

Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts
für Internationales Recht an der Universität Kiel

Band 200

Vergleichende Verfassungsrechtsprechung

Praxis, Viabilität und Begründung
rechtsvergleichender Argumentation
durch Verfassungsgerichte

Von

Stefan Martini



Duncker & Humblot · Berlin

Stefan Martini

Vergleichende Verfassungsrechtsprechung

**Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts
für Internationales Recht an der Universität Kiel**

In der Nachfolge von Jost Delbrück
herausgegeben von

Andreas von Arnould, Nele Matz-Lück
und Kerstin von der Decken
Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht

Band 200

Völkerrechtlicher Beirat des Instituts:

Christine Chinkin

London School of Economics

James Crawford

International Court of Justice,
The Hague

Lori F. Damrosch

Columbia University, New York

Rainer Hofmann

Johann Wolfgang Goethe-
Universität, Frankfurt a.M.

Fred L. Morrison

University of Minnesota,
Minneapolis

Eibe H. Riedel

Universität Mannheim

Allan Rosas

Court of Justice of the European
Union, Luxemburg

Bruno Simma

Iran-United States Claims
Tribunal, The Hague

Daniel Thürer

Universität Zürich

Christian Tomuschat

Humboldt-Universität, Berlin

Rüdiger Wolfrum

Max-Planck-Stiftung für
Internationalen Frieden
und Rechtsstaatlichkeit,
Heidelberg

Vergleichende Verfassungsrechtsprechung

Praxis, Viabilität und Begründung
rechtsvergleichender Argumentation
durch Verfassungsgerichte

Von

Stefan Martini



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft
der VG WORT.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1435-0491
ISBN 978-3-428-15271-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55271-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85271-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

„Here (...) elsewhere underwrites my existence.“¹

Der Paratext des Qualifikationsschriftenvorworts hat seine eigenen Gesetze, denen ich mich nicht entziehen möchte. Eigen ist dieser Textsorte vor allem, dass sie (zumeist Dank ausdrückenden) Aussagen über Geschehnisse und Beziehungen Raum gibt, die den eigentlichen Haupttext mitkonstituiert haben, aber gleichwohl außer ihm stehen müssen. Im Haupttext regiert die individuelle Herrlichkeit des Wissenschaftlers auf der Suche nach Wahrheit und Erkenntnis. Aber außerhalb kann ich bekennen, in soziale und kollektive Erfahrungen eingebettet zu sein, die nicht immer den Idealen vollkommen szientifizistischer Rationalität entsprechen mögen, aber gleichwohl zum Prozess der Herstellung des hier vorgelegten Stücks Wissenschaft beigetragen haben.

Dies gilt vor allem für den Gegenstand dieser Arbeit, der sich – so scheint es mir jedenfalls – den Weg zu mir gebahnt hat, anstatt dass ich ihn mir bewusst gesucht hätte. In ihrer Isoliertheit unbedeutende Erlebnisse – wie eine Exkursion zum Bundesverfassungsgericht mit Studierenden der Helmut-Schmidt-Universität und ein dort stattfindendes Gespräch mit Verfassungsrichter Prof. Dr. Winfried Hassemer, rechtsvergleichende Recherchen am Lehrstuhl meines Doktorvaters, Prof. Dr. Andreas von Arnould, oder die Irritation durch die starre Positionierung des faszinierenden und vor kurzem verstorbenen U.S.-Supreme-Court-Richters Antonin Scalia – haben zusammengewirkt, sodass irgendwann das Thema vor mir lag und die (rechtsvergleichende) Neugier nur noch zugreifen musste bzw. konnte. Mein erster Dank muss daher an mein Dissertationsthema selbst gehen, das mich gefordert und mir zugleich viel gegeben hat, unter anderem die Gelegenheit, mich mit der Relationalität juristischer Artefakte, Erkenntnisse und Ordnungen zu befassen.

Während des Herstellungsprozesses einer Dissertation ist man nicht selten mit sich und seinen Gedanken, Zweifeln und Stimmungsamplituden allein. Daher weiß ich es zu schätzen, dass ich viele Anregungen, Motivation, Ansporn und auch ein (hoffentlich) über den Gegenstand dieser Arbeit hinausreichendes Hintergrundverständnis vielen Begegnungen und Gesprächen verdanke. Zu erwähnen sind hier solche mit Kolleginnen und Kollegen sowie insbesondere mit den Lehrstuhlteams von Prof. von Arnould in Hamburg, Münster und Kiel, mit denen ich das Vergnügen

¹ Ein letztlich verkehrter *Philipp Larkin*, *The Importance of Elsewhere* [1955]. Im Original heißt es: „Here no elsewhere underwrites my existence“. Den Hinweis auf das Gedicht verdanke ich *P. Legrand*, *The same and the different*, in: *Legrand/Munday* (Hg.), *Comparative legal studies: traditions and transitions*, 2003, 240, 275 Fn. 129, dort im ursprünglichen Zustand zitiert.

hatte zusammenzuarbeiten. Vorstellen und diskutieren durfte ich die Dissertation in unterschiedlichen Stadien vor anderen Doktoranden wiederum an der Helmut-Schmidt-Universität, an der Juristischen Fakultät in Münster sowie am Walther-Schücking-Institut. Mein Dank geht auch an Prof. von Arnould und Prof. Dr. Sebastian Graf von Kielmansegg sowohl für die außerordentlich zügige Erstellung von Erst- und Zweitgutachten als auch für die ermutigenden Beurteilungen und zahlreichen hilfreichen Hinweise. Im Übrigen möchte ich die anregenden Gespräche mit Dr. Matthias Kötter gerade in der Anfangsphase der Promotion nicht missen, die uns – aus meiner Sicht glücklicherweise – von der Arbeit abgehalten haben. Und schließlich kann ich nicht genug betonen, welch großen Einfluss Prof. von Arnould auf diese Arbeit (und noch viel mehr) gehabt hat. Ohne seine intellektuelle Förderung, akademische Unterstützung und ohne seinen freundschaftlichen Zuspruch wäre diese Arbeit wohl nicht zustande gekommen. Die Kausalitätskette reicht natürlich weiter – zu ihr jedoch an anderer, geeigneter Stelle.

Weitere Hilfe haben folgende Personen geleistet, bei denen ich mich herzlich bedanken möchte: Martin Albrecht und Isabelle Haßfurther haben kleinere Rechercharbeiten durchgeführt. Teile der Arbeit haben jeweils Korrektur gelesen Lennart Beckhaus, Sinthiou Buszewski, Dr. Ekkehard Martini, Jakob von Nordheim, Dr. Roya Sangi und Tina Winter.

Ein großer Dank geht an die VG WORT sowie an die Gesellschaft zur Förderung von Forschung und Lehre am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel, die den Druck dieser Arbeit jeweils großzügig unterstützt haben. Schließlich danke ich den Herausgeber/innen, Prof. von Arnould, Prof. Dr. Kerstin von der Decken und Prof. Dr. Nele Matz-Lück für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Nach all den Danksagungen muss ich zudem – im Einklang mit dem Genre – in aller Offenheit anfügen, dass unter der langwierigen Herstellung dieser Arbeit (mit mir) noch andere gelitten haben. Für die unermessliche Geduld dieser nahen Menschen, die wissen, dass sie gemeint sind, bin ich vor allem anderen dankbar. Hervorheben möchte ich hier gleichwohl Tiffany Gardner, die mir eine unverzichtbare Stütze und Inspiration ist.

Berlin, im Januar 2018

Stefan Martini

Inhaltsübersicht

A. Einführung: Beobachtung vergleichender Verfassungsrechtsprechung	25
I. Bedeutung und Begründung vergleichender Verfassungsrechtsprechung	28
II. Forschungskontexte vergleichender Verfassungsrechtsprechung	29
III. Erkenntnisgegenstand und Methodik	41
IV. Spezifika vergleichender Verfassungsrechtsprechung	52
V. Gang der Untersuchung	57
B. Praxis: Typik und Kasuistik vergleichender Verfassungsrechtsprechung	59
I. Flexible Integration: Rechtsvergleichung am deutschen Bundesverfassungsgericht	59
II. Selbstbewusster Aktivismus: Das Südafrikanische Verfassungsgericht	247
III. Typik vergleichender Verfassungsrechtsprechungen	306
C. Viabilität: Rekonstruktion vergleichender Argumentation	327
I. Theorie und Methode der Rechtsvergleichung	327
II. Theorie und Methode – vergleichender – juristischer Argumentation	337
D. Begründung I: Öffnung des verfassungsrechtlichen Argumentationsraums	375
I. Offenheit des Verfassungsrechts	377
II. Endogene Öffnung des Verfassungsrechts	396
III. Exogene Öffnung des Verfassungsrechts	407
E. Begründung II: Legitimation durch komparative Argumentation	497
I. Legitimation durch Argumentation	498
II. Komparativer Anschluss an argumentative Suchbewegungen des Rechts	529

III. Demokratiedefizit trotz argumentativer Stärkung? Ein Abschluss	572
F. Modalität: Minima vergleichender Verfassungsrechtsprechung	576
I. Medien	577
II. Leistungen	589
III. Grenzen	605
IV. Maximen	619
G. Rekapitulation: Zusammenfassende Thesen und Ergebnisse	631
Literaturverzeichnis	636
Personen- und Stichwortverzeichnis	707

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung: Beobachtung vergleichender Verfassungsrechtsprechung	25
I. Bedeutung und Begründung vergleichender Verfassungsrechtsprechung	28
II. Forschungskontexte vergleichender Verfassungsrechtsprechung	29
1. Trends öffentlich-rechtlicher Rechtsvergleichung	29
2. Forschung zu vergleichender (Verfassungs-)Rechtsprechung	34
3. Ein Netzwerk globaler Verfassungsmigration	40
III. Erkenntnisgegenstand und Methodik	41
1. Autonome Rechtsvergleichung	42
2. Warum Verfassungsrechtsprechung	45
3. Induktion und Deduktion	46
4. Begründungsdarstellung	48
5. Perspektivität	51
IV. Spezifika vergleichender Verfassungsrechtsprechung	52
1. Pragmatik	53
2. Normativität	55
3. Funktionalität	56
V. Gang der Untersuchung	57
B. Praxis: Typik und Kasuistik vergleichender Verfassungsrechtsprechung	59
I. Flexible Integration: Rechtsvergleichung am deutschen Bundesverfassungsgericht	59
1. Die Orthodoxie – und eine apokryphe Methode	61
a) Tradition	62
b) Position	64
c) Methode	70
2. Manuelle Totalerfassung: Ein empirisches Forschungsprogramm	72
a) Grundgesamtheit	75
b) Manufaktur	76
c) Erfasste Rechtsvergleichung im weiten Sinne	77
d) Kontrollparameter	80
e) Subkutane Rechtsvergleichung unter dem Radar	81
3. Typizität der Rechtsvergleichung	86
a) Frequenz und Entwicklung der Rechtsvergleichung	86
aa) Relativität der Rechtsvergleichung	86

bb) Entwicklung der Rechtsvergleichung	91
cc) Relativierung der Rechtsvergleichung	96
dd) Nackte Zahlen	98
ee) Stabilität der Rechtsvergleichung	100
b) Reflexion der Rechtsvergleichung	100
c) Gegenstand der Rechtsvergleichung	105
d) Stationen der Rechtsvergleichung	107
aa) Urteilstatbestand	108
bb) Zulässigkeit	109
cc) Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht	111
dd) Verhältnismäßigkeit	112
e) Ursprung der Vergleichsordnungen	114
f) Distributoren der Rechtsvergleichung	117
aa) Rechtswissenschaftliche Literatur	117
bb) Externer Sachverstand	119
cc) Formelle und informelle Einspeisungen	122
dd) Verfahrensbeteiligte	124
4. Argumentationsfunktionen der Rechtsvergleichung	126
a) Grundfunktion Orientierung: Strukturierung der Argumentation	127
aa) Affirmation	127
(1) Affirmationsmarker	128
(2) Zusatz und Abschluss	131
(3) Obiter dicta	134
bb) Illustration	136
cc) Kontrastierung	137
(1) Vorbild v. Individualität	137
(2) Erst-Recht-Schluss	141
(3) Distinguishing	142
b) Konkretisierung: Aufladung von Verfassungsrecht	143
aa) Beispiele aus der Rechtsprechung	144
bb) Leitbildtransfer	146
cc) Umgekehrte Konkretisierung	151
c) Implementationsabgleich	151
aa) Recht als Rechts-Praxis	152
bb) Einschätzung der Gefährdung von Verfassungsgütern	153
cc) Einengung des gesetzgeberischen Spielraums	155
dd) Alternative Regelungsmöglichkeiten	156
ee) Wertungsabhängigkeit	158

- d) Konsens: Universalisierung der Rechtsvergleichung 159
 - aa) Stufungen und Repräsentation der Universalität 160
 - (1) Alle und keiner 160
 - (2) Qualifizierte Universalität 161
 - (3) Quasi-Universalität 162
 - (4) Quantifizierte Universalitätsannäherungen 163
 - (5) Europäische Universalität 165
 - (6) Völkerrechtliche Repräsentationen der Universalität 167
 - bb) Tendenzen 168
 - cc) Anachronistisches *tertium*: Kultur und Zivilisation 170
- 5. Hilfe von außen im Außen: Rechtsvergleichung in abweichenden Begründungen 173
 - a) Weiter Begriff der abweichenden Begründung 175
 - b) Komparative Tendenz abweichender Begründungen? 176
 - c) Gesteigerte Gesprächigkeit 179
- 6. Borderline I: Historisierung der Rechtsvergleichung 183
- 7. Borderline II: Transnationale Rechtsvergleichung 190
 - a) Grenzüberschreitung als Katalysator der Rechtsvergleichung 192
 - aa) Kriegsbedingtheiten 192
 - bb) Auslieferung/Rechtshilfe/Asylrecht 193
 - cc) (Wirtschaftliche) Globalisierung 194
 - dd) Internationales Privatrecht 195
 - ee) Transnationale Integration 196
 - (1) Völkerrechtliche Bezüge 196
 - (2) Unionsrechtliche Bezüge 197
 - ff) Allgemeine Regeln des Völkerrechts, Art. 25 GG 206
 - b) Genuin komparatives transnationales Recht 208
 - aa) Internationales Recht 209
 - (1) Kurationsfunktion 209
 - (2) Bumerangfunktion 209
 - (3) Ambivalenz zwischen Vergleich und Verbindlichkeit 210
 - bb) Unionsrecht 212
 - (1) Ambivalenz II: Komparative Verwendungsweisen 212
 - (2) Bumerang II: Signale an den EuGH 215
 - c) Gestufte Orientierung: Die EMRK und der EGMR für die deutsche Verfassung 216
 - aa) Verfassungsrechtliche Aufwertung der EMRK 217
 - bb) Signale der Übereinstimmung 220
 - cc) Argumentative Plausibilisierungsstrategien 222
 - dd) Indizwirkungen 224

ee) Gewichtsverstärkungen	224
ff) Dialog zwischen Bundesverfassungsgericht und EGMR?	225
d) Heterarchische Hierarchie? – das Europarecht für das nationale Recht	226
8. Der dreifache Sinn der Integration: ein zusammenfassender Befund	228
a) Traditional und transnational inspirierte Dynamik: Rechtliche Integration	231
aa) Pragmatischer Beitrag zur Rechtsvergleichung	231
bb) Integration in die Tradition der Verfassungsstaatlichkeit	232
cc) Transnationale Integration	233
b) Moralische Einstimmung: Wertintegration	234
aa) Moralische Sensibilitäten	235
bb) Verfassungskulturalität: Zwischen Eigenheit und Fremdheit	237
cc) Das universale Auditorium	239
c) Konsistente Maßstäbe: Begründungsintegration	240
aa) Es kann nur eine Zitation geben	240
bb) Argumentative Funktionalität und Medialität	242
cc) Komparative Diskursverweigerung	246
II. Selbstbewusster Aktivismus: Das Südafrikanische Verfassungsgericht	247
1. Verfassungsrechtlicher Postkolonialismus	249
2. Verfassungsrechtsprechung der Transformation	251
3. Rechtsvergleichung durch Verfassung	257
a) Verbindung durch Verfassungstext	257
b) Transformation und Verfassungsfindung	258
c) Ermächtigung zur Rechtsvergleichung durch Verfassungstext	261
4. Dialogische Individualität: <i>Common-Law</i> -spezifisch wertende Rechtsvergleichung	265
a) Here and There and (Almost) Everywhere – der Einfluss des <i>Common Law</i>	265
aa) <i>Comparative Law Ethos</i>	266
bb) Dominanz der <i>Common-Law</i> -Zitationen	267
cc) Die konstitutionalistische Anwendung der <i>Common-Law</i> -Methode	267
b) Aneignung statt Übernahme	271
5. Komparative Gesprächigkeit: Praxis und Reflexion der Rechtsvergleichung	274
a) Okkasionelle Vielfalt	276
aa) Im Schwerpunkt Grundrechte	277
bb) Ursprungsrechtsordnungen	278
cc) Analoge Problemlösungen	279
dd) Konkretisierung von Verfassungsrecht	280
ee) Quellen, Medien und Darstellung der Rechtsvergleichung	281
ff) Argumentative Funktionen der Rechtsvergleichung	283
gg) Verteilungen und Konsense	287
hh) Status der Rechtsvergleichung: keine Bindung an fremdes Recht	292

ii) Kritik der Rechtsvergleichung	294
b) „To borrow uncritically ... is an exercise fraught with danger“ – Selbstreflexion und (-)Kritik	295
c) Unschärfe Völkerrechtsvergleichung	301
III. Typik vergleichender Verfassungsrechtsprechungen	306
1. Usus comparativus	306
a) Modalität	308
b) Materialität	313
2. Textualität	315
a) Orthotextualität	316
b) Paratextualität	318
c) Epitextualität	320
3. Integration	321
a) Traditionalität	321
b) Transnationalität	324
C. Viabilität: Rekonstruktion vergleichender Argumentation	327
I. Theorie und Methode der Rechtsvergleichung	327
1. Unvergleichlichkeit und Vergleichbarkeit	327
2. Pragmatische Selbstreflexivität	330
a) Reflexion der Standortabhängigkeit	330
b) Variabilität des Vergleichs	332
c) Vergleichsauswahl und Erkenntnisgrenzen	335
II. Theorie und Methode – vergleichender – juristischer Argumentation	337
1. Funktion und Wirkung juristischer Methodik und Argumentation	338
2. Standardsetzung	342
a) Positivierungen	343
b) Verfassungsrechtliche Geltungsgründe	345
c) Anerkennung anerkennen	347
3. Relativ autonomes Argumentationsarsenal der Rechtsvergleichung	349
a) Flexibilität der Canones	351
aa) Numerus clausus et apertus	351
bb) Feste und flüssige Rangfolgen	352
cc) Verfassungsgerichtliche Eklektik	354
b) Integrationsversuche	357
c) Relative Autonomie	359
aa) Konstruktion der relativen Autonomie	360
bb) Spezifische Normativität der Rechtsvergleichung	361
cc) Sinn der relativen Autonomie	362
dd) Orientierung durch Additivität, Auxiliarität und Autorität	363

4. Abgestufte Rechtsquellennormativität	366
a) Norm – Entscheidung – Diskurs/Skelett – Muskeln – Nerven	366
b) Die komparative Argumentationsstärke von Gerichtsentscheidungen	370
c) Der diskursive Ort komparativer Argumente	372
D. Begründung I: Öffnung des verfassungsrechtlichen Argumentationsraums	375
I. Offenheit des Verfassungsrechts	377
1. Strukturelle Durchlässigkeit	377
a) Sprachliche und argumentative Offenheit des Verfassungsrechts	377
aa) Hohe sprachliche Offenheit	377
bb) Hohe argumentative Offenheit	379
cc) Bereichsspezifika	380
dd) Institutionenspezifika	381
b) Brüchiges Systemdenken im Recht	382
aa) Vollständigkeit und Selbstgenügsamkeit	382
bb) Innen und Außen	384
c) Lernende Rechtsordnungen	386
2. Verbindungen durch verzweigte Verfassungsmuster	388
3. Variable Expressivität	390
a) Individualität – Identität – Kultur	391
b) Expressive Rationalität	393
c) Kontingente Interpretationen	394
d) Komparative Argumentation und Expressivität	394
II. Endogene Öffnung des Verfassungsrechts	396
1. Faktoren der endogenen Öffnung	396
2. Öffnung der deutschen Verfassungsordnung	399
a) Das Menschenrechtsbekenntnis des Grundgesetzes	400
b) Freundlichkeit gegenüber transnationalem Recht	402
III. Exogene Öffnung des Verfassungsrechts	407
1. Feldtheoretischer Rahmen	408
a) Leistungsprofil: Nationalität in der Transnationalität	409
b) Theoriekritik	411
aa) Konstitutionalismen	411
(1) Institutionelle Verfassungen im transnationalen Recht	412
(2) Recht und Politik	413
(3) Europäisches Verfassungsrecht	415
(4) Ähnlichkeit, Hierarchie und Einheit	417
bb) Pluralismen	418
(1) Epistemologische Offenheit und Flexibilität	419
(2) Ubiquitäre Differenz	420

- cc) Systemtheorie(n) 421
 - (1) Funktionale vor segmentärer Differenzierung 422
 - (2) Der Wechsel von der lokalen zur Weltgesellschaft 423
 - (3) Systemtheoretische Verfassungstheorie 423
 - (4) Hyper-Globalität 425
- dd) Netzwerktheorie(n) 427
 - (1) Polyzentrische Grenzauflösung 427
 - (2) Anwendung auf Rechtskommunikation 428
 - (3) Deskriptive Adaptivität 429
- c) Das Beschreibungsangebot der Feldtheorie 430
 - aa) Pierre Bourdieus Feld- und Gesellschaftstheorie: Eine Skizze 431
 - bb) Anfragen an die Feldtheorie 435
 - cc) Vorteile der Feldtheorie 439
 - dd) Ein juridisches Feld 441
 - ee) Raum- und Felddenken im Recht 445
 - ff) Recht als kommunikative Handlungsstruktur 448
- 2. Das transnationale Feld der Rechtskommunikation 450
 - a) Genuin juristische Feldstrukturen 451
 - aa) Wachstum und Verdichtung globalen Rechts 451
 - bb) Deterritorialisierungen 454
 - b) Kommunikative Feldstrukturen 457
 - aa) Transnationale Interaktion und Kommunikation 457
 - bb) Erreichbarkeit und Bereitstellung (verfassungs-)rechtlichen Wissens 463
 - cc) Juridische Interaktion und Kommunikation 467
 - dd) Judikative Interaktion und Kommunikation 470
 - ee) Transnationale judikative Strukturen 474
 - c) Feldemergenz 479
 - d) Feldstruktur 482
 - aa) Feldhabitus 483
 - bb) Feldrelationen 485
 - e) Feld(er)grenzen? 488
 - aa) Globale und regionale Grenzen des Feldes 489
 - bb) Grenzen zu nationalen juristischen Feldern 490
 - cc) Grenzen zu anderen transnationalen Feldern 491
 - f) Feldwirkungen 492
 - aa) Wachsende Eigendynamik 492
 - bb) Erweiterter Argumentationsraum 493
 - cc) Sich variierender Begriff des Rechts? 495

E. Begründung II: Legitimation durch komparative Argumentation	497
I. Legitimation durch Argumentation	498
1. Klassische Legitimationsstränge	499
a) Demokratisch legitimierte Verfassungsrechtsprechung	499
aa) Sachlegitimation trotz dünner Legitimationskette	500
bb) Konstitutionelle Weihe	501
cc) Machtbegrenzung durch funktionelle Abgrenzung	503
dd) Demokratische Legitimation durch Schutz der Demokratie	505
ee) Demokratie durch Gewährleistung von Reversibilität	507
b) Demokratie selbst „außerhalb“ des demokratischen Prinzips	508
2. Mittelbare Legitimation durch komparative Argumentation	510
a) Der argumentative Überhang sachlicher Legitimation	511
b) Audiatur et altera argumenta	514
aa) Argumentative Rationalität	516
(1) Formelle Rationalität	516
(2) Materielle Rationalität	518
(3) Expertokratische Rationalität	521
(4) Pragmatische Rationalität	522
bb) Argumentative Transparenz	524
cc) Argumentative Responsivität	525
II. Komparativer Anschluss an argumentative Suchbewegungen des Rechts	529
1. Rationalitätssuche	530
a) Erweitertes Feld der Rationalität	531
b) Transparenz und Relevanz	533
c) Selektivität und Ausdauer	535
2. Konsenssuche	537
a) Externalisierung des Konsenses	540
aa) Konsensspraxen	540
bb) Ergänzungsfunktion	541
cc) Argumentationsfunktion	542
dd) Dezentrale und erratische Verfassungskommunikation	544
ee) Pragmatische Konsensmethodik	547
b) Transnationalisierter Konsens	552
c) Unsichere Universalität	555
d) Prozeduralisierung der Konsenssuche	556
3. Autoritätssuche	556
a) Rationalität der Autorität	558
b) Selbstautorität durch Fremdautorität	563
c) Relevanzautorität	566
d) Argumentative Autorität	568

e) Normative Autorität	571
III. Demokratiedefizit trotz argumentativer Stärkung? Ein Abschluss	572
F. Modalität: Minima vergleichender Verfassungsrechtsprechung	576
I. Medien	577
1. Rezeption	577
2. Hilfsquellen und Arbeitsteilung	582
3. Distribution	584
II. Leistungen	589
1. Normativierte Wissensbasis	590
2. Rationalisierte Rechtserzeugung	592
3. Intermittierende Kommunikation	595
4. Differenzierte Harmonisierungsbewegungen	597
5. Diffuse Legitimationseffekte	603
III. Grenzen	605
1. Bindungsvergessenheit	606
2. Wissensverluste	609
3. Entbettungen	610
4. Trendversessenheit	612
5. Zentrismen	614
6. Abwehrhaltungen	615
IV. Maximen	619
1. Das Bundesverfassungsgericht sollte für die eigene Rechtsprechung relevante Regelungen anderer Rechtsordnungen und deren Praxis beobachten sowie sich entscheidungsbezogen gegebenenfalls mit ihnen auseinandersetzen	620
2. Haben Normen europa- oder völkerrechtlicher Integration Einfluss auf die Fallentscheidung, hat sich das Bundesverfassungsgericht mit den dazu er- gangenen Entscheidungen anderer nationaler oder transnationaler Gerichte auseinanderzusetzen und ein Abweichen gegebenenfalls zu begründen	621
3. Bei der Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen sollte das Bundesverfas- sungsgericht in pragmatischen Grenzen vergleichsvernünftig vorgehen	624
4. Die herangezogenen komparativen Materialien sind zu kontextualisieren . . .	627
5. Komparatives Argumentationsmaterial sollte überprüfbar dargestellt werden	628
6. Das Bundesverfassungsgericht sollte konkreter als bislang die Bedeutung der Rechtsvergleiche in seiner Rechtsprechung klären	629
G. Rekapitulation: Zusammenfassende Thesen und Ergebnisse	631
Literaturverzeichnis	636
Personen- und Stichwortverzeichnis	707

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Entscheidungen mit Fremdzitationen	87
Abbildung 2:	Verhältnis der Entscheidungen mit und ohne Fremdzitationen	87
Abbildung 3:	Anteil der Entscheidungen mit Fremdzitationen an allen Entscheidungen	88
Abbildung 4:	Verhältnis von Entscheidungen mit und ohne Verweis auf juristische Literatur	89
Abbildung 5:	Anteil der Entscheidungen mit Verweis auf juristische Literatur in allen Entscheidungen	89
Abbildung 6:	Verhältnis der Entscheidungen mit und ohne Verweis auf eigene Rechtsprechung	90
Abbildung 7:	Anteil der Entscheidungen mit Verweis auf eigene Rechtsprechung an allen Entscheidungen	91
Abbildung 8:	Entscheidungen mit Fremdzitationen nach Jahrzehnten	92
Abbildung 9:	Anteil von Entscheidungen mit Fremdzitationen an allen Entscheidungen nach Jahrzehnten	95
Abbildung 10:	Anteil von Entscheidungen mit Fremdzitationen an allen Entscheidungen inkl. allein transnationalen/europäischen Fremdzitationen nach Jahrzehnten	95
Abbildung 11:	Anzahl und Verhältnis der Entscheidungen mit und ohne Fremdzitationen nach Jahrzehnten	97
Abbildung 12:	a) Zitationen fremden Rechts und fremder Rechtsprechung (1951–2012, bis E 131); b) Zitationen fremden Rechts und fremder Rechtsprechung (1951–2012, bis E 131) ohne Ausreißer	99
Abbildung 13:	Zitationen fremden Rechts und fremder Rechtsprechung (1951–2012, bis E 131) nach Jahrzehnten	100
Abbildung 14:	a) Inhaltliche Schwerpunkte der Entscheidungen; b) Inhaltliche Schwerpunkte der Entscheidungen mit Fremdzitationen	106
Abbildung 15:	Ursprung der Fremdquellen (bis E 131)	115
Abbildung 16:	Verhältnis von „abweichenden Begründungen“ (i.w.S.) mit Fremdzitation zu allen „abweichenden Begründungen“ (i.w.S.)	177
Abbildung 17:	Anteil „abweichender Begründungen (i.w.S.) mit Fremdzitation an allen „abweichenden Begründungen“ (i.w.S.) nach Jahrzehnten	177
Abbildung 18:	Anteil „abweichender Begründungen (i.w.S.) mit Fremdzitationen ohne Fremdzitation in der Mehrheitsbegründung an allen „abweichenden Begründungen“ (i.w.S.) nach Jahrzehnten	178

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aph.	Aphorismus
APSR	American Political Science Review
ApuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARLSS	Annual Review of Law and Social Science
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialpolitik
Art.	Artikel
ASLJ	Arizona State Law Journal
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayrV	Bayrische Verfassung
BB	Betriebs-Berater
Beih.	Beiheft
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BJCLCJ	Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice
BJIL	Berkeley Journal of International Law
Blätter	Blätter für deutsche und internationale Politik
BLJ	Bucerius Law Journal
BMinF	Bundesministerium der Finanzen
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CC	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'État
C.J.	Chief Justice
CJEL	Columbia Journal of European Law
CJICL	Cardozo Journal of International & Comparative Law
CJIL	Chicago Journal of International Law
CJLJ	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CLJ	Cambridge Law Journal
CMLR	Common Market Law Review
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
dt.	deutsch(er)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidungsband
ebd.	ebenda
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EECR	East European Constitutional Review
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EJIR	European Journal of International Relations
EJLS	European Journal of Legal Studies
ELJ	European Law Journal
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten)
EP	Europäisches Parlament
EPL	European Public Law
EPSR	European Political Science Review
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGöD	Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FILJ	Fordham International Law Journal
FJIL	Florida Journal of International Law
GA	Generalanwalt
GB YILJ	THE GLOBAL COMMUNITY Yearbook of International Law & Jurisprudence
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz

GJICL	Georgia Journal of International and Comparative Law
GK	Genfer Konvention
GLJ	German Law Journal
GO-BVerfG	Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts
GoJIL	Goettingen Journal of International Law
GRCh	Europäische Grundrechte-Charta (Charta der Grundrechte der Europäischen Union)
Gr. K.	Große Kammer
Grünhutz	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GWILR	George Washington International Law Review
HFR	Humboldt Forum Recht
Hg.	Herausgeber
HICLR	Hastings International and Comparative Law Review
HILJ	Harvard International Law Journal
HJLPP	Harvard Journal of Law and Public Policy
HRLR	Human Rights Law Review
HRN	Hamburger Rechtsnotizen
hrsg.	herausgegeben
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ICL	Vienna Journal on International Constitutional Law
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
I-CON	International Journal of Constitutional Law
i. e. S.	im engeren Sinne
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGHSt	Statut des Internationalen Gerichtshofs
IJGLS	Indiana Journal of Global Legal Studies
IJLC	International Journal of Law in Context
ILJ	Indiana Law Journal
ILO	International Labour Organization
insbes.	insbesondere
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte
IRLE	International Review of Law and Economics
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
J.	Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
JELS	Journal of Empirical Legal Studies
JLS	Journal of Law and Society
JMJPP	The John Marshall Journal of Practice and Procedure
JöR n. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts neue Folge
JPL	Journal of Public Law
JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Kammer
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

lit.	litera
LJIL	Leiden Journal of International Law
LLALR	Loyola of Los Angeles Law Review
LPICT	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
Ls.	Leitsatz
McGill LJ	McGill Law Journal
MICLR	Miami International and Comparative Law Review
MJIL	Melbourne Journal of International Law
MLR	Modern Law Review
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of International Law
MPI	Max-Planck-Institut
MUEJL	Murdoch University Electronic Journal of Law
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NC JILCR	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
NDLR	Notre Dame Law Review
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
NPS	New Political Science
Nr./No.	Nummer
NRO	Nichtregierungsorganisation
NUJSLR	National University of Juridical Sciences Law Review
NULR	Northwestern University Law Review
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NYU JILP	New York University Journal on International Law and Politics
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OJLS	Juristische Blätter
OLG	Oberlandesgericht
Ö-StGB	Strafgesetzbuch Österreichs
Öst. VerfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
Öst. ZÖR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PAM ASIL	Proceedings of the ... annual meeting (American Society of International Law)
PL	Public Law
PostG	Postgesetz
PSA	Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHDI	Revue hellénique de droit international
RIDC	Revue internationale de droit compare
RIPE	Review of International Political Economy
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rn.	Randnummer

Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft
s./S.	siehe/Satz/Seite
SAJHR	South African Journal on Human Rights
scil.	scilicet
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannte/r/n
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO-FR	Strafprozessordnung Frankreichs
TICLJ	Temple International and Comparative Law Journal
TILJ	Texas International Law Journal
TLT	Transnational Legal Theory
u. a.	unter anderem/und andere
UBLR	University of Baltimore Law Review
UCLR	University of Chicago Law Review
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UPJCL	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
URLR	University of Richmond Law Review
USA	United States of America
U.S. Supreme Court	United States Supreme Court
v.	versus
v. a.	vor allem
v. Chr.	vor Christus
VerbotsG Öst.	Verbotsgesetz Österreich
VerfBLG	Verfassung Belgiens
VerfFr	Verfassung Frankreichs
VerfGSA	Verfassungsgericht Südafrikas
VerfGU	Verfassungsgericht Ungarns
VerfO	Verfahrensordnung
VerfP	Verfassung Polens
VerfSA	Verfassung Südafrikas
VerfSchw	Verfassung Schwedens
VerfSp	Verfassung Spaniens
VerfU	Verfassung Ungarns
VerfUkr	Verfassung der Ukraine
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
vMKS	von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. A., 2010
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WEP	West European Politics
WFLR	Wake Forest Law Review
WLLR	Washington and Lee Law Review
WMLR	William and Mary Law Review

WUGSLR	Washington University Global Studies Law Review
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YEL	Yearbook of European Law
YJIL	Yale Journal of International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. Einführung: Beobachtung vergleichender Verfassungsrechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht ist keine Ausnahmeerscheinung. Wie viele andere Verfassungsgerichte nimmt es in seinen Entscheidungsbegründungen auf andere Rechtsordnungen Bezug, ohne durch einen Prüfungsmaßstab dazu angehalten zu sein. Die Paradoxie, dass Verfassungsrechtsprechung, rechtlich nicht geboten, maßstabsexterne Daten gleichwohl berücksichtigt, inspiriert diese Arbeit.¹ „(D)ie [Kunst] des Interpretieren ist, recht viel *im* Gesetz zu finden.“² heißt es bei Savigny.³ Rechtsvergleichung durch Verfassungsrechtsprechungen ignoriert – im Lichte der Gesetzes- und Verfassungsbindung gesehen – diese methodische Formel; und nimmt sie zugleich so wörtlich, dass auch Recht und Rechtspraxis anderer Rechtsordnungen für die Auslegung und Anwendung des eigenen Rechts Relevanz beanspruchen.⁴ „Ein Argument muss, damit es ein normatives und rechtsvergleichendes Argument ist, dem eigenen Rechtssystem angehören und zugleich nicht angehören.“⁵

Allen methodischen Vorgaben und Traditionen zum Trotz soll vergleichende Verfassungsrechtsprechung im Ansteigen begriffen sein; Rechtsvergleichung durch Verfassungsgerichte habe gerade in den letzten Jahrzehnten zugenommen.⁶ Parallel

¹ Vergleichende Rechtsprechung wird damit hier in gewissem, so von Ehrlich nicht intendierten Sinne als lebendes Recht untersucht, s. *E. Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. A., 1967 (1913), 399: „Das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht.“

² *F. C. von Savigny*, Methodologie (1809), in: ders., Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, 2004, 215, 219 (Hervorhebung nicht im Original). s. auch *F. C. von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, 216: „Das Ziel der Auslegung geht bey jedem Gesetze dahin, gerade aus ihm so viel als möglich an wirklicher Rechtskenntniß zu gewinnen“.

³ Unter dessen leitbildhafter Nachwirkung steht die deutsche Rechtswissenschaft noch heute, s. nur *S. Meder*, Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik, in: Senn/Fritschi (Hg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, 2009, 19, 37; *U. Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze aus heutiger Sicht, JZ 2003, 1.

⁴ Die Rechtserkenntnisschritte der Auslegung und Anwendung sind nur um den Preis einer „Subsumtionsoptik“ klar voneinander zu trennen, *P. Lerche*, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Badura/Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, 333, 360.

⁵ *T. Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, 79.

⁶ s. nur *A. R. Brewer-Carías*, Constitutional Courts as Positive Legislators, in: Brown/Snyder (Hg.), General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, 2012, 549, 568; *M. Andenas/D. Fairgrieve*, Intent on making mischief: seven ways of using comparative law, in: Monateri (Hg.), Methods of Comparative Law, 2012, 25, 59; *C. Walter*, Decentralised Constitutionalism in National and International Courts, in:

dazu wird angenommen, dass es sich vor allem für junge, sich etablierende Verfassungsgerichte anbiete, sich an fremden Vorbildern zu orientieren.⁷ Dies hätte freilich zur Konsequenz, dass (bei stabiler Anzahl an Verfassungsgerichten) Rechtsvergleichung entgegen der empirischen Wahrnehmung tendenziell abnehmen müsste. Überdies wird das Bundesverfassungsgericht – ein etabliertes Verfassungsgericht – als ein (zu) introvertierter Akteur im Rechtsvergleichungsgeschäft eingestuft.⁸

Teilt man die Euphorie⁹ über steigende Rechtsvergleichung nicht, setzt das Unbehagen an vergleichender Rechtsprechung vor allem an deren fraglichen demo-

Halpin/Roeben (Hg.), *Theorising the Global Legal Order*, 2009, 253, 263; *H. P. Glenn*, *Comparative Law and the Judicial Function*, in: McGill University Montréal Faculty of Law (Hg.), *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, 1997, 311, 318; *E. Mak*, *Understanding Legal Evolution Through Constitutional Theory: The Concept of Constitutional (In-)Flexibility*, *Erasmus Law Review* 4 (2011), 193, 203 f.; *G. Canivet*, *Trans-Judicial Dialogue in a Global World*, in: Muller/Richards (Hg.), *Highest Courts and Globalisation*, 2010, 21; *A. Weber*, *Die Europäische Union unter Richtervorbehalt?*, *JZ* 2010, 157, 157, für Europa-Entscheidungen europäischer Verfassungsgerichte – hier sieht auch *M. Wendel*, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform*, *Der Staat* 52 (2013), 339, 339, sowohl eine Intensivierung als auch einen Qualitätssprung; unter spezifischem Fokus für das Zivilrecht *P. P. Peyer*, *Zur zunehmenden Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung*, *recht* 2004, 104; für eine Auswahl an wichtigen Entscheidungen s. die Aussage für einen auf quantitativen Methoden fußenden Forschungsbefund aus 19 Länderstudien *A. Jakab/A. Dyevre/G. Itzcovich*, *Conclusion*, in: dies. (Hg.), *Comparative Constitutional Reasoning*, 2017, 761, 790; für die Mobilität von Recht allgemein *J. Allard/A. Garapon*, *Les juges dans la mondialisation*, 2005, 5. An der Neuigkeits-Legende zweifelnd die jüngste Literatur *M. Bobek*, *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, 2013, 9 f., 14 f.; *R. Hirschl*, *Comparative matters*, 2014, 20. Differenziert auch *A. Jakab*, *European Constitutional Language*, 2016, 55, 57.

⁷ *Jakab*, *European Constitutional Language* (Fn. 6), 56; *Bobek*, *Comparative reasoning* (Fn. 6), 42, 150; s. ebd., 264: gerade bei radikalen Systemwechseln könnten junge Verfassungsgerichte noch nicht auf eigene Rechtsprechung und Lehre zurückgreifen; s. auch *M.-C. Ponthoreau*, *Le recours à „l'argument de droit comparé“ par le juge constitutionnel*. Quelques problèmes théorétiques et techniques, in: Mélin-Soucramanian (Hg.), *L'interprétation constitutionnelle*, 2005, 167, 182; *J. Kalb*, *The Judicial Role in New Democracies: A Strategic Account of Comparative Citation*, *YJIL* 38 (2013), 423; *Hirschl*, *Comparative matters* (Fn. 6), 33: Wahrscheinlichkeit der „jurisprudential maturation“ und m. w. N.

⁸ Eindeutig z. B. *A. M. Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009; s. auch *H. Rösler*, *Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung*, *JuS* 1999, 1084, 1088; „Methodenförderung“ zu Rechtsvergleichung bei *E. G. Mahrenholz*, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: Schneider/Steinberg (Hg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, 1990, 53, 60; *Bobek*, *Comparative reasoning* (Fn. 7), 148, in Bezug auf alle deutschen Höchstgerichte; s. auch ebd., 198: „dogmatically semi-open“ (Hervorhebung weggelassen). *Bobek*, ebd., 142, schätzt die relative Häufigkeit offener komparativer Argumentation am Bundesverfassungsgericht auf zwei Prozent (auf die offiziöse Entscheidungssammlung bezogen); *U. Drobnig*, *The Use of Foreign Law by German Courts*, in: ders./van Erp (Hg.), *The use of comparative law by courts*, 1999, 127, 141: ca. ein Prozent.

⁹ s. z. B. *A. Barak*, *The judge in a democracy*, 2006, 197: „of great assistance in realizing my role as a judge“. Vgl. *M. Bothe*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis inter-*

kratischen Legitimation an.¹⁰ Denn der Bezugspunkt vergleichender Verfassungsrechtsprechung liegt – sonst handelte es sich nicht um (autonome) Rechtsvergleichung – außerhalb des verbindlichen Prüfungsmaßstabs von Verfassungsgerichten. Rechtsakte anderer Rechtsordnungen sind in anderen juristischen Geltungskontexten und gesellschaftlichen Öffentlichkeiten verankert. Übt vergleichende Verfassungsrechtsprechung selbst schwachen Einfluss auf das verfassungsrechtliche Ergebnis aus, reißt sie für die einen daher die Kette zum demokratisch legitimierten und national radizierten Gesetz ab.¹¹ Vergleichende Verfassungsrechtsprechung setzt sich dem gemäß unzulässig in die entstehende Lücke ein – eine unerhörte Provokation, dass quasi an den zentral für Rechtsetzung verantwortlichen Parlamenten vorbei und jenseits öffentlicher Deliberation qua Rechtsprechung, zumeist sogar im Verborgenen, Bausteine anderer, fremder Rechtsordnungen in das eigene Recht integriert würden. Stellvertretend für diese Sichtweise steht der im Jahr 2016 verstorbene U.S.-Supreme-Court-Richter Antonin Scalia, der seine Amtskollegen in einigen Voten scharf für ihren Gebrauch von Rechtsvergleichung kritisierte und eine lang anhaltende Debatte (nicht nur) im US-amerikanischen Verfassungsrecht auslöste.¹² Demgegenüber stellt sich das Problem weniger drängend, wenn Rechtsvergleichung lediglich als unverbindliche Hilfsquelle herangezogen würde und als bloßes nicht-normatives Faktum legitimatorisch (zu) irrelevant sei.¹³ Aber auch diese Annahme limitiert, vom Anspruch demokratischer Legitimation aus betrachtet, die Wirkung und Verwendungsweise komparativer Argumente.

nationaler Gerichte, ZaöRV 36 (1976), 280, 298; „Rechtsvergleichungseuphorie“; zum „horror alieni juris“ allerdings E. A. Kramer, Topik und Rechtsvergleichung, RabelsZ 33 (1969), 1, 6.

¹⁰ D. J. Kochan, Sovereignty and the American Courts at the Cocktail Party of International Law: The Dangers of Domestic Judicial Invocations of Foreign and International Law, FILJ 29 (2006), 507, 546 ff., häufig auch in einer Souveränitätsrhetorik verkleidet, s. ebd., 511 f., 540 ff.

¹¹ Kritisch jedenfalls C. Hillgruber, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, JöR n. F. 63 (2015), 367; S. Müller-Franken, Verfassungsvergleich, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie, 2010, 885, 905; s. auch die Nachweise ebd., 906 Fn. 110.

¹² s. 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; M. Tushnet, Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars, UBLR 35 (2006), 299; Hirschl, Comparative matters (Fn. 6), 142 ff.; und s. sogleich noch unter II.2. Auch diesseits des Atlantiks gibt es einige Skeptiker, s. z. B. C. Hillgruber, Verfassungsinterpretation, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hg.) (Fn. 11), Rn. 49; T. Groß, Die Autonomie der Wissenschaft im europäischen Rechtsvergleich, 1992, 30; E. Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, 1993, 254, mahnt zu „Vorsicht“ bei der Anwendung des grundsätzlich nützlichen Auslegungskriteriums; ähnlich auch N. Oberheiden, Typologie und Grenzen des richterlichen Verfassungsvergleichs, 2011, 155.

¹³ Gegen „nicht-ornamentale“ Verwendung komparativer Argumentation daher R. J. Delahunty/J. Yoo, Against Foreign Law, HJLPP 29 (2005), 291, 291, 298 ff.; ähnlich wohl Hillgruber, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 11), 378.