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art. 79 Abs. 1 Satz 1; davon ist man später abgegangen für die Fälle des Satzes 2.

<sup>87</sup>) H a h l o / K a h n , a.a.O. (Anm. 31) Bd. 5 (1960), S. 170 f. und 194 f.

<sup>88</sup>) Siehe hierzu die Kolloquien Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 44) (1967), S. 140, 230, 676 f., und Gerichtsschutz gegen die Exekutive — Judicial Protection against the Executive — La protection juridictionnelle contre l'exécutif (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) Bd. 1 (1969), S. 328, 331 f., 334, Bd. 2 (1970), S. 1127 ff. — bemerkenswert ist an der letztgenannten Stelle, daß in den USA der Präsident als solcher immun ist und wie der König behandelt wird.

<sup>89</sup>) Wieder sei an Ludwig H o f f m a n n (oben Anm. 44) erinnert.

aber, ob induktiv Grundsätze des öffentlichen Rechts zu finden sind, die im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Buchst. c) des Statuts des Internationalen Gerichtshofs ins Völkerrecht übergehen<sup>90)</sup>, und ob es bei allen Verschiedenheiten der Rechte, Institutionen und Lösungen doch einen allgemeinen Standard gibt, der im Völkerrecht erheblich sein kann<sup>91)</sup>.

Es läßt sich darüber streiten, ob Art. 38 des Statuts überhaupt eine Quellenlehre darstellt<sup>92)</sup> und ob die allgemeinen Rechtsgrundsätze wirklich Entlehnungen aus dem innerstaatlichen Recht sind<sup>93)</sup>.

Der Staat hat heute wegen der Ausbreitung moderner Lebensverhältnisse über die ganze Welt überall ähnliche Dienste zu leisten, und ihm stellen sich überall dieselben Probleme. Dann zwingt oft die Natur der Sache zu gleichen Lösungen, und man kann leicht einen Standard der Anforderungen und Lösungen wahrnehmen.

Daß die Völkerrechtsgemeinschaft im größeren Teil des vorigen Jahrhunderts auf die europäischen oder die abendländischen Staaten beschränkt war, hängt sicher auch mit Standards zusammen. Interessant ist, wie noch Lorimer<sup>94)</sup> — zu einer Zeit, als es nicht mehr zutraf — über das Institut der Anerkennung drei Klassen von Staatsgebilden je nach ihrer Zivilisation unterschied. Ein Rest dieses Denkens steckt noch in dem heute vielfach als anstößig empfundenen Punkt c des Art. 38 Abs. 1 des IGH-Statuts («allgemeine von den zivilisierten Nationen anerkannte Rechtsgrundsätze«).

Die Redewendung vom Mindeststandard für die Behandlung der Aus-

<sup>90)</sup> Angedeutet bei J. H. Kaiser, ZaöRV Bd. 24, S. 395 Anm. 12; genauer Bernhardt, a.a.O. (Anm. 28), S. 447 und 452, Leitsatz IV 2; positiver war Seidl-Hohenveldern, Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht, in: Festschrift für Verdross (1960), S. 253 ff. mit Literatur. Siehe auch Zweigert, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, a.a.O. (Anm. 3), S. 79.

<sup>91)</sup> Kaiser hat solche Gedanken geäußert und kann Stimmen zu seinen Gunsten anführen, a.a.O. (Anm. 90), S. 392—397, 399.

<sup>92)</sup> Sereni, Diritto Internazionale Bd. 1 (1956), S. 161; Quadri, Diritto internazionale pubblico (5. Aufl. 1968), S. 115.

<sup>93)</sup> Quadri, a.a.O., S. 126; Bin Cheng, General Principles of Law (1953), S. 390; Sh. Rosenne, The Law and Practice of the International Court (1965), S. 610; auch Gutteridge, a.a.O. (Anm. 2), S. 64 ff.; H. Strebel, Das Völkerrecht als Gegenstand von Verweisungen und Begriffsübernahmen, von Kollisionsregeln und Rezeption im nationalen Recht, ZaöRV Bd. 28, S. 506 ff.; H. Steinberger, Rechtsvergleich und Gerichtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt: Ein Weg zur Gewinnung von Völkerrecht?, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive — Judicial Protection against the Executive — La protection juridictionnelle contre l'exécutif (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) Bd. 3: Rechtsvergleichung — Völkerrecht (1971), S. 274.

<sup>94)</sup> The Institutes of the Law of Nations Bd. 1 (1883), S. 101 f.

länder<sup>95)</sup> ist uns geläufig, und die Arbeiten an den internationalen Menschenrechten beruhen auf einem Standard-Denken, das sich also auf die Behandlung der eigenen Staatsangehörigen bezieht. Der eine Zeitlang verpönte Begriff der humanitären Intervention erwuchs aus dem Standard, und man muß zugeben, daß es unter anderen Namen wieder viel humanitäre Intervention gibt<sup>96)</sup>.

Dem Verhältnis von Vergleichung und Völkerrecht<sup>97)</sup> kommt man vielleicht besser nahe, wenn man die Gedanken von Standard und Freiheitsraum verbindet. Die Vergleichung liefert im öffentlichen Recht Institutionen, die im völkerrechtlichen Bereich respektiert werden. Die Unabhängigkeit der Gerichte z. B. hindert zwar nicht die Verantwortlichkeit eines Staates für eine Völkerrechtsverletzung, die in einem Urteil gedeckt oder begangen worden ist. Aber der Staat ist nicht verpflichtet, das Urteil aufzuheben; er muß nur die völkerrechtswidrigen Folgen auf andere Weise beseitigen<sup>98)</sup>.

Die verfassungsmäßige Beteiligung der gesetzgebenden Organe an der Entscheidung über die vom Staat zu übernehmenden völkerrechtlichen Verpflichtungen ist so weit verbreitet, daß manche Verträge schon die Schlußklausel aufgenommen haben: »wird ratifiziert nach den verfassungsmäßigen Bestimmungen«<sup>99)</sup>. Nun hat gewiß die Wiener Vertragsrechtskonvention

<sup>95)</sup> Damit wird der Argumentation von K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 39) (1963), S. 70 ff., insbesondere S. 77, gefolgt — selbst für den Fall, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze als formale Quelle auscheiden.

<sup>96)</sup> Die Aktionen der UN gegen Rassendiskriminierungen sind nichts anderes als Versuche humanitärer Intervention. Vgl. Elias, The Expanding Frontiers of Public International Law, in: International Law in a Changing World (1963), S. 103 f.; an die humanitäre Intervention erinnern sonst noch McDougal/Reisman, Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern, AJIL Bd. 62 (1968), S. 11; E. Perez-Vera, La protection d'humanité en droit international, Revue belge de droit international 1969, S. 401 ff.; Butenschøn, Eide und Stokke in Nr. 3 von Internasjonal Politikk 1969 (Biafra-Nummer).

<sup>97)</sup> Hierzu die Schlußbetrachtungen zum Kolloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht über Gerichtsschutz gegen die Exekutive, a.a.O. (Anm. 88), insbesondere K. Doehring und H. Steinberger; Mosler, a.a.O. (Anm. 8), S. 381 ff.

<sup>98)</sup> Diese Bestimmung findet sich oft ausdrücklich, siehe etwa Deutsch-Schweizerischer Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag vom 3. 12. 1921 Art. 10 Abs. 2; Europäisches Übereinkommen zur friedlichen Beilegung von Streitigkeiten vom 29. 4. 1957 Art. 30; Europäische Menschenrechtskonvention Art. 50; Schweizer Mustervertrag Art. 30, ZaöRV Bd. 26 (1966), S. 738.

<sup>99)</sup> W. K. Geck, The Conclusion of Treaties in Violation of the Internal Law of a Party, ZaöRV Bd. 27 (1967), S. 447, schätzt den Anteil solcher Verträge auf 50%; er wendet sich aber gegen eine solche Wirkung innerstaatlichen Rechts auf die völkerrechtlichen Verträge.

vom 23. Mai 1969 die Ratifikation nicht als völkerrechtliches Formerfordernis vorgeschrieben, und sie ist trotz dem populären Sprachgebrauch nicht identisch mit der Beteiligung der Gesetzgebung. Aber Art. 46 der Konvention läßt einen Einwand aus dem Mangel staatsrechtlicher Kompetenz des Staatsorgans zum entscheidenden Akt des Vertragsschlusses zu, wenn der Mangel offenkundig war; zur Definierung der Offenkundigkeit verweist Abs. 2 des Art. 46 auf die allgemeine normale Praxis. Es wäre also hier doch mit Hilfe der Verfassungsvergleichung zu ermitteln, welche internen Vorschriften so häufig vorkommen, daß ihre Verletzung für den Außenstehenden »manifest« wäre.

Verschiedenheiten im Verfassungsrecht werden andererseits im Völkerrecht toleriert; das Völkerrecht erkennt das Recht zur Diversität und zum Wechsel der inneren Verfassung an. Wahrscheinlich wäre es nicht recht beweisend, wenn man auf die verschiedene Gestaltung der Staatsspitze hinweisen wollte; man könnte einwenden entweder, daß die Vertretung des Staates ausschließlich von der Verfassung oder daß sie vom Völkerrecht autonom bestimmt wird<sup>100</sup>).

Aber das allgemeine Völkerrecht nimmt die Diversität des Staatsangehörigkeitsrechts hin, obwohl aus der Existenz verschiedener Erwerbsprinzipien wie *ius soli* und *ius sanguinis* unerwünschte Schwierigkeiten hervorgehen. Es gibt nur den Kollisionssatz, daß bei mehrfacher Staatsangehörigkeit jeder Staat, zu dem eine Person gehört, die anderen Angehörigkeiten ignorieren darf<sup>101</sup>).

Die Vergleichung fördert weiter staatliche Regelungen zutage, die trotz ihrer Seltenheit — wenn sie traditionell und *bona fide* sind — vom Völkerrecht nicht als rechtswidrig angesehen werden. Man denke etwa an die nicht ganz isolierte Praxis, niedergelassene Ausländer zum Heeresdienst heranzuziehen<sup>102</sup>).

Man muß sich nur bewußt bleiben, daß solche im Völkerrecht tolerierten Praktiken nicht selber Völkerrechtsregeln sind. Das Verbot, Staatsangehö-

---

<sup>100</sup>) Im ersten Argument hätte man eine Blankoverweisung, im zweiten extrapolierte man den Fall *Ihlen* (StIGH A/B 53).

<sup>101</sup>) Dritte Staaten richten sich nach einer »aktiven« Staatsangehörigkeit, die auch im IGH-Statut Art. 3 Satz 2 erwähnt wird.

<sup>102</sup>) Über sie G. Jaenicke/K. Doehring, Die Wehrpflicht von Ausländern, ZaöRV Bd. 16 (1955/56), S. 523; K. Doehring, Wehrpflicht von Ausländern, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch Bd. 3 (1962); L. C. Stamborg, International Law and the Conscription of Aliens, Albany Law Review Bd. 27 (1963), S. 11; Ch. Rousseau in der Chronique des faits internationaux, Revue générale de droit international Bd. 71 (1967), S. 174.

rige auszuliefern, bleibt innerstaatliches Verfassungsrecht und ist kein Völkerrechtssatz<sup>103</sup>). Diejenigen Staaten, die dieses Verbot nicht haben, übernehmen die Praxis als Retorsion; darum wird der Anschein der allgemeinen Übung erweckt. Auch bei der Wehrpflicht der Ausländer droht über die Retorsion eine allgemeine Praxis zu entstehen<sup>104</sup>).

Nicht einmal allgemein verbreitetes Recht ist notwendig Völkerrecht<sup>105</sup>); oft schon deshalb nicht, weil es auf das Verhältnis zwischen Staaten oder zwischen einem Staat und Fremden nicht anwendbar ist<sup>106</sup>).

10. Zur Abfassung und Auslegung von Kollektiv- und Gemeinschaftsverträgen kann die Rechtsvergleichung unter den beteiligten Staaten Hilfe leisten<sup>107</sup>).

Unter den ersteren ist besonders an die Europäische Menschenrechtskonvention zu denken. Die einzelnen Rechte sind aus den nationalen Grundrechtskatalogen übernommen, wie sie seit den Unabhängigkeitsverfassungen der nordamerikanischen Kolonien bekannt und weithin rezipiert sind<sup>108</sup>). Aber internationale Texte dieser Art können nicht nach den Auffassungen eines Vertragsteils allein verstanden werden<sup>109</sup>); sie sollen andererseits auch nicht nur das gemeinsame Minimum niederschreiben<sup>110</sup>). Der

<sup>103</sup>) K. Doebling, Restitutionsanspruch, Asylrecht und Auslieferungsrecht im Fall Argoud, ZaöRV Bd. 25 (1965), S. 214.

<sup>104</sup>) Doebling, Wehrpflicht von Ausländern, a.a.O. (Anm. 102) Bd. 3, S. 816, und ders., in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, a.a.O. (Anm. 97), S. 231; er hält die Reaktionen sogar für Repressalien.

<sup>105</sup>) Grotius, De jure belli ac pacis, Lib. II cap. III § 3, 5 und cap. VIII § 1, 2. Steinberger, a.a.O. (Anm. 93), S. 276 erinnert daran.

<sup>106</sup>) Hier darf man wohl Mosler zitieren, wenn er sagt, daß zwar Art. 38 Abs. 1 Buchst. c des IGH-Statuts ohne Rechtsvergleichung nicht ausgeschöpft werden kann, daß aber das Ergebnis wieder autonome völkerrechtliche Normen sind (a.a.O. [Anm. 8], S. 401—405).

<sup>107</sup>) Es sei erinnert an die Verfassungssammlung, die für die Vorarbeiten an den Europäischen Gemeinschaften hergestellt wurde, siehe oben Anm. 39.

<sup>108</sup>) Auch die französische Deklaration von 1789 ist hierher zu rechnen, weil sie zwar nicht als Verfassungsrecht praktisch angewandt wurde, viele ihrer Punkte aber vom Conseil d'Etat als Grundsätze des französischen Verwaltungsrechts verwirklicht sind.

<sup>109</sup>) H. Golsong exemplifiziert an Art. 6 Abs. 1 MRK die Schwierigkeiten einer einheitlichen Auslegung und die Gefahr einer national beeinflussten innerstaatlichen Anwendung solcher Texte; Golsong, Völkerrechtliche Vertragsbestimmungen über den innerstaatlichen gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, a.a.O. (Anm. 88) Bd. 3, S. 254 ff., und 263. R. Pinto, Les organisations européennes (1963), S. 93 bemerkt, daß der Begriff der *utilité publique* bei der Enteignung nicht eine Verweisung auf einzelstaatliches Recht ist, sondern aus dem Ganzen des europäischen Rechts abgeleitet werden muß. Siehe noch H. Mosler, L'influence du droit national sur la Convention européenne des Droits de l'Homme, in: Festschrift Ganshof van der Meersch (1972), S. 947 f.

<sup>110</sup>) Mosler, a.a.O., S. 948.

Integrationszweck, der mit internationalen und regionalen Menschenrechten verfolgt wird, verlangt eine großzügigere Handhabung und das Verständnis der Begriffe als autonomer<sup>111)</sup>, zu entwickeln aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Partnerstaaten<sup>112)</sup>.

Ähnliche Probleme finden sich bei den Europäischen Gemeinschaften. Ihre Organe haben eigene Hoheitsbefugnisse, und der Schutz des Einzelnen vor dieser Hoheit soll gewährleistet sein. Sie entwickeln ein eigenes öffentliches Recht. Weil innerhalb der Gemeinschaft Gleichheit zu wahren ist, müssen die aus der Rechtssprache der Mitgliedstaaten übernommenen Rechtsbegriffe einheitlich verstanden werden; das erreicht man nur über die vergleichende Synthese<sup>113)</sup>; und so konnte gesagt werden, daß der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Rechtsvergleichung betreibt<sup>114)</sup>. So offensichtlich die Anfechtung von Verwaltungsakten der Gemeinschaft den Einfluß des französischen Rechts zeigt, verwahrt man sich dagegen, sie ausschließlich in dessen Sinne zu handhaben<sup>115)</sup>.

Rechtsprechung<sup>116)</sup> und Schrifttum zum Europarecht bieten Beispiele für Entscheidungen nach Vergleichung, sowohl um Worte des Vertrags auszulegen, Institutionen zu verstehen als auch um offene Lücken zu füllen<sup>117)</sup>. Richtig ist aber die Beobachtung, daß die Urteile selbst recht wenig die vergleichende Untersuchung reproduzieren<sup>118)</sup>. Besonders interessant ist darum die Besprechung J. Jurina's<sup>119)</sup> zum Urteil des Gerichtshofs der

<sup>111)</sup> Tizzano, a.a.O. (Anm. 7), S. 40 in Anm. 73. Oben bei Anm. 68 ist schon auf »autonome« Begriffe im IPR und in der allgemeinen Rechtsvergleichung hingewiesen.

<sup>112)</sup> Entscheidung der Menschenrechtskommission vom 2. 10. 1963 (1931/63), *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* Bd. 7 (1964), S. 223. Siehe auch S. Petré, *Annuaire* Bd. 6 (1963), S. 93.

<sup>113)</sup> A. M. Donner, *Le rôle de la Cour de Justice dans l'élaboration du droit européen* (1964), S. 10 f., und d.ers., in: *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* (1965), S. 4 f.; Tizzano, a.a.O. (Anm. 7), S. 40 in Anm. 73.

<sup>114)</sup> P. Mathijsen, *Le Droit de la CECA* (1958), S. 142 f.; Lagrange, *L'ordre juridique de la CECA vu à travers la jurisprudence de sa Cour de Justice*, R.D.P. Bd. 74 (1958), S. 856, und d.ers., in: *Zehn Jahre Rechtsprechung*, a.a.O. (Anm. 113), S. 212 f.

<sup>115)</sup> K. Wolf, in: *Zehn Jahre Rechtsprechung*, a.a.O. (Anm. 113), S. 200; G. Reinicke, *ibid.*, S. 422.

<sup>116)</sup> Wolf, a.a.O., S. 197 f.; P. Reuter, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit*, in: *Mélanges Henri Rolin* (1964), S. 272 f.; Mosler, in: *Festschrift Verdross*, a.a.O. (Anm. 8), S. 405 ff.

<sup>117)</sup> Tizzano, a.a.O. (Anm. 7), S. 41, 42, 49 unterscheidet das.

<sup>118)</sup> Tizzano, a.a.O., S. 47, 53, 56; Mosler, in: *Festschrift Verdross*, a.a.O. (Anm. 8), S. 403 f.; Seidl-Hohenveldern, *ibid.*, S. 253 f., wirft das der völkerrechtlichen Rechtsprechung insgesamt vor.

<sup>119)</sup> *ZaöRV* Bd. 28 (1968), S. 365, insbesondere S. 378 ff.

Europäischen Gemeinschaften vom 14. Juli 1967<sup>120)</sup>; denn sie liefert im einzelnen den Nachweis, daß die vom Gerichtshof gefundenen Haftungsgrundsätze dem Amtshaftungsrecht der Mitgliedstaaten gemeinsam sind — einen Nachweis, den auch Generalanwalt Gand nicht geführt hatte. Wohl hatte dieser betont, daß Art. 215 Abs. 2 EWG-Vertrag nicht auf ein gemeinsames Minimum und nicht auf »Recht«, sondern auf »allgemeine Rechtsgrundsätze« verweist und eine rechtsvergleichende und rechtsschöpfende Aufgabe stellt<sup>121)</sup>.

In diesem Zusammenhang braucht auf Einzelfragen nicht eingegangen zu werden. Es gibt Meinungsverschiedenheiten<sup>122)</sup>, die sich aus der längeren oder kürzeren Beobachtungszeit erklären und aus dem Umstand, daß der EGKS-Vertrag keine Bestimmung enthielt, die wie Art. 215 Abs. 2 EWG-Vertrag auf gemeinsame Rechtsgrundsätze und also auf Vergleichung ausdrücklich hinwies<sup>123)</sup>.

Aber eine andere Wendung in diesem Gedankenzusammenhang ist zu erwähnen. H. Mosler spricht vom europäischen oder gemeinschaftlichen *ordre public*<sup>124)</sup>, und das nicht im engen Sinne der Klausel des IPR, sondern als Gesamtheit der für die engere Rechtsgemeinschaft notwendigen, als Normen geltenden Rechtswerte. Er bringt dafür mehrere Beispiele aus der europäischen Praxis, läßt aber dahingestellt, ob im gegenwärtigen Stadium mehr als eine Auslegungshilfe für europäische Texte zu finden ist. Es ist auch nicht sicher, ob solcher gemeinschaftliche *ordre public* von oben, durch die Integrationstexte und -organe, eingeführt wird oder von unten, durch Vergleichung, emporwächst.

In der Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums über Gerichts-

<sup>120)</sup> Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs Bd. 13, S. 331.

<sup>121)</sup> Sammlung, Bd. 13, S. 367 f.

<sup>122)</sup> Mathijsen, a.a.O. (Anm. 114), scheint alles unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu sehen; Wolf, a.a.O. (Anm. 115), S. 197, bemerkt, daß der Gerichtshof sich nicht immer auf die Vergleichung innerhalb der Mitgliedstaaten beschränkt; Weigert, in: Zehn Jahre Rechtsprechung, a.a.O. (Anm. 113), S. 203 f., will nicht auf Grundsätze, sondern auf Lösungen abstellen; Constantinesco, *ibid.*, S. 205, ist zurückhaltend gegen die Vergleichung; Tizzano, a.a.O. (Anm. 7), S. 57, weist auf ihre Grenzen hin: Der Gerichtshof sei nicht verpflichtet, überall und ausschließlich die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten heranzuziehen.

<sup>123)</sup> Darüber siehe oben S. 127.

<sup>124)</sup> Begriff und Gegenstand des Europarechts, ZaöRV Bd. 28, S. 497, 500, und ders., Der »gemeinschaftliche ordre public« in europäischen Staatengruppen, Revista Española de Derecho Internacional 2. Ser. Bd. 21 (1968), S. 523. In L'influence..., a.a.O. (Anm. 109), S. 953 Anm. 16, führt er den Gedanken auf Ganshof van der Meersch zurück. Man muß aber auch an den Passus in der Pfunders-Entscheidung der Kommission denken (788/60, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme Bd. 4 [1961], S. 139).

schutz gegen die Exekutive ist G. Jaenicke recht zurückhaltend<sup>125</sup>). Man kann auch feststellen, daß der Umkehrschluß in integrierenden Systemen noch nicht gezogen wird. Im Falle *Delcourt* ging es darum, ob die Teilnahme des Generalstaatsanwalts an den Beratungen des belgischen Kassationshofes gegen die Garantien des gerichtlichen Verfahrens verstößt, wie sie die Europäische Menschenrechtskonvention aufstellt. Der Gerichtshof stellte fest, daß es in den Mitgliedstaaten des Europarates keine ähnliche Bestimmung gebe<sup>126</sup>). Die belgische Regelung ist aber nicht deswegen für unzulässig gehalten worden, obwohl sie »ungewöhnlich« erschien; sie konnte vielmehr vor einer Einzelprüfung ihrer Wirkungen bestehen.

Bemerkenswert ist übrigens, wie manchmal nicht das Grundrecht oder das Rechtsinstitut, sondern seine Schranken im gemeinsamen Recht der Gemeinschaftsmitglieder gesucht werden: Der Gleichheitssatz hindert nicht Unterscheidungen<sup>127</sup>), und die Eigentumsgarantie läßt Geldstrafen und Strafkonfiskationen zu<sup>128</sup>). Die Europäische Menschenrechtskonvention selbst verweist dabei auf das Leitbild eines demokratischen Staates (Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, ähnlich Art. 7 Abs. 2). Es geht also diese Verweisung nicht auf sehr allgemeine und vielfach selbstverständliche Postulate, sondern auf spezielle Einzelheiten des öffentlichen und Verfahrensrechts. Dennoch spricht Petré<sup>129</sup>) mit Recht davon, daß es die demokratische Gesellschaft zu definieren gelte.

Man darf dabei nicht vergessen, daß diese Aufgabe früher unter anderem Gesichtspunkt schon gestellt war. Dem *ordre public communautaire* und der demokratischen Gesellschaft entsprechen in der Struktur die Humanität und das alte *ius gentium*, mit denen man die Staaten in Extremfällen zu kontrollieren versucht hat<sup>130</sup>). Freilich hat man deren Inhalt früher nicht mit vergleichenden Methoden, sondern deduktiv zu bestimmen getrachtet. Aber solche allgemeinen Prinzipien bilden sich gewiß oft genug aus einer unbewußten Vergleichung und Synthese innerhalb eines Kulturkreises,

<sup>125</sup>) G. Jaenicke, Die Grundsätze über den gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegen die Exekutive im System der Völkerrechtsordnung, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, a.a.O. (Anm. 88) Bd. 3, S. 286 ff., 309 ff.

<sup>126</sup>) Cour européenne des Droits de l'Homme, Affaire *Delcourt*, arrêt du 17 janvier 1970, S. 17. So dann am 6. 2. 1970 in der Sache 4276/69 die Kommission in einem anderen Verfahren gegen Belgien.

<sup>127</sup>) EuGH, Sammlung der Rechtsprechung Bd. 4 (dt.), S. 257, *Groupement des Hauts Fourneaux*, 8/57, Urteil vom 21. 6. 1958.

<sup>128</sup>) Pinto, a.a.O. (Anm. 109), S. 99.

<sup>129</sup>) Petré, a.a.O. (Anm. 112), S. 93.

<sup>130</sup>) Perez-Vera, a.a.O. (Anm. 96), S. 402, 404.



und die bewußte und methodische Vergleichung gibt dann den Beweis dessen, was man schon gewußt hat.

11. Zwei Tendenzen scheinen die gegenwärtige Verfassungsvergleichung zu beherrschen. Die eine weitet den Gegenstand der vergleichenden Betrachtung aus und geht weit über die Verfassungsurkunde in Verwaltungs-, ja Zivilrecht (Beamtenhaftung) hinein. Das ist wohl unvermeidlich, weil das Verhältnis des Einzelnen zum Staat Verfassungsmaterie ist und sich in vielen Verzweigungen des Rechts kundgibt. Auch geht das Verständnis des Verhältnisses im jeweiligen Staat, die Einsicht in die Struktur der Institutionen, am besten aus der Untersuchung irgendeiner Detailfrage hervor<sup>131)</sup>. Darum sollte man nicht versuchen, Verfassungs- von Verwaltungsrechtsvergleichung zu trennen<sup>132)</sup>, es sei denn bei den bloßen Organisationsformen.

Die andere Tendenz besteht in einem Regionalismus. Zwar hat von jeher die Rechtsvergleichung die Regionen entdeckt und nachgezeichnet, aber heute geht von der politischen und wirtschaftlichen regionalen Integration der Anstoß aus, die gemeinsamen Institutionen genauer zu untersuchen, gemeinsame Institutionen nach vergleichender Forschung zu schaffen, Integrationstexte vermöge der Vergleichung auszulegen. Von den europäischen Gemeinschaften und von der Europäischen Menschenrechtskonvention ist schon die Rede gewesen. Aber die Wissenschaft bemächtigt sich auch von selbst einer Region und behandelt z. B. viele Aspekte des Staatslebens im frankophonen Afrika, wobei manche generellen Einsichten über die politischen Triebkräfte gewonnen werden<sup>133)</sup>.

---

<sup>131)</sup> Darum ist auch eine sehr präzise und zweckbezogene Untersuchung von M. D e n y s, *De overheidsaansprakelijkheid bij verplichte vaccinatie* (1968), so interessant. Es ergab sich, daß drei Staaten der europäischen Gemeinschaft gar keine Praxis aufwiesen und die Haftung für Impfschäden aus allgemeinen Grundsätzen zu eruieren war. In Deutschland geht sie nach dem Institut der Aufopferung, in Frankreich nach der Gleichheit vor den öffentlichen Lasten.

<sup>132)</sup> Die Kolloquien, die neuerdings im Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht gehalten worden sind (1959 Staat und Privateigentum, 1961 Verfassungsgerichtsbarkeit, 1964 Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, 1968 Gerichtsschutz gegen die Exekutive) und die ausdrücklich oder beiläufig vergleichenden Beiträge dieses Instituts würden sich kaum auf diese beiden Gebiete aufteilen lassen.

<sup>133)</sup> M. S t r a m a c c i, *Le costituzioni degli Stati africani* (1963); P. F. G o n i d e c, *Cours d'institutions publiques africaines et malgaches* (1966).

D e c o t t i g n i e s / d e B i e v i l l e, *Les nationalités africaines* (1963); A. Z a t z é p i n e, *Le droit de la nationalité des Républiques francophones d'Afrique et de Madagascar* (1963); E. T o m s o n, *Das Staatsangehörigkeitsrecht des frankophonen schwarzen Afrika* (1967).

J. B u c h m a n, *L'Afrique noire indépendante* (1962); H. D e s c h a m p s, *Les institutions politiques de l'Afrique noire* (1962) (er schildert die Anarchie als politisches Sy-

Vergleichende Arbeiten heutzutage begnügen sich nicht mit bloßem Nebeneinanderstellen, sie vermeiden andererseits auch schnellfertige und genialische Folgerungen. Vielleicht ist es fruchtbar, aus gleichen Regelungen zu schließen, daß sie der Natur der Sache entsprechen. Weil aber die Natur der Sache letzten Endes eine Würdigung ist, die von Elementen der Kultur bestimmt wird, führt die Untersuchung dann doch in dieses Gebiet hinein. Rechtsvergleichung als Kulturwissenschaft ist vielleicht ein anspruchsvolles Etikett; interessant wäre dabei, wie der Hang zur Annäherung des Rechts, insbesondere zur Transplantation von Verfassungen, sich an den älteren Substrukturen stößt. Verallgemeinert wäre das die Frage, wie weit man eine originale Kultur mit einer entlehnten überstreichen kann, und ob eine Synthese von Wert herauskommen wird.

### Summary

## Introduction to Comparative Constitutional Law

Introductions to a subject are of necessity a series of more or less connected reflexions, provoked by teaching experience — in this case at the *Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé*. Nevertheless some points and lines of thought are due to emerge and to constitute some area of secure ground.

Comparative constitutional law must follow the developing methods of general comparative law. So it is not a body of rules, and one must abandon the ambitions of universalism which seeks a general law behind the various national laws. The history of the subject shows the progress from simple information processing to analysis of institutions and, at the same time, understanding of the political climate of every country. The paper recalls that comparative law is not always pure science, but that there are positive dispositions calling expressly for comparison. In public law this phenomenon occurs — sometimes implicitly — in the European Communities and in Human Rights.

Fritz Münch

---

stem, S. 14 f., 20); M. Lions, *Constitucionalismo y democracia en el Africa recién independizada* (1964); E. Fehr, *Demokratische Staatsformen in Westafrika* (1965).

W. F. Gutteridge, *Armed Forces in New States* (1962), ders., *Military Institutions and Power in the New States* (1964), ders., *The Military in African Politics* (1969); *Soldier and State in Africa*, Hrsg. C. E. Welch (1970).