

Rechtspluralismus als Herausforderung

Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

*Andreas Voßkuhle**

I. Welchen Weg wollen wir gehen?	481
II. Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als Absage an nationalstaatliche Introvertiertheit	483
III. Rechtsvergleichung hinter den Kulissen der Verfassungsrechtsprechung	488
1. Rechts- und Verfassungsvergleichung im Spiegel der Zeit	488
2. Rechtsvergleichende Verfassungsrechtsprechung	494
3. (Praktische) Voraussetzungen der Verfassungsvergleichung	498
IV. Ausblick: Maß und Mitte als Königsweg	501

I. Welchen Weg wollen wir gehen?

In diesem Jahr feiern wir mehrere Jubiläen. Im Mai blicken wir auf 70 Jahre Grundgesetz¹ und ebenfalls sieben Jahrzehnte zurück liegt nun die Wiedererrichtung des ursprünglich als Kaiser-Wilhelm-Institut gegründeten Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (MPI). Genau genommen ist das im März 1949 gegründete Institut sogar noch etwas älter als unser Grundgesetz.

Seinen Anfang genommen hat die Erfolgsgeschichte MPI im “Alten Heidelberg”. Wirkungsstätten der ersten Stunde waren unter anderem das Haus Riesenstein am Rande der Altstadt sowie, etwas später, das Privathaus von *Carl Bilfinger* am Philosophenweg.² Versetzen wir uns kurz zurück in diese

* Prof. Dr. Dres. h.c., Präsident des Bundesverfassungsgerichts. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den ich am 26. April 2019 anlässlich des Festaktes zur Eröffnung des Neubaus des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg gehalten habe. Für die wertvolle Unterstützung bei der Erarbeitung des Vortrags danke ich meinem Wissenschaftlichen Mitarbeiter am BVerfG, Herrn Richter am Verwaltungsgericht Dr. *Stefan Habermann*.

¹ Vgl. nur die Beiträge in *H. M. Heinig/F. Schorkopf* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz, 2019.

² *H. Mosler*, Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, in: *Heidelberger Jahrbücher* XX, 1976, 53 (54); *R. Bernhardt/K. Oellers-Frahm*, Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2018, 1 ff.

Zeit: Zwei Juristen unternehmen im Heidelberg des Jahres 1949 einen Spaziergang vorbei an den ersten Räumlichkeiten des Instituts und kommen auf ihrem Weg ins Gespräch über das soeben in Kraft getretene Grundgesetz und die zukünftige Rolle des Bundesverfassungsgerichts. Gerade, am 6. Mai, hatte sich *Carlo Schmid* unter großem Beifall im Parlamentarischen Rat deutlich und eindringlich für eine überstaatliche Integration Deutschlands eingesetzt.³ Vielleicht hätte diese Aufbruchsstimmung und der Anblick der neuen Forschungseinrichtung für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht einen der beiden Spaziergänger zu der These veranlasst, fremdes Recht werde in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts eine ungeahnte Blüte erleben: Das Verfassungsgericht werde unter Einschluss des Völkerrechts umfangreich rechtsvergleichend arbeiten, abgesichert und begleitet durch einen ständigen institutionalisierten Austausch zwischen den Gerichten sowie durch ein internationales Netzwerk der Verfassungsrichter. Kurz: Rechtsvergleichung müsse künftig den Berufsalltag eines jeden Verfassungsjuristen prägen und bestimmen.

Möglicherweise hätte sein Gesprächspartner widersprochen und argumentiert, allein die eigene Rechtsordnung sei zur Lösung eines konkreten Problems berufen; weder fremde Rechtssysteme noch die Rechtsprechung fremder Gerichte dürften in den eigenen Rechtskreis eindringen und diesen beeinflussen. Hinzu komme ein ganz praktisches Defizit: Rechtsvergleichung fehle es an Material und Methode; für die Verfassungsinterpretation taue sie nicht.

Wer hat aus heutiger Perspektive Recht behalten? Dieser Frage möchte ich mit Blick auf die Forschungsgebiete des Max-Planck-Instituts – das Völkerrecht sowie das öffentliche Recht anderer Staaten – und ihre Bedeutung in der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts im Folgenden nachgehen.

³ Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, Bd. 9, 1996, 443 (Neunte Sitzung des Plenums): "Unser Grundgesetz [...] macht [...] die Abtretung von Hoheitsbefugnissen an internationale Organe leichter als irgendeine andere Verfassung in der Welt; es macht die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu Bestandteilen des Bundesrechts und sieht darüber hinaus [...] den Anschluss Deutschlands an ein System internationaler Schiedsgerichtsbarkeit und kollektiver Sicherheit vor."

II. Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als Absage an nationalstaatliche Introvertiertheit

Wenden wir uns zunächst dem Völkerrecht zu, auf das das Grundgesetz an verschiedenen Stellen Bezug nimmt. Die Präambel unserer Verfassung bekennt sich zu einem vereinten Europa und verpflichtet zur Friedensförderung in der Welt, Art. 25 S. 1 Grundgesetz (GG) inkorporiert die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in die deutsche Rechtsordnung, Art. 59 GG betrifft das Völkervertragsrecht. Der in diesen Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck kommende Leitgedanke einer "offenen Staatlichkeit"⁴ und der internationalen staatlichen Kooperation und Integration ist das Gegenmodell zu einem geschlossenen, nach außen so weit wie möglich abgeschotteten (Handels-)Staat, wie ihn noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts *Johann Gottlieb Fichte*⁵ gedacht hat.

Die überstaatliche Verflechtung des deutschen Verfassungsstaates und die Bindung der Bundesrepublik Deutschland an das Völkerrecht beeinflussen die wissenschaftliche Auseinandersetzung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.⁶ Völkerrecht lässt sich aus unterschiedlichen regionalen und kulturellen Perspektiven nachvollziehen, wobei unterschiedliche Methoden und Ansätze zur Anwendung gelangen und für die Völkerrechtswissenschaft fruchtbar gemacht werden können.⁷ In der Zeit seines Wirkens hat das Max-Planck-Institut dazu beigetragen, bedeutende Teile dieses Feldes der Rechtswissenschaft neu anzulegen und beständig weiter zu bestellen. Hier von zeugt nicht nur eine große Anzahl gewichtiger Publikationen auf diesem Gebiet – zu nennen sind etwa die von *Armin von Bogdandy* und *Anne Peters* herausgegebenen und mittlerweile auf über 270 Bände angewachsenen Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht wie auch die Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV). Auch durch Tagungen und Symposien mit nationalen wie internationalen Wissenschaftlern hat das Max-Planck-Institut weit über die Grenzen Deutschlands hinaus eine große fachliche Wertschätzung erfahren und

⁴ Begriffsbildend *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, 42 f.

⁵ *J. G. Fichte*, Der geschlossene Handelsstaat: Ein philosophischer Entwurf als Anhang zur Rechtslehre und Probe einer künftig zu liefernden Politik, 1800.

⁶ Vgl. dazu *A. von Bogdandy*, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: *J. Isensee/P. Kirchof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 232 Rn. 4, 8 ff.

⁷ *A. Peters*, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus, *ZaöRV* 67 (2007), 721 (747 ff).

trägt auf diesem Weg zu einem offenen, nicht auf den jeweils eigenen Rechtskreis beschränkten Wissensaustausch bei.

Von der Internationalisierung des (öffentlichen) Rechts ist aber auch die Rechtsprechung betroffen. Von daher überrascht es nicht, dass sich das Bundesverfassungsgericht schon früh und vergleichsweise häufig mit völkerrechtlichen Fragestellungen befasst hat.⁸ Bereits der erste Band der amtlichen Sammlung spiegelt die Bedeutung des Völkerrechts in der Rechtswirklichkeit der jungen Bundesrepublik wider. So streift das Gericht in einigen seiner ganz frühen Entscheidungen⁹ bereits die allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Insbesondere spielen aber die völkerrechtlichen Vereinbarungen der jungen Republik eine nicht unbedeutende Rolle in der Verfassungsrechtsprechung, etwa in den Entscheidungen zum Petersberger Abkommen,¹⁰ zum Deutsch-Französischen Wirtschaftsabkommen¹¹ oder zum Deutschlandvertrag.¹²

In der Folgezeit hat das Bundesverfassungsgericht sich darum bemüht, den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit verfassungsdogmatisch zu verorten und seinen Inhalt näher zu beleuchten, wobei es zunächst noch eher darum ging, die Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit auszuloten. Man kann insoweit vielleicht von einer völkerrechtlichen „Aufbauphase“ sprechen.

In seiner Entscheidung zu der Frage, ob das Land Niedersachsen mit seinem Schulgesetz aus dem Jahr 1954 gegen das Reichskonkordat von 1933 verstoßen hatte, leitete das Gericht den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zunächst aus Art. 25 GG ab.¹³ Später hat es das verfassungsrechtliche Normenfundament ausgeweitet und die „völkerrechtsfreundliche Tendenz“ des Grundgesetzes neben der Präambel sowie den Bestimmungen der Art. 24 und 25 GG (gelegentlich auch des Art. 26 GG)¹⁴ auf Art. 1 Abs. 2 GG gestützt.¹⁵ Dort heißt es:

⁸ Zusammenstellung bei F. Schorkopf, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich, Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, 131 (133 ff.); vgl. auch J. A. Frowein, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. II, 1987, 1763 ff.

⁹ Vgl. zu Art. 25 GG BVerfGE 1, 14 (51) (*Südweststaat*); 1, 208 (239 f.) (*7,5 %-Sperrklausel*); 1, 322 (329) (*Zwangsverleihungen deutscher Staatsangehörigkeit*).

¹⁰ BVerfGE 1, 351 (366 ff.).

¹¹ BVerfGE 1, 372 (380 ff.).

¹² BVerfGE 1, 396 (410 ff.).

¹³ BVerfGE 6, 309 (362 f.) (*Reichskonkordat*).

¹⁴ BVerfGE 63, 343 (370) (*Rechtshilfevertrag zwischen Deutschland und Österreich*).

¹⁵ BVerfGE 31, 58 (75) (*Spanier*).

“Das deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.”

Daraus lässt sich mehr lesen als ein unverbindlicher Programmsatz; das Grundgesetz ist nicht nur europa- und völkerrechtsfreundlich, sondern auch spezifisch menschenrechtsfreundlich.¹⁶

Inhaltlich verlangt die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dreierlei:¹⁷ Erstens sind die deutschen Staatsorgane im Sinne eines Achtungsgebots verpflichtet, die die Bundesrepublik Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen zu befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen. Einem Auseinanderfallen von völkerrechtlicher und innerstaatlicher Rechtslage hat die gesamte öffentliche Gewalt entgegenzuwirken. Zweitens hat der Gesetzgeber für die deutsche Rechtsordnung zu gewährleisten, dass durch eigene Staatsorgane begangene Völkerrechtsverstöße korrigiert werden können. Drittens können die deutschen Staatsorgane auch verpflichtet sein, das Völkerrecht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, wenn andere Staaten es verletzen. Darüber hinaus dient der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit speziell mit Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als “Auslegungshilfe” für die Grundrechte, die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verfassung sowie für das einfache Recht:¹⁸ dem Konventionstext kommt Ausstrahlungswirkung bei der Verfassungsinterpretation zu, die Grundsatzentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) entfalten eine normative Leit- und Orientierungsfunktion.¹⁹ Dass ein völkerrechtlicher Vertrag mit Gesetzesrang die nationale Verfassung beeinflusst, ist alles andere als eine Selbstverständlichkeit. Für Deutschland folgt dies aber eben aus der inhaltlichen Ausrichtung des Grundgesetzes auf die Menschenrechte.²⁰

¹⁶ A. Voßkuhle, Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte, RdA 68 (2015), 336 (337 f.); vgl. bereits K.-P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989), 391 (419 f.); J. A. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 51 (1998), 806 (808 f.).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 112, 1 (26) (*Alteigentümer*).

¹⁸ Grundlegend BVerfGE 128, 326 (366 ff.) (*Sicherungsverwahrung II*); 148, 296 (350 ff. Rn. 126 ff.).

¹⁹ A. Voßkuhle, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Rn. 88a m. w. N. Kritisch zu der Berücksichtigung der EMRK als Hilfsmittel der Auslegung etwa C. Hillgruber, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, JÖR 63 (2015), 367 (374 mit Fn. 23). Zur Rechtslage in Deutschland ausf. C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 8 ff.

²⁰ Vgl. auch BVerfGE 128, 326 (369) (*Sicherungsverwahrung II*).

Bereits diese kursorischen Ausführungen machen deutlich, dass das Grundgesetz weder eine "Festung" noch das Bundesverfassungsgericht die Instanz ist, die gegenüber internationalen (überstaatlichen) Einflüssen die Zugbrücke hochzieht. Die eingangs aufgestellte Abschottungsthese hat sich also nicht bewahrheitet.

Wie ist es heute um den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestellt? Das Leitprinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit prägt den nach wie vor fruchtbaren Menschenrechtsdialog zwischen Straßburg und Karlsruhe und verbindet die Ausübung staatlicher Souveränität mit dem Gedanken der internationalen Zusammenarbeit stets aufs Neue. Da das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden gegen Akte der deutschen öffentlichen Gewalt letztverbindlich am Maßstab des Grundgesetzes prüft, während der EGMR das Vorliegen (oder Nichtvorliegen) einer Konventionsverletzung allein am Maßstab der EMRK feststellt, sind echte Kompetenzkonflikte zwischen beiden Gerichten zwar nicht *per se* ausgeschlossen, aber doch selten geblieben.²¹ Das Verhältnis beider Gerichte lässt sich vielmehr als konstruktiv beschreiben; der europäische Verfassungsgerichtsverbund gründet nicht auf Konfrontation, sondern auf Kooperation.²² Daher stehen die Gerichte auch nicht, wie mitunter gesagt wird, "unverbunden nebeneinander".²³

Ein jüngeres Beispiel für das Bemühen um die Sicherstellung einer inhaltlichen Rechtsprechungskohärenz zwischen Straßburg und Karlsruhe stellt das *NPD*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2017 dar. Der Zweite Senat hat darin die Vorgaben aufgegriffen, die der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Parteiverboten aus der EMRK abgeleitet hat.²⁴ Unter Verweis auf seine Ausführungen im Urteil zur *Sicherungsverwahrung II*²⁵ betonte das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang nochmals die Bedeutung der EMRK als Auslegungshilfe für das deutsche Verfassungsrecht. Ein solcher dialogischer Prozess, eine enge Vernetzung beider

²¹ Vgl. dazu A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1 (4); A. Nußberger, Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa?, JZ 74 (2019), 421 (427).

²² Vgl. zu dem von Respekt, Verständigung und Toleranz geprägten Verhältnis zwischen EuGH und BVerfG D. Halberstam, Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World, in: G. de Búrca/J. Weiler (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, 2012, 150 (161).

²³ So aber C. Hillgruber (Anm. 19), 386.

²⁴ BVerfGE 144, 20 (234 ff. Rn. 607 ff.); vgl. aber auch T. Kingreen, Auf halbem Weg von Weimar nach Straßburg: das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im *NPD*-Verbotsverfahren, Jura 39 (2017), 499 (505); der kritisiert, die Rechtsprechung des EGMR nehme eine zu randständige Rolle im *NPD*-Urteil ein.

²⁵ BVerfGE 128, 326 (366 ff.).

Gerichte, ist essenziell für das gemeinsame Ziel beider Rechtsprechungsinstitutionen: ein schlüssiges System der Menschenrechtsgewährleistung in Europa. Dass dieses Ziel insgesamt aufgrund der Entwicklungen in einigen Ländern wie Russland²⁶, der Türkei, Ungarn und Polen zur Zeit wieder etwas in die Ferne gerückt ist²⁷, sollte uns von diesem Kurs nicht abbringen.²⁸

Notwendiger Bestandteil eines “Dialogs der Gerichte”²⁹ ist auf der anderen Seite ein völkerrechtliches Gespür für Vielfalt und Pluralität etwa in Gestalt nationalstaatlicher Verfassungstraditionen. In Deutschland setzt das Grundgesetz selbst seiner Interpretation im Lichte des Völkerrechts – und auch der EMRK – gewisse Grenzen: die juristische Methodik darf nicht über Bord geworfen werden; die Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG) muss gewahrt bleiben,³⁰ kurz: Es müssen nicht alle Besonderheiten der deutschen Verfassungsordnung preisgegeben werden.³¹ Besondere Sensibilität ist auch bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen angezeigt, in denen ein Mehr an Freiheit für den einen Grundrechtsträger in der Regel zugleich ein Weniger an Freiheit für einen anderen Grundrechtsträger bedeutet.³² All dies verdeutlicht: Das Verhältnis zwischen EGMR und Bundesverfassungsgericht ist damit weder eine Frage der simplen Über- und Unterordnung noch eine solche der Parallelisierung, sondern umschreibt mit dem Verfassungsgerichtsverbund ein komplexes Mehrebenensystem. Hilfreich für die Schaffung eines angemessenen Ausgleichs zwischen dem Gedanken der Leit- und Orientierungswirkung auf der einen Seite und der Notwendigkeit zur Berücksichtigung nationaler Besonderheiten auf der anderen Seite kann nicht zuletzt das Instrument der Kontextualisierung sein. Hierbei geht es jenseits der “*inter-partes*”-Fälle des Art. 46 EMRK³³ darum, die Umstände des jeweiligen Falles zu beachten und den konkreten Sachverhalt ebenso zu würdigen wie den (rechtskulturellen) Hintergrund, in den er eingebettet ist.

²⁶ Dazu *M. Hartwig*, Vom Dialog zum Disput? Verfassungsrecht vs. Europäische Menschenrechtskonvention – der Fall der Russländischen Föderation, *EuGRZ* 44 (2017), 1 (19 ff.).

²⁷ Näher dazu *A. Nußberger*, Wenn Selbstverständliches nicht mehr selbstverständlich ist: Zum Status quo des Menschenrechtsschutzes in Europa, *JZ* 73 (2018), 845 ff. m. w. N.

²⁸ Dazu *M. Hartwig* (Anm. 26), 19 ff.

²⁹ Vgl. *A. Voßkuhle* (Anm. 21), 1; *A. Nußberger* (Anm. 21), 427. Kritisch zum Begriff *C. Hillgruber* (Anm. 19), 386.

³⁰ Zu beiden Aspekten BVerfGE 128, 326 (371) (*Sicherungsverwahrung II*).

³¹ Vgl. auch *S.-P. Hwang*, “Auslegungshilfe” ernst genommen: Zum Spannungsverhältnis zwischen der EMRK und dem GG am Beispiel des beamtenrechtlichen Streikverbots, *VerwArch* 108 (2017), 366 (382).

³² BVerfGE 128, 326 (371) (*Sicherungsverwahrung II*); *C. Grabenwarter/K. Pabel* (Anm. 19), § 3 Rn. 10 m. w. N.

³³ Vgl. dazu *J. A. Frowein/W. Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 46 Rn. 1 ff.

Fruchtbar gemacht hat der Zweite Senat diese Sichtweise im letzten Jahr in seiner Entscheidung zum *Beamtenstreikverbot*.³⁴

III. Rechtsvergleichung hinter den Kulissen der Verfassungsrechtsprechung

Werden die Bezüge zum Völkerrecht in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – häufig vermittelt durch die Medien – recht deutlich wahrgenommen,³⁵ gilt dies für das Gebiet der Rechts- und insbesondere der Verfassungsvergleichung nicht im selben Maße. Dabei weitet auch die vergleichende Methode den Blick auf Normen jenseits der eigenen Verfassung und ermöglicht die Beschäftigung mit anderen Rechtssystemen, wenngleich nicht mit der rechtlichen Verbindlichkeit des Europa- oder Völkerrechts.³⁶

1. Rechts- und Verfassungsvergleichung im Spiegel der Zeit

Rechtsvergleichung ist eine traditionsreiche Disziplin, die in ihren Anfängen bis in die Antike zurückreicht. Bereits in den Schriften von *Aristoteles* (Politik), *Platon* (Nomoi) und *Theophrast* (Über die Gesetze) finden sich komparative Überlegungen zu verschiedenen rechtlichen Phänomenen und Kodifikationen.³⁷ Ist heute von Rechtsvergleichung die Rede, meint dies selten ihre antiken Ausprägungen, sondern vielmehr die Rechtsvergleichung, wie sie seit nunmehr einem guten Jahrhundert betrieben wird.³⁸ Diese moderne Rechtsvergleichung hat unterschiedliche Epochen durchlebt:

³⁴ Vgl. BVerfGE 148, 296 (354 Rn. 132); zur Differenzierung zwischen Rechtskraft- und Orientierungswirkung schon *C. Grabenwarter/K. Pabel* (Anm. 19), § 16 Rn. 8 f.

³⁵ Vgl. etwa die jüngere Berichterstattung in Sachen “CETA” oder zur Überschreibung eines Doppelbesteuerungsabkommens durch innerstaatliches Gesetz (“Treaty Override”).

³⁶ Vgl. auch *M. Herdegen*, Internationalisierung der Verfassungsordnung, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter, *Verfassungstheorie*, 2010, § 7 Rn. 30: rechtsvergleichende Methode als “weiche Erscheinungsform” der Internationalisierung von Verfassungsordnungen.

³⁷ Zur Geschichte der Rechtsvergleichung *K. Zweigert/H. Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, 47 ff.; vgl. auch *W. Hug*, *The History of Comparative Law*, Harv. L. R. 45 (1931/32), 1027 (1029 ff.); *R. Hirschl*, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, 2014, 77 ff.

³⁸ Als wichtiger Impulsgeber für die moderne Rechtsvergleichung wird der Pariser Rechtsvergleichungskongress von 1900 (Congrès international de droit comparé) angesehen, vgl. dazu auch *R. Michaels*, *Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongreß für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans*, *RabelsZ* 66 (2002), 97 (98 ff.).

Phasen der Ernüchterung wechselten sich ab mit Phasen der Blüte.³⁹ Was für die Rechtsvergleichung, deren Hauptdomäne lange Zeit die Privatrechtsvergleichung war,⁴⁰ im Allgemeinen gilt, betrifft die Vergleichung im öffentlichen Recht und hier insbesondere die Verfassungsvergleichung im Besonderen: Gerade in der jungen Bundesrepublik richtete sich der Blick kaum über die eigene Verfassung hinaus. Sind rechtsvergleichende Impulse im Kurationsprozess des Grundgesetzes und damit in der Verfassungspolitik („legislative Rechtsvergleichung“) jedenfalls in Teilen zu erkennen,⁴¹ lässt sich der Staatsrechtswissenschaft der Nachkriegszeit eine vertiefte Hinwendung zu ausländischem öffentlichem Recht nicht attestieren.⁴² (Wissenschaftlich-theoretische) Rechtsvergleichung im Rahmen der Verfassungsinterpretation war wenig ausgeprägt. Über die Gründe für die Fokussierung der Staatsrechtswissenschaft vornehmlich auf das eigene (positive) Recht lässt sich nur spekulieren: mögliche Sprachbarrieren, fehlende personelle Kapazitäten bei der Sichtung und Bewertung ausländischen Materials, eine Konzentration auf die Überwindung des während der Zeit des Nationalsozialismus gesetzten und die Implementierung des nach dem Krieg neu geschaffenen Rechts wie auch eine im deutschen öffentlichen Recht noch wenig entwickelte Methodik der Rechtsvergleichung, etwas später womöglich auch die Zufriedenheit mit dem „Erfolgsmodell“ Grundgesetz.⁴³

Einen neuen Impuls hat die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht in den ausgehenden 80er Jahren des letzten Jahrhunderts erfahren. Angestoßen

³⁹ Als bedeutendes „institutionelles Ereignis“ wird in der verfassungsvergleichenden Literatur die 1924 erfolgte Gründung des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, des heutigen Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, genannt, vgl. *B. Wieser*, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2005, 12.

⁴⁰ Vgl. *K. Zweigert/H. Kötz* (Anm. 37), 3; *R. Bernhardt*, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *ZaöRV* 24 (1964), 431; zur Geschichte der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht vgl. etwa *E. Schmidt-Aßmann*, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, *ZaöRV* 78 (2018), 807 (813 ff.).

⁴¹ Vereinzelt vergleichende Ansätze im Parlamentarischen Rat etwa mit Blick auf das Demokratieprinzip (*JÖR* 1 [1951], 197) sowie zur Übertragung von Hoheitsrechten (*JÖR* 1 [1951], 223 mit Fn. 3); weitere Beispiele: *JÖR* 1 (1951), 65 (Art. 2 GG), 409 mit Fn. 7 (Art. 56 GG), 897 f. mit Fn. 2 (Art. 139 GG); vgl. zur Orientierung des Parlamentarischen Rates an den Vorstellungen der Alliierten auch *C. Schmid*, *Erinnerungen*, 1979, 368 ff. Allg. auch *W. Haller*, *Verfassungsvergleichung als Impuls für die Verfassungsgebung*, in: *P. Hänni* (Hrsg.), *Mensch und Staat*, Festschrift für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, 2003, 311 ff.; sowie *C. Fuchs*, *Verfassungsvergleichung und Gesetzgebung*, *Journal für Rechtspolitik* 21 (2013), 2 ff.; ferner auch *R. Bernhardt* (Anm. 40), 443 f.

⁴² *C. Schönberger*, *Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild*, *VRÜ* 43 (2010), 6 (7 ff.) spricht von einem „ptolemäischen Weltbild der Staatsrechtswissenschaft“; vgl. für das Verwaltungsrecht *E. Schmidt-Aßmann* (Anm. 40), 815.

⁴³ Vgl. auch *J. A. Frowein* (Anm. 16), 806; zu weiteren Gründen *C. Schönberger* (Anm. 42), 12 ff.

sicher nicht zuletzt durch die Arbeiten *Peter Häberles*⁴⁴ und (welt)politisch begleitet durch die Wiedervereinigung und den Fall des “Eisernen Vorhangs”, hat die Beschäftigung mit dem öffentlichen Recht anderer Staaten zugenommen.⁴⁵ War diese Wandlung zunächst noch nicht so ausgeprägt, beschleunigte sich die Hinwendung zur Verfassungsvergleichung in den letzten Jahren deutlich.⁴⁶ In der deutschsprachigen Literatur zeugen hiervon etwa das seit dem Jahr 2007 von *Armin von Bogdandy* und *Peter M. Huber* herausgegebene, auf den europäischen Rechtsraum bezogene und bislang auf acht Bände angewachsene Handbuch “*Ius Publicum Europaeum*”⁴⁷ sowie das große Lehrbuch zur Rechtsvergleichung von *Uwe Kischel*,⁴⁸ der seine Erkenntnisse in stark gestraffter Form auf der vorletzten Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung in Saarbrücken präsentieren konnte.⁴⁹ Das Interesse an Verfassungsvergleichung nimmt aber auch im Rechtskreis des *common law* unübersehbar zu.⁵⁰ So sind seit der Jahrtausendwen-

⁴⁴ *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 44 (1989), 913 ff.; *P. Häberle*, Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates, VRÜ 23 (1990), 225 ff.; *P. Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 18 (1991), 261; *P. Häberle*, Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates, Rechtslehre 22 (1991), 431 ff.

⁴⁵ *C. Starck*, Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, JZ 24 (1997), 1021 ff.; *R. Grote*, Rechtskreise im öffentlichen Recht, AöR 126 (2001), 10 ff.; *R. Wahl*, Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, in: *R. Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 96 ff.; *S. Baer*, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 64 (2004), 735 ff.

⁴⁶ *H.-P. Schneider*, Verfassung und Verfassungsrecht im Zeichen der Globalisierung – zwischen nationaler Entgrenzung und transnationaler Entfaltung, JÖR 65 (2017), 295 (309 f.).

⁴⁷ *A. von Bogdandy/P. M. Huber* (Hrsg.), Handbuch *Ius Publicum Europaeum*, Bd. I bis Bd. VIII, 2007-2019.

⁴⁸ *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015.

⁴⁹ *U. Kischel*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht, VVDStRL 77 (2018), 285 ff.

⁵⁰ *A. Jakab*, *European Constitutional Language*, 2016, 55 spricht insoweit von einem “globalen Trend”.

de neben einer ganzen Reihe von einschlägigen Aufsätzen⁵¹ mehrere äußerst umfangreiche Werke zum *comparative constitutional law* erschienen.⁵²

Das gewachsene Engagement für Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht mag auch zusammenhängen mit dem Entstehen neuen Vergleichsmaterials. Nach dem Wegfall der sozialistischen Verfassungsordnungen mit Ende des Kalten Krieges haben sich die Staaten Osteuropas bei der Umwandlung in demokratische Verfassungsstaaten an westlichen Vorbildern orientiert⁵³ – ein Umstand, an den es in Anbetracht der aktuellen und sehr besorgniserregenden Ereignisse etwa in Polen und Ungarn eindringlich zu erinnern gilt. Auch in anderen Teilen der Welt, etwa in Südafrika und einigen Staaten Südamerikas, ist es zu Verfassungsneuschöpfungen gekommen.⁵⁴ Ganz allgemein hat sicher auch eine weiter ausgreifende internationale Verflechtung und Rechtsvereinheitlichung das Interesse an Vergleichung im öffentlichen Recht befördert. Probleme, die heute mit der Entstehung neuer Technologien oder der Veränderung der Gesellschaft einhergehen, sind häufig nicht national radiziert, sondern von globalem Ausmaß.⁵⁵ Schließlich nimmt die Bedeutung völker- und europarechtlicher Texte und

⁵¹ Auswahl: R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, *Am. J. Comp. L.* 53 (2015), 125 ff.; V. C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, *Harv. L. Rev.* 119 (2005), 109 ff.; E. A. Posner/C. R. Sunstein, *The Law of Other States*, *Stanford L. Rev.* 59 (2006), 131 ff.; M. C. Rabdert, *Comparative Constitutional Advocacy*, *American University Law Review* 56 (2007), 553 ff.; N. J. Brown, *Reason, Interest, Rationality, and Passion in Constitution Drafting*, *Perspectives on Politics* 6 (2008), 675 ff.; E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, *AJIL* 102 (2008), 241 ff.; D. Fontana, *The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era*, *Yale J. Int'l L.* 36 (2011), 1 ff.; D. S. Law/M. Versteeg, *Sham Constitutions*, *Cal. L. Rev.* 101 (2013), 863 ff.; M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, *Cornell Law Review* 100 (2015), 391 ff.

⁵² N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, 2003, 2. Aufl. 2010, 3. Aufl. 2016; M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012; M. Andenas/D. Fairgrieve (Hrsg.), *Courts and Comparative Law*, 2015; jüngst M. Tushnet (Hrsg.), *Comparative Constitutional Law*, Bd. I-III, 2017.

⁵³ B. Wieser (Anm. 39), 13.

⁵⁴ M. Rosenfeld/A. Sajó (Anm. 52), 1; N. Dorsen/M. Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer (Anm. 52), 1 f.

⁵⁵ Beispiele bei T. Koopmans, *Comparative Law and the Courts*, *ICLQ* 45 (1996), 545 (549); dazu auch M. D. Poli, *Der horizontale Dialog zwischen Verfassungsgerichten bzw. Rechtsvergleichung in den Verfassungsgerichtssälen*, in: R. Broemel/P. Krell/O. Muthorst/J. Prütting (Hrsg.), *Prozessrecht in nationaler, europäischer und globaler Perspektive*, 2017, 43 (45); A. Jakab (Anm. 50), 55; A. Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective*, *GLJ* 14 (2013), 1215 (1252).

Gerichtsentscheidungen weiter zu – Quellen, die häufig ihrerseits ausländisches Recht vergleichend heranziehen.⁵⁶

Unabhängig hiervon weist die Verfassungsvergleichung gegenüber der Rechtsvergleichung im Allgemeinen eine Besonderheit auf, die im Vergleichsmaterial selbst begründet liegt. Verfassungstexte unterscheiden sich von einfachem Gesetzesrecht durch die regelmäßig größere Anzahl unbestimmter, konkretisierungsbedürftiger Rechtsbegriffe; Legaldefinitionen im Grundgesetz sind zwar nicht ausgeschlossen,⁵⁷ aber selten. Dafür weisen Verfassungstexte eine höhere Dichte an allgemeinen (abstrakten) Rechtsgrundsätzen, Staatszielbestimmungen und Strukturprinzipien auf.⁵⁸ In der daraus folgenden großen Interpretationsoffenheit liegt verfassungsvergleichendes Potenzial,⁵⁹ auch wenn das rechtsvergleichende Arbeiten dadurch nicht einfacher werden muss.⁶⁰ Auf der anderen Seite sind Verfassungen und das Verfassungsrecht traditionell eng mit einem konkreten Staat als Bezugsobjekt verbunden. Diese Objektbezogenheit bei der Verfassungsinterpretation, die traditionell durch die Verfassungsgerichtsbarkeit einer Nation stattfindet, wird mitunter als “vergleichshemmend” beschrieben.⁶¹

Es wäre allerdings unzutreffend, denjenigen Staaten, deren Verfassungsrecht stark durch die Rechtsprechung ihrer Verfassungsgerichte geprägt wird, eine Offenheit für vergleichende Überlegungen abzusprechen.⁶² Vielmehr wird man differenzieren müssen. Einerseits gibt es Staaten, deren Verfassungsgerichten – mitunter auch: deren (prominenten) Verfassungsrichtern – ein eher zurückhaltender Umgang mit Verfassungsvergleichung nachgesagt wird. Vielzitiertes Beispiel ist die Aussage des verstorbenen U. S.

⁵⁶ Dazu allg. *K. Zemanek*, Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?, *ZaöRV* 24 (1964), 453 (461 ff.); *G. Ress*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, *ZaöRV* 36 (1976), 227 (243 ff.); *U. Kischel* (Anm. 48), § 2 Rn. 81 f.; vgl. auch Art. 38 Abs. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs: “Der Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden, wendet an [...] die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze [...]”.

⁵⁷ Vgl. zum Begriff des “Deutschen” etwa Art. 116 Abs. 1 GG.

⁵⁸ *A. von Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, 19; *M. Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, *Der Staat* 52 (2013), 339 (356).

⁵⁹ Vgl. *A. von Bogdandy* (Anm. 58), 11.

⁶⁰ Zu der mitunter geäußerten Überzeugung, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht sei schwierig, vgl. *C. Fuchs* (Anm. 41), 2.

⁶¹ *B.-O. Bryde*, Warum Verfassungsvergleichung?, *JÖR* 64 (2016), 431 (438); vgl. auch *C. Fuchs* (Anm. 41), 2.

⁶² So allerdings *C. Schönberger* (Anm. 42), 15 f., der für Deutschland mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine zurückhaltende Bilanz zieht; anders *B. Wieser* (Anm. 39), 36: relativ weitreichende rechtsvergleichende Praxis des BVerfG.

Supreme Court-Richters *Antonin Scalia*, Rechtsvergleichung sei zwar möglicherweise inspirierend, aber aus verfassungsrechtlicher Perspektive irrelevant.⁶³ Gerade unter den Vertretern des *originalism*, die eine Ermittlung des *original intent* bzw. *original meaning* fordern,⁶⁴ stößt ein vergleichender Ansatz auf vehemente Ablehnung. Die eigene Verfassungsordnung lasse sich nicht durch die in anderen Ländern von Rechtsetzung und Rechtsprechung entwickelten Normen und Konzepte auslegen.⁶⁵ Auf der anderen Seite finden sich aber auch Staaten, in denen die Verfassungsgerichte von Verfassungen wegen zur Rechtsvergleichung bei der Verfassungsinterpretation ermutigt werden. So erlaubt etwa die Verfassung von Südafrika den Gerichten ausdrücklich die Berücksichtigung ausländischen Rechts.⁶⁶

Eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit und rechtsvergleichende Überlegungen sind daher keineswegs inkompatibel. Es spricht vielmehr umgekehrt einiges für die These, dass Verfassungsgerichte – gerade dann, wenn ihnen besondere Bedeutung bei der Auslegung des Verfassungsrechts zukommt – eine möglichst umfassende Ausleuchtung eines Rechtsproblems anstreben sollten. Bei dieser Aufgabe können rechtsvergleichende Überlegungen ohne Zweifel Gewinn bringen, vergrößern sie doch – um mit einem *Ernst Zitelmann* zugeschriebenen Ausdruck zu sprechen – regelmäßig den “Vorrat an Lösungen”.

⁶³ Vgl. *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815, 868 mit Fn. 4 (1988) (*Scalia*, J., abw. Meinung); ferner auch *A. Scalia*, Commentary, St. Louis U.L.J. 40 (1996), 1119; sowie *N. Dorsen*, The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer, I.CON 3 (2005), 519 ff. Der U. S. Supreme Court selbst hat durchaus Rechtsvergleichung betrieben, vgl. dazu *C. Bezemek*, Dangerous Dicta? Verfassungsvergleichung in der Rechtsprechung des US Supreme Court, Journal für Rechtspolitik 18 (2010), 207 ff.

⁶⁴ Vgl. dazu *W. Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers als Interpretationsmaximen, in: *W. Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, 2014, 213 ff.

⁶⁵ In Stellung gebracht gegen die Verfassungsvergleichung wird damit der Grundsatz der Volkssouveränität, vgl. auch *A. Scalia* (Anm. 63), 1119: “It is quite impossible for the courts, creatures and agents of the people of the United States, to impose upon those people of the United States norms that those people themselves (through their democratic institutions) have not accepted.” Seit einiger Zeit mehren sich auch in den Vereinigten Staaten allerdings die Stimmen, die sich für den Wert einer Verfassungsvergleichung aussprechen, Nachweise bei *S. Müller-Franken*, Verfassungsvergleichung, in: *O. Depenheuer/C. Grabenwarter* (Anm. 36), § 26 Rn. 31 mit Fn. 110.

⁶⁶ Art. 39 Abs. 1: “When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a.) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b.) must consider international law; and (c.) may consider foreign law.” Vgl. dazu *A. Jakab* (Anm. 50), 54; *A. Jakab*, Judicial Reasoning ... (Anm. 55), 1252; *S. Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, 247 ff.

2. Rechtsvergleichende Verfassungsrechtsprechung

Angesichts des vorstehend beschriebenen Erkenntnispotenzials lässt sich die Frage danach, ob das Bundesverfassungsgericht Verfassungsvergleichung betreiben sollte, nachdrücklich bejahen. Das Bewusstsein für den Wert einer vergleichenden Perspektive besteht auch nicht erst seit heute: Das Gericht hat bereits sehr früh in seinen Entscheidungen⁶⁷ auch andere Rechtsordnungen betrachtet,⁶⁸ zunächst noch mit einem relativ starken Fokus auf den europäischen sowie den nordamerikanischen Rechtskreis.⁶⁹ Im *Lüth*-Urteil wurde zum Grundrecht auf Meinungsäußerung gleichsam historisch vergleichend unter Verweis auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 ausgeführt, hierbei handele es sich um eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt.⁷⁰ Weiter heißt es in den Urteilsgründen unter Bezugnahme auf eine Formulierung des liberalen Supreme Court-Richters *Benjamin N. Cardozo* (1870-1938), das Recht auf Meinungsäußerung sei die Grundlage nahezu jeder anderen Freiheit.⁷¹ Einige Entscheidungsbände später scheinen rechtsvergleichende Betrachtungen im Spannungsverhältnis von Pressefreiheit und Sicherheitsinteressen des Staates auf: Im *Spiegel*-Urteil des Ersten Senats finden sich Bezugnahmen auf andere Rechtssysteme, und zwar sowohl bei den die Entscheidung tragenden vier Stimmen wie auch in der („abweichenden“) Argumentation – das Sondervotum wurde erst im Dezember 1970 eingeführt – der übrigen Senatsmitglieder.⁷² Rechtsvergleichung hat das Gericht aber nicht nur in Entscheidungen zu den elementaren Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit betrieben. Auch bei spezielleren Fragestellungen, etwa zum Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 GG),⁷³ zur Auslegung des Wohnungsbegriffs (Art. 13 GG)⁷⁴

⁶⁷ Rechtsvergleichende Ausführungen finden sich in erster Linie in den Senatsentscheidungen, deutlich seltener hingegen in den Entscheidungen der Kammern (zuvor „Dreier-Ausschüsse“ bzw. „Vorprüfungsausschüsse“), die nicht der Ort für die Aufarbeitung schwieriger verfassungsdogmatischer Fragen sind und regelmäßig deutlich weniger ausgreifend ausfallen, vgl. auch *S. Baer*, Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus, JÖR 63 (2015), 389 (395 f.)

⁶⁸ Überblick über rechtsvergleichende Ausführungen in frühen Entscheidungen des BVerfG bei *J. M. Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), 193 (228 ff.).

⁶⁹ Vgl. *S. Baer* (Anm. 67), 392; sowie die Übersicht bei *A. M. Cárdenas Paulsen*, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, 44 ff.

⁷⁰ BVerfGE 7, 198 (208) (*Lüth*).

⁷¹ BVerfGE 7, 198 (208) (*Lüth*); vgl. auch Richter *B. N. Cardozo* in dem Verfahren *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937).

⁷² BVerfGE 20, 162 (208, 220 f.) (*Spiegel*).

⁷³ BVerfGE 28, 243 (258 f.) (*Kriegsdienstverweigerung*).

⁷⁴ BVerfGE 32, 54 (70) (*Betriebsbetretungsrecht*).

sowie zum früheren Eheverbot bei Geschlechtsgemeinschaft (Art. 6 GG)⁷⁵ hat es einen Blick über die Grenzen der eigenen Verfassungsordnung hinaus gewagt. Im Laufe der Jahre haben Gerichtsentscheidungen aus den unterschiedlichsten Rechtskreisen Eingang in die amtliche Sammlung des Bundesverfassungsgerichts gefunden.⁷⁶

Die Judikatur anderer Verfassungsgerichte wird auch in unserem Jahrzehnt vom Bundesverfassungsgericht rezipiert:⁷⁷ In seiner *Fraport*-Entscheidung aus dem Jahr 2011 hat der Erste Senat für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG auch Orte umfasst, die außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegen, unter anderem auf von den höchsten Gerichten der Vereinigten Staaten und Kanadas entwickelte Kriterien zur Figur des “*public forum*” verwiesen.⁷⁸ Fünf Jahre später hat der Zweite Senat in seinem *OMT*-Urteil zur Frage des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die maßgeblichen Entscheidungen einer ganzen Reihe von Verfassungs- bzw. Höchstgerichten anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union angeführt.⁷⁹ Vergleichbares gilt für die Recht-

⁷⁵ BVerfGE 36, 146 (165) (*Eheverbot*).

⁷⁶ Vgl. für den Zeitraum von 1951 bis 2007 auch die empirische Untersuchung von A. M. Cárdenas Paulsen (Anm. 69); aufschlussreiches Zahlenmaterial bei S. Martini (Anm. 66), 86 ff.

⁷⁷ Übrigens wird umgekehrt auch das Bundesverfassungsgericht von ausländischen Gerichten zitiert, so etwa in Entscheidungen des kanadischen Supreme Court und des südafrikanischen Verfassungsgerichts, Belege und weitere Beispiele bei H.-P. Schneider (Anm. 46), 301. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sind mittlerweile über 300 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in englischer Sprache auf der Homepage des Gerichts abrufbar; in gedruckter Form und zudem thematisch geordnet gibt das Bundesverfassungsgericht seine grundlegenden Entscheidungen englischsprachig als “Decisions of the Bundesverfassungsgericht” heraus; zuletzt erschienen ist der fast 1000 Seiten starke Band V (Family-Related Decisions 1957-2010), der sich als Beitrag zu einem globalen Verfassungsgerichtsdialoog versteht (vgl. A. Voßkuhle, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Bd. V, 2013, Preface, XIX). Die früher geäußerte Kritik an der häufig fehlenden Entscheidungsübersetzung (vgl. J. A. Frowein [Anm. 16], 806) hat das Gericht mithin aufgenommen.

⁷⁸ BVerfGE 128, 226 (253) (*Fraport*): “Zum anderen beantwortet sich die Frage, ob ein solcher außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegender Ort als ein öffentlicher Kommunikationsraum zu beurteilen ist, nach dem Leitbild des öffentlichen Forums (vgl. zu ähnlichen Kriterien: Supreme Court of Canada, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S. C. R. 139; Supreme Court of the United States, *International Society for Krishna Consciousness [ISKCON] v. Lee*, 505 U. S. 672 [1992]). Dieses ist dadurch charakterisiert, dass auf ihm eine Vielzahl von verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen verfolgt werden kann und hierdurch ein vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht entsteht.” Ein weiteres jüngeres Beispiel für die Bezugnahme auf ausländische Gerichte ist das Urteil des Zweiten Senats zur Privatisierung des Maßregelvollzugs, in dem auf eine Entscheidung des Supreme Courts von Israel verwiesen wird, vgl. BVerfGE 130, 76 (121).

⁷⁹ BVerfGE 142, 123 (197 f. Rn. 142) (*OMT*): “Auch im Verfassungsrecht zahlreicher anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union finden sich Vorkehrungen zum Schutz der Verfassungsidentität und der Grenzen der Übertragung von Souveränitätsrechten auf die Europäische Union (vgl. insoweit BVerfGE 134, 366 [387 Rn. 30]). Die weitaus überwiegende

sprechung von Europäischem Gerichtshof (EuGH) und EGMR.⁸⁰ In der Tat kann gerade im europäischen Rechtsraum Rechtsvergleichung besonders fruchtbar sein, weisen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union doch einen “Grundkanon” an übereinstimmenden Werten auf (vgl. auch Art. 2 Vertrag über die Europäische Union [EUV]).⁸¹

Zahl der Verfassungs- und Höchstgerichte der anderen Mitgliedstaaten teilt für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass der (Anwendungs-)Vorrang des Unionsrechts nicht unbegrenzt gilt, sondern dass ihm durch das nationale (Verfassungs-)Recht Grenzen gezogen werden (vgl. für das Königreich Dänemark: *Højesteret*, Urteil vom 6.4.1998 – I 361/1997 –, Abschn. 9.8; für die Republik Estland: *Riigikohus*, Urteil vom 12.7.2012 – 3-4-1-6-12 –, Abs.-Nr. 128, 223; für die Französische Republik: Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2006-540 DC vom 27.7.2006, 19. Erwägungsgrund; Entscheidung Nr. 2011-631 DC vom 9.6.2011, 45. Erwägungsgrund; Conseil d’État, Urteil vom 8.2.2007, Nr. 287110 (Ass.), *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, EuR 43 (2008), 57 (60 f.); für Irland: Supreme Court of Ireland, *Crotty v. An Taoiseach*, (1987), I.R. 713 (783); *S.P.U.C. (Ireland) Ltd. v. Grogan*, (1989), I.R. 753 (765); für die Italienische Republik: Corte Costituzionale, Entscheidung Nr. 98/1965, *Acciaierie San Michele*, EuR 2 (1966), 146; Entscheidung Nr. 183/1973, *Frontini*, EuR 10 (1974), 255; Entscheidung Nr. 170/1984, *Granital*, EuGRZ 12 (1985), 98; Entscheidung Nr. 232/1989, *Fragd*; Entscheidung Nr. 168/1991; Entscheidung Nr. 117/1994, *Zerini*; für die Republik Lettland: Satversmes tiesa, Urteil vom 7.4.2009 – 2008-35-01 –, Abs.-Nr. 17; für die Republik Polen: Trybunal Konstytucyjny, Urteile vom 11.5.2005 – K 18 /04 –, Rn. 4.1., 10.2.; vom 24.11.2010 – K 32 /09 –, Rn. 2.1. ff.; vom 16.11.2011 – SK 45/09 –, Rn. 2.4., 2.5.; für das Königreich Spanien: Tribunal Constitucional, Erklärung vom 13.12.2004, DTC 1/2004, Punkt 2 der Entscheidungsgründe, EuR 40 (2005), 339 (343) und Entscheidung vom 13.2.2014, STC 26/2014, Punkt 3 der Entscheidungsgründe, HRLJ 34 (2014), 475 (477 f.); für die Tschechische Republik: Ústavní Soud, Urteil vom 8.3.2006, Pl. ÚS 50/04, Abschn. VI.B.; Urteil vom 3.5.2006, Pl. ÚS 66/04, Rn. 53; Urteil vom 26.11.2008, Pl. ÚS 19/08, Rn. 97, 113, 196; Urteil vom 3.11.2009, Pl. ÚS 29/09, Rn. 110 ff.; Urteil vom 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, Abschn. VII.; für das Vereinigte Königreich: High Court, Urteil vom 18.2.2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, (2002) EWHC 195 (Admin), Abs.-Nr. 69; UK Supreme Court, Urteil vom 22.1.2014, *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. The Secretary of State for Transport*, (2014) UKSC 3, Abs.-Nr. 79, 207; Urteil vom 25.3.2015, *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, (2015) UKSC 19, Abs.-Nr. 54, 58, 72 bis 92.)”

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 133, 59 (80 f. Rn. 56) (*Sukzessivadoption*): “Neben Deutschland erlauben Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Polen, Rumänien, die Slowakei, Slowenien, Ungarn, England und Wales, Kroatien, Monaco und die Türkei Einzeladoptionen durch homosexuelle Personen. Eine entsprechende Entwicklung ist in der Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts (vgl. einerseits BVerfGE 6, 389 und andererseits BVerfGE 105, 313; 124, 199) wie auch der europäischen Gerichte erkennbar (vgl. zur rechtlichen Gleichstellung eingetragener Lebenspartner im Allgemeinen EuGH, Urteil vom 1.4.2008 – C-267/06 – *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, EuZW 19 (2008), 314 ff.; zur Einzeladoption durch eine homosexuelle Person einerseits früher EGMR, Urteil vom 26.2.2002 – 35615/97 – *Fretté v. Frankreich*, FamRZ 51 (2003), 149 ff.; andererseits jetzt EGMR, Urteil vom 22.1.2008 – 43546/02 – *E.B. v. Frankreich*, NJW 62 (2009), 3637 ff.)”

⁸¹ Hierzu auch *A. von Bogdandy*, *European Law Beyond “Ever Closer Union” Repositioning the Concept, Its Thrust and the EJC’s Comparative Methodology*, ELJ 22 (2016), 519 (534): “basic constitutional standards”.

ZaöRV 79 (2019)

Wirft man einen genaueren Blick in die jeweiligen Entscheidungsgründe, so zeigt sich einerseits zwar, dass Rechtsvergleichung in der deutschen Verfassungsrechtsprechung sicher nicht den Platz einer "fünften Auslegungsmethode" im Sinne Häberles⁸² einnimmt und schon quantitativ eher die Ausnahme als die Regel darstellt.⁸³ Andererseits griffe es zu kurz, den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – wie dies teilweise der Fall ist – ein generelles Defizit an Rechtsvergleichung⁸⁴ zu attestieren. Tatsächlich kommt ihr eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung zu: teils sichtbar als Unterstützung bzw. (möglichst breite) Absicherung eines gefundenen Ergebnisses im Sinne einer "Auslegungshilfe",⁸⁵ teils hinter den Kulissen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung. Die dort praktizierte Rechtsvergleichung findet aus unterschiedlichen Gründen⁸⁶ nicht immer Eingang in die veröffentlichten Entscheidungen des Gerichts;⁸⁷ vielfach enthalten aber die Voten, also die im Vorfeld einer Kollegialentscheidung als deren Grundlage erarbeiteten Gutachten, weitreichende rechtsvergleichende Ausführungen.⁸⁸ In den von der Öffentlichkeit wenig wahrgenommenen Wirkungsbereich fällt auch die persönliche Interaktion der Richter europäischer Verfassungs- bzw. Höchstgerichte,⁸⁹ Anfang dieses Jahres etwa bei einer Tagung im Berliner Wissenschaftskolleg zum Thema Verfassungsgerichte und politischer Wandel in Europa oder im Rahmen des "Heidelberger Gesprächskreises

Art. 2 EUV lautet: "Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet."

⁸² Dazu P. Häberle, Grundrechtsgeltung ... (Anm. 44), 916; P. Häberle, Europäische Rechtskultur, 1994, 78; vgl. auch M. D. Poli (Anm. 55), 45.

⁸³ So auch S. Baer (Anm. 67), 391 f., 397; vor überzogenen Erwartungen an die Rechtsvergleichung insoweit warnend R. Bernhardt (Anm. 40), 443.

⁸⁴ So P. Häberle, Das deutsche BVerfG, eine "Nachlese" zu 60 Jahren seiner Tätigkeit, in: P. Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, 2014, 251 (256 f.).

⁸⁵ So auch C. Starck (Anm. 45), 1024; zu verschiedenen Funktionen verfassungsvergleichender Argumentation M. Wendel (Anm. 58), 344 ff.

⁸⁶ Etwa: keine quantitative Überfrachtung der Entscheidung; keine Entscheidungserheblichkeit der rechtsvergleichenden Erwägungen.

⁸⁷ Dazu auch M. Wendel (Anm. 58), 342.

⁸⁸ Für eine Veröffentlichung der internen (rechtsvergleichenden) Dokumente und Arbeitsgrundlagen der Gerichte etwa A. von Bogdandy (Anm. 81), 537 f., mit Verweis auf die bereits bestehende Praxis des italienischen Corte Costituzionale.

⁸⁹ Vgl. auch M. Claes/M. de Visser, Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks, Utrecht Law Review 8 (2012), 100 ff.; C. Grabenwarter/E. Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, 2013.

Verfassungsgerichtsverbund”.⁹⁰ Die im Rahmen von Begegnungen zum Wissens- und Erfahrungsaustausch gewonnenen Erkenntnisse finden über diesen Weg nicht selten Eingang in die Verfassungsrechtsprechung.⁹¹

Ein ganz anschauliches Beispiel für den internationalen Diskurs im Alltag des Bundesverfassungsgerichts stellt etwa der konkret-individuelle Austausch mit anderen Verfassungsgerichten durch Einrichtungen des Europarats dar. Über das *Venedig-Forum* bzw. die *Venedig-Kommission*⁹² können sich ausländische Verfassungsgerichte ebenso wie das Bundesverfassungsgericht darüber informieren, ob in den Mitgliedstaaten des Europarats bereits (Verfassungs-)Rechtsprechung zu bestimmten Einzelfragen existiert.⁹³ Darüber hinaus behält das Gericht auch die aktuelle Rechtsprechung weiterer ausländischer Verfassungsgerichte von Nordamerika über Afrika bis Asien im Blick. Seit dem Jahr 2017 erscheint etwa hausintern unser “Newsletter International”, der Monat für Monat fremde Entscheidungen komprimiert darstellt und den Richterinnen und Richtern wie auch allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch Links unmittelbar zugänglich macht.

Man wird daher sagen können, dass die Rechtsvergleichung nicht nur die Wissenschaft beschäftigt, sondern auch in der Praxis im Karlsruher Verfassungsgerichtssaal angekommen ist.⁹⁴

3. (Praktische) Voraussetzungen der Verfassungsvergleichung

Wie aber betreibt man seriös Verfassungsvergleichung? Die Frage kann im vorliegenden Rahmen nicht näher behandelt werden. Nur so viel: Ausgangspunkt muss hier die Suche nach einer funktionierenden Methode

⁹⁰ Dazu <<http://www.mpil.de>> (abgerufen am 23.5.2019).

⁹¹ J. Limbach, Globalization of Constitutional Law through Interaction of Judges, VRÜ 42 (2008), 51 (53 f.); vgl. auch K.-G. Zierlein, Entwicklung und Möglichkeiten einer Union: Die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, in: W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. I, 1987, 315 (334 f.).

⁹² Vgl. dazu und zu weiteren Foren und Institutionen der Verbundbildung A. von Bogdandy/C. Grabenwarter/P. M. Huber, Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VI, 2016, § 95 Rn. 21 ff., 24 m. w. N.

⁹³ Gerade die an das Bundesverfassungsgericht über die Venedig Kommission herangetragenen Anfragen – jährlich zumeist im zweistelligen Bereich – weisen eine breite verfassungsrechtliche Bandbreite auf.

⁹⁴ Vgl. zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Verfassungsrechtsprechung M. D. Poli (Anm. 55), 43; T. Koopmans (Anm. 55), 545; vgl. auch K.-P. Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 52 (1999), 1017 (1024, 1028).

sein.⁹⁵ Dabei lässt sich in der Literatur “die” verfassungsvergleichende Methode nicht ausmachen, es herrscht vielmehr eine gewisse Vielfalt an unterschiedlichen Angeboten, wie Verfassungsvergleichung zu betreiben sei. Umstritten ist bereits, ob Vergleichung nur durch das Nebeneinander mehrerer Methoden funktionieren kann, oder ob weniger Methodenvielfalt hier mehr ist.⁹⁶ Einigkeit besteht aber jedenfalls darüber, dass sich Vergleichung nicht in einem kommentarlosen (empirischen) Zusammenstellen von Unterschieden und Gemeinsamkeiten oder einer simplen Begriffs- bzw. Normenvergleichung erschöpfen darf.⁹⁷ Vielmehr wird ertragreiche Rechtsvergleichung regelmäßig mehrere Phasen bzw. Schritte durchlaufen müssen: von einer sichtend-beschreibenden über eine erklärende Stufe bis hin zum eigentlichen Kern der Vergleichung, dem Gegenüberstellen und Bewerten des Materials.⁹⁸ Dabei ist gerade für die auf die konkrete Rechtsanwendung festgelegte (Verfassungs-)Rechtsprechung eine Vergleichsmethode interessant, die sich auf die Lösung eines spezifischen Sachproblems richtet.⁹⁹ Diesem Bedürfnis nimmt sich die funktionale Rechtsvergleichung an, die danach fragt, welche Lösungen die Rechtsordnungen verschiedener Nationen für ein spezielles Sachproblem bereitstellen.¹⁰⁰

Allerdings sollte die Verfassungsrechtsvergleichung nicht blind sein für die jeweilige kulturelle Einbettung spezifischer rechtlicher Lösungsansätze. Verfassungsvergleichung erfordert insofern immer auch Kulturvergleichung oder zumindest hinreichende Sensibilität für die kulturelle Prägung norma-

⁹⁵ Einer überzeugenden Methode bedarf es, um Vorwürfe zu entkräften, wonach Verfassungs- bzw. Rechtsvergleichung vordergründig und selektiv (vgl. zum Vorwurf des “cherry-picking” und Möglichkeiten seiner Entkräftung R. Hirschl [Anm. 37], 187 f.) betrieben werde. Allgemein kritisch bereits H. Nawiasky, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 25 (26): “Ebensowenig wie aus geschichtlich voneinander entfernten Rechtszuständen Auslegungsgesichtspunkte gewonnen werden können, ist es zulässig, aus staatlich getrennten Rechtsordnungen Schlüsse aufeinander zu ziehen.” Ein praktischer Einwand gegen (jedenfalls von Gerichten betriebene) Verfassungsvergleichung betont die (für umfassende Rechtsvergleichung) nötigen großen Arbeitskapazitäten bei gleichzeitig hohem Entscheidungsdruck, zum Ganzen C. Hillgruber (Anm. 19), 385.

⁹⁶ Vgl. hierzu auch B. Wieser (Anm. 39), 38 f.; A. von Bogdandy, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschels Comparative Matters, Der Staat 55 (2016), 103 (107 f.).

⁹⁷ K. Zweigert/H. Kötz (Anm. 37), 42 f.

⁹⁸ Vgl. allg. bereits L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. II, 1972, 137 ff., der den methodologischen Prozess in drei Phasen (Kenntnis – Verständnis – Vergleichung) unterteilt.

⁹⁹ Die konkrete Arbeit der Verfassungsgerichte ist damit zugleich der Ort, an dem sich die Praxistauglichkeit von Rechtsvergleichung überprüfen lässt, vgl. auch M. Andenas/D. Fairgrieve (Anm. 52), 4: “courts have become the laboratories of comparative law”.

¹⁰⁰ Dazu näher U. Kischel (Anm. 48), § 1 Rn. 14 ff., § 3 Rn. 6 ff.; vgl. bereits F. Münch, Einführung in die Verfassungsvergleichung, ZaöRV 33 (1973), 126 (139 f.).

tiver Grundaussagen,¹⁰¹ spiegeln Verfassungen doch – wenngleich in unterschiedlichem Maße – die Realitäten “ihres” Staates wider.¹⁰² Die Bedürfnisse der Menschen sind ebenso wie ihre Mentalitäten nicht überall gleich. Daher tut Rechtsvergleichung gut daran, die rechtskulturelle Dimension dieser Gegebenheit zu erkennen und ernst zu nehmen.¹⁰³ Rechtsvergleichendes Arbeiten darf bei Staaten und ihren Verfassungen nicht zu einer Erosion von eigener Identität führen.

Darüber hinaus ist Rechts- bzw. Verfassungsvergleichung angewiesen auf eine zuverlässige Arbeitsgrundlage in Gestalt von aktuellem, gut aufbereitetem Material.¹⁰⁴ Vorarbeiten zu einer fremden Rechtsordnung, etwa in Gestalt einer Auslandsrechtskunde, können den mühsamen Weg der Rechtsvergleichung¹⁰⁵ deutlich erleichtern. Bei der Bewältigung dieser Mammutaufgabe ist das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ein wichtiger Akteur, ausgewiesen etwa durch die maßgeblich von ihm seit nunmehr über zehn Jahren herausgegebene mehrbändige Reihe der “Constitutions of the Countries of the World (CCW)”. Ein (ebenfalls aktuelles) Beispiel eines Referenzwerkes im Bereich des vergleichenden Verfassungsrechts ist die von der Max-Planck-Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit betreute Online-Datenbank “Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (MPECCoL)”,¹⁰⁶ die sich zum Ziel gesetzt hat, alle Bereiche des Verfassungsrechts aus vergleichender Sicht abzudecken und dabei sämtliche Rechtskulturen ebenso wie die verschiedenen Methoden der Verfassungsvergleichung einzubeziehen. Verfassungsvergleichung kann aber auch mit dem Fokus auf die Arbeit der Verfassungsgerichte betrieben werden. Dies hat sich das vor zwei Jahren erschienene und unter anderem von *András Jakab* herausgegebene Werk zum vergleichenden Verfassungsdenken (“*Comparative Constitutional*

¹⁰¹ Näher dazu *R. Wahl* (Anm. 45), 96 ff.; *S. Baer* (Anm. 45), 735 ff.

¹⁰² Vgl. allg. auch *C. Starck* (Anm. 45), 1023.

¹⁰³ Vgl. auch *L.-J. Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. III, 1983, 54 ff.; *U. Kischel* (Anm. 48), § 3 Rn. 11. Hiermit im Zusammenhang steht die Frage, inwieweit Rechtsvergleichung auf die Erkenntnisse aus anderen Wissenschaftsdisziplinen und Hilfswissenschaften (etwa: Ökonomie, Soziologie, Statistik) angewiesen ist, vgl. dazu *E. Schmidt-Aßmann* (Anm. 40), 824 ff.

¹⁰⁴ Für das Gebiet des Europarates veröffentlicht die Venedig-Kommission seit 1993 etwa das Bulletin on Constitutional Case-Law (seit dem Jahrgang 2000 abrufbar unter <<http://www.venice.coe.int>> (abgerufen am 23.5.2019); zudem ist die elektronische Datenbank “CODICES” verfügbar <<http://www.codices.coe.int>> (abgerufen am 23.5.2019).

¹⁰⁵ Vgl. bereits *G. Ress* (Anm. 56), 227 (230, 255).

¹⁰⁶ Abrufbar unter <<http://oxcon.ouplaw.com>> (abgerufen am 23.5.2019).

Reasoning”) zur Aufgabe gemacht.¹⁰⁷ Diese und andere engagierte Projekte aus der jüngeren Vergangenheit zeugen von einer beeindruckenden Dynamik auf dem Gebiet der Verfassungsvergleichung, der sich das Bundesverfassungsgericht nicht verschließen wird.

IV. Ausblick: Maß und Mitte als Königsweg

Die Berührungspunkte des Bundesverfassungsgerichts mit dem Recht jenseits der eigenen Verfassungsordnung sind zwar nicht allgegenwärtig, aber doch sehr vielfältig. Wenn wir uns noch einmal den beiden Heidelberger Spaziergängern zuwenden, stellen wir fest, dass keine ihrer Thesen in Reinform Realität geworden ist. Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt die verbindlichen Vorgaben des Völkerrechts, passt sie aber in die Struktur der nationalen Rechtsordnung ein. Es betreibt sichtbar Rechtsvergleichung, allerdings nicht inflationär, sondern dort, wo es dies für angemessen und hilfreich erachtet. Es fördert den Austausch zwischen Gerichten und Richtern und ist sich der Bedeutung bewusst, die eine Erweiterung des eigenen rechtlichen Horizonts mit sich bringt. Man könnte daher sagen: Das Gericht hat einen Mittelweg beschritten. Zwar heißt es noch bei dem Barockdichter *Friedrich von Logau*: “In Gefahr und großer Noth/Bringt der Mittel-Weg den Tod.”¹⁰⁸ Deutschland hat mit seiner “Verfassung der Mitte”¹⁰⁹ die Herausforderungen der letzten Jahrzehnte aber sehr erfolgreich bewältigt. Das sollte uns auch für die Zukunft optimistisch stimmen.

¹⁰⁷ A. Jakab/A. Dyevre/G. Itzcovich (Hrsg.), *Comparative Constitutional Reasoning*, 2017.

¹⁰⁸ F. von Logau. *Der Mittel-Weg*, in: Gustav Eitner (Hrsg.), *Sämtliche Sinngedichte*, 1872, 421.

¹⁰⁹ Näher dazu A. Voßkuhle/T. Wischmeyer, *Die Verfassung der Mitte*, 2016.

