

Susanne Baer

Renaissance der Verfassungs- vergleichung?



Fundamenta Juris Publici 10

Mohr Siebeck

Fundamenta Juris Publici

herausgegeben von
Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt
und Anna-Bettina Kaiser

10



Susanne Baer

Renaissance der Verfassungsvergleichung?

mit Kommentaren von
Armel Le Divillec und James Fowkes

Mohr Siebeck

Susanne Baer, geb. 1964, war von 2011–2023 Richterin des Bundesverfassungsgerichts und ist Professorin für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Armel Le Divellec, geb. 1968, ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris 2 (Panthéon-Assas).

James Fowkes, geb. 1984, ist Professor für Ausländisches und Internationales Recht an der Universität Münster.

Zitierbeispiele:

Susanne Baer, Renaissance der Verfassungsvergleichung?, FJP 10, Tübingen 2023, S. 1

Armel Le Divellec, Kommentar, in: Susanne Baer, Renaissance der Verfassungsvergleichung?, FJP 10, Tübingen 2023, S. 45

ISBN 978-3-16-162073-7 / eISBN 978-3-16-162074-4
DOI 10.1628/978-3-16-162074-4

ISSN 2194-8364 / ISSN 2569-3948 (Fundamenta Juris Publici)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort der Herausgeber

Fundamenta Juris Publici (FJP) ist die Schriftenreihe des Gesprächskreises „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“, der sich 2011 als Sektion der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer konstituiert hat. Die grundsätzlich im Jahresrhythmus erscheinenden Bände dokumentieren den in der Sektionssitzung gehaltenen Vortrag und die beiden dazu abgegebenen Kommentare. Der Reihentitel bekräftigt den Anspruch des Kreises, das wissenschaftliche Gespräch auf die „Grundlagen“ zu konzentrieren: auf die ideen-, verfassungs- und verwaltungsgeschichtlichen, die rechts-, sozial- und staatsphilosophischen sowie die rechtstheoretischen, -dogmatischen und -soziologischen Fundamente des *ius publicum*.

Der hier vorliegende Band dokumentiert das mittlerweile 10. „Grundlagen“-Gespräch anlässlich der Mannheimer Staatsrechtslehrertagung im Oktober 2021. Gegenstand war die Frage nach einer möglichen Renaissance der *Verfassungsvergleichung*. Das Hauptreferat von Susanne Baer, Berlin / Karlsruhe, kommentierten Armel Le Divellec, Paris, sowie James Fowkes, Münster.

Nürnberg, Freiburg i. Br.
und Berlin, im Frühjahr 2023

Rolf Gröschner
Matthias Jestaedt
Anna-Bettina Kaiser

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber. V

Renaissance der Verfassungsvergleichung?

von *Susanne Baer*

A. Verflochtene Verhältnisse	2
B. Durchwachsene Geschichten	10
C. Aus Geschichten lernen – (auch) dekolonial arbeiten	22
D. Gegen den Missbrauch in der Praxis	27
E. Methodisch realistisch und reflektiert	30
F. Eingebetteter Konstitutionalismus in der Praxis	37

Kommentar von *Armel Le Divellec* 45

Kommentar von *James Fowkes*. 83

Renaissance der Verfassungsvergleichung?

von *Susanne Baer*

Anna-Bettina Kaiser hat für den Grundlagenkreis der Vereinigung der Staatsrechtslehrenden 2021 die Frage gestellt: Gibt es eine Renaissance der Verfassungsvergleichung? Eine solche wird spätestens seit den 1970er Jahren prominent konstatiert, u. a. von *Ran Hirschl*, und Verfassungsvergleichung erhält aktuell neuen Schub. Sie muss allerdings spezifisch reflektiert betrieben werden. Meine Antwort auf die Frage lautet also: Ja, aber. Verfassungsrechtsvergleichung ist lebendig. Sie ist nicht mehr beliebig, sondern heuristisch wie auch rechtlich zwingend. Aber wenn schon Renaissance, dann bitte eine, die nicht alles beim Alten lässt. Verfassungsvergleichung muss kritisch – und auch selbstkritisch, vor allem dekolonial und ohne weiteren *bias* – arbeiten.

Ich beginne mit dem Befund zum Boom in der Wissenschaft, der Praxis der Verfassungsgebung und der Judikatur. Er hat Gründe, die sich als Verflechtungen beschreiben lassen – verflochtene Verhältnisse, Regelungen, Rechtsordnungen und verflochtenes Wissen. Juristisch gilt mittlerweile daher ein Verfassungsvergleichungsprogramm (dazu A). Das hat natürlich auch alles Geschichte – oder besser: dahinter stehen Geschichten, die

wiederum für die Wissenschaft, die Verfassungsgebung und -reform sowie die Rechtsprechung selbstkritisch zu reflektieren sind (dazu B). Nicht zuletzt müsste auch die Verfassungsvergleichung dekolonialisieren (dazu C). Zudem gilt es, dem aktuellen Missbrauch der Verfassungsvergleichung entgegenzutreten (dazu D). Reflektierte Verfassungsvergleichung ist dann weder einfach noch unaufwändig, kann aber methodisch gelingen: ohne Vorurteile, kontextualisiert und integriert (dazu E). Sie sollte keine Sondernummer mehr sein. Und das müsste auch den Lehrplan eines rechtswissenschaftlichen Studiums beeinflussen (dazu F).

A. Verflochtene Verhältnisse

Verfassungsvergleichung ist, so mein Eindruck im Jahr 2021, durchaus präsent, wenn auch nicht überall gleichermaßen und oft auch nicht in hinreichender Qualität. Das gilt für die drei Felder der Wissenschaft, der Verfassungsgebung und der Rechtsprechung. Überall ist allerdings zu konstatieren: Wir sind auch verfassungsrechtlich miteinander verflochten, Vergleichung muss daher sein.

In der Wissenschaft erscheinen fortlaufend einschlägige Arbeiten – zu *comparative constitutionalism*, *comparative human rights and judicial review* und *rule of law studies*. Es liegen vergleichende Arbeiten zum Konstitutionalismus vor, der entsprechend differenziert als *hybrid*, *unstable* und *authoritarian* beschrieben werden kann. Dazu kommt ein ausgeprägtes Interesse an Gerichten mit Verfassungsrechtsprechungskompetenz – in bewaffneten Konflikten, Nachkriegsgesellschaften oder autoritären

Regimes, hinsichtlich ihrer sozialen und politischen *anatomy* und zur Rechtsprechungspraxis, die selbst mehr oder minder vergleichend operiert. Und dann gibt es die vergleichenden Einzelstudien zu *freedoms, proportionality, democracy, federalism, separation of powers, rule of law*.

Die genannten Titel der Reihen und Neuerscheinungen der letzten Jahre sollen nun allerdings nicht Sprachkenntnisse belegen. Vielmehr gehört zum Befund, dass Verfassungsvergleichung vor allem in englischer Sprache publiziert und diskutiert wird. Die deutschsprachige Rechtswissenschaft hat hier, vorsichtig formuliert, Entwicklungschancen. Das gilt für eigene Publikationen wie auch für die Rezeption. Die Möglichkeiten sind ja vorhanden: Digitalisierung, Kommunikationstechnologien, Mobilität – Wissen ist weithin verfügbar, jedenfalls in Europa. Auch Rechtswissenschaft kann also global betrieben werden; das geschieht nur bislang kaum. Dazu gehört auch deutlich mehr als das Internet und Englisch. Mehrsprachigkeit und Auslandserfahrung sind wichtig, aber im Vorgriff auf die methodischen Herausforderungen ist doch die Zusammenarbeit auf Augenhöhe zentral, sowohl international als auch interdisziplinär. Im Kern bedeutet das: Die deutschsprachige Verfassungsvergleichung hat Aufhol- und Reformbedarf. Mehr Vergleichung muss sein, und zwar groß gedacht, sie muss ohne Vorurteile operieren, also insbesondere dekolonial, und sie muss ins Verfassungsrecht integriert werden.

Verfassungsvergleichung ist aber nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Praxis angesagt. Das gilt für Verfassungsgebung, Verfassungskritik und Verfassungsreform – in diesen Momenten (*Bruce Ackerman*) ist Verfassungsvergleichung sehr präsent und findet sich im

Werkzeugkasten internationaler Organisationen. Doch ist auch in der Praxis Reformbedarf erkennbar.

Zudem ist Verfassungsvergleichung in der Rechtsprechung keine Unbekannte. Hier ist sie heute, wie erwähnt, nicht mehr beliebig, sondern zwingend, sachlich und juristisch. Mir scheint das evident, aber es muss doch immer wieder erklärt werden. Schon tatsächlich machen Verfassungsfragen an nationalen Grenzen nicht halt: So sollen Gerichte über den Umgang mit der Corona-Pandemie entscheiden, über das Recht und Unrecht der Migration, über Maßnahmen gegen den Klimawandel oder über die grundrechtlichen Grenzen des internationalen Kampfes gegen den Terrorismus. Und all das ohne Rechtsvergleichung? Das wäre nicht nur merkwürdig, sondern sachlich schlicht ignorant.¹ Die Verhältnisse sind tatsächlich verflochten. Corona, Klima, Sicherheit – sie stoppen nicht an nationalen Grenzen. Das beschäftigt die Rechtsvergleichung im Zivilrecht auch schon länger: Die Märkte sind entgrenzt, ebenso die Familien, die Beziehungen, die Produktion, die Kultur usw. Aber all das betrifft auch Verfassungsrecht, um den Rahmen auszuloten, in dem wir – handelnd, privat, produzierend, kreativ... – leben und miteinander umgehen. Wer online global ein- und verkauft, wer in die Ferne reist oder flüchtet, wer Gemeinschaft – wissenschaftlich, persönlich, politisch usw. – über Grenzen hinweg lebt, wünscht verlässliche und notfalls durchsetzbare Regeln, um unverletzt zu bleiben, um fair

¹ Dem hat der Richter des Supreme Court, *Stephen Breyer*, ein ganzes Buch gewidmet, in dem er – für ein Bundesobergericht – die Rechtsfragen schildert, die heute mehr als nur nationale Antworten benötigen, s. *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, 2015.

behandelt zu werden. Das ist nicht nur die Technik des Zivilrechts, sondern auch das Versprechen des Konstitutionalismus.

Wir sind aber nicht nur tatsächlich, sondern zugleich – und auch deshalb – heute auch juristisch ganz konkret verbunden. Die Verhältnisse sind tatsächlich und juristisch verflochten. In sehr vielen „Fällen“ gibt es juristische Fragen auf mehreren Ebenen, in mehreren Feldern, vor mehreren Foren. Das ist die heutige Realität des Rechtspluralismus, der sich als ein Prozess des *droit croisé*² fassen ließe. Lange wurde der Pluralismus von normativen Ordnungen als Problem vormoderner Gesellschaften seipariert, mit Gewohnheitsrecht neben religiösem Recht und staatlichem Recht, inklusive einer überheblich-kolonialen Haltung gegenüber „diesen Völkern“. Wer genauer hinsieht, erkennt aber heute auch in ausdifferenzierten Rechtsstaaten, dass Rechtspluralismus – oder: Multinormativität³ – eine juristische Tatsache ist: in der *lex mercatoria* des Welthandels, im Urheberrecht, evident im Migrationsrecht, im längst nicht mehr nur deutschen und auch nicht nur staatlichen Arbeitsrecht, im Familienrecht

² Die Idee der Verflechtung ist in der Geschichtswissenschaft besonders prominent, als *histoire croisée* bei *Bénédicte Zimmermann* und *Michael Werner*, Vergleich, Transfer, Verflechtung. Der Ansatz der *histoire croisée* und die Herausforderung des Transnationalen, *Geschichte und Gesellschaft* 28 (2002), 607–636, aber auch in anderen Sozial- und Geisteswissenschaften wie z. B. der Geografie oder Ethnologie, einschließlich der problematischen Verwicklungen in den Kolonialismus. Siehe jüngst auch *Laura Jung*, Verfassungsvergleichung als Postulat. Eine deutsch-französische Wissenschaftsgeschichte seit 1870, 2022, die auf diesen Ansatz zurückgreift.

³ *Thomas Duve*, Was ist Multinormativität?, *Rechtsgeschichte* 25 (2017), 88.

privater Verhältnisse, im Sicherheitsrecht und Strafrecht zu Wirtschaftskriminalität, Menschenhandel und Terrorismus, im Klimaschutzrecht im besten Sinne natürlich, usw. usf. Heute gelten in aller Regel staatliche Regeln unterschiedlicher Ebenen neben privaten, inkorporierten, hybriden usw. Normen.⁴

Und diese Pluralität gibt es auch im Verfassungsrecht. Dort erwächst sie aus nationalem Verfassungsrecht neben internationalen Verträgen und dem Recht internationaler Organisationen und wird konkret im Rechtshilfeverkehr oder qua Wanderung von Menschen, Waren und Ideen. Wenn sich die Frage stellt, ob die Todesstrafe eine Verletzung von Menschenrechten ist und welche Folgen das für Abschiebungen hat, zwingt das zur zumindest bipolaren, meist aber darüber hinausreichenden, internationales Recht einbeziehenden Vergleichung. Wenn in der EU die Frage auftaucht, ob die Haft in einem Raum mit drei Quadratmetern menschenunwürdig ist, die Abschiebung dorthin also auch, wird es zwingend multipolar komparativ. Und wenn Verwaltungsentscheidungen oder Urteile anzuerkennen sind, die rechtsstaatlichen Standards nicht genügen, muss verstanden werden, welche Standards das übergreifend sind und wie die jeweilige Praxis sich dazu verhält, also zwingend vergleichend. Wir leben eben in tatsächlich und rechtlich verflochtenen Verhältnissen⁵, mit einem *droit croisé*.

⁴ Ausführlicher Susanne Baer, Rechtssoziologie. Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 4. Aufl. 2021, § 4 B.

⁵ Peter Häberle hat das früh erkannt: „Die Rede vom Mehrebenensystem ist ja nicht blanke Theorie, sondern die Mehrschichtigkeit juristischer Fragen rechtspluralistische Realität, die Berücksichtigung von mehr als nur nationalem Recht oft rechtlich verbindliches

Verfassungsvergleichung ist daher nicht (mehr) beliebig, sondern juristisch zwingend. International eingebetteter Konstitutionalismus, ein *embedded constitutionalism*, ist normative Realität. Was für wen warum gilt, ist damit fortlaufend zu klären, dass aber – in der EU – nationales Verfassungsrecht, Unionsrecht, Völkerrecht und Verfassungspraxen der Mitgliedstaaten beider Europa zu berücksichtigen sind, lässt sich nicht überzeugend bestreiten. Das bedeutet: Verfassungsrecht geht ohne Vergleichung nicht (mehr). Österreich hat über die Einbeziehung der EMRK etwas länger Übung, die Schweiz ist anders gelagert, in Deutschland ist das zwar nicht ganz neu, aber nach meinem Eindruck doch zögernd. Aber Vergleichung ist gefordert, und zwar nicht nur als Blick in ein, zwei andere Länder, sondern als Blick auf viele andere – und damit zwingend auch anders auf uns selbst.

Die Verflechtung ist in Deutschland mit der mittlerweile langjährigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Prüfungsmaßstab anerkannt. Danach sind die politisch in Geltung gebrachten, also selbst von den national Verantwortlichen mit kodifizierten und dann in der EU unionsrechtlich befürworteten oder im Völkerrecht ratifizierten Regeln nicht mehr das „andere“, „fremde“ Recht, sondern Teil des eigenen. So ist die EMRK eine normative Schicht unserer Grundrechte, weil wir eben eingebettet sind in dieses internationale Regime. Das war einst ein weiterer wichtiger Schritt der Rückkehr Deutsch-

Entscheidungsprogramm.“; in: Zur Europäisierung als Faktor der deutschen Rechtsentwicklung, 2011; zu nationalem Verfassungsrecht als Faktor unionaler Rechtsentwicklung *Mattias Wendel*, *EuConst* 7 (2011), 96–137; *ders.*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011.

lands in die demokratisch rechtsstaatliche Staatenfamilie. Seit der Entscheidung zur Unschuldsvermutung von 1987⁶ sind nun Grundrechte im Lichte der EMRK auszulegen, so wie diese der EGMR interpretiert. Das ist, so betont das Bundesverfassungsgericht, für manche beruhigend, meines Erachtens eher komparativ selbstverständlich, kein „Automatismus“ und keine „schematische Parallelisierung“.⁷ Aber die Hürden für eine Abweichung sind, das betont *Andreas Paulus* in seiner Rekonstruktion des Dialogs mit Straßburg, nach den Maßgaben aus der Entscheidung im Fall *Görgülü* hoch. Mittlerweile gibt es auch mehrere Entscheidungen zu den Menschenrechtsgarantien der Vereinten Nationen. Das gilt insbesondere für die Behindertenrechtskonvention, selbst wenn der dort interpretierende Ausschuss nicht dasselbe Gewicht hat wie ein Gericht.⁸ Auch sie müssen in das deutsche (Verfassungs-)Recht integriert werden. Damit gilt bereits in sich modifiziertes Verfassungsrecht, qua Europäisierung und Globalisierung. Verfassungsvergleichung ist aufgrund politisch verantworteter Entscheidungen schlicht das juristische Material.

Schließlich gilt das auch – und wohl erst recht – für die und in der EU. Verfassungsrechtlich ist europäisiert zu arbeiten, für einen, wie jüngst von *Gabriele Britz* er-

⁶ BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 (128). Maßgeblich dann BVerfGE 111, 307 (317); 120, 180 (200 f.); 128, 326 (367); 141, 1 (19 Rn. 45); 142, 313 (345 Rn. 88); stRspr. Dazu *Anna-Bettina Kaiser*, J f Rechts-politik 18, 2010, 203–206.

⁷ U.a. BVerfGE 137, 273 (320 f. Rn. 128); 141, 1 (30 Rn. 72) m. w. N.

⁸ BVerfGE 142, 313 (345 f. Rn. 89) (medizinische Behandlung Betreuer); 151, 1 (29 Rn. 65) (Wahlrechtsausschluss); BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20 –, Rn. 102 ff. (Diskriminierungsschutz in der Triage).

läutert, „kooperativen Grundrechtsschutz“.⁹ Und kooperativ bedeutet auch komparativ. Mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Vergessen“ ist auch klargestellt: Wo der deutsche Gesetzgeber Spielräume füllt, die er in der EU mit ausgehandelt hat, gelten in erster Linie die Grundrechte des Grundgesetzes, weil – in vergleichender Betrachtung! – davon auszugehen ist, dass diese auch europäische Normen garantieren. Wo kein Spielraum besteht, also mit Deutschland in der EU einheitliche Vorgaben gemacht werden, gelten europäische Grundrechte, bei denen umgekehrt – wieder vergleichend! – davon auszugehen ist, dass sie garantieren, was auch das deutsche Grundgesetz sichern soll.¹⁰

In der Sache ist das eine wechselseitige komparative Vermutung. Sie beruht darauf, dass deutsches und europäisches Recht über die regionale Menschenrechtsordnung verklammert sind, die EMRK – das sagt die Grundrechtecharta ausdrücklich in Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 GRCh und das Grundgesetz sagt es mit Art. 1 Abs. 2 GG sowie in der Präambel. Wenn und weil diese Normen eng miteinander verflochten sind, werden sie kombiniert. Oder auch: Das Bundesverfassungsgericht denkt die EU mit, so wie der Europäische Gerichtshof gehalten ist, nationales Verfassungsrecht zu berücksichtigen. Europäischer und globaler Multilateralismus sind damit für alle Beteiligten ein Verfassungsvergleichungsprogramm.

⁹ *Gabriele Britz*, Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, unter: <https://www.uni-giessen.de/fbz/fbo1/professuren-forschung/professuren/britz/mediathek/dateien> (abgerufen am 25. Mai 2022). Vgl. früh *Jutta Limbach*, EuGRZ 2000, 417; *Markus Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273.

¹⁰ BVerfGE 152, 152 und 152, 216 (Recht auf Vergessen I und II).

Wer nationale Grundrechte im Einklang mit der Charta der Union und beide konform mit der EMRK auslegen will, muss richtig gut vergleichen. Und auch dafür gibt es zahlreiche Beispiele: Wer Legitimation in transnationalen Settings definieren will, muss vergleichend erarbeiten, was wann wie „demokratisch“ ist. Wer Menschenwürde als globale rote Linie verteidigen will, muss vergleichend verstehen, warum eine „Würdigkeit“ nicht gemeint sein kann. Wer Geld mit dem Rechtsstaat verknüpft, muss diesen definieren, usw. usf. Neu ist nur: Das gilt heute zwingend. Über diese Bindung wird politisch entschieden – und das müssen wir, die Wissenschaft und weitere Praxen – dann verfassungsrechtlich verarbeiten. Also: Mehr Rechtsvergleichung.

B. Durchwachsene Geschichten

Eine Renaissance, nach der hier für die Verfassungsvergleichung gefragt ist, knüpft an historische Vorbilder an. Aber eine schlichte Renaissance ist nicht angezeigt. Renaissance ja – aber die Geschichten der Rechtsvergleichung sind nicht alle schön. Es gibt dunkle Seiten, tradierte Ausblendungen und aktuell auch Missbrauch. All das muss reflektiert bewältigt werden. Daraus folgt: Weniger Mainstream, mehr verdrängte Impulse. Also eher *Max Rheinstein*, der die deutschsprachige Rechtsvergleichung nicht prägen durfte, oder für die USA eher *Ginsburg* als *Scalia*, und vor allem auch Positionen aus dem globalen Süden.

Für die Staatsrechtslehre gilt dann natürlich: Mehr *Peter Häberle*. In der 1992 veröffentlichten Sammlung zur „Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates“