

RECHTS WISSENSCHAFT

August 2018 | Heft 2

Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Marietta Auer | Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit | Prof. Dr. Thomas Gutmann
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp | Prof. Dr. Tatjana Hörnle
Prof. Dr. Stefan Huster | Prof. Dr. Jens Kersten
Prof. Dr. Hans Kudlich | Prof. Dr. Frank Neubacher
Prof. Dr. Anne Peters | Prof. Dr. Thomas Pfeiffer
Prof. Dr. Helmut Satzger | Prof. Dr. Ewald Wiederin
Prof. Dr. Joachim Wieland

Aus dem Inhalt

Die Neuordnung der Verantwortung in der
kerntechnischen Entsorgung im Spannungsfeld von
Öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht

Markus Ludwigs

Zombie mit Potential

Alexander Graser

Vereinbarkeit von mehrjährigen Vertragsverhältnissen
im Fußballsport mit dem Minderjährigenschutz

Thorsten Nees

Von christlicher Wohltätigkeit zum eigennützigem
Bourgeois

Christoph Sorge



Nomos

www.rechtswissenschaft.nomos.de

RECHTS WISSENSCHAFT

August 2018 | Heft 2
9. Jahrgang

Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

Herausgegeben von Prof. Dr. Marietta Auer M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard), Giessen | Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Köln | Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, München (LMU) | Prof. Dr. Thomas Gutmann, Münster | Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp, Köln | Prof. Dr. Tatjana Hörnle M.A. (Rutgers), Berlin (HU) | Prof. Dr. Stefan Huster, Bochum | Prof. Dr. Jens Kersten, München (LMU) | Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen | Prof. Dr. Frank Neubacher M.A., Köln | Prof. Dr. Anne Peters LL.M. (Harvard), Heidelberg/Basel | Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, Heidelberg | Prof. Dr. Helmut Satzger, München (LMU) | Prof. Dr. Ewald Wiederin, Wien | Prof. Dr. Joachim Wieland LL.M., Speyer

Schriftleitung: Prof. Dr. Johannes Rux, Tübingen/Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Markus Ludwigs

Die Neuordnung der Verantwortung in der kerntechnischen Entsorgung im Spannungsfeld von Öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht 109

Alexander Graser

Zombie mit Potential 136

Thorsten Nees

Vereinbarkeit von mehrjährigen Vertragsverhältnissen im Fußballsport mit dem Minderjährigenschutz 159

Christoph Sorge

Von christlicher Wohltätigkeit zum eigennützigem Bourgeois 188

Rezensionsaufsätze

Johannes Kaspar

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Strafrecht – nach wie vor unausgeschöpftes Potenzial. (*Jestaedt/Lepsius*) 224

Tagungen und ihre Folgen

Maximilian Schulz

Sicherheit um jeden Preis – Bedingungen und Herausforderungen für Freiheit, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie 235

Zombie mit Potential

Anmerkungen zur Rechtsvergleichung (nicht nur) im Öffentlichen Recht

Alexander Graser*

<p>I. Die Rechtsvergleichung – eine Kunst? 137</p> <p>II. Thesen mit bemerkenswertem Neigungswinkel 138</p> <p>III. Ein basaler Begriff von Rechtsvergleichung 139</p> <p>IV. Kontexte praktizierter Rechtsvergleichung 139</p> <p>V. Pluralität verquickter Erkenntnisziele 142</p>	<p>VI. Äpfel, Birnen, Normen 143</p> <p>VII. Unausweichlicher Methodensimplizismus? 145</p> <p>VIII. Rezeptionsforschung als Inversion der funktionalen Methode 150</p> <p>XI. Vom Ideal der Theoriebildung und einer Vergrößerung des "n" 154</p> <p>X. In der Unerreichbarkeit schließlich doch eine Kunst? 157</p>
--	---

Der Beitrag kommentiert Stand und Perspektiven der Rechtsvergleichung. Der jüngeren Methodendebatte attestiert er ein eindrucksvolles Niveau (I) bei gleichzeitig bemerkenswerter Pointiertheit (II). Ausgehend von einem breiten Verständnis von Rechtsvergleichung (III) widmet der Beitrag sich zunächst den Kontexten (IV) und Zwecken (V), in bzw. zu denen Rechtsvergleichung praktiziert wird. Die anschließenden Erwägungen zum Wie der Rechtsvergleichung beginnen mit einer Beobachtung zum Vorgang des Vergleichens im Allgemeinen und illustrieren sodann die potentiell hohe Komplexität speziell des Rechtsvergleichens (VI). Vor diesem Hintergrund wird die noch immer vorherrschende funktionale Methode der Rechtsvergleichung als zwar bewährter, aber auch übermäßig vereinfachender Umgang mit besagter Komplexität gedeutet (VII). Der Beitrag plädiert daher für mehr Methodenvielfalt und stellt insbesondere einen alternativen Ansatz vor, der in einer Inversion der funktionalen Methode besteht, zur Erforschung von Prozessen der Rechtsrezeption dienen soll und auf diese Weise zu einer soziologisch orientierten Fortentwicklung der Rechtsvergleichung beitragen könnte (VIII). Auch die in jüngerer Zeit aufgekommenen Ansätze aus den empirisch orientierten Sozialwissenschaften, Recht vergleichend zu erforschen, begrüßt der Beitrag als potentiell fruchtbaren Impuls für die traditionelle Rechtsvergleichung, gerade im Hinblick darauf, dass so auf längere Sicht auch Theoriebildung betrieben werden könnte (IX). Der Beitrag schließt mit einem Appell (X), die vorhandenen Kapazitäten der Rechtsvergleichung stärker zum methodischen Experimentieren zu verwenden als auf eine Fortsetzung der Metareflectionen.

* Prof. Dr. Alexander Graser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Politik, insbesondere europäisches und internationales Recht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg. Er dankt Maximilian Link und Elisabeth Rauh für Recherchen zu diesem Beitrag. Dank gebührt auch Martin Löhnig für den inspirierenden Austausch zu einigen der hier vorgestellten Thesen, den anonymen „peers“ für ihre kritisch-konstruktiven „reviews“ sowie Johannes Rux dafür, dass er den Anstoß gegeben und das Unterfangen ebenso geduldig wie sachkundig begleitet hat. Alle verbliebenen Unzulänglichkeiten hat selbstverständlich allein der Verfasser zu vertreten.

I. Die Rechtsvergleichung – eine Kunst?

Kunst ist schön, macht aber viel Arbeit. Diese tiefe Einsicht Karl Valentins könnte erklären, warum es so viele gibt, die statt selber Kunst zu schaffen, lieber darüber reden, was sie uns sagen will und was überhaupt wahre Kunst ist. Vielleicht erklärt es überdies, warum so vieles von dem, was als Kunst daher kommt, den daran gestellten Ansprüchen kaum genügen kann.

Ob die Rechtsvergleichung eine Kunst ist, mag man bezweifeln. Ästhetische Erträge jedenfalls sind nicht zu erwarten. Auch steht das Kreative regelmäßig nicht im Vordergrund. Eher ähnelt die Rechtsvergleichung einem Handwerk, wenngleich einem technisch sehr anspruchsvollen. Mit der Kunst verbindet die Rechtsvergleichung jedoch immerhin, dass zwar auch sie lohnende Erträge verspricht, dabei aber durchaus arbeitsintensiv ist. Und vielleicht ist dies auch bei der Rechtsvergleichung der Grund dafür, dass nicht alles, was unter diesem Label läuft, überzeugen kann. Zudem nehmen auch bei der Rechtsvergleichung die oft verschlungenen Metareflexionen bemerkenswert viel Raum ein.

Tatsächlich präsentiert sich gerade das Feld der rechtsvergleichenden Methodenliteratur in jüngerer Zeit als gründlich bestellt,¹ nicht zuletzt dank einiger monumentaler Arbeiten, die den Wissensstand systematisch aufbereiten.² Der vorliegende Beitrag kann sich insofern darauf beschränken, einige punktuelle Beobachtungen und Anregungen zum Gesamtgeschehen mitzuteilen. Erfahrungsgemäß erfreuen sich derlei kluge Kommentare von der Seitenlinie ja größter Beliebtheit.

¹ Noch vor zwanzig Jahren wäre wohl eine weniger positive Einschätzung angezeigt gewesen; vgl. dazu etwa M. Reimann, Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog, ZEuP 1999, 496, und insbesondere die dortige Fn. 18 samt zugehörigem Text, in der Reimann in der Rechtsvergleichung selbst eine grundlegende Vergewisserung über den Vorgang des Vergleichens vermisst, sowie S. 507, wo er der Rechtsvergleichung mit dem Rechtshistoriker A. Cordes „eine ‚produktive Unbekümmertheit, die bewusst auf Reflexion über das eigene Tun verzichtet,‘“ bescheinigt. Das mag damals vielleicht berechtigt gewesen sein. Heute jedoch ist die Bilanz angesichts auch der im Folgenden erwähnten Werke jedenfalls deutlich günstiger, und gewiss würde auch Reimanns Urteil milder ausfallen, hat er seither doch selbst wesentlich zur Methodenreflexion beigetragen. Zu beachten ist bei derlei Einschätzungen freilich stets, dass ein Blick allein auf die deutschsprachige Literatur ein unvollständiges Bild abgeben kann. Schon Reimanns Urteil wirkt im Rückblick vielleicht etwas überpointiert, missachtet er doch beispielsweise die eingehende vergleichstheoretische Arbeit, die – der deutschsprachige – G. Frankenberg bereits 1985 auf Englisch unter dem Titel „Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law“ im Harvard International Law Journal (2), S. 411 vorgelegt hat. Heute gälte dies umso mehr: Wie die nachfolgenden Nachweise illustrieren, ist das Deutsche auch und vielleicht gerade in diesem Bereich meist nicht mehr das Medium der Wahl, auch für die bemerkenswert zahlreichen deutschsprachigen Autoren, die sich gegenwärtig am Methodendiskurs beteiligen.

² Vgl. insbesondere U. Kischel, Rechtsvergleichung, München 2015; M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press 2006. Neben solchen übergreifenden Werken gibt es – ähnlich umfangreich – auch für einzelne Rechtsgebiete Zusammenstellungen zum jeweiligen Stand der rechtsvergleichenden Forschung; vgl. im Verwaltungsrecht etwa S. Rose-Ackermann/P. Lindseth/B. Emerson (Hrsg.), Comparative Administrative Law, 2. Aufl. Cheltenham, Edward Elgar 2017.

II. Thesen mit bemerkenswertem Neigungswinkel

Mäandernde Metadiskussionen, monumentale Methodenliteratur – das klingt fast ein bisschen reizarm und jedenfalls nicht nach der Art von Forum, das den beteiligten Autoren Aufmerksamkeit verheißt. Trotzdem, oder vielleicht eben gerade deswegen, wird das, was dort verhandelt wird, oft reichlich kontrastreich präsentiert. Dem einen scheint die Rechtsvergleichung weltweit und seit jeher als der Quell allen rechtlichen Fortschritts,³ dem anderen die Vorstellung aus einer Ordnung in die andere übertragener Normen schon begrifflich unmöglich.⁴ Mal wird eine neue Epoche der Rechtsvergleichung ausgerufen,⁵ mal die Disziplin zu Grabe getragen.⁶ Die Reihung ließe sich fortsetzen. Das beeindruckende theoretische Niveau der Methodendiskussion wird nur noch übertroffen durch das ihrer sprachlichen Zuspitzung.

Ob man den hohen Kontrastierungsgrad begrüßen sollte, ist schwer einzuschätzen. Manche Differenzierung mag dadurch übersehen und so auch das Maß der Vereinbarkeit der Positionen systematisch unterschätzt werden. Immerhin facht solche Polarisierung aber die Diskussion immer wieder an, und wenn der aufgewirbelte Staub sich setzt, bleiben akzentuierte Positionen, eine Zeit lang wohl sogar akademische Lager übrig.⁷ Das macht die Szenerie immerhin überschaubarer.

Trotzdem ist es nicht Ziel der hier vorgestellten Ausführungen, die Kontraste weiter zu betonen. Die großen theoretischen Auseinandersetzungen der letzten Jahrzehnte sollen hier nicht noch einmal eigens nachgezeichnet, geschweige denn gründlich diskutiert werden. Im Gegenteil geht es im Folgenden eher um Gemeinsamkeiten, und zwar im Hinblick insbesondere auf die Ausgangspunkte und He-

3 Klassisch insofern A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens/Georgia, University of Georgia Press 1974, der dem Vergleichen und vor allem dem Übernehmen fremden Rechts eine zentrale Bedeutung für die moderne Rechtsentwicklung zuschreibt.

4 Besonders prononciert hat diese Kritik P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, Maastricht Journal of Comparative Law 4 (1997), S. 111, formuliert.

5 Über sein Gebiet der Verfassungsvergleichung hinaus besonders optimistisch für die Vergleichung generell R. Hirschl, *Comparative Matters, Response to Interlocutors*, Boston University Law Review 96 (2016), S. 1393 (1423 f.); mit positivem Befund zur aktuellen Gefragtheit der Rechtsvergleichung auch J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, American Journal of Comparative Law 62 (2014), S. 821

6 Besonders pessimistisch etwa M. Siems, *The End of Comparative Law*, 2 Journal of Comparative Law (2007), S. 133, der eine empirisch substantiierte Diagnose der schwindenden Bedeutung der Rechtsvergleichung vorstellt, die düstere Prognose aus dem Titel freilich insofern relativiert, als er immerhin mögliche Entwicklungschancen erörtert. Zur Möglichkeit, dass die Rechtsvergleichung allmählich durch eine empirisch orientierte ökonomische Forschung verdrängt werde, auch R. Michaels, *Comparative Law by Numbers?* American Journal of Comparative Law 57 (2009), S. 765, 791 f.

7 Stark akzentuiert sind solche Lager jüngst etwa im von F. Werro/H. Dedek herausgegebenen Sonderheft des American Journal of Comparative Law, 65 (2017), *What We Write About When We Write About Comparative Law: Pierre Legrand's Critique in Discussion*, hervorgetreten; schon P. Legrands Ausgangsbeitrag, *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, *ibid.*, S. 1, betont die Frontenstellung.

rausforderungen der Rechtsvergleichung sowie auf mögliche Linien ihrer künftigen Entwicklung.

III. Ein basaler Begriff von Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung auf den Begriff zu bringen, ist schon oft versucht worden – und mit doch so unterschiedlichen Resultaten, dass eine Festlegung vorab angezeigt ist. Ich möchte in diesem Beitrag ausgehen von einem möglichst basalen Verständnis: Rechtsvergleichung ist, wenn ein Mensch mit Kenntnissen in einer Rechtsordnung sich mit einer weiteren befasst.

Denn dann – so vermute ich – stellt sich fast zwangsläufig ein Reflexionsprozess ein: Es fallen Gemeinsamkeiten und Unterschiede auf, die regelmäßig bereits die kognitive Einordnung des neu erlernten Rechts beeinflussen werden, daneben wahrscheinlich neue Gedanken über das bekannte Recht auslösen und womöglich auch darüber hinaus des Betrachtenden Blick auf diese beiden Ordnungen prägen.

Man kann diese Grundvorstellung weiter entfalten. Sowohl die Vorbildung in der einen als auch die Befassung mit der anderen Ordnung kann man sich unterschiedlich intensiv ausmalen, es können natürlich auch weitere Ordnungen hinzutreten und immer neue Runden solchen Vergleichens. Auch dessen konkrete Gegenstände, der Umfang der jeweiligen Betrachtung und die sich einstellenden Erkenntnisse können ganz unterschiedlich sein.

IV. Kontexte praktizierter Rechtsvergleichung

So verstanden, findet Rechtsvergleichung ständig statt: Wenn ein Student nach der Zwischenprüfung ein Semester lang im Ausland das dortige Recht studiert; wenn eine Anwältin bei einem Mandat mit Auslandsbezug sich die relevanten Informationen über die fremde Rechtsordnung besorgt; wenn ein Doktorand eine Dissertation verfasst, in der ausländisches Recht behandelt und womöglich auch dem eigenen gegenübergestellt wird; wenn sich eine Richterin (zumal an einem internationalen Gericht) zur Vorbereitung ihres Votums darüber informiert, wie der Fall in anderen Rechtsordnungen (zumal in jenen der ihrer Rechtsprechung unterworfenen Staaten) behandelt würde; wenn eine Gruppe von Experten mit dem Ziel einer Rechtsvereinheitlichung aus unterschiedlichen Rechtsordnungen die jeweiligen Regelungsregime eines Rechtsgebiets zusammenträgt; und schließlich auch, wenn eine erfahrene Wissenschaftlerin mehrere Rechtsordnungen übergreifend große Linien der Rechtsentwicklung reflektiert.

Legt man das hier vorgeschlagene basale Verständnis von Rechtsvergleichung zugrunde, so zeigt schon die Zusammenstellung dieser simplen Beispiele, dass ein Ende der Rechtsvergleichung nicht zu befürchten ist. Wohl aber variieren die Anlässe für solche Vergleichung und damit auch das relative Gewicht ihrer verschiedenen

Erscheinungsformen. So sind Auslandsstudienjahre heute vermutlich häufiger als vor hundert Jahren; in Europa hat nicht zuletzt die „Erasmus-Förderung“ dazu beigetragen. Auch die judikative Berücksichtigung fremder Rechtsordnungen hat unterschiedlich viel Bedeutung,⁸ anhängig vom jeweiligen Gericht und wohl auch der Rechtstradition, der es verpflichtet ist; gerade innerhalb des British Commonwealth sind solche vergleichenden Querbezüge seit jeher selbst in rein nationalen Foren usus.⁹ Ebenso gibt es mal mehr, mal weniger Anlass, über Vereinheitlichung nachzudenken; nicht umsonst sprießen gerade innerhalb der Europäischen Union auch die „ius commune“-Vorhaben aus dem Boden.¹⁰ Aber ungeachtet solcher Varianz in Raum und Zeit – das Vergleichen wird nicht aufhören, schon aus praktischen Gründen nicht.

Konjunkturzyklen ist die Rechtsvergleichung auch als akademische Disziplin unterworfen, und es ist wohl gerade dieser spezielle Zweig, dessen mögliches Absterben gemeint ist, wenn mitunter ein Ende der Rechtsvergleichung prophezeit wird. So ist durchaus denkbar, dass sich mögliche Veränderungen ihres universitären Habitats negativ auswirken könnten, etwa wenn Kostendruck und Forderungen nach unmittelbarer praktischer Verwertbarkeit akademischer Inhalte an Gewicht zunehmen.¹¹ Eine Rolle könnten auch inhaltliche Faktoren spielen. Etwa wird darauf hingewiesen, dass mit dem Bedeutungsverlust staatlichen Rechts der Vergleichung ihre primäre Analysekategorie abhanden komme.¹² Substanzlos sind solche Szenarien gewiss nicht, übertrieben dagegen schon. Die Vielheit staatlicher Ordnungen wird ja nicht durch eine einheitliche überstaatliche ersetzt, sodass Vergleichen weiterhin möglich ist. Und jedenfalls in der deutschen Forschungslandschaft ist die Rechtsvergleichung – übrigens gerade auch außerhalb der Universitäten – so fest

8 Ausführlich dazu in neuerer Zeit C.-D. v. Busse, Die Methode der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, Baden-Baden 2015. Breiter in der Anlage und mit weiterreichendem Systematisierungsanspruch M. Bobek, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, Oxford University Press 2013.

9 Vgl. zu dieser Ausgangssituation sowie zur heutigen Praxis P. Roudik, Comparative Summary, S. 1 in: The Library of Congress Global Legal Research Center (Hrsg.), The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments, 2010, verfügbar unter <https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/impact-of-foreign-law.pdf> (letzter Aufruf Mai 2018), insbesondere S. 2. Die Feststellung, dass die USA insofern aus der „common law“-Familie ausscheren, gehört zu den Ausgangspunkten dieser Studie; ähnlich zu dieser Sonderrolle auch Busse, *ibid.*, der freilich inzwischen eine Zunahme vergleichender Bezugnahmen auch dort ausmacht, S. 70 ff.

10 Mit einer begriffsgeschichtlich sensiblen und entsprechend nuancierten Reflexion der einschlägigen Bestrebungen im deutschen Öffentlichen Recht A. v. Bogdandy/S. Hinghofer-Szalkay, Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum: Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, droit public de l'Europe und Carl Schmitt, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 73 (2013), S. 209 (insbesondere S. 216 f.). Im Zivilrecht hatte man den entsprechenden Impuls der Europäischen Integration schon früher aufgenommen; vgl. dazu etwa Reimann (Fn. 1), S. 497, mit dem Hinweis auf die noch älteren Wurzeln der Diskussion.

11 Ausführlicher hierzu A. Graser/M. Löhnig, Einleitung: Rechts(rezeptions)vergleichung als Kulturwissenschaft, Rechtskultur 6 (2017), S. 1.

12 Näher hierzu Siems (Fn.), S. 143 ff.

verwurzelt,¹³ dass ein Absterben nicht absehbar wäre. Auf einem anderen Blatt steht, dass die Disziplin als Lehrfach eher ein Schattendasein führt. Wer auf einen regelmäßig ja berufsqualifizierenden, mithin auf eine bestimmte Rechtsordnung konzentrierten Abschluss hinarbeitet, hat selten die Kapazitäten, um sich substantiell auch noch mit einer anderen Ordnung zu befassen.

Wenn von den Kontexten der Rechtsvergleichung die Rede ist, rückt auch die Frage in den Blick, ob es insoweit Unterschiede zwischen den Rechtsbereichen gibt. Gerade im Hinblick auf die klassische Trennung von Privatem und Öffentlichem Recht wird dies zuweilen behauptet,¹⁴ wobei überwiegend wohl eine Präponderanz des Privatrechts thematisiert wird. Aber gibt es wirklich mehr privatrechtliche Rechtsvergleichung (oder Rechtsvergleicher), und hätte dies solchenfalls auch mit charakteristischen Unterschieden der beiden Felder zu tun?

Zu verifizieren ist dies kaum. Jedenfalls aber wären solche Unterschiede nach den in diesem Abschnitt angestellten Überlegungen keineswegs erstaunlich. Schließlich kann der Kontext für beide Bereiche durchaus unterschiedlich sein. Womöglich gibt es in der anwaltlichen Praxis in der Tat häufiger privatrechtliche Fälle, die zu einer Auseinandersetzung mit fremdem Recht nötigen. Und auch bei den akademischen Erscheinungsformen der Rechtsvergleichung liegt es etwa im Hinblick auf die Bemühungen um Rechtsvereinheitlichung nicht fern, ein Überwiegen privatrechtlicher Vergleichung zu vermuten.¹⁵

Ob es neben solchen kontextinduzierten aber auch systematische Erklärungen gibt für ein – wie gesagt: ohnehin nur behauptetes – Überwiegen des Privatrechts innerhalb der Rechtsvergleichung, ist zweifelhaft. Skepsis ist schon deswegen angezeigt, weil die zugrundeliegende Unterscheidung zwischen Öffentlichem und Privatem Recht ihrerseits zwar verbreitet, in ihren Grenzziehungen aber doch kontingent ist und schon darin eine Kontextabhängigkeit hierauf bezogener „systematischer“ Begründungen impliziert wäre. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass das Privatrecht bestimmten Vergleichsmethoden besser zugänglich ist als das Öffentliche Recht, namentlich womöglich der funktionalen Methode – dazu später mehr.

Das zuvor vorgeschlagene basale Verständnis von Rechtsvergleichung ist, wie sich gezeigt hat, zugleich auch ein sehr weites. Insbesondere umfasst es viel an Rechtsvergleichung, die nicht publiziert wird, ja mitunter nicht einmal verschriftlicht und

13 Namentlich in der Max-Planck-Gesellschaft, deren bewusste Schwerpunktsetzung innerhalb der Rechtswissenschaften auf vergleichend orientierte Institute die Hochschullandschaft nicht zuletzt auch durch Generierung entsprechenden akademischen Nachwuchses zu prägen scheint.

14 Für eine eingehende Behandlung solcher möglicher Unterschiede vgl. *Kischel* (Fn.), S. 37 ff.

15 Mit einer entsprechenden Diagnose beispielsweise *M. Reimann*, Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda, *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), S. 637 (638), hinsichtlich der Rechtsvergleichung europäischer Tradition.

also auch nicht gelesen. Rechtsvergleichung geschieht – in Ausbildung, Praxis und Wissenschaft – zunächst einmal im Kopf. Ob und wie sie sich darüber hinaus (buchstäblich:) äußert, hängt vom Kontext ab. Weil sie aber – in all diesen Kontexten – nicht nur verständnis-, sondern potentiell auch handlungsleitend werden kann, wäre es auch für den akademischen Diskurs kurzfristig, allein auf die öffentlich verschriftlichten Formen zu fokussieren. Andere Rechtsvergleichung will – oder sollte – ebenso angeleitet sein.

V. Pluralität verquicker Erkenntnisziele

Das Was und Wann der Rechtsvergleichung wären damit immerhin kurz umrissen – höchste Zeit, sich den Fragen zuzuwenden, die in der Methodenliteratur wohl dominieren, zunächst einmal jener nach dem Wozu. An Zweckbestimmungen besteht in der Tat kein Mangel: Dienen kann die Rechtsvergleichung zunächst ganz allgemein der Auslandskunde, daneben auch der Verständnisschärfung, und zwar in Bezug auf die eigene Rechtsordnung oder das Recht im Allgemeinen. Dabei soll Rechtsvergleichung meist auch die Praxis anleiten, sei es – dogmatisch gewendet – in der Rechtsprechung als fünfte, auf Vereinheitlichung oder Erkenntnisgewinn zielende Auslegungsmethode,¹⁶ sei es – steuerungswissenschaftlich gewendet – als Vehikel einer übergreifenden gesetzgeberischen Rechtsvereinheitlichung oder als Inspirationsquell für die bessere rechtliche Lösung sozialer Probleme. Oder aber es werden die in einem weiten Sinne kulturwissenschaftlichen Möglichkeiten betont. Selbst wenn sich für das positive Recht nichts gewinnen lässt, so kann eine Betrachtung des Rechts als „great cultural formation“¹⁷ doch Aufschluss geben über die Kultur, die es prägt und spiegelt, und der Rechtsvergleich also eine Perspektive der Kulturwissenschaft sein.

Diese gängigen Zielbestimmungen schließen einander offenkundig nicht aus. Auslandskunde und Verständnisschärfung sind ohnehin übergreifend, aber auch die anderen Orientierungen oft nicht scharf voneinander zu trennen. Gerade wenn die praktischen Ziele von Lösungsimport oder Rechtsangleichung verfolgt werden, kommt man nicht umhin, den rechtlichen wie sozialen Kontext der verglichenen Regelungen einzubeziehen. Trifft man dabei – wie es wohl die Regel ist – auf relevante Differenzen, relativiert dies die Übertragbarkeit der Normen und verschiebt die Perspektive zwangsläufig von der Steuerungs- in Richtung Kulturwissenschaft. Selten ist Rechtsvergleichung deswegen, selbst wenn sie in Form verschriftlichter,

16 Mit der ausdrücklichen Forderung einer Aufnahme der Rechtsvergleichung in den Kanon der Auslegungsmethoden seit langem P. Häberle, etwa in „Funktionen und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive“, EuGRZ 2005, S. 687; J. Basedow, Hundert Jahre Rechtsvergleichung, JZ 2016, S. 269, bilanzierte dazu kürzlich, dass eben dies in vielen Kontexten bereits zu einer obligatorischen Methode der Rechtsanwendung geworden sei.

17 Zu diesem Verständnis C. Geertz, *Local Knowledge – Further Essays in Interpretive Anthropology*, 3. Aufl., New York, Basic Books 2000; eingehend dort insbesondere S. 218 f.

systematisch geplanter Studien auftritt, nur einem der genannten Ziele verschrieben. Bei den weniger konzeptgetragenen Formen nicht öffentlich verschriftlichter Rechtsvergleichung ist eine solche Zuordnung noch schwieriger.

VI. Äpfel, Birnen, Normen

Es ist absehbar, dass sich das Wie der Rechtsvergleichung auch nach dem Wozu richten muss. Insofern wird Differenzierung angezeigt sein. Trotzdem lohnt es vielleicht, auch die Überlegungen zum Wie bei einem etwas allgemeineren Ausgangspunkt zu beginnen.

Das Vergleichen per se ist schließlich nichts Ungewöhnliches. Man tut es unablässig, vermerkt Gemeinsamkeiten und Unterschiede und ordnet seine Wahrnehmungen entsprechend. Verglichen werden kann im Prinzip alles, sehr Ähnliches ebenso wie radikal Verschiedenes. Tatsächlich werden Betrachtungsgegenstände stets von beidem etwas aufweisen, in mancher Hinsicht gleich, in anderen verschieden sein.

Das sprichwörtliche Vergleichen von Äpfeln mit Birnen ist also kein Problem, sondern eher der Regelfall: Bei beiden handelt es sich um auf Bäumen wachsendes, heimisches Kernobst, um nur die nächstliegenden Gemeinsamkeiten zu benennen. Aber auch die Unterschiede drängen sich unmittelbar auf, beispielsweise im Hinblick auf Form und Geschmack. Dabei können beide Aspekte, Gemeinsamkeiten wie Unterschiede, erhellende Erträge des Vergleichens sein – oder auch, wie hier, eher trivial. Ob und für wen sich ein Vergleich lohnt, hängt stets davon ab, was verglichen wird und aus welchem Blickwinkel.

Für die Rechtsvergleichung gilt insofern zunächst nichts anderes. Verglichen werden kann alles; „zu verschieden“ oder auch „zu ähnlich“ gibt es nicht. Sowohl Differenzen als auch Gemeinsamkeiten können aufschlussreich sein. Aber es gibt keine Erfolgsgarantie: Was immer man zutage fördert – es kann nutzlos sein oder auch schon bekannt. Entscheidend sind auch hier Betrachtungsgegenstand und Perspektive.

Was die Rechtsvergleichung jedoch besonders macht, ist die Komplexität ihres Betrachtungsgegenstands. Äpfel und Birnen sind eher simple Vergleichsobjekte, wenn auch wahrscheinlich nur im ungeschulten Auge des Juristen. Bei Normen dagegen erscheint – jedenfalls dem Juristen – schon die Betrachtung viel komplexer, und umso mehr dann der Vergleich.

Gewiss ist auch diese Komplexität kein unumstößliches Faktum. Man kann es sich auch einfach machen und beispielsweise einzelne positiviert Sollenssätze aus unterschiedlichen Regelungssystemen herausgreifen und isoliert auf bestimmte Aspekte hin untersuchen. Konkret etwa: Haben Rechtsordnungen A und B in ihren verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten Merkmal X erwähnt? Wahr-

scheinlich gibt es eine klare Antwort darauf; jedenfalls ist es eine einfache Frage, die sich zum Beispiel ein Student stellen könnte, wenn er nach ein paar Jahren der Ausbildung in Rechtsordnung A nun die von B näher kennenlernt. Die möglichen Befunde können überraschend sein – etwa wenn A und B liberale Verfassungsstaaten sind, X das Merkmal Geschlecht meint und die Antwort unterschiedlich ausfällt – oder erwartungsgemäß, wenn beide liberalen Verfassungsstaaten Geschlechterdiskriminierung ausschließen. Die gleichen Befunde würden vielleicht umgekehrt aufgenommen, gälte nur A als liberaler, B dagegen als islamisch fundamentalistischer Staat.

Aber was immer die Antworten auf unsere einfache Frage sein mögen, sie führen nicht sonderlich weit. So ist zunächst durchaus denkbar, dass bereits die Antworten nur vermeintlichen Aufschluss geben. Es könnte ja zum Beispiel sein, dass die fehlende Erwähnung des Merkmals X in der Verfassung kompensiert wird durch entsprechende Normen auf anderer Regelungsebene, im einfachen Recht oder auch im internationalen. Möglich ist auch, dass das Merkmal zwar nicht explizit in der Verfassung erwähnt, aber unter einen allgemeineren Begriff subsumiert wird, oder dass es von der Praxis per Analogie zu einem ähnlichen, aber explizit erwähnten Merkmal genauso behandelt wird. Umgekehrt ist natürlich auch nicht ausgeschlossen, dass das Merkmal trotz expliziter Erwähnung wenig oder gar keine Wirkung entfaltet. Denn ganz allgemein variiert die Durchsetzbarkeit von verfassungsrechtlichen Verbürgungen abhängig etwa von den prozessrechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen, und auch im materiellen Recht gibt es viel Raum für Unterschiede, so im gegebenen Kontext insbesondere bei der Frage, „wie verboten“ ein verpöntes Differenzierungsmerkmal sein soll. Ferner ist nicht einmal auszuschließen, dass bereits die Frage fehlgeht – etwa wenn sich herausstellt, dass ihre Prämissen nicht zutreffen und es zum Beispiel in B gar keine verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote, vielleicht nicht einmal eine geschriebene Verfassung gibt.

Kurz: Es gibt viele potentielle Störfaktoren, schon bei dieser einfachen Frage. Und dabei wurden hier nur solche erwähnt, die sich aus dem Recht selbst ergeben. Wie das Recht tatsächlich wirkt, hängt aber auch noch von sozialen Rahmenbedingungen ab, etwa wer die Akteure sind, die es interpretieren dürfen oder einfordern müssten.

Das heißt nun nicht, dass einfache Fragen wie in unserem Beispiel nicht gestellt werden sollten. Im Gegenteil kann das sehr fruchtbar sein – und das Beispiel ja durchaus neugierig machen, wie es in den Rechtsordnungen C, D und E aussieht mit Merkmal X, vielleicht auch mit Merkmalen Y und Z, und womöglich sogar, wie sich die entsprechenden Regelungen in der Vergangenheit entwickelt haben. Zentral ist aber, dass man sich der zuvor genannten Störfaktoren bewusst bleibt, und zwar ganz gleich, ob es um die Beispielsfrage in ihrer ursprünglichen engen

Version geht oder um deren denkbare Ausweitungen. In allen Fällen gilt: Schon der Befund könnte falsch sein – oder genauer: irreführend, sofern man irgendwelche Folgerungen daraus ableiten möchte, etwa über das Wesen einer Gesellschaft, die den Schutz vor Geschlechterdiskriminierung (nicht) in ihrer Verfassung verankert hat, oder auch darüber, dass es ratsam sei, dies in der einen Ordnung so zu machen wie in der anderen.

Damit sind wir wieder beim Ausgangspunkt angelangt: Zwar muss Rechtsvergleichung das Recht nicht in all seiner Komplexität wahrnehmen und insofern auch selbst nicht zwangsläufig komplex sein. Einfache Fragen sind möglich, und wahrscheinlich handelt es sich sogar bei den meisten rechtsvergleichenden Fragen, die tatsächlich gestellt werden, um solche einfachen, jedenfalls wenn man den hier vorgeschlagenen weiten Begriff von Rechtsvergleichung zugrunde legt. Aber das Beispiel hat illustriert, dass solche einfachen Ansätze nur als Annäherung taugen, als Einstieg günstigenfalls in weitere Reflexionen. Relevante Schlüsse lassen sich hingegen so noch kaum ziehen. Dafür gälte es, das Recht in seiner sozialen Bedingtheit und Wirksamkeit zu erfassen.

Das jedoch – und auch davon mag das Beispiel eine Ahnung vermittelt haben – ist so facettenreich, oft auch ambivalent, dass sich beim Vergleich selbst eng begrenzter Regelungsmaterien ein Mikrokosmos normativ-sozialer Interdependenz auftut. Diese Komplexität ist kaum zu bewältigen. Vereinfachung ist daher unumgänglich, geht aber auf Kosten der Erkenntnismöglichkeiten. Mit diesem Dilemma zurechtzukommen, ist die zentrale methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung.

VII. Unausweichlicher Methodensimplizismus?

Die wohl gängigste Antwort auf das Methodendilemma ist die so genannte funktionale Rechtsvergleichung.¹⁸ Anders als die simple Vorgehensweise im zuvor benutzten Beispiel ist sie deutlich anspruchsvoller und nimmt nicht nur das Recht, sondern auch dessen Umwelt in den Blick. Allerdings operationalisiert sie diese Beziehung in denkbar einfacher Weise.

Das Recht, so der Ausgangspunkt, ist ein Instrument zur Lösung sozialer Problemstellungen. Diese Probleme, so wird weiter angenommen, stellen sich in unterschiedlichen Ordnungen gleichermaßen. Was sich dagegen unterscheidet, ist, wie das Recht darauf antwortet, und genau das gilt es also zu vergleichen.

18 Für eine Darstellung dieser Methode und ihrer Grundlagen sowie eine ebenso differenzierende wie kritische Erörterung vgl. R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, S. 339 in: *Reimann/Zimmermann* (Fn.).

Daraus kann man dann lernen, welche anderen Lösungsmöglichkeiten das Recht kennt – den „Lösungsvorrat anreichern“, mit der klassischen Formulierung.¹⁹ Oder man kann die Befunde – wieder: Gemeinsamkeiten oder Unterschiede – zum Ausgangspunkt nehmen, um im weiten Sinne soziologische Erklärungshypothesen zu generieren. Letzteres steht allerdings selten im Vordergrund. Ganz im Einklang mit ihrer Grundannahme („Recht löst soziale Probleme“) ist die funktionale Rechtsvergleichung meist wohl steuerungswissenschaftlich orientiert.

Auf ein bestimmtes Rechtsgebiet ist die Methode dagegen nicht festgelegt, sondern eignet sich grundsätzlich gleichermaßen für privat- wie für öffentlich-rechtliche Regelungsmaterien. Angesichts der zuvor bereits angesprochenen Kontingenz dieser Unterscheidung ist es sogar möglich, dass ein und dasselbe Regelungsproblem in der einen Rechtsordnung mit privat-, in der anderen mit öffentlich-rechtlichen Instrumenten adressiert wird, der entsprechende Vergleich also gar nicht eindeutig zuzuordnen wäre.²⁰ Wenn in der Praxis der funktionalen Methode womöglich trotzdem ein Überwiegen zivilrechtlich orientierter Studien zu beobachten sein sollte, so dürfte dies wieder mit jenen Kontextfaktoren zu erklären sein, die oben schon thematisiert wurden. Speziell im Hinblick auf den Einsatz der funktionalen Methode könnte hinzu kommen, dass diese – jedenfalls im Ausgangspunkt – relativ anspruchsvoll ist, was das vorausgesetzte Maß an Gemeinsamkeiten der Vergleichsgegenstände voraussetzt, und dass diese Bedingung im Privatrecht (oder vielleicht auch nur bei den vornehmlich verglichenen Privatrechtsordnungen) häufiger erfüllt sein könnte. Aber wie gesagt: Das sind lediglich spekulative Erklärungen für Beobachtungen, die ihrerseits empirisch kaum zu überprüfen sind. In ihrer Konzeption erscheint die funktionale Rechtsvergleichung nicht speziell für eines der Rechtsgebiete prädestiniert.

Ausgehend von der zuvor beschriebenen Grundkonzeption der funktionalen Rechtsvergleichung werden konkrete Arbeitsschritte empfohlen, darunter insbesondere ihr zentrales Methodenpostulat, nämlich das einer „vorrechtlichen“ Problemformulierung,²¹ die vielleicht nicht am Anfang des Vergleichens stehen muss, wohl aber dessen unverzichtbare Basis sein soll. Der dahinter stehende Gedanke ist

19 Vgl. zu dieser Zitelmann zugeschriebenen Formulierung etwa K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 14.

20 Für ein einschlägiges Beispiel betreffend den einerseits sozialversicherungs-, andererseits individualarbeitsrechtlichen Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse vgl. A. Graser, „Experience rating“ in der Arbeitslosenversicherung – Der US-amerikanische Sonderweg beim Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1999, S. 48.

21 Die Terminologie variiert, statt „vorrechtlich“ findet sich etwa auch „vom positiven Recht (...) ablösbar“, so bei H. Zacher, Vorfagen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs, Berlin 1976, S. 36 f., oder „pre-legal“ bzw. „exogenous“, so bei D. Pieters, Reflections on the Methodology of Social Security Law Comparison, in: F. Ruland/B. v. Maydell/H.-J. Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, München 1998, S. 725.

durchaus schlüssig: Um nicht letztlich bei der – gerade aus steuerungswissenschaftlicher Sicht: fruchtlosen – Beschreibung von Unterschiedlichkeiten stehen bleiben zu müssen, sollte man den Vergleich mit der Feststellung einer Gemeinsamkeit des Vergleichenen beginnen, also mit einem gemeinsamen Bezugspunkt oder Oberbegriff, dem *tertium comparationis*. Von hier aus lassen sich beobachtete Differenzen dann einordnen und potentiell auch Reformanregungen generieren.

Dass dieser Bezugspunkt als „vorrechtlich“ bezeichnet wird, passt vollends ins Bild – oder genauer: ins zuvor skizzierte Paradigma. Wenn Recht soziale Probleme löst und verglichen werden soll, wie es das tut, dann liegt es nahe, den gemeinsamen Bezugspunkt bei eben jenen Problemen anzusiedeln, also im „Vorrechtlichen“. Und damit der vergleichende Blick nicht durch Voreingenommenheiten verstellt wird, soll das Problem auch vorrechtlich formuliert sein – also so, dass es die Fachbegrifflichkeiten der einen oder anderen Ordnung vermeidet. So weit, so plausibel.

Nur darf nicht vergessen werden, dass die funktionale Methode nicht die Lösung des Komplexitätsproblems ist, sondern allenfalls eine Form, damit umzugehen. So garantiert zunächst die vorrechtliche Problemformulierung keineswegs, dass man beim sozialen Problem wirklich hinreichende Gemeinsamkeiten antrifft. Es kann ja nicht vorausgesetzt werden, dass in unterschiedlichen Gesellschaften die gleichen Probleme auftreten, und selbst wenn dies bei objektiver Betrachtung einmal so scheinen mag, kann die Problemwahrnehmung in den betroffenen Gesellschaften noch immer unterschiedlich sein.

Noch zweifelhafter ist die Annahme, dass soziale Probleme grundsätzlich unabhängig vom Recht seien – als träte das Recht mit aller sozialen Wirksamkeit, die ihm dieser Ansatz zuschreibt, stets von neuem an eine bis dato nicht rechtsgeprägte Welt heran. Dass solche Vorrechtlichkeit stets oder auch nur meistens möglich wäre, kann man deswegen kaum ernsthaft behaupten. Wenn sich diese implizite Prämisse der funktionalen Methode dennoch hält, dann nicht, weil dies zutreffend, sondern bloß, weil es praktikabel ist.

Es geht schließlich, wie vorausgeschickt, um Vereinfachung. Die funktionale Rechtsvergleichung erreicht dies, indem sie die komplexe Wechselbezüglichkeit von Recht und sozialer Umwelt darauf reduziert, dass Recht soziale Probleme löse. Sie fokussiert damit auf eine einzige Wirkrichtung, wo es offensichtlich auch die entgegengesetzte gibt, nämlich die Einflüsse der sozialen Umwelt auf das Recht. Zugleich ist ihre Konzeption deswegen insofern auch statisch, als sie in dieser Ein-dimensionalität auch die Möglichkeit iterativer Wechselbezüge und damit eine potentielle Dynamik des Betrachtungsgegenstands ausblendet.

Eine weitere Vereinfachung, die damit einhergeht und ebenfalls im Ansatz funktionaler Rechtsvergleichung angelegt ist, liegt in dessen dichotomer Konzeption des

Verhältnisses von Recht und sozialer Umwelt: hier das Recht, da das Vorrechtliche, namentlich die sozialen Probleme, und dazwischen eine vermeintlich klare Trennung. Doch was genau ist mit Recht gemeint, wo endet es und wo fängt mithin das Soziale an? Wahrscheinlich würde man neben dem kodifizierten auch das gesprochene Recht einbeziehen, vielleicht auch noch das gelehrte, jedenfalls da, wo es noch kein gesprochenes gibt. Was aber tun mit der Einsicht, dass dieses in einem weiten Sinne positive Recht in der Realität mal mehr, mal weniger Durchsetzung erfährt; was wenn es ergänzt oder gar überlagert wird von anderen normativen Systemen, von Konvention, Moral oder auch Religion; und wie berücksichtigen, dass selbst innerhalb des positiven Rechts sich dessen Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit oft nur unter Rekurs auf diese anderen normativen Systeme auflösen lassen? In einem Feld voller fließender Übergänge suggeriert das begriffliche Instrumentarium der funktionalen Rechtsvergleichung eine Trennschärfe, die allenfalls zu erreichen ist, indem man Grenzen stipuliert und damit abermals Interdependenzen ausblendet.

Hinzu kommt, dass diese dichotome Konzeption von einer starken Asymmetrie geprägt ist. Auf der einen Seite ist die Wahrnehmung des Rechts – wo auch immer seine Grenzen verlaufen mögen – typischer Weise durchaus differenziert. Auf unterschiedlichen Regelungsebenen werden materielle, prozedurale und institutionelle Aspekte unterschieden und in ihrer Entwicklung und Interaktion verstanden. Auf der anderen Seite dagegen bleibt die soziale Umwelt vergleichsweise arm an Konturen. So kommt es, dass man es, wenn im Rahmen der funktionalen Rechtsvergleichung denn einmal Differenzen im „Vorrechtlichen“ thematisiert werden, meist mit eher kruden Beobachtungen zu tun bekommt und pauschal auf kulturelle oder gesellschaftliche Unterschiede verwiesen wird. Dass mit schärferer Linse auf politisch-institutionelle, sozialstrukturelle, ökonomische Rahmenbedingungen fokussiert würde, dass Akteurskonstellationen, Entwicklungspfade und normative Prägungen zum Verständnis des „Rechtlichen“ herangezogen würden, bleibt die Ausnahme. Plastizität erreicht die funktionale Rechtsvergleichung regelmäßig nur, soweit es um das Recht geht.

Es ist müßig, die Mängelliste hier noch weiter auszuarbeiten.²² Durchweg handelt es sich um Probleme, die sich die funktionale Methode der Rechtsvergleichung einhandelt, weil sie Komplexität zu reduzieren sucht. Dabei gibt es gegen dieses Ziel nichts einzuwenden. Niemand, der Rechtsvergleichung tatsächlich betreiben will (und nicht nur darüber schreiben, wie es gehen sollte), kommt daran vorbei. Vereinfachung ist unumgänglich. Zu streiten lohnt sich allenfalls über das Wie und Wieviel der Vereinfachung.

22 Eingehend zur Kritik an der funktionalen Methode *Kischel* (Fn. 1), S. 95 ff.

Hinsichtlich des Wie kann die funktionale Methode jedenfalls beanspruchen, sich in mannigfachem Einsatz bewährt zu haben. Das gilt freilich zunächst einmal nur für einen bestimmten Typus von Rechtsvergleichung, nämlich die auf Anreicherung des Lösungsvorrats und mithin auf steuerungswissenschaftliche Erkenntnisziele gerichtete. Andere Erkenntnisziele harmonisieren weniger mit der Grundkonzeption, welche die Gestaltung des Sozialen durch Recht in den Mittelpunkt stellt.

Bei aller Bewährtheit bleibt überdies das – keineswegs immer erfüllte – Petitum, dass die Beschränkungen des Ansatzes idealiter transparent gemacht, jedenfalls aber etwaige Folgerungen im Bewusstsein eben dieser Beschränkungen gezogen werden sollten. Wie gesehen, schlägt sich die Vereinfachung in so vielen Aspekten nieder, dass Ergebnisse solcher Forschung wohl stets entsprechender Reflexion bedürften und regelmäßig allenfalls die Natur erst noch zu überprüfender Hypothesen oder anderweitig noch zu legitimierender Empfehlungen haben.

Auch sollte die funktionale Methode nicht missverstanden werden als das Ende aller rechtsvergleichenden Weisheit. Sie ist bloß eine von vielen Möglichkeiten, Komplexitätsreduktion zu erreichen. Insbesondere sind Variationen ohne weiteres denkbar. Besonders deutlich ist dies, wenn es um die zuvor erörterte Frage des vorrechtlichen tertium comparationis geht. Gewiss mögen gemeinsame Bezugspunkte nötig sein. Aber wer feststellt, dass deren „Vorrechtlichkeit“ nicht erreichbar ist, braucht deswegen noch keineswegs aufzugeben. Auch rechtliche Aspekte eignen sich, wenn es denn Gemeinsamkeiten sind, als Bezugspunkt.²³ Ohnehin werden die, wie gesehen, in aller Regel nur vermeintlich „vorrechtlichen“ Problemformulierungen implizit auch rechtliche Prägungen aufweisen. Mit der reinen Lehre der funktionalen Rechtsvergleichung mag dies nicht in Einklang zu bringen sein. Dem Vergleich jedoch steht es nicht entgegen. Es gilt dann eben nur, dass alle und gerade auch die impliziten Elemente des Bezugspunkts erkannt werden müssen.

Anders und allgemeiner formuliert: Niemand ist gezwungen, beim Rechtsvergleichen das volle Maß an Komplexitätsreduktion, wie es die funktionale Methode vorsieht, auch auszuschöpfen. Weniger Vereinfachung wäre durchaus erlaubt. Der Aussagekraft der Vergleiche kann dies nur gut tun.

Auch sollte sich Rechtsvergleichung nicht auf eine Anwendung der funktionalen Methode oder eventuell komplexitätsfreundlicherer Varianten derselben beschränken. Alternative Ansätze sind denkbar. Das ist gewiss keine neue Einsicht. Nicht umsonst füllt die Kritik des funktionalen Vergleichens ganze Regale. Allerdings reicht es nicht, dessen Unzulänglichkeiten herauszustellen. Das Ziel muss sein, Ansätze zu entwickeln, die ähnlich operationalisierbar sind – oder doch wenigstens

23 Ausführlicher hierzu A. Graser, *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?*, Berlin 2001, S. 115.

praktisch handhabbar. Die Wege dorthin bedürfen noch der Erkundung. Welche Richtungen sich anbieten könnten, ist Gegenstand der nächsten beiden Abschnitte

VIII. Rezeptionsforschung als Inversion der funktionalen Methode

Der erste Ansatz,²⁴ der hier näher dargestellt wird, soll auf Prozesse der Rechtsrezeption Anwendung finden. Er bezieht sich ausdrücklich auf die funktionale Methode der Rechtsvergleichung. Zwar kann er als deren Umkehrung begriffen werden und distanziert sich insofern deutlich von seinem Bezugspunkt. Zugleich aber soll er die funktionale Methode ergänzen und kann womöglich gerade so zu deren Fortentwicklung beitragen.

Tatsächlich sind Rechtsrezeption und Rechtsvergleichung eng miteinander verbunden, auch wenn sich der Konnex vielleicht erst auf den zweiten Blick erschließt. Denn zunächst einmal bezeichnet die Vergleichung ja einen Reflexionsprozess ohne unmittelbare praktische Wirksamkeit. Rezeption dagegen meint die Übernahme von Normen aus einer Rechtsordnung in eine andere, entfaltet also potentiell durchaus praktische Wirkungen.

Mit Blick auf die Provenienz der rezipierten Normen lassen sich zwei Grundtypen solcher Übernahme unterscheiden. Primär verbindet sich mit dem Begriff der Rezeption wohl die Übernahme aus früheren Rechtsordnungen, insbesondere etwa die des römischen Rechts in der Neuzeit. Unter den akademischen Disziplinen ist es vor allem die Rechtsgeschichte, die sich hiermit befasst.

Aber daneben gibt es auch die Form der zeitgleichen Rezeption, also die Übernahme nicht aus früheren, sondern aktuellen, aber fremden Rechtsordnungen. Entsprechend gehört dieser zweite Typus auch zu den Standardthemen der akademischen Rechtsvergleichung.²⁵ In der Praxis dürfte einer solchen Rezeption oft auch tatsächlich ein vergleichender Reflexionsprozess vorangegangen sein, auch wenn die Bedingungen zeitgleicher Rezeption stark variieren können – von der expertenbegleiteten demokratischen Reform bis hin zum militärisch vorbereiteten Oktroi.²⁶

In neuerer Zeit hat der Typus zeitgleicher Rezeption erheblich an Bedeutung gewonnen.²⁷ Eine zunehmende globale Vernetzung der einschlägigen akademischen

24 Näher zum in diesem Abschnitt erörterten Ansatz A. Graser, Rechtsrezeptionsforschung als invertierte Rechtsvergleichung, in: N. Bodiroga-Vukobrat/S. Rodin/G. Sander/ (Hrsg.), *Globalisation and Legal Culture*, Berlin 2013, S. 21 ff.

25 Dementsprechend findet sich hierzu auch im zuvor zitierten (Fn.) Handbuch von Reimann/Zimmermann ein eigener Beitrag hierzu, vgl. M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, *ibid.*, S. 441 ff.

26 Nach Muster etwa des Code Napoléon.

27 F. Dobbin/B. Simmons/ G. Garrett, *The Global Diffusion of Public Policies*, 33 *Annual Review of Sociology* (2007), S. 449 halten zwar (natürlich) nicht den Prozess der zeitgleichen Rezeption, wohl aber deren Tempo und Reichweite für eine neues Phänomen des ausgehenden 20. Jahrhunderts; S. 450.

Diskurse dürfte dies begünstigen, und auch überstaatliche Organisationen befördern die Verbreitung von Normen zwischen unterschiedlichen Ordnungen.²⁸ Hinzu kommt, dass sich in der jüngeren Geschichte tiefgreifende politische Umwälzungsprozesse wie namentlich die postsozialistische Transformation als Katalysatoren solcher Rezeption erwiesen haben.²⁹

Auch wenn der Rezeption innerhalb der Rechtsvergleichung traditionell durchaus Aufmerksamkeit geschenkt wird, so vermag diese Forschung bislang doch keineswegs Schritt zu halten mit dem aktuellen praktischen Bedeutungszuwachs dieses Phänomens. Dabei geht es nicht nur darum, dass man sich bei vielen der aktuellen Rezeptionen eine bessere Vorbereitung mittels rechtsvergleichender Reflexion gewünscht hätte. Angesichts der praktischen Zwänge, insbesondere des Zeitdrucks, unter dem Rezeptionsprozesse häufig stehen,³⁰ wird dieses Petitum ohnehin selten zu erfüllen sein. Doch auch in der Rückschau gäbe es noch viel zu lernen – speziell über die Bedingungen gelingender Rezeption, sodass künftige Fälle zeitgleicher Rezeption dann vielleicht trotz der Zeitnot besser ablaufen würden, aber auch allgemeiner über die Interdependenzen des Rechts und seiner sozialen Umwelt.

Der eingangs erwähnte Forschungsansatz knüpft hier an: Der Grundgedanke ist, solche Prozesse zeitgleicher Rezeption zu untersuchen mittels einer Inversion der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung. Womöglich lässt sich auf diese Weise nicht nur das Wissen mehren über dieses – wie gesagt: bislang nur unzureichend erschlossene – tatsächliche Phänomen, sondern auch ein Beitrag leisten zur Fortentwicklung der rechtsvergleichenden Methodik.

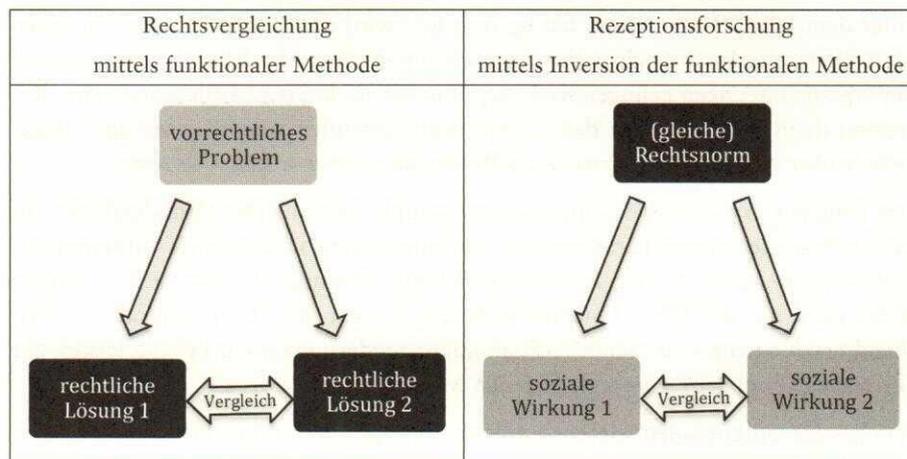
Wie bei der funktionalen Methode soll auch mittels des vorgeschlagenen Ansatzes verglichen werden. Als Inversion dieser Methode stellt sich der Ansatz aber insofern dar, als er gerade dort Unterschiede sucht, wo die funktionale Methode den

28 Differenzierend dazu *Dobbin/Simmons/Garrett* (ibid.): Dem Untertitel ihres „review article“ („Social Construction, Coercion, Competition, or Learning?“) entsprechend, erörtern die Autoren unterschiedliche Faktoren, die solche Rezeption (oder mit ihrem Wort: Diffusion) vorantreiben. Dieser Überblick scheint mir auch nach gut zehn Jahren noch weitgehend gültig. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang freilich die Arbeit von K. Linos zu den *Democratic Foundations of Policy Diffusion: How Health, Family and Employment Laws Spread Across Countries*, Oxford University Press 2013, die gegenüber solchen überwiegend expertokratischen Erklärungsansätzen die Bedeutung demokratischer Prozesse für Ob und Wie der Rezeption betont und empirisch belegt.

29 Und – spiegelbildlich – auch des Exports: So war dieser Umbruch beispielsweise auf deutscher Seite Anlass für die Gründung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ), die seither Rezeptionsprozesse in den Transformationsstaaten Ost- und Südosteuropas, inzwischen teils auch in anderen Regionen begleitet. Neben der IRZ sind freilich noch viele andere Akteure in diesem Feld tätig, namentlich die (ebenfalls deutsche) Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (giz) und viele ihrer ausländischen Pendanten im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit. Einen Einblick in die entsprechenden Tätigkeiten vermitteln die websites der genannten Organisationen, vgl. www.irz.de und www.giz.de.

30 Besonders anschaulich ist diese Zeitknappheit im Kontext der EU-Beitritte der jüngeren Vergangenheit. Man braucht dafür nur einerseits die abgearbeiteten Rezeptionsprogramme, sauberlich unterteilt in Beitrittskapitel, und andererseits die durch den Beitrittszeitplan vorgegebenen Fristen zu betrachten.

gemeinsamen Bezugspunkt des Vergleichs setzt, und umgekehrt: So soll also – im Gegensatz zur funktionalen Methode – tertium comparationis nicht das „vorrechtliche“ Problem sein, sondern die rechtliche „Lösung“. Denn genau das charakterisiert die Rezeption ja: gleiche Normen in unterschiedlichem Kontext. Dementsprechend sind es auch potentielle Unterschiede in der sozialen Wirkung dieser gleichen Normen, für die sich der invertierte Ansatz interessiert. Der Fokus liegt also nicht auf den Unterschieden in der Reaktion der verglichenen Rechtsordnungen auf das gleiche Problem, sondern auf den unterschiedlichen Wirkungen, welche die gleiche Rechtsnorm in den unterschiedlichen Gesellschaften zeitigt. Die Gegenüberstellung der funktionalen Methode und ihrer Inversion ist in der nachfolgenden Abbildung schematisch illustriert.



Eine Folge der Inversion ist, dass auch die Erkenntnisziele andere sind. Es geht nicht um den Import rechtlicher Lösungen. Stattdessen rücken Fragen ins Zentrum, die sich auf die soziale Umwelt des Rechts beziehen. Denn sofern gleiche Normen unterschiedlich wirken, muss das an ihren Wirkungsbedingungen liegen: an Institutionen und Verfahren, Interpretationskontexten und -verläufen, an den Anwendungsfällen, der Verfügbarkeit von Rechtsschutz und den vielen weiteren Faktoren, von denen anzunehmen ist, dass sie das Recht in seiner Anwendung beeinflussen. Es sind dies eben jene Faktoren, die regelmäßig im toten Winkel der funktionalen Rechtsvergleichung liegen und über deren Relevanz sie allenfalls einmal spekuliert. Der steuerungswissenschaftlichen Orientierung der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung steht also ein genuin rechtssoziologisches Erkenntnisprogramm gegenüber, das mit der Inversion des funktionalen Ansatzes und deren Anwendung auf Rezeptionsprozesse verfolgt werden kann.

Tatsächlich könnte, wer unbefangen an die Rechtssoziologie herantritt, versucht sein zu fragen, wie die Wirkungszusammenhänge zwischen dem Recht und seiner Umwelt denn überhaupt erforscht werden sollten, ohne dass dabei auch diese Form des Vergleichs eine Rolle spielt. Schließlich sieht sich jede auf ein einzelnes System beschränkte Betrachtung bei ihren Erklärungen dem Partikularitätseinwand ausgesetzt.³¹ Was immer man im Wege der Einzelfallstudie auch zu generieren vermag an Vermutungen über die besagten Wirkungszusammenhänge, verifizieren lassen sich derlei Hypothesen nur im Wege des intertemporalen oder eben intersystemaren Vergleichs. Doch während historische Perspektiven in der Rechtssoziologie durchaus prominent sind, gibt es kaum vergleichende Rechtssoziologie und auch nur wenig soziologisch orientierte Rechtsvergleichung. So betrachtet, könnte der vorgeschlagene geradezu als Königsweg zur Fortentwicklung einer Rechtssoziologie erscheinen, die damit zur sozialwissenschaftlichen Komparatistik aufschließen würde.

Vielleicht klingt das verheißungsvoll. Doch es ist Vorsicht geboten, und zwar in gleich mehrfacher Hinsicht. Das Komplexitätsproblem lässt sich schließlich nicht allein dadurch lösen, dass ein Forschungsansatz formuliert wird. Und so dürfte es auch kein Zufall sein, dass die Rechtssoziologie selten vergleichend arbeitet. Der „Mikrokosmos normativ-sozialer Interdependenz“, von dem oben die Rede war, ist in seiner Komplexität dem Vergleich nur schwer zugänglich.

Hinzu kommt, dass die skizzierte Inversion der funktionalen Methode durchaus auch einige von deren Unzulänglichkeiten teilt: Wo jene ein monodimensionales „Recht-prägt-Welt“ zum Ausgangspunkt nimmt, dreht diese die Prämisse zwar um. Doch fokussiert ihr „Welt-prägt-Recht“ ebenfalls nur auf einen Ausschnitt der offensichtlich interdependenten Beziehung.

Auch für die grobe Vereinfachung, die im Postulat eines vorrechtlichen tertium comparationis liegt, findet sich eine Entsprechung beim invertierten Ansatz. Denn dessen Annahme „gleicher“ Normen, wie sie als Bezugspunkt des Vergleichs dienen sollen, ist nicht minder unrealistisch. Schon sprachlich ist schwer vorstellbar, wie identische Sinngehalte von einer in die andere Ordnung übertragen werden sollten, und derselbe Einwand gilt – noch grundsätzlicher – wohl für alle Formen kontextunabhängiger Sinnermittlung.

Die Erwartungen an eine Inversion der funktionalen Methode wären damit gehörig gedämpft: Wo sie vereinfacht, läuft auch sie Gefahr, zu Fehlschlüssen zu verleiten.

31 So speziell im Kontext der Verfassungstheorie zu deren Bedarf nach einer vergleichenden Perspektive C. Möllers/H. Birkenkötter, Towards a new conceptualism in comparative constitutional law, or reviving the German tradition of the Lehrbuch, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), S. 603 (623).

ten; wo nicht, bleibt die Frage, wie die Komplexität des Betrachtungsgegenstands zu bewältigen ist. Wie also soll der invertierte Ansatz weiterhelfen?

Es sind vor allem zwei Aspekte, die diese Hoffnung begründen. Zum einen ruht sie auf der Erwartung einer Komplementarität beider Ansätze. Denn auch wenn sie beide vereinfachen (müssen), so tun sie dies doch in unterschiedlicher Weise. Dementsprechend haben sie ihre blinden Flecken auch an unterschiedlichen Stellen. Konkret wäre zu hoffen, dass der invertierte Ansatz mit seinem Fokus auf die Wirkungsbedingungen des Rechts gerade dort für Plastizität in der Wahrnehmung sorgt, wo sie der funktionalen Methode fehlt. Auf wachsendes Wissen hierüber könnte auch die funktionale Methode dann bauen, zunehmend andere als steuerungswissenschaftliche Ziele einbeziehen und sich den gesteigerten Ansprüchen differenzierterer Erklärungsversuche stellen.

Zum anderen ist es die Verfügbarkeit besonders geeigneter Forschungsgegenstände, die eine Anwendung des invertierten Ansatzes vielversprechend erscheinen lässt. Zwar liegt in der Annahme, dass rezipierte Normen im Empfängersystem je die gleichen sein könnten wie in ihrer ursprünglichen Ordnung, stets eine Vereinfachung. Trotzdem kann diese mal mehr, mal weniger zutreffend sein, und während Rezeptionsprozesse, wenn sie geordnet ablaufen, regelmäßig mit einer beträchtlichen Adaption der rezipierten Normen einhergehen, ist es immer wieder und namentlich auch im Rahmen der postsozialistischen Transformation vorgekommen, dass keine solchen Anpassungen erfolgt und Normen weitestgehend unverändert übernommen worden sind. Für den hier vorgestellten invertierten Ansatz handelt es sich dabei geradezu um Naturexperimente, die zu dessen Erprobung einladen. Mit den dabei gesammelten Erfahrungen mag es dann längerfristig auch leichter werden, mit weniger idealtypischen Bezugspunkten zu operieren – wie überhaupt bei beiden Ansätzen, der funktionalen Methode wie auch ihrer Inversion, letztlich in aller Regel von „gemischt rechtlich-vorrechtlichen“ Bezugspunkten auszugehen sein würde, wenn die damit einhergehende Komplexität denn zu bewältigen ist.

XI. Vom Ideal der Theoriebildung und einer Vergrößerung des “n”

Mit seinem Interesse an den Wirkungszusammenhängen zwischen dem Recht und seiner sozialen Umgebung adressiert der zuvor beschriebene Forschungsansatz ein Defizit, das nahezu die gesamte bisherige Rechtsvergleichung kennzeichnet. Sie will Bestehendes beschreiben und ordnen, Neuerungen anstoßen und vorbereiten. Erklären dagegen will sie kaum, auch nicht Gesetzmäßigkeiten aufdecken oder gar Vorhersagen treffen.³²

³² Mir diesem Befund und weiteren Nachweisen auch *H. Spamann*, *Empirical Comparative Law*, *Annual Review of Law and Social Science* 11 (2015), S. 131 (133).

Kurz: Theoriebildung, wie sie in den anderen Sozialwissenschaften zu den Zielen gehört, findet traditionell nicht statt. Natürlich hat das mit der Komplexität zu tun. In einer verworrenen Welt ist es schwer, kausale Zusammenhänge zu identifizieren, und man muss der Rechtsvergleichung zugute halten, dass sie in dieser Hinsicht wenigstens ihre Möglichkeiten selten überspannt. Wenn man denn einmal auf solche pauschalen Spekulationen über die kulturellen Ursachen dieser oder jener rechtlichen Beobachtung stößt, wie sie zuvor angesprochen wurden, dann sind diese in aller Regel doch immerhin auch als bloße „common sense“-Deutungen erkennbar und werden kaum je als validierungsfähige Aussagen verkauft. Daran ist nichts auszusetzen: Wo die Ansprüche bescheiden sind, sollte es auch der Gestus sein.

Die Rezeptionsforschung mittels einer Inversion der funktionalen Methode schraubt die Ansprüche insofern zwar etwas höher. Bescheidenheit steht aber auch ihr gut an. Denn auch sie kann keine wirkliche Theoriebildung leisten, sondern allenfalls dazu beitragen, den Boden hierfür zu bereiten – gemeinsam im Übrigen mit einer funktionalen Rechtsvergleichung, die sich dafür auf ein Weniger an Vereinfachung einlassen muss. Der so zu erbringende Beitrag kann allerdings nur darin liegen, Hypothesen zu generieren. Immerhin kann dies aber – im Unterschied zu den besagten „common sense“-Deutungen – zielgerichtet und systematisch geschehen.

Wer mehr will, insbesondere solchermaßen generierte Hypothesen auch verifizieren, stößt an eine weitere praktische Beschränkung. Der Rechtsvergleich, wie er bislang erörtert wurde, bezieht selten mehr als zwei oder drei Ordnungen ein. Zwar liegt darin – im Hinblick auf die Rechtssoziologie wurde es vorhin betont – ein beträchtlicher Fortschritt gegenüber den Möglichkeiten bloßer Einzelfallstudien. Aber auch im Rahmen solcher Vergleiche bleibt das Beobachtete doch noch relativ partikular. Statistische Validität würde hier mehr voraussetzen als ein „n“ von drei.

Andererseits lässt sich die Zahl der in den Vergleich einbezogenen Ordnungen aber auch nicht ohne weiteres steigern. Ist es schon bei zwei Ordnungen aufgrund der Komplexität und Vielgestaltigkeit des Gegenstands regelmäßig schwierig, einen gemeinsamen Bezugspunkt zu identifizieren, so wird dies mit jeder weiteren Ordnung umso problematischer. Eine Vergrößerung des n ist mithin voraussetzungsreich. Man braucht Konstellationen mit einer Homogenität unter den betrachteten Ordnungen, wie sie höchst unwahrscheinlich ist. Eine denkbare Ausnahme wären vielleicht Rezeptionsprozesse wie die oben näher behandelten, sofern sie gleichzeitig in mehreren Empfängerländern stattfinden.

Außerhalb solcher naturexperimentartiger Konstellationen jedoch ist ein großes n wohl zwangsläufig mit erheblichen Abstrichen verbunden. Inzwischen sind solche

Studien, die viele Ordnungen einbeziehen, durchaus verbreitet,³³ und ihre Beschränkungen sieht man ihnen in aller Regel sofort an.³⁴ Regelmäßig knüpfen sie an äußere, oft sogar formale Merkmale des betrachteten Rechts an – ganz so, wie es zuvor im Beispiel der verglichenen verfassungsrechtlichen Antidiskriminierungsnormen illustriert wurde. Die Vergrößerung des *n* wird erkaufte um den Preis der Oberflächlichkeit – oder weniger negativ: Sie wird ermöglicht, indem die Komplexität der einzelnen betrachteten Systeme bewusst ausgeblendet wird. Das Vorgehen ist schließlich nicht illegitim. Ohne Komplexitätsreduktion kommen auch andere rechtsvergleichende Ansätze nicht aus.

Warum also sollte es besser sein, wenn man dem differenzierenden Umgang mit dem Recht den theoretischen Erklärungsanspruch weitgehend opfert – so die traditionellen Formen der Rechtsvergleichung –, als wenn man sich umgekehrt an einer empirisch validierbaren Theoriebildung versucht, auch wenn dabei die Gründlichkeit im Umgang dem Recht zu kurz kommt? Beides kann Ergebnisse liefern, die nicht unbrauchbar sind, aber eben in dem Sinne vorläufig, dass sie weiterer Überprüfung bedürften. Was die Rechtsvergleichung braucht, wenn sie mit ihren Erkenntniszielen denn den Anschluss an die übrige Sozialwissenschaft sucht, sind Hypothesen – zur Not auch eher wenig entwickelte, jedenfalls aber in erklärender Absicht.

Wie zuvor dürfte der potentielle Fortschritt durch die neue Methodik auch hier vor allem darin liegen, dass sich die Ansätze ergänzen können.³⁵ Des einen Hypothesen könnte der andere überprüfen. Angesichts der unvermeidlichen Vereinfachungen in allen verfügbaren Ansätzen mag das dann oft negativ ausfallen. Aber auch aus der Falsifikation kann gelernt werden, insbesondere indem die Hypothesen zur weiteren Überprüfung präzisiert werden.

So betrachtet, besteht kein Anlass zur Skepsis gegenüber dem Einzug, den das große *n* gegenwärtig in die Rechtsvergleichung hält – oder genauer vielleicht: in die vergleichende Erforschung von Recht. Denn oft kommen derlei Bemühungen nicht aus der Rechtswissenschaft, sondern den sozialwissenschaftlichen Nachbardisziplinen. Aber umso besser – angesichts der ansonsten übermächtigen Komplexität ihres Gegenstandes sollte die Rechtsvergleichung gerade auch solche neuen Strate-

33 Und auch in der deutschen Forschungslandschaft angekommen. Für ein Beispiel aus neuerer Zeit vgl. etwa J. Gutmann/S. Voigt, *The Rule of Law and Constitutionalism in Muslim Countries*, *Public Choice* 162 (2015), S. 351 ff.

34 Eingehend dazu Spamann (Fn.), der diese Forschungsrichtung als *Empirical Comparative Law* (so auch der Titel seines Beitrags) bezeichnet und ihr Potential differenzierend bewertet. Kritisch zum wirtschaftswissenschaftlich inspirierten Zweig dieser Literatur Michaels (Fn. 5); ähnlich auch schon Siems (Fn. 5), der von den „New Simplificists“ spricht.

35 Für eine Interaktion der unterschiedlichen Ansätze auch Michaels (Fn.), S. 792 f.; ähnlich, wenn gleich mit pessimistischerer Note wohl auch Siems (Fn.), S. 149.

gien zu deren Bewältigung begrüßen und nach Möglichkeit als komplementäre einbeziehen.

X. In der Unerreichbarkeit schließlich doch eine Kunst?

Immer wieder sind der Rechtsvergleichung düstere Diagnosen gestellt worden. Hätten sie zugetroffen, müsste die Disziplin längst tot sein und dürfte heute allenfalls noch als Zombie umhergeistern. Diesen Eindruck macht sie eher nicht. Von der (neuen) Blüte, die andere der Rechtsvergleichung prophezeit haben, ist allerdings auch nicht viel zu sehen. Soweit dieses Potential tatsächlich in ihr schlummert, muss es wohl erst noch erweckt werden.

Zu Recht wird der Rechtsvergleichung nachgesagt, dass ihre Methodik oft krude und jedenfalls stark vereinfachend ist. Das jedoch wird die Disziplin nicht umbringen – im Gegenteil. Denn nach dem oben vorgeschlagenen breiten Verständnis von Rechtsvergleichung durchzieht sie auch die tägliche Rechtsanwendung und -setzung, und die Verbreitung gerade dieser praxisgebundenen Rechtsvergleichung dürfte zuletzt sogar eher noch zu- denn abgenommen haben. Auch solches Handwerk aber will methodisch angeleitet sein. Mehr noch als sonst zählt dabei die Praktikabilität. Wenn der oft gescholtene Methodensimplizismus also irgendwo seine Berechtigung hat, dann hier.

Einer Belebung bedürfen demgegenüber eher die akademischen Erscheinungsformen der Rechtsvergleichung. Entwicklungsmöglichkeiten gäbe es hier durchaus. Die Rechtsvergleichung könnte neben den steuerungswissenschaftlichen auch ihre rechtssoziologischen Erkenntnispotentiale auszuschöpfen beginnen und so zu einem produktiven Interface zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften werden, ja vielleicht sogar zum ergiebigsten, das wir haben.

Ob das funktionieren kann, ist eine Frage zunächst einmal der Ressourcen und der Bereitschaft zur Interdisziplinarität. Es bedürfte breiter koordinierter Vorhaben mit vielen, methodisch komplementären Einzelstudien. Das ist personal- und zeitintensiv, und es ist anspruchsvoll. Vor diesem Hintergrund möchte man fast bedauern, wie viel Energie über die vergangenen Jahrzehnte in – wenngleich durchaus feinsinnige – Methodendebatten geflossen ist.³⁶ Jedenfalls aber scheint nach den hier angestellten Überlegungen jetzt eher die Zeit für einen methodischen Experimentalismus gekommen,³⁷ und man kann sich nur wünschen, dass gerade auch jene Erfahrenen, die das Geschehen überblicken, aber längst vorwiegend von der Tribüne aus kommentieren, aufs Spielfeld zurückkehren.

36 *Dedek* berichtete jüngst in seinem Vorwort zum oben zitierten (Fn.) Sonderheft des *American Journal of Comparative Law*, dass viele dieser „Nabelschau“ inzwischen müde geworden seien.

37 Aus dieser Perspektive ist ermutigend, dass *Dedek*, *ibid*, unter den Einsendungen für das *American Journal* eine Zunahme von Beiträgen konstatiert, die unterschiedliche neue Methoden anwenden.

Eine große Herausforderung freilich bliebe diese Vitalisierung der akademischen Rechtsvergleichung auch dann. Vielleicht erwiese sich das Unterfangen einer stärkeren Integration der Disziplin in die sozialwissenschaftliche Komparatistik letztlich als zu ambitioniert und das Ziel als unerreichbar. Das allein braucht jedoch kein Grund zu sein, es nicht zu versuchen – im Gegenteil. Auch hierin ähnelt die Rechtsvergleichung womöglich der Kunst, über die Johann Nestroy gesagt haben soll:

„Kunst ist, wenn man's nicht kann, denn wenn man's kann, ist's keine Kunst.“