

# Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz

*Susanne Baer\**

A. Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht: Ausgangspunkte	737
B. Rechtsvergleichungsschocks	739
I. Was ist ein Gericht?	740
II. Was ist "Verfassungsrecht" – und was ist "wichtig"?	740
III. Das Beispiel der Abtreibung	741
IV. Das Beispiel sozialer Rechte	742
V. Grundrechtsarchitekturen	743
VI. Rechtsquellen im Verfassungsrecht	743
VII. Menschenbilder	744
C. Optimierte Rechtsvergleichung: interkulturell und intersubjektiv	745
I. Interkulturelle Kompetenz – intersubjektiver Umgang mit Differenzen	747
II. Herkunft, Bedeutung, Motive	747
III. Die Erweiterung um intersubjektive Kompetenzen	749
IV. Gehalte intersubjektiver Kompetenz	751
D. Reflexive Rechtsvergleichung als juristische Schlüsselqualifikationen	753
I. Europäisierung, Globalisierung und Rechtsvergleichung im nationalen Recht	754
II. Reflexive Rechtsvergleichung	755
III. Rechtsvergleichung, internationale Praxis und Schlüsselqualifikationen	757
Summary	758

Die rechtsvergleichende Arbeit birgt Herausforderungen in sich, die in Debatten um die methodischen Grundlagen dieser Forschung seit langem reflektiert werden. Es ist auch bekannt, dass die Rechtsvergleichung vor praktischen Schwierigkeiten steht, die auf begrenzte Ressourcen wie Sprache, Zeit oder Kontextwissen zurückzuführen sind. Zwar wird als entscheidende Voraussetzung guter Rechtsvergleichung die Kenntnis der Sprache des Landes angesehen, mit dem verglichen wird, und es wird auch erkannt, dass ernsthafte Kenntnis eines Rechtssystems nur in jahrelangen Studien zu erreichen ist, für die oft keine Zeit bleibt. Doch werden die Kompetenzen, die uns dennoch Rechtsvergleichung ermöglichen und auch die Grenzen, die diese dann hat, nicht immer offen gelegt. Desgleichen ist bekannt, dass Rechtsvergleichung praktischen Bindungen unterworfen ist, denn gesucht wird oft eine Lösung für ein Problem, nicht die Problematisierung der Lösungswege. Schließlich gibt es eine selbstkritische Reflexion der Rechtsvergleichung, die immer aus einer bestimmten Perspektive heraus vergleicht, also ein meist nationa-

---

\* Prof. Dr. *iur.*, Professur für öffentliches Recht und Geschlechterstudien, Juristische Fakultät, Humboldt-Universität zu Berlin; Gastprofessorin IFU Budapest, Legal Studies Department.

Überarbeitete Fassung des Manuskripts zum Vortrag am MPI in Heidelberg am 16.7.2003. Ich danke mich bei Armin von Bogdandy und den Zuhörenden sowie bei Nora Markard und Daniela Hrzan für Diskussionen. Erfahrung im Hintergrund ist die Arbeit an Norman Dorsen / Michel Rosenfeld / Andras Sajó / Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism*, 2003.

les oder doch rechtskulturelles Vorverständnis in sich trägt, doch ist dies nicht genutzt worden, um methodisch zu bewältigen, was sich aus dieser Begrenzung des eigenen Denkens ergibt.

In der rechtsvergleichenden Arbeit zeigt sich zudem, dass bestimmte Schwierigkeiten aus der Bindung an subjektive Vorverständnisse resultieren, die mehr sind als nur Ressourcenknappheit oder nationale Prägung, oder "Identität"<sup>1</sup>. Vorrangig um diese geht es hier. Am Beispiel der Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht soll demonstriert werden, dass und inwiefern die jeweilige Fragestellung und der methodische Zugriff auf das, was er oder sie als Verfassungsrecht ansieht, differieren und Ergebnisse prägen.<sup>2</sup> Das Vorverständnis prägen Faktoren, die in der Rechtswissenschaft eher als "privat" angesehen werden: Herkunft, Geschlecht, Lebensform und juristische Sozialisation strukturieren unser Denken auf spezifische Weise mit. Eine Reflexion auf diese "privaten" Komponenten, die als Vorverständnis in der Rechtsfindung eine Rolle spielen, kann dazu beitragen, eben für die Rechtsvergleichung Kompetenzen zu entwickeln, die zur Optimierung in methodischer Hinsicht beitragen. Damit sind weitere Erträge verknüpft: Angesichts der Tatsache, dass vergleichendes Verfassungsrecht einer gewissen, meist unausgesprochenen Kanonisierung erlegen ist<sup>3</sup>, soll der Kanon hier offen gelegt und auch – im Wege der Offenlegung der "Rechtsvergleichungsschocks" – erschüttert werden. Daneben findet sich ein zumindest hintergründiges Plädoyer für die Öffnung der Rechtsvergleichung gegenüber Diskursen jenseits der Rechtsdogmatik und auch jenseits der Rechtswissenschaft.<sup>4</sup> Schließlich lässt sich dieser Beitrag als eine kritische Reflexion auf wissenschaftliche Praktiken bis hin zu Publikationspolitiken lesen.

<sup>1</sup> Armin von Bogdandy, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, *VVDStRL* 62 (2003), 156, 157.

<sup>2</sup> Beeindruckend selbstkritisch Eric Stein, Post-Communist Constitution Making: Confessions of a Comparatist, Part I, *Jean Monnet Papers*, European Policy Institute at the European University Institute 1992. S. a. Günter Frankenberg, *Critical Comparisons*, *Harvard Int'l L. J.* 26 (1985), 411-455; Walter Weyrauch, *Limits of Perception: Reader Response to Hitler's Justice*, *Am. J. Comp. L.* 40 (1992), 237-260; Pierre Legrand, *The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure*, *Tulane L. Rev.* 75 (2001), 1033-1051; Kenneth B. Nunn, *Law as Eurocentric Enterprise*, *Law & Inequality* 15 (1997), 323-371; Guayatri Spivak, *Constitutions and Culture Studies*, in: Jerry D. Leonard (ed.), *Legal Studies as Cultural Studies*, 1995, 155-173. Einen methodischen Vorschlag macht Rainer Wahl, *Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts*, *Der Staat* 39 (2000), 495-518.

<sup>3</sup> John E. Finn/Donald P. Kommers, *Symposium: The Canon(s) of Constitutional Law: A Comparative Constitutional Law Canon?*, *Const. Commentary* 17 (2000), 219-232.

<sup>4</sup> Gemeint ist die Rechtswissenschaft kontinental-europäischer Prägung, die institutionell eine stark dogmatische Ausrichtung prägt, die nur in explizit interdisziplinären Forschungszusammenhängen aufgebrochen wird, aber an Universitäten nicht verankert ist. In Deutschland wird die Frage nach der Öffnung der Rechtswissenschaft für die Sozialwissenschaften daher auch nur im Ausnahmefall positiv beantwortet. Mit Nachweisen insbes. zum Ansatz von G.F. Schuppert: Susanne Baer, *Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, 2004, 223-251.

Einleitend sei kurz konstatiert, warum die Verfassungsrechtsvergleichung von Wert ist. Danach seien einige "Schocks" benannt, die in verfassungsvergleichenden Gesprächen erfahren werden können. In anderen Disziplinen beheimatete Forschung zu interkultureller Kompetenz liefert dann Ansätze, die sich für eine diesbezügliche methodische Optimierung der Rechtsvergleichung nutzen lassen. Folglich lässt sich perspektivisch zeigen, dass der intersubjektive Umgang mit Differenzen erlernt werden kann, was nicht zuletzt Auswirkungen auf die juristische Ausbildung in Zeiten haben dürfte, in denen juristische Praxis nicht mehr national beschränkt ist.

## A. Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht: Ausgangspunkte

Komparative Arbeit ist im Verfassungsrecht keineswegs selbstverständlich und auch keineswegs durchgängig als sinnvoll akzeptiert. Je essentieller die Verbindung zwischen Verfassung und Nationalstaat gedacht wird, desto unwesentlicher wird die Verfassungsvergleichung. Daher pflegen diejenigen, die kulturelle, historisch gewachsene und regional begrenzte Besonderheiten als normative Grundlage der Verfassungsinterpretation ansehen, in dieser Hinsicht eine partikularistische Position. Sie entspricht genau der Auffassung, die auch im Hinblick auf eine Relativierung der Menschenrechte vorgebracht wird: Nationale Besonderheiten haben Vorrang.<sup>5</sup> So meint nicht nur der Richter am U.S. Supreme Court *Scalia*, Rechtsvergleichung sei eventuell inspirierend, aber letztlich dogmatisch irrelevant:<sup>6</sup> "The views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed upon Americans through the Constitution." Ähnlich argumentiert Richter *Thomas*: "This court should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans."<sup>7</sup> Und ähnlich argumentieren auch Verfassungsgerichte beispielsweise in Namibia, die nationale Besonderheiten aufrufen, um Entscheidungen zu begründen, die von denen prominenter ausländischer Verfassungsgerichte abweichen.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Zur Diskussion Universalismus vs. Partikularismus Beiträge in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann, (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 2002; auch Susanne Baer, Globalisierung und Gerechtigkeit. Von der Bipolarität zur Anerkennung differenter Perspektiven, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 51 (2003), 611-620.

<sup>6</sup> Antonin *Scalia*, Program V: Commentary, St. Louis U. L. J. 40 (1996), 1119; vgl. Louis J. Blum, Comment: Mixed Signals: The Limited Role of Comparative Analysis in Constitutional Adjudication, San Diego L. Rev. 39 (2002), 157-200, 163. Ganz anders argumentiert ebenfalls gegen Rechtsvergleichung *Legrand* (Anm. 2). Gegen die postmoderne Kritik wiederum überzeugend *Anne Peters/Heiner Schwenke*, Comparative Law Beyond Post-Modernism, Int. & Comp. L. Q. 49 (2000), 800-834.

<sup>7</sup> Zitiert nach: Foreign Exchange Should the Supreme Court care what other countries think?, *Tim Wu*, posted Friday, April 9, 2003, <<http://slate.msn.com/id/2098559/>>. S. a. Casebook (Anm. \*), 1348, zur partikularistischen Position in Kanada.<sup>8</sup> *S. v. Tcoëib*, 1996 (7) BCLR 996 (NmS) in Abgrenzung von den USA.

Umgekehrt nutzen Verfassungsgerichte die Rechtsvergleichung eher häufiger als zuvor. Transnational arbeitende Gerichte wie der EuGH sind ohnehin auf die Rechtsvergleichung angewiesen, wobei der EuGH über die Präambel zur Grundrechtecharta die nationalen Verfassungstraditionen zwingend achten und damit vergleichend in Bezug nehmen muss. Doch auch nationale Gerichte nutzen vergleichendes Verfassungsrecht. Eben der U.S. Supreme Court bezog sich in der in den USA sehr kontroversen Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Kriminalisierung von Homosexualität auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>9</sup>, und ähnliche Bezugnahmen finden sich auch in anderen Entscheidungen des amerikanischen Gerichts.<sup>10</sup> Insbesondere junge Verfassungen schotteten sich im Bereich der Grund- und Menschenrechte nicht national ab, sondern sind teilweise ausdrücklich rezeptionsoffen gestaltet. Art. 9 der tansanischen Verfassung verweist auf die Menschenrechtsdeklaration der Vereinten Nationen, Art. 21 der Verfassung von Angola und die Präambel der kongolesischen oder der mauretanischen Verfassung auf internationales Recht. Art. 39 der südafrikanischen Verfassung verweist auf internationales Recht und ausdrücklich auch auf die legitime Möglichkeit der Rechtsvergleichung, was zur Folge hat, dass das südafrikanische Verfassungsgericht regelmäßig ausführlich Entscheidungen von Gerichten anderer Verfassungsstaaten diskutiert.<sup>11</sup>

Im Folgenden schließe ich mich dem zuletzt genannten Trend an. Verfassungsvergleichung ist nicht nur inspirierend, sondern auch von dogmatischer Bedeutung, insofern Verfassungsrecht nicht nur nationales Kulturgut ist, sondern auch manifester Konstitutionalismus.<sup>12</sup> Damit sichert Verfassungsrecht zwar kulturelle Differenzen in wechselseitiger Anerkennung, sorgt aber damit gleichzeitig für demokratische und menschenrechtliche, also universelle Minimalia.

<sup>9</sup> *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2427, 2481 (2003). Der europäische Fall ist *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981), bei Fn. 52.

<sup>10</sup> U. a. *Nixon v. Shrink Mo. Gov't. PAC*, 528 U.S. 377, 403 (2000), Breyer, conc., mit Hinweisen auf den EuGMR und das kanadische Verfassungsgericht. In *Atkins v. Virginia*, 122 S.Ct. 2242, 2249 n. 21 (2002) bezog sich Justice Stevens in Fn. 21 ebenfalls auf Rechtsvergleichung: "Within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved."; scharf dagegen Antonin Scalia, diss., ("Equally irrelevant are the practices of the 'world community', ..."). In *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), bezog sich Justice Souter ebenso wie Justice Rehnquist, der sonst partikularistisch argumentiert, auf die Rechtslage in den Niederlanden (unter II.).

<sup>11</sup> Art. 39 RSA: (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum 1. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; 2. must consider international law; and 3. may consider foreign law. Andere Gerichte – in Kanada oder Israel – nutzen Verfassungsvergleichung als "non-binding authority".

<sup>12</sup> Zum Konzept des Konstitutionalismus Dorsen *et. al.* (Anm. \*).

## B. Rechtsvergleichungsschocks

Wer rechtsvergleichend arbeitet, ist meist<sup>13</sup> mit Materialien konfrontiert, die anders sind als die gewohnten Materialien des eigenen Rechtssystems. Darin liegt eine Erfahrung der Fremdheit, die einem Rechtsvergleichungsschock nahe kommt, ähnlich den Kulturschocks<sup>14</sup> oder dem, was Großfeld schlicht und banalisierend als "sich wundern" beschrieben hat<sup>15</sup>. Es ist eine Erfahrung, die oft ein Auslandsstudium vermittelt, ohne auf einen anekdotischen und lebensgeschichtlichen Charakter reduziert werden zu können. Vielmehr ist es ein vielleicht unbemerkter, zumindest aber meist nicht thematisierter Vorgang in der Rechtsvergleichung, Fremdheit zu erfahren. Aus psychologischer Sicht reagieren Menschen auf Fremdheit mit Flucht oder Kampf (*flight or fight*), in der Wissenschaft reagieren Menschen auf "fremdes" Wissen letztlich analog mit Verdrängung oder Vereinnahmung.<sup>16</sup> Methodisch liegt darin ein Fehler. Daher besteht Anlass, über den Umgang mit Fremdheit in der Rechtsvergleichung intensiver nachzudenken.

Verfassungsvergleichung kann unterschiedlich intensiv betrieben werden. Zum einen lassen sich Länderberichte nebeneinander stellen, um materialreiche Grundlagen für Vergleiche zu schaffen. Werden solche Berichte von nationalen Expertinnen oder Experten verfasst, sind sie auch national kodiert, auch wenn der rechtsvergleichende Austausch in entsprechenden Forschungszusammenhängen den reflexiven Umgang mit dem eigenen Recht fördert. Der eigentliche Vergleich steht dann noch aus.<sup>17</sup> Zum anderen lässt sich problemorientiert, also gewissermaßen "topisch" arbeiten, indem rechtliche Reaktionen auf identische oder doch wesentlich ähnliche Sachverhalte verglichen werden. Das geschieht auch, wenn in der rechtsvergleichenden Praxis die Suche nach besten Lösungen für ein Problem im Vordergrund steht, also funktional gearbeitet wird, was seit Zweigert und Kötz<sup>18</sup> vergleichendes Arbeiten weithin prägt. Dies klingt allerdings einfacher als

---

<sup>13</sup> Impliziert ist ein Mensch ohne juristische Migrationserfahrung, z. B. mit juristischer Ausbildung in einem Land, juristischer Praxis in einem oder für ein Land usw. Internationalisierte Ausbildungen werden dies verändern. Dazu ausführlicher am Ende.

<sup>14</sup> Vgl. Kalvero Oberg, Cultural Shock: Adjustment to New Cultural Environments. *Practical Anthropology*, 7 (1960), 177–182; Michael G. Martinek, Der Rechtskulturschock, *JuS* 1984, 92–101.

<sup>15</sup> Bernhard Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, 1996, 9. Er plädiert für eine Erweiterung der funktionalen Methode um einen "landes- und zeichenkundlichen, historisch-kulturellen Ansatz", 10.

<sup>16</sup> Gerade dagegen richtet sich ein großer Teil feministischer und postkolonialer Wissenschaftskritik. Vgl. nur Gayatri Chakravorty Spivak, A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present, 1999; Satya P. Mohanty, "Us and Them: On the Philosophical Bases of Political Criticism." *New Formations* 8 (1989), 55–80.

<sup>17</sup> Eine Mischform bilden die Berichte der nationalen Expert/-innen, die für die EU-Kommission arbeiten. Dort werden regelmäßig Länderberichte mit synoptischen, vergleichenden Analysen kombiniert.

<sup>18</sup> Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3. rev. ed. 1998. Dazu auch unten bei Anm. 76.

es ist. Die folgenden Beispiele illustrieren, welche Schwierigkeiten sich ergeben können.

## I. Was ist ein Gericht?

Für ein rechtsvergleichendes *Casebook* werden primär Fälle zusammengetragen, also gerichtliche Entscheidungen. Was aber genau ist darunter zu verstehen? Ist die Entscheidung des Inter-Parliamentary Council zu den politischen Grundrechten eines Politikers in Gambia eine gerichtliche Entscheidung?<sup>19</sup> Kann ein Votum der Venice Commission wirklich mit einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts verglichen werden?<sup>20</sup> Und entscheidet ein oberstes Gericht – wie der U.S. Supreme Court oder das Schweizerische Bundesgericht – ähnlich den Räten in Frankreich? Juristen und Juristinnen gehen meist ganz selbstverständlich davon aus, dass Gerichte Spruchkörper zur Entscheidung konkreter Konflikte sind. Die vergleichende Betrachtung zwingt dazu, hier weiter zu differenzieren.

An die Frage nach dem Gericht knüpft die Frage nach der Spezifik von Verfassungsgerichten unmittelbar an. Weithin werden als Verfassungsgerichte auch Gerichte angesehen, die letztinstanzlich entscheiden, obwohl dies beispielsweise in Deutschland andere Spruchkörper tun. Gehören zum Verfassungsvergleich aber auch Entscheidungen unterer Gerichte, die verfassungsrechtlich argumentieren? Ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Studien zum vergleichenden Verfassungsrecht einzubeziehen<sup>21</sup>, oder ist er ein Gericht ganz anderer, primär völkerrechtlicher Art? Wie sollen wir mit Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofes umgehen: Gehören sie zum Verfassungsrecht oder in strafrechtliche Vergleiche? Es gibt gute Gründe, aufgrund unterschiedlicher Verfahrensgestaltungen und unterschiedlicher Rechtsfolgen zwischen Gerichten und anderen Spruchkörpern und zwischen verschiedenen Gerichten zu unterscheiden. Ebenso gute Gründe können dafür sprechen, eher die Argumentationsweisen zu betonen und zwischen Spruchkörpern nicht zu unterscheiden. Wer das eigene Verständnis von “Gericht” und “Verfassungsgericht” nicht setzt, sondern hinterfragt, merkt jedenfalls: “My ‘court’ may not be a court to anyone else.”

## II. Was ist “Verfassungsrecht” – und was ist “wichtig”?

Die Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht wirft weitere Fragen auf: Welche inhaltlichen Kriterien geben an, was genau zum Verfassungsrecht gehört? In manchen Ländern gelten Menschenrechte als ein Fundament der Verfassungsstaatlichkeit, während in anderen Ländern, wie beispielsweise Deutschland, die Verfassung

---

<sup>19</sup> *Omar Jallow Case*, Dorsen *et. al.* (Anm. \*), 1273.

<sup>20</sup> *Constitutional Referendum in Ukraine*, Dorsen *et. al.* (Anm. \*), 256.

<sup>21</sup> Dafür auch Finn/Kommers (Anm. 3), 225.

als Solistin, also tendenziell ganz getrennt von Menschenrechten und internationalen Entwicklungen, gehandelt wird. Desgleichen lassen sich staatstheoretische Prinzipien oder Gerechtigkeitstheorien als Teil des Verfassungsrechts behandeln oder aber abgrenzend der politischen Theorie und Philosophie zuschlagen. Insofern gibt es Arbeiten zum Verfassungsvergleich, die sich im Wesentlichen mit Konstruktionen des Föderalismus und der Demokratie befassen, während andere vorrangig Grundrechtsfragen thematisieren. Weder thematische Auswahl noch Reihenfolge der Thematisierung sind belanglos, denn sie bezeugen ein spezifisches Verständnis von Verfassungsstaatlichkeit hinter dem Verfassungsvergleich.

Fin n und Kom mers haben in ihrer Arbeit zum (heimlichen) Kanon vergleichenden Verfassungsrechts gezeigt, dass Lehrbücher zum nationalen Verfassungsrecht in den USA zu 90% dieselben Fälle besprechen und fast alle demselben Aufbau folgen. In Deutschland wird im Verfassungsrecht meist das Staatsorganisationsrecht vor den Grundrechten gelehrt, und die Grundrechte in einer bestimmten Auswahl, Reihenfolge und Intensität. Ähnlich ist es in den meisten Ländern mit längeren Verfassungstraditionen, während in Zeiten des Umbruchs und bei der Verfassungsgebung regelmäßig über derartige Fragen der Architektur des Konstitutionalismus gestritten wird. Warum ist die Abfolge der Themen so – und nicht anders? Sind global vergleichend gedacht<sup>22</sup> die Grundrechte entscheidend – oder eine Form der Gewaltenteilung? Ist horizontale Gewaltenteilung oder der Föderalismus wichtiger? Verdient Menschenwürde ein eigenes Kapitel oder sind Rechte auf Schutz der Menschenwürde, der Privatsphäre und der Selbstbestimmung zusammen zu denken? Gehören Verfahrensgrundrechte insbesondere im Strafverfahren, also “*due process*” *rights*, an den Anfang, ans Ende oder überhaupt nicht zum Kern des Verfassungsrechts?

Wissensarchitektur entscheidet über Wahrnehmung und Wertung. Selten wird ausdrücklich beschrieben, warum in rechtsvergleichenden Arbeiten die eine thematische Reihenfolge gewählt wird, nicht die andere, und warum das eine Recht behandelt, das andere ausgelassen wird. Die Auslassungen sind ähnlich bedeutsam wie die Thematisierung selbst, was aber oft nur im Rahmen radikaler Infragestellung wirklich reflektiert werden kann. Daher verdient dieser vorgelagerte Schritt der Auswahl methodisches Augenmerk und etwas mehr Transparenz. Einige Beispiele verdeutlichen, warum das so wichtig ist.

### III. Das Beispiel der Abtreibung

Das erste Beispiel ist ein “Schlager” der Verfassungsvergleichung: die juristische Reaktion auf Abtreibung.<sup>23</sup> Welche verfassungsrechtliche Frage wirft sie auf, und welche Grundrechtsdogmatiken können hier also verglichen werden? Der U.S.

---

<sup>22</sup> Arbeiten, die nur wenige Rechtsordnungen miteinander vergleichen, stehen vor derselben Frage, finden aber schneller eine Antwort.

<sup>23</sup> In D o r s e n *et. al.* (Anm. \*), Kap. 8.

Supreme Court diskutierte “*abortion*” zunächst als Frage der Selbstbestimmung in privaten Angelegenheiten und wirft damit die verfassungstheoretische Frage nach ungeschriebenen Grundrechten auf; jüngere Entscheidungen stellen daneben die Frage der Gleichberechtigung von Frauen und Männern im Hinblick auf reproduktive Rechte. Das kanadische Verfassungsgericht diskutiert Selbstbestimmung, Gesundheit und Leben einer schwangeren Frau, Rechte eines Fötus und Rechte eines Vaters. Das deutsche Verfassungsgericht diskutiert die Selbstbestimmung “der Frau” und konzentriert sich dann auf das Lebensrecht des Fötus. Das polnische Verfassungsgericht argumentiert auch mit negativen Elternrechten, die sich nicht auf die Entscheidung zur Abtreibung erstrecken sollen. Worum also geht es hier? Wer verfassungsgerichtliche Entscheidungen zur Abtreibung diskutieren will, muss klarstellen, welcher Aspekt eines im Kern lebensweltlichen Konflikts warum an welcher Stelle interessieren soll.

#### IV. Das Beispiel sozialer Rechte

Das zweite Beispiel erlangt zunehmend Bedeutung, da es das klassische Verständnis der klassischen Grundrechte herausfordert. Dabei geht es entweder um einen neuen Zuschnitt – im deutschen Jargon: den objektiven Gehalt oder Anspruchscharakter – klassischer Rechte, oder es geht um neue, soziale Rechte, also Rechte auf Arbeit, auf Lohngleichheit, auf Verbraucherschutz, auf freies Unternehmertum, auf Sozialleistungen, auf Gesundheitsfürsorge, die z.B. in der europäischen Verfassung verankert sind. Würden Sie bei der Erstellung eines Lehrbuchs zum vergleichenden Verfassungsrecht den sozialen Rechten ein eigenes Kapitel widmen, oder würden Sie im Einführungskapitel Rechte von Staatszielen unterscheiden und dann kurz auf das Sozialstaatsprinzip verweisen? Aus deutscher Perspektive ist völlig klar, dass es sich jedenfalls nicht um “echte” Rechte handelt, sondern um schwierige, politisch umstrittene Fragen. Aus indischer oder südafrikanischer Perspektive ist dagegen klar, dass es sich um fundamentale Rechte handelt, nicht nur um Abwägungsprinzipien. Das Bundesverfassungsgericht kennt ein Recht auf das Existenzminimum und Rechte auf diskriminierungsfreie soziale Sicherungssysteme. Die südafrikanische Verfassung garantiert ein Recht auf Leben (Art. 11) und ein Recht auf medizinische Versorgung (Art. 27 III), und das südafrikanische Verfassungsgericht interpretiert diese als ressourcenbasierte Rechte, die unmittelbare individuelle Ansprüche nicht begründen können. Eine indische Entscheidung besagt, dass zwar kein quantifizierbarer konkreter Anspruch bestehe, aber doch ein allgemeiner Fürsorgeanspruch aus der Verfassung abzuleiten sei.<sup>24</sup> Sind soziale Rechte also Teil der Verfassungsstaatlichkeit und damit wichtig – oder eher nicht?

---

<sup>24</sup> Ahmedabad, Dorsen *et. al.* (Anm. \*), 1232 ff.



## V. Grundrechtsarchitekturen

Ein drittes Beispiel wirft die eben skizzierte Frage nochmals auf: Welches Grundrecht ist für die Verfassungsvergleichung, welches für die Verfassungsstaatlichkeit wichtig? In den liberalen Verfassungstraditionen des Nordens stehen Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit jedenfalls dogmatisch hoch im Kurs. Für einen historisch informierten Verfassungsvergleich hat die Religionsfreiheit ebenso zentrale Bedeutung wie die insofern verwandte Meinungsfreiheit. Und doch kann es beispielsweise praktische Gründe geben, in einer rechtsvergleichenden Untersuchung zu Grundrechten ganz andere Dinge oder wieder dieselben Dinge anders zu fokussieren. Im deutschen Verfassungsrecht ist Meinungsfreiheit nicht nur ein zentrales Grundrecht, sondern auch deutlich ein Abwehrrecht traditionellen liberalen Zuschnitts. Gilt diese Einschätzung auch in Ländern, in denen der Zugang zu Mitteln der Meinungsfreiheit wenigen vorbehalten ist? Sind Grundrechte auf Meinungs- und Religionsfreiheit zentral, wenn große Teile der Bevölkerung HIV-infiziert sind und Umweltkatastrophen die Versorgung mit Lebensmitteln gefährden? Hier genügt es nicht, zwischen Dogmatik und Praxis zu unterscheiden, da auch diese Unterscheidung je spezifisch geformt ist. Soziokulturelle Erfahrungen und politische Präferenzen prägen, was als "wichtig" gilt. Neuerdings treten daneben utilitaristische, von ökonomischen Modellen inspirierte Argumente, die bestimmte Rechte als wichtig, andere als unwichtig erscheinen lassen. Dann gilt beispielsweise die Freiheit als universell zentral, soweit damit auch Vertragsfreiheit und Grundlegung marktwirtschaftlicher Regulierung verknüpft werden. Methodisch abgesichert ist das allerdings nur, wenn gute verfassungstheoretische Gründe dafür gefunden werden können, ein Grundrecht vor einem oder anstelle eines anderen zu thematisieren. Wer utilitaristischen Gerechtigkeitsvorstellungen folgt, müsste dies folglich offen legen, während z.B. prozedurale Vorverständnisse ebenso andere Schwerpunkte erzwingen wie die Situation in armen Verfassungsstaaten, in denen klar ist, dass Freiheitsrechte ohne Ressourcen nicht zu haben sind, Verfassungsrecht ohne Verteilungsrechte also ein leeres Versprechen sein könnte.

## VI. Rechtsquellen im Verfassungsrecht

Das vierte Beispiel, in dem sich Verfassungsvergleichung grundlegend unterschiedlich darstellen kann, bezieht sich auf den Status von Rechtsquellen. Aus kontinentaleuropäischer Perspektive lässt sich Verfassungsvergleichung ohne den Blick auf Verfassungstexte kaum denken. So ist auch die Textstufenanalyse von Häberle<sup>25</sup> nur gangbar, wenn derartige Texte dieser Bindungswirkung vorliegen. Demgegenüber ermöglicht es das Rechtsverständnis des *Common Law*, Verfassungs-

---

<sup>25</sup> Peter Häberle, Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates: Arbeitsthesen zur Verfassungslehre als juristischer Text- und Kulturwissenschaft, in: Festschrift für Karl Josef Parth, 1989, 555 ff.

vergleich ohne systematische Auseinandersetzung mit Verfassungstexten zu betreiben. US-amerikanische *Casebooks* enthalten keinen Quellenteil und legen die Verfassungstexte, auf die sich behandelte Entscheidungen beziehen, auch keineswegs immer offen. Sogar die Bindungswirkung von Texten lässt sich – wieder anhand von Fällen – ohne Verfassungstexte diskutieren.<sup>26</sup> Ist es folglich ohne Bedeutung, dass beispielsweise die Meinungsfreiheit in den USA mit einem kurzen Satz, in Deutschland oder auch der EMRK mit einer ausführlichen Schrankenregelung vermerkt ist? Für die geringe Bedeutung der Rechtssprache spricht, dass Gerichte weltweit im Ergebnis sehr ähnlich entscheiden. Der französische Verfassungsrat hat ebenso wie der US-amerikanische Supreme Court entschieden, dass Verfassungsgerichte auch ohne textliche Grundlage Verfassungsrecht formulieren können,<sup>27</sup> was allerdings auch heftig kritisiert wird. In Indien wird ebenso wie in der europäischen und amerikanischen kritischen Rechtstheorie argumentiert, Gerichte würden ohnehin gerechtigkeitsorientiert, also eher wert- als textgebunden entscheiden.<sup>28</sup> Kann Verfassungsrechtsvergleichung dem folgen? Die Konfrontation mit der Unterschiedlichkeit im Umgang mit Verfassungstexten gehört jedenfalls zu den Fremdheitserfahrungen rechtsvergleichender Arbeit, mit der aktiv und produktiv umzugehen wäre.

## VII. Menschenbilder

Ein letztes Beispiel mag verdeutlichen, dass in der Verfassungsvergleichung extrem unterschiedliche Faktoren eine wichtige Rolle spielen können. Die einen gehen davon aus, dass Verfassungsrecht das Recht der fundamentalen Fragen ist: Grundrechte miteinander in Einklang zu bringen, denn der Mensch z.B. des Grundgesetzes ist, so schon früh das Bundesverfassungsgericht, ein zuerst soziales Wesen; des Weiteren sei Funktion der Verfassung, Gewaltenteilung zu tarieren. Andere, wie z.B. der U.S. Supreme Court, gehen davon aus, Individualrechte sichern zu müssen, denn der Mensch des US-Verfassungsrechts ist zuerst selbstbestimmt und frei; des Weiteren die Rechte der Einzelstaaten zu sichern und schließlich das politische System vor Korruption zu schützen. In Ungarn geht es dagegen ebenso wie in Russland, Polen oder auch Gambia oft darum, überhaupt Respekt vor Grundrechten zu etablieren und den eigenen Status als unabhängiges Gericht zu etablieren oder zu sichern. Entscheiden Gerichte in all diesen Ländern vergleichbare Fälle, so folgen sie also jeweils einer anderen "Agenda", was wieder zu unterschiedlichen dogmatischen Figuren führt. Der Rechtsvergleichungsschock liegt in der Konfrontation mit Funktionen des Verfassungsrechts, die in der eige-

---

<sup>26</sup> Vgl. in Dorsen *et. al.* (Anm. \*) das Kapitel Textualism I C.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 139.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 156 f.

nen Rechtskultur als überwunden oder illegitim gelten. Anstatt nun "befremdet" zu reagieren, müsste sich dieses Wissen produktiv verwenden lassen.<sup>29</sup>

### C. Optimierte Rechtsvergleichung: interkulturell und intersubjektiv

Die "Schocks" oder die Erfahrungen, in der Verfassungsrechtsvergleichung immer wieder grundsätzliche, weichenstellende Fragen klären zu müssen, sind Anlass für den Versuch, bestimmte Anforderungen an die Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht zu formulieren. Von Bedeutung ist dabei zunächst, immer wieder zu entdecken (und nicht abzuwehren), dass die eigene Perspektive eine völlig andere ist als die des Kollegen, mit dem man schon oft Gespräche über höchstrichterliche Entscheidungen geführt hat und eigentlich meinte, sich nicht nur gut, sondern dasselbe unter denselben Begriffen zu verstehen: Gericht, Grundrecht, Prinzip – *court, right, principle*. Von Bedeutung ist auch, dass diese Erfahrung die eigene Positionierung radikal auf den Plan ruft. Wer wirklich vergleichend klären will, fordert und fördert das eigene Vorverständnis in einer Weise, die weit über den Blick auf das merkwürdig andere – und wohl auch über die Forderung nach Reflexivität oder der Fähigkeit zu Kritik in einem anspruchsvollen Sinne – hinausgeht. Im Zusammenhang mit den Kompetenzen, die im Umgang mit Menschen aus unterschiedlichen Kulturen wichtig sind, wird hier von einer Doppelung der Selbstentfremdung in der Auseinandersetzung mit dem Fremden gesprochen, die interkulturelle Erfahrung ausmache<sup>30</sup>.

Es bietet sich nun an, rechtsvergleichende Arbeit mit Hilfe der Erkenntnisse zur interkulturellen Kompetenz zu reflektieren. Allerdings müssen diese Erkenntnisse erweitert werden, denn rechtsvergleichende Arbeit ist nicht nur eine interkulturelle, nur kollektiv gebundene, sondern immer auch eine intersubjektive, individuell gelebte Erfahrung. In der Rechtsvergleichung begegnen sich nicht nur Menschen verschiedener Nationalität<sup>31</sup>, die ja bereits in Herkunft, Lebensmittelpunkt und Staatsangehörigkeit auszdifferenzieren wäre und die nicht nur von "nomadischen Subjekten"<sup>32</sup> je selbst konstruiert wird. Es begegnen sich auch Menschen, die in ge-

<sup>29</sup> Im *Casebook* von Dorsen *et. al.* (Anm. \*) findet sich eine pragmatische Mischung, die nur z. T. bewusst; und z. T. marktorientiert gewählt wurde: Eine eher amerikanische Variante des Staatsorganisationsrechts ("*judicial review*", Föderalismus), kontinentales Interesse an Theorie und Auslegung; ein europäischer Aufbau der Grundrechte (Menschenwürde) mit US-amerikanischen und mit im Systemwechsel von Diktatur zu Demokratie wichtigen Elementen wie "*due process*", Eliten im Systemwandel oder Datenschutz als Teil fundamentaler Privatheit.

<sup>30</sup> Thomas B a u m e r, Handbuch interkulturelle Kompetenz, 2002; Stefan K a m m h u b e r, Interkulturelles Lernen und Lehren, 2000.

<sup>31</sup> Schon der Begriff der Nationalität ist mehrdeutig, da einerseits Staatsangehörigkeit, andererseits aber nationale Zugehörigkeit – *qua* Geburt, Sozialisation, Lebensmittelpunkt – als entscheidend gesetzt werden kann. In jedem Fall handelt es sich um ein imaginiertes Konstrukt; Benedict A n d e r s o n, Die Erfindung der Nation, 1998 (orig. *Imagined Communities*, 1983/1991).

<sup>32</sup> Rosi B r a i d o t t i, *Nomadic Subjects*, 1994.

sellschaftliche Strukturen und in symbolische Ordnungen eingebunden sind, die Wahrnehmung prägen. Wer den Fall der Abtreibung in einer nicht nur kulturell, sondern auch geschlechtsheterogenen Gruppe diskutiert, erlebt auch die aufgrund der durch Geschlechtszugehörigkeit mit geprägten Lebenssituationen unterschiedlichen Zugänge dazu.<sup>33</sup> Geschlechtsbezogene Unterschiede resultieren aus geschlechtsspezifischen Kodierungen unserer Wahrnehmung, unseres Wissens, unserer Erfahrung und unseres Verhaltens.

Subjektive Unterschiede im Zugriff auf Themen des Verfassungsvergleichs zeigen sich oft – wenn auch keineswegs zwingend vorhersehbar, da Geschlecht nicht biologisches Faktum, sondern kontingente soziale Konstruktion ist – im Umgang mit Themen wie Pornografie oder sexueller Gewalt, die für die einen “allzu speziell” und für die anderen “grundlegend” sind. Ähnlich ist es in der Frage der Drittwirkung von Grundrechten. Sie wirkt sekundär, wenn, für wen und wo Unrecht in erster Linie vom Staat ausgeht, für diejenigen ist aber von primärer Bedeutung, die “private” Gewalt in den Vordergrund rücken. Das Beispiel verdeutlicht aber auch, dass subjektive Erfahrung von erheblicher Komplexität ist. Hier geht es nicht um schlichte Betroffenenperspektiven, sondern um die Reflexion dessen, was Weltwahrnehmung und Wissenschaft prägt. Viele Menschen, die totalitäre Staaten erlebt haben, setzen zunächst auf Abwehrrechte eben gegen den Staat, während Menschen, die primär von privaten Akteuren bedroht werden, Abwehrrechte gegen Private zwingend thematisieren. Die Erfahrung staatlicher Verfolgung jüdischer Menschen in Europa oder Menschen schwarzer Hautfarbe in den USA oder dem “alten” Südafrika sensibilisiert aber auch für die tradierten gesellschaftlichen Praxen der Ausgrenzung, die abwehrrechtliches Denken eventuell überhaupt nicht fassen kann und die dazu führt, was afrikanische Verfassungen zeigen, Grundrechte auch in einer kollektiven Dimension zu verstehen.

Neben dem Geschlecht spielen folglich weitere subjektive Differenzen eine Rolle. Das zeigt der unterschiedliche Umgang mit demokratischen Grundrechten. Menschen, die aus politischen Parteien und etablierten Strukturen lange ausgeschlossen waren oder sind, wie z.B. ethnische Minderheiten oder Frauen, richten ihr Augenmerk eventuell eher auf zivilgesellschaftliche Rechte wie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, während für andere Fragen der Parteienfinanzierung zentral sind, wenn sie an Demokratie denken. Ebenso stellen sich religiöse Rechte für Angehörige religiöser Mehrheiten oft anders dar als für Angehörige marginalisierter Glaubensrichtungen. Rechtsvergleichung muss in der Lage sein, diese unterschiedlichen Zugriffe zu erkennen und produktiv zu nutzen.

Ein methodisch sicherer, transparenter und produktiver Umgang mit interkultureller und intersubjektiver Erfahrung beruht auf umfangreichem Wissen um verschiedene Differenzen und um die Strukturen und Dynamiken der Differenzie-

---

<sup>33</sup> Untersuchungen im Anschluss an Carol Gilligan von Gertrud Nunner-Winkler u. a. zu moralischen Urteilen in Fragen, die aufgrund des Geschlechts von unterschiedlicher Bedeutung für die Befragten sind (Abtreibung – Wehrpflicht), zeigen das.

zung. Genau hier setzt die Forschung zur interkulturellen Kompetenz und zu Dynamiken und Strukturen von Ausgrenzung und Marginalisierung an.

## I. Interkulturelle Kompetenz – intersubjektiver Umgang mit Differenzen

Interkulturelle Kompetenzen sind gefragt. Sie waren Teil der Expo 2000 zum Thema Mensch, sind Teil der Angebotspalette in der Unternehmensberatung und Personalentwicklung, an Universitäten und Fachhochschulen und werden zunehmend Teil der Bildungsarbeit beispielsweise in einer "Schulkultur der Anerkennung".<sup>34</sup> Es gibt den "Kulturmittler" als Berufsbild<sup>35</sup>. Wie überall unterscheiden sich Definitionen im Detail, weil entweder bei den Fähigkeiten individueller Personen oder aber bei der Strukturierung von Situationen angesetzt wird. Grundlegend ist jedenfalls ein Moment der Kritik, das wissenschaftstheoretisch insbesondere im Positivismusstreit Thema war. Dazu kommt ein interaktionistischer Ansatz: Interkulturelle Kompetenz lebt danach vom Lernen in Situationen, an denen mehrere Personen beteiligt sind.<sup>36</sup> Verfassungsrechtsvergleichung lebt also vom Lernen in einer Situation, an der – möglichst – mehrere Personen unterschiedlicher Herkunft beteiligt sind. Daraus folgt bereits, dass diese Variante der Verfassungsrechtsvergleichung kaum allein betrieben werden kann, sondern von dialogischen Recherchen und spezifischem Wissen um die Rahmenbedingungen des Dialoges lebt. Rechtsvergleichung beruht auf der Kommunikation, und zwar nicht nur auf dem Austausch mit Menschen im Feld, also dem recherchierenden Fachgespräch, sondern auf dem Austausch mit Menschen, die dasselbe Interesse verfolgen, aber an die Dinge anders herangehen. Das "andere" kann dabei auch darin liegen, dass eine Person über mehr Macht und Ressourcen verfügt als die andere, oder ein Beteiligter aus einem "nicht so wichtigen" Land stammt wie ein anderer. Machtfaktoren sind hier also zwingend mitzudenken. Das erhöht den Anspruch an Rahmenbedingungen der Forschung. Es verändert aber auch den methodischen Ansatz insgesamt.

## II. Herkunft, Bedeutung, Motive

Interkulturelle Kompetenz gilt heute zumindest in Führungspositionen der Wirtschaft als Schlüsselqualifikation, mit der auf die Herausforderung Internatio-

---

<sup>34</sup> <[http://www.region-des-lernens.de/3\\_wibe/mainframe\\_3\\_4\\_d.html](http://www.region-des-lernens.de/3_wibe/mainframe_3_4_d.html)>; dazu Georg Auernheimer, u. a. (Hrsg.), *Interkulturalität im Arbeitsfeld Schule*, 2001.

<sup>35</sup> Vgl. die Angebote der Universität Mainz, wo seit 2002 das Zentrum für Interkulturelle Kompetenz (ZIK) arbeitet.

<sup>36</sup> Z. B. Alexander Thomas (Hrsg.), *Kulturvergleichende Psychologie*, 2003; ders. (Hrsg.), *Psychologie interkulturellen Handelns*, 1996.

nalisation reagiert werden kann. So formuliert die Züricher Hochschule Winterthur: "Globalisierung und Internationalisierung der Wirtschaft sind Realitäten unserer Zeit. Unsere Gesellschaft wird immer multikultureller. Interkulturelle Kompetenz ist zur Schlüsselqualifikation geworden."<sup>37</sup> Desgleichen bemühen sich international agierende Stiftungen, das Auswärtige Amt oder auch die Bundeswehr darum, Menschen für internationale Einsätze zu rüsten. Jünger sind die Anstrengungen nationaler Bildungsinstitutionen, interkulturelle Kompetenz in Lehrpläne zu integrieren. Somit ist der Ruf nach interkultureller Kompetenz also unterschiedlich motiviert; konkrete Maßnahmen sind meist Ergebnis eines Motivbündels und nicht monokausal zu erklären.

Ein Motiv, das besonders in der Wirtschaft, aber auch bei der Verwaltungsmodernisierung eine Rolle spielt, ist ökonomischer Natur. So zeigt sich aus unternehmerischer Perspektive, dass Konflikte in einer zunehmend als heterogen anerkannten Belegschaft<sup>38</sup> unterbunden werden müssen, um Produktivität sichern oder erhöhen zu können.<sup>39</sup> Wie in der Diskussion um "*diversity management*"<sup>40</sup> steht dahinter die Überlegung, die Ressource Mensch maximal nutzen zu können. Gerade global agierende Unternehmen machen folglich interkulturelle Kompetenz zu einem Teil ihrer Unternehmensidentität. Die BASF AG formuliert beispielsweise: "Grundwert Interkulturelle Kompetenz: Wir fördern kulturelle Vielfalt innerhalb der BASF-Gruppe und arbeiten als Team zusammen. Interkulturelle Kompetenz ist unser Vorteil im globalen Wettbewerb." Die BASF-Leitlinien legen fest: "Wir wollen persönlich und fachlich geeignete Mitarbeiter aus allen Kulturen und Nationalitäten gewinnen, die sich engagiert für die Ziele und Werte unseres Unternehmens einsetzen. ... Wir diskriminieren niemanden wegen Nationalität, Geschlecht, Religion oder anderer persönlicher Merkmale."<sup>41</sup> Auffällig ist hier, dass nicht nur Differenzen zwischen Angehörigen unterschiedlicher Kulturen und Nationalitäten aufgenommen werden, sondern – trotz der männlichen Sprachform im ersten Satz – auch Angehörige verschiedenen Geschlechts, Glaubens oder anderer Merkmale geachtet werden sollen.

Zielgruppe des Rufes nach interkultureller Kompetenz sind in der Wirtschaft meist Führungskräfte, die Verantwortung für ein konfliktfreies Miteinander der Belegschaft tragen oder international erfolgreich eingesetzt werden sollen.<sup>42</sup> Aller-

<sup>37</sup> <<http://www.zhwin.ch/departement-l/forschungl/fsikk/index.php>>.

<sup>38</sup> Georg Hannes Zinger, Die Internationalisierung der Belegschaften multinationaler Unternehmen mit Sitz in Deutschland, 2002.

<sup>39</sup> Hier fördert die Europäische Kommission im Programm "Xenos – Leben und Arbeiten in Vielfalt" zahlreiche Projekte.

<sup>40</sup> Z. B. Rüdiger H. Jung, u. a. (Hrsg.), Vielfalt gestalten – Managing Diversity, 2. Aufl. 1999; auch Susanne Baer, Recht auf Vielfalt. Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen des Managing Diversity, in: Hans-Jürgen Aretz u. a. (Hrsg.), Diversity Management. Best Practices im internationalen Feld, 2003, 44–59.

<sup>41</sup> <[http://www.basf.de/de/corporate/overview/grundwerte/grundwerte/kompetenz.htm?id=V00-E2rCk5\\*bsf400](http://www.basf.de/de/corporate/overview/grundwerte/grundwerte/kompetenz.htm?id=V00-E2rCk5*bsf400)>

<sup>42</sup> Vgl. Mieke Besamusca-Janssen/Sigrun Scheve, Interkulturelles Management in Beruf und Betrieb, 1999; Bianca Lichtenberger, Interkulturelle Mitarbeiterführung, 1992; Gerhard

dings zielen beispielsweise auch Universitäten auf interkulturelle Kompetenz.<sup>43</sup> Wenn Lernende, Lehrende und Forschende aus aller Welt gewonnen werden wollen, um in Deutschland zu arbeiten, müssen Studierende, Lehrkräfte und auch Angehörige der Verwaltung lernen, wie unterschiedlich verschiedene Menschen arbeiten.

Ein weiteres Motiv hinter dem Ruf nach interkultureller Kompetenz orientiert sich an übergreifenden, globalen Zielen wie Frieden und Stabilität. Das gilt insbesondere in der Orientierung weg von der Entwicklungshilfe hin zur internationalen Zusammenarbeit<sup>44</sup>, wo sich Akteure der Partnerländer gegenseitig verstehen müssen, um erfolgreich nachhaltig wirksame Maßnahmen aushandeln zu können. Zusätzlich geht es nicht zuletzt angesichts der Akzeptanzschwierigkeiten in Geberländern auch darum, die Bedeutung von Interkulturalität und dem Leben in "einer Welt" zu vermitteln, also insbesondere in nationale, eigene Bildungsarbeit zu integrieren<sup>45</sup>.

Auch ein Motiv hinter der Forderung nach interkultureller Kompetenz ist der Wunsch nach Gerechtigkeit, die entweder weltweit – zwischen Nord und Süd – gedacht wird oder aber auf die Erfahrungen von Menschen mit Diskriminierung zurückgeht. Der Bedarf an interkultureller Kompetenz entsteht dann, um soziale Konflikte sowohl international wie auch lokal zu vermeiden oder zu entschärfen. So bilden einige Polizeien interkulturelle Kompetenzen aus, um konstruktiv auf Berichte über Ausländerfeindlichkeit in Polizeibehörden zu reagieren<sup>46</sup>.

### III. Die Erweiterung um intersubjektive Kompetenzen

In der Arbeit zur Lösung sozialer Konflikte trifft sich der Ruf nach interkultureller Kompetenz mit älteren Bemühungen, gegen Diskriminierung vorzugehen. Grundlegend scheint nicht nur wichtig zu sein, mit fremden Kulturen umgehen zu können, sondern als entscheidend erweist sich, frei von unreflektierten Projektionen produktiv, also eben nicht diskriminierend, auf "andere" Bezug nehmen zu können. Dahinter steht die Erkenntnis, dass Diskriminierung darauf beruht, andere Menschen als "fremd" und "anders" zu etikettieren, was relativ unabhängig da-

---

Apfelthaler, *Interkulturelles Management als Soziales Handeln*, 1998; G. K. Stahl, *Internationaler Einsatz von Führungskräften*, 1998; Christoph I. Barmeyer/ Jürgen Bolten (Hrsg.), *Interkulturelle Personalorganisation*, 1998. Allg. auch Regina B u h r, *Unternehmen als Kulturräume*, 1998.

<sup>43</sup> So verfolgt die Universität Göttingen ausdrücklich das Ziel "interkulturell erfolgreich handeln", <<http://www.uni-goettingen.de/de/kat/7071.html>>.

<sup>44</sup> S. a. Geert H o f s t e d e, *Lokales Denken, globales Handeln*, 1997.

<sup>45</sup> Ellen D r ü n e r t, *Interkulturelle Kompetenz: Inlands- und Auslandsarbeit mit gemeinsamen Zielen, E+Z – Entwicklung und Zusammenarbeit* 5/2001, 155 -157.

<sup>46</sup> Vgl. Monica R o s e n z w e i g A r m o u r, *Gesellschaftliche Vielfalt und Interkulturelle Kompetenz. Leitlinien für Training und Schulung in Organisationen*, 2000.

von geschieht, inwiefern diese Menschen anders "sind".<sup>47</sup> Es handelt sich hier um kontingente Zuschreibungen, nicht um Essentialien. Diese Zuschreibungen leben von der Stilisierung der eigenen Person als "normal". Soll also nicht ausgegrenzt werden, muss sich diese Selbstwahrnehmung ändern.

Die Forderung, die Selbstwahrnehmung zu ändern, stellt die vorher dominierende Perspektive auf Diskriminierung gewissermaßen auf den Kopf. Diskriminierung galt lange und gilt vielen immer noch als Problem benachteiligter Opfer, denen geholfen werden muss. Damit ist die Gefahr des Paternalismus verbunden, insofern davon ausgegangen wird, zu wissen, was die Opfer erleben und benötigen. Umgekehrt geht es hier darum, Diskriminierung als Problem derjenigen zu verstehen, von denen diese ausgeht, also nicht als Problem der Opfer, sondern als Problem der gesellschaftlich dominanten Personen. Diese bewegen sich in Strukturen, die es als selbstverständlich erscheinen lassen, sich selbst als Norm zu setzen und andere als "fremd" zu etikettieren. Das geschieht weniger absichtlich als vielmehr unreflektiert, weshalb intersubjektive Kompetenz genau diese Reflexion einfordern muss. Untersuchungen zu postkolonialem Denken, zu Rassismus und Antisemitismus weisen ebenso wie die Geschlechterstudien darauf hin, dass nicht nur die Opfer gerettet, sondern die Normvorstellungen der Dominanzkulturen<sup>48</sup> abgebaut werden müssen, die dazu führen, dass Menschen Opfer werden. Diese Forschung stützt sich auf ethnomethodologische und interaktionistische Theorien, um Interaktion zu verstehen. So ist beispielsweise Geschlecht keine Tatsache, sondern wird als soziale Konstruktion durch "*doing gender*" aktiv, aber eben oft unreflektiert zugeschrieben. Was bei wem "männlich" "ist", stellt sich erst in der Interaktion her. Ähnlich funktioniert das "*racializing*", also die rassistische Kodierung sozialer und kultureller Zusammenhänge. Aus diesem interaktionistischen Verständnis resultiert – neben der Forderung nach einer Veränderung diskriminierender Strukturen – die Forderung nach Reflexion der eigenen Position im jeweiligen sozialen Kontext.

Interkulturelle Kompetenz ist damit als Teil einer intersubjektiven Kompetenz im Umgang mit dem Anderen oder Fremden zu begreifen. Für die rechtsvergleichende Arbeit im Verfassungsrecht folgt daraus eine Notwendigkeit, die eigene Position aktiv zu reflektieren und also auch zu relativieren. Rechtstheoretikerinnen in den USA haben dies in der Aufforderung zusammengefasst, auf höchst unterschiedliche "Geschichten" zu achten, ohne eine Geschichte – als Sachverhalt oder normativen Ausgangspunkt – von vornherein als Maßstab zu setzen.<sup>49</sup> Ähnliches

<sup>47</sup> Diskriminierung erklärt sich daher auch aus der Attribution oder Zuschreibung bestimmter ausgrenzungsträchtiger Merkmale, nicht aus Essentialien oder Eigenschaften. Vgl. Susanne Baer, *Würde oder Gleichheit?*, 1995; Dagmar Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, 2000.

<sup>48</sup> Birgit Rommelspacher, *Dominanzkultur. Texte zu Fremdheit und Macht*, 1995. S. a. Ruth Frankenberg, *White Women, Race Matters: The Social Construction of Whiteness*, 1993; Richard Delgado/Jean Stefancic (Hrsg.), *Critical Race Theory*, 2. Aufl. 2000.

<sup>49</sup> Katherine Abrams, *Hearing the Call of Stories*, Calif. L. Rev. 79 (1991), 971; Mari Matsuda, *Legal Storytelling: Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, Mich. L. Rev. 87



wird in der interkontinentalen Verfassungsrechtsvergleichung zwischen Europa und Afrika gefordert.<sup>50</sup> Dies muss nicht dazu führen, Schlussfolgerungen vollständig zu meiden, sondern zwingt dazu, Schlussfolgerungen zu relativieren, also eine "Äquivalenz zwischen Vergleichstiefe und Ergebnis"<sup>51</sup> herzustellen. Die der rechtsvergleichenden Arbeit zugrunde liegenden Entscheidungen für die eigene Fragestellung (welche Grundrechte?, welche Gewaltenteilung?), für das verarbeitete Material ("Gerichte"?, "Fälle"?, Verfassungstexte?) und für die eingenommene Perspektive (liberal?, utilitaristisch?, egalitär?) sind dann ebenfalls offen zu legen.

#### IV. Gehalte intersubjektiver Kompetenz

Intersubjektive Kompetenzen bestehen im Kern aus Kommunikationsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Konfliktlösungsfähigkeit in "Überschneidungssituationen". Sie sind, so ein Schweizerisches Angebot zur interkulturellen Kompetenz, "gefragt, wo Menschen mit unterschiedlichen Denkmustern, Wertvorstellungen, Kommunikations-, Verhandlungs- und Führungsstilen zusammenarbeiten. Gebrauch wird die Fähigkeit, um eigene und fremde Verhaltensmuster zu erkennen und dadurch situativ angemessen zu reagieren."<sup>52</sup> Es geht um mehrere Elemente<sup>53</sup>:

- Ein Element ist die Einschätzungsfähigkeit, also die Fähigkeit zu adäquaten Wertungen und Attributierungen einschließlich der Wertungstransparenz, also der Fähigkeit, die genutzten Kriterien offen zu legen. Im Verfassungsvergleich muss also begründet werden, warum bestimmte Handlungen als Frage der sozialen und andere als Frage der Freiheitsrechte gefasst werden (Attributierungen), woraus bei sozialen "Rechten" ein Prinzipiencharakter und ein Vorbehalt des Möglichen oder aber eine Durchsetzbarkeit in gewissen Schranken folgen soll (Wertung).

- Ein weiteres Element ist die Fähigkeit zur Relativierung des Selbstbildes, also nicht nur die Erweiterung des eigenen Horizontes, sondern die kritische, veränderungsoffene Selbstreflexion, die erst den variablen Umgang mit unterschiedlichen Situationen ermöglicht. Gefragt ist, die eigene Rolle und Prägung zu reflektieren, was in einer privilegierten Position – das zeigt u.a. die Männlichkeitsforschung oder die Habitus-Forschung<sup>54</sup> – alles andere als leicht fällt. Gefragt ist hier letztlich auch die Reflexion auf die politischen Dimensionen des jeweiligen Tuns. Im Ver-

---

(1989), 2300. S. a. den "*new stream*" im internationalen Recht, Shabtai R o s e n n e, Practice and Methods of International Law, 1984.

<sup>50</sup> Vgl. Brun-Otto B r y d e, Überseeische Verfassungsvergleichung nach 30 Jahren, Verfassung und Recht in Übersee 30 (1997) 4, 452- 464.

<sup>51</sup> Die Formulierung stammt von Hans-Peter S o m m e r m a n n, Diskussion zum Vortrag im MPI Heidelberg.

<sup>52</sup> <<http://www.zhwin.ch/departement-l/forschungl/fsikk/index.php>>.

<sup>53</sup> Alternativ: Empathiefähigkeit, Vorurteilsfreiheit (soweit möglich) und Ambiguitätstoleranz; <[http://de.wikipedia.org/wiki/Interkulturelle\\_Kompetenz](http://de.wikipedia.org/wiki/Interkulturelle_Kompetenz)>.

<sup>54</sup> Zur Männlichkeit Therese S t e f f e n (Hrsg.), Masculinities – Maskulinitäten, 2002; zum Habitus im Wissenschaftsbetrieb Pierre B o u r d i e u, Homo academicus, dt. 1988.

fassungsvergleich bedeutet das, sich über das neue europäische Grundrecht auf "gute Verwaltung" nicht lustig zu machen, sondern zu erfragen, auf welche Unrechtsvorstellung dieses Recht zurückgeht und inwieweit diese Vorstellung im eigenen Bild fehlte und ergänzt werden muss. So kann gute Verwaltung für die einen bedeuten, schnell und kostengünstig Bescheide zu erhalten, für die anderen aber auch, überhaupt als Person wahrgenommen zu werden. Gefragt ist hier letztlich, die eigenen Kompetenzen skeptisch einzuschätzen. In der Rechtsvergleichung wird schnell aus fremden Rechtsordnungen zitiert, obwohl es sehr schwer ist, die Bedeutung einer gerichtlichen Entscheidung beispielsweise in Ungarn oder Polen richtig einzuschätzen, wenn die historische Situation des Regimewechsels nicht bekannt ist. Desgleichen ist das viel zitierte Konzept der "wehrhaften Demokratie" nur zu verstehen, wenn die demokratische Kultur in Deutschland als nachholend, als stark autoritätsgebunden und damit auch als rechtsfixiert verstanden wird.<sup>55</sup> Hier reicht juristisches Verständnis nicht aus, um den Kontext begreifen zu können; vielmehr müssen hier auch andere methodische Zugriffe, z.B. empirische oder kulturwissenschaftliche Methoden, genutzt werden.

- Ein weiteres Element intersubjektiver Kompetenz ist die Handlungsflexibilität insbesondere in der Kommunikation.<sup>56</sup> Gefragt ist hier, sich umstellen zu können, also beispielsweise Dinge anders zu erklären als gewohnt, und Dinge zu erklären, die sonst selbstverständlich zu sein scheinen, ohne dem Gegenüber die kognitive Kompetenz abzusprechen. Im vergleichenden Verfassungsrecht folgt daraus also die Notwendigkeit, nicht nur erläutern zu können, was warum ein Gericht ist, wieso es wichtig sein soll, zwischen geschriebenen Grundrechten und in einen anderen Text hinein interpretierten Rechten zu unterscheiden, oder bei der Menschenwürde nicht nur an Art. 1 GG, sondern auch an Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 5 Abs. 1 GG zu denken, denn für andere manifestiert sich Würde erst in der Kommunikation. Handlungsflexibilität liegt erst dann vor, wenn diese Erklärungen nicht als lästiger Zwischenschritt, sondern als wichtige Erkenntnis rezipiert werden.

- Schließlich lebt intersubjektive Kompetenz von der Fähigkeit zu Orientierung und Selbstsicherheit, ohne die wirksames Handeln im Dreieck "Selbst – Fremd – Begegnung" nicht denkbar ist. "*Comparative Constitutionalism*" ist folglich nicht endlose Relativierung und Beliebigkeit, sondern aktive, transparente, kommunikationsorientierte Positionierung. Sie wertet nicht vorschnell, aber markiert deutlich Grenzen, beispielsweise solche der Toleranz. Es zeugt von mangelnder intersubjektiver Kompetenz, Fragen offen zu lassen, die für Menschen von wesentlicher Bedeutung sind, was aber auch bedeutet, nicht davon auszugehen, sie "endgültig" beantworten zu können. Ein Beispiel ist wieder die Thematisierung reproduktiver

---

<sup>55</sup> Nur zwei Beispiele: Art. 21 II GG wird im Ausland manchmal als deutliches Beispiel autoritärer Verfassungskultur verstanden, wenn nicht beachtet wird, welche – geringe, vorrangig politische – Rolle diese Norm in der Praxis spielt. Ähnlich werden zahlreiche US-amerikanische Entscheidungen als Stärkung oder Schwächung von Grundrechten wahrgenommen, obwohl sie sich primär auf das Problem des Föderalismus beziehen.

<sup>56</sup> Olga Rösch (Hrsg.), *Interkulturelle Kommunikation*, 1998.

Rechte oder sexueller Selbstbestimmungsrechte: wer sie für marginal hält oder sie aus religiösen Gründen relativieren möchte, muss dies nicht nur selbstkritisch reflektieren, sondern auch den Mut haben, sich zu positionieren, und dann auch kritisiert zu werden. Als inkompetent würde es demgegenüber gelten, bestimmte Themen oder Positionen “so stehen zu lassen”, weil die Verhältnisse “dort doch ganz anders sind”, denn das ist die Geste, die Edward Saïd als Orientalisierung gekennzeichnet hat und die in Diskussionen als kolonialer Blick entlarvt worden ist.<sup>57</sup>

#### D. Reflexive Rechtsvergleichung als juristische Schlüsselqualifikationen

Rechtsvergleichung ist – gerade im öffentlichen Recht<sup>58</sup> – keineswegs selbstverständlich und trotz vielfacher Versuche, dem entgegenzuwirken, “als Fach in der deutschen Rechtswissenschaft marginal geblieben”<sup>59</sup>. Das gilt insbesondere für vergleichende Arbeit, die sich nicht nur auf die USA oder europäische Nachbarn beschränkt.<sup>60</sup> Demgegenüber gibt es zunehmend praktische Gründe, sich mit dem Verfassungsvergleich zu beschäftigen. Sie tragen auch das Plädoyer für ein erhebliches Potential der Rechtsvergleichung zur Vermittlung von Schlüsselqualifikationen.

<sup>57</sup> Edward Saïd, *Orientalism*, 1987, zum kolonialen Blick Spivak (Anm. 16).

<sup>58</sup> Zum Zivilrecht Großfeld (Anm. 15); klassisch Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., 1990; i. Ü. auch Ulrich Karpen, *Ausländisches öffentliches Recht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts*, 2000.

<sup>59</sup> Bryde (Anm. 50); auch Jochen Abr. Frowein, *Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, DÖV 1998, 806. Zum Stand in den USA Vicki C. Jackson/Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 1999; Mary Ann Glendon/Michael Wallace Gordon/Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 2. Aufl. 1994; George A. Berman, *The Discipline of Comparative Law in the United States*, *Revue internationale de droit comparé*, 51 (1999) 4, 1042-1052; Daniel H. Cole, *The Importance of Being Comparative*, *Indiana Law Review*, 33 (2000) 3, 921-936; allgemein Samuel E. Finer/Vernon Bogdanor/Bernard Ruden, *Comparing Constitutions*, 1995. Kritisch zu dieser Beschränkung auch Legrand (Anm. 2). S. a. Arnoldo Wald, *Le droit comparé au Brésil*, *Revue internationale de droit comparé* 51 (1999) 4, 805-839

<sup>60</sup> Beispielhaft dafür Albrecht Weber (Hrsg.), *Fundamental Rights in Europe and North America*, 2001. “Comparative Constitutionalism” von Dorsen *et. al.* (Anm. \*) behandelt Entscheidungen aus unterschiedlichen Jurisdiktionen. Es versucht, die Fixierung auf Nordamerika und Kontinentaleuropa aufzubrechen und den Blick auf afrikanische, ost- und mitteleuropäische und asiatische Gerichte zu erweitern, und neben den USA auch Kanada und Australien sowie Mittel- und Südamerika einzubeziehen. Je globaler die juristische Praxis wird, desto notwendiger werden derart weite Horizonte.

## I. Europäisierung, Globalisierung und Rechtsvergleichung im nationalen Recht

Verfassungsrechtsvergleichung hat aus unterschiedlichen Gründen Konjunktur. Zunächst vertraute Europa bislang auch auf den Verfassungsvergleich, um den europäischen Verfassungskonsens zu erschließen. Die Interpretation der europäischen Verfassung muss die nationalen Traditionen ausweislich der Präambel berücksichtigen.<sup>61</sup> Allerdings ist europäische Verfassungsvergleichung oft der Suche nach Integration, Harmonisierung und Vereinheitlichung geschuldet. Sie läuft dann Gefahr, interkulturelle Differenzen zu übergehen, obwohl es lehrreich sein kann, gerade diese nachzuzeichnen.<sup>62</sup> Die Arbeiten im europäischen Verfassungskonvent haben gezeigt, dass es leichter und im politischen Prozess erfolgversprechender ist, universalistisch textbezogen zu argumentieren als nach "dichten Beschreibungen" zu suchen, wie sie für die vergleichende Anthropologie Clifford Geertz gefordert hat.<sup>63</sup> Wenn wir "Verfassung" – mit Armin von Bogdandy – in das "Wörterbuch europäischer Identität" eintragen<sup>64</sup>, sollten wir also darauf achten, wer diesen Eintrag auf welcher Grundlage formuliert.

Des Weiteren hat auch die globale Verfassungsrechtsvergleichung einen Ort: die internationale Zusammenarbeit<sup>65</sup>. Soweit Staaten im Wandel sich neue Verfassungen geben, werden sie insbesondere in Afrika und Asien durch europäische und nordamerikanische Experten oder auch Expertinnen beraten, die oft in eher pragmatisch als systematisch zusammengewürfelten Teams arbeiten.<sup>66</sup> Soweit westliche

<sup>61</sup> Peter Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, 1997; ders., *Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in 12 Schritten*, 1994; ders., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, 1992; ders., *Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichenden Verfassungslehre in "weltbürgerlicher Absicht"*, in: Rainer Pitschas, *Entwicklungen des Staats- und Verwaltungsrechts in Südkorea und Deutschland*, 1998, 27-56; Ingolf Pernice, *Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, DVBl. 2000, 847. S. a. Susanne Baer, *Grundrechtscharta ante portas*, ZRP 2000, 151; Karl-Peter Sommermann, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, *Die öffentliche Verwaltung* 52 (1999), 1017-1029.

<sup>62</sup> Damit ist nicht der Partikularismus gemeint, den Joseph Weiler auf Europa anwendet, zuletzt *Ein christliches Europa*, 2004.

<sup>63</sup> Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, 1983, Ch. 8. In ähnliche Richtung die Arbeiten über Rechtskultur in Dinah Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, 1997. Die Forderung nach komparativer Vorsicht gilt auch für die Rechtstheorie, Ahunwan Boniface, *Contextualising Legal Theory: Economic Analysis of Law and Jurisprudence from the African Perspective*, *African Journal of Internat. and Comp L. RADIC* 12 (2000), 240.

<sup>64</sup> VVDStRL, 168 ff. Die Idee des "zirkulierenden Symbols" könnte bewirken, dass es hier nicht zur Verfestigung partikularer Vorverständnisse kommt.

<sup>65</sup> David J. Gerber, *Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law*, *Tulane L. Rev.* 75 (2001) 4, 949-976; William Twining, *Globalization and Comparative Law*, *Maastrecht J. of European and Comparative L.* 6 (1999) 3, 217-243; Klaus Günther/Shalini Randeria, *Das Recht im Globalisierungsprozeß*, 2003.

<sup>66</sup> Auch hier der Verweis auf Stein (Anm. 2). Erkennbar ist, dass erkämpfte Verfassungen größere Chancen haben, auch sozial Wirkung zu entfalten; dazu Brun-Otto Bryde, *Der Verfassungsstaat*

Geberländer von ihren "Partnern" verlangen, bestimmte menschenrechtliche, demokratische und rechtsstaatliche, letztlich also konstitutionelle Minimalia zu implementieren, spielen Verfassungen ebenfalls eine Rolle. Es ist auch bekannt, dass entsprechende Transfers oft nicht gelingen. Das ist allerdings nicht einfach den "unvollendeten Demokratien" zuzuschreiben, sondern beruht oft auf unzureichender Reflexion der eigenen Verfassung und ihrer Güte.<sup>67</sup> Auch hier ist also intersubjektive Kompetenz in der Reflexion auf das eigene Vorverständnis gefragt.

Daneben wird immer deutlicher, dass nur nationale Verfassungsdogmatik eher Vergangenheit als Zukunft bedeutet. Gerichte, die vergleichend oder international argumentieren, sind nicht mehr nur Randerscheinungen der juristischen Praxis.<sup>68</sup> Die Rezeptionspraxen sind einleitend geschildert worden. Auch national wird Verfassungsrechtsvergleichung also eher wichtiger.

## II. Reflexive Rechtsvergleichung

Die Methoden der Rechtsvergleichung sind vielfach beleuchtet worden. Manchmal werden sie ganz praktikabel beschrieben<sup>69</sup>. Manchmal wird kritisiert und dann eingefordert, wie die Anthropologie eines Clifford Geertz mit "dichten Beschreibungen" fremder Kulturen zu arbeiten.<sup>70</sup> Manchmal sind es eher problematische Versuche, die Welt in Rechtskreise einzuteilen, die dann – analog zu Huntingtons "Kampf der Kulturen" – um Geltung ringen.<sup>71</sup> Die Erfahrung der Fremdheit und der Privilegierung eigener Normalität ist in der Rechtswissenschaft

---

in Afrika, in: Martin Morlok (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, 2001, 203-216, 211. Vgl. i.Ü. auch Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Jochen Abr. Frowein, ZaöRV 59 (1999), 899.

<sup>67</sup> Ausführlicher Bryde (Anm. 50), 455 f. Die "unvollendete Demokratie" stammt von Hans-Ulrich Scupin, 1965. Ein nationales Beispiel: Das Bundesverfassungsgericht arbeitet bislang auch nicht mit internationalen Vergleichen, wenn es Aussagen über die Demokratie im Allgemeinen trifft, auch wenn dies nahe läge; zur Entscheidung im Ausländerwahlrecht ("... können demokratische Legitimation nicht vermitteln", BVerfGE 83, 60, 81); Bryde (Anm. 66), 215 f.

<sup>68</sup> Bryde (Anm. 50), 460 f., identifiziert dies als zwei wesentliche Gründe, die der globalen Verfassungsvergleichung Auftrieb geben können. Vgl. auch Arthur T. von Mehren, The Rise of Transnational Legal Practice and the Task of Comparative Law, Tulane L. Rev. 75 (2001), 1215.

<sup>69</sup> Nützlich John C. Reitz, How To Do Comparative Law, Am. J. Comp. L. 46 (1998), 617; Axel Tschentscher, Comparing Constitutions and International Constitutional Law – A Primer, <<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/compcns.html>>. S. a. Karen Engle, Comparative Law as Exposing the Foreign System's Internal Critique: an Introduction, Utah Law Review, (1997), 359-369. S. a. Rainer Wahl, Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, in: Dietrich Murswiek (Hrsg.), Staat – Souveränität – Verfassung, 2000, 162-182.

<sup>70</sup> Lawrence Meir Friedman, Some Thoughts on Comparative Legal Culture, in: David S. Clark (Hrsg.), Comparative and Private International Law, 1990, 49; Clifford Geertz, Dichte Beschreibung: Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme, 6. Aufl. 1999, und kritisch zu Geertz James Clifford/George E. Marcus (Hrsg.), Writing Culture: The Poetics and Politics of Ethnography, 1986; Stuart Hall, Rassismus und kulturelle Identität, 2002.

<sup>71</sup> Heinrich Scholler, Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und die Rechtskultur, ZsfVglRWiss 99 (2000), 373-386, 382 ff.

dagegen noch ein wenig unterbelichtet.<sup>72</sup> Das offene Eingeständnis, ein juristisches Phänomen einer anderen als der vertrauten Rechtsordnung schlicht nicht zu verstehen, ist im Mainstream der Rechtswissenschaftskultur auch schwer zu platzieren. Von Bedeutung ist es jedoch gerade, die Fremdheit offen zu legen und ein Wechselspiel aus Fremdheit und vertrauter Erkenntnis auszuhalten. Wie das funktionieren kann, lässt sich als interkulturelle und intersubjektive Kompetenz erlernen. Wird so vorgegangen, hat dies methodische Folgen.

Was gefragt ist, lässt sich als reflexive Rechtsvergleichung bezeichnen. Im Vordergrund steht der Prozess des dialogischen, selbstkritischen Lernens<sup>73</sup>, also des Lernens voneinander, das Erkennen erst ermöglicht. Eventuell lässt sich hier an die Erkenntnisse zu lernenden Organisationen anknüpfen, um rechtswissenschaftlich Fragen nach lernenden Rechtsordnungen stellen zu können. Auch Studien zur Rezeption von *“legal transplants”* lassen sich mit Studien zur Veränderung der eigenen Perspektive im Vorgang der Transplantation verknüpfen.<sup>74</sup> Jedenfalls gehören Einschätzungsfähigkeit, Wertungstransparenz, Verhaltensflexibilität und Selbstreflexion zu den Fähigkeiten, die Verfassungsvergleichung prägen.

Hier stellt sich die Frage, welche Erträge eine derart betriebene Verfassungsvergleichung erbringen kann. Ruti Teitel hat argumentiert<sup>75</sup>, eine eher dialogische, auf Kontexte und Positionen achtende, nicht unzulässig ahistorische oder entpolitizierende Verfassungsvergleichung könne keine funktionalistische Methode sein. Wenn das zutrifft, ist der Wert dieser Vergleichung jedenfalls begrenzt. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass die Funktion der funktionalistischen Vergleichung sehr unterschiedlich bestimmt werden kann. Wer die Funktion dominant setzt, ohne sie kritisch-komparativ zu reflektieren, setzt sich der Kritik Teitels aus. Wer, wie Tushnet und Jackson, eher Unterschiede und Kontexte hervorheben möchte, arbeitet explizit reflexiv.<sup>76</sup> Wer jedoch die Funktion der eigenen Arbeit als potenziellen Beitrag zu Erkenntnissen über Verfassungsstaatlichkeit setzt, was das von Teitel kritisierte *Casebook* *“Comparative Constitutionalism”* tut, kann positioniert, dialogisch und reflexiv arbeiten.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Julia Kristeva, *Fremde sind wir uns selbst*, 1990, hat dazu eine psychoanalytisch inspirierte Arbeit vorgelegt, die im Verfassungsrecht z. B. Günter Frankenberg, *Die Verfassung der Republik*, 1998, aufgreift. S. a. Iver B. Neumann, *Uses of the Other*, 1999. Vgl. auch Alois Wierlacher (Hrsg.), *Kulturthema Fremdheit – Leitbegriffe und Problemfelder kulturwissenschaftlicher Fremdenheitsforschung*, 1993.

<sup>73</sup> In diese Richtung weist auch die Arbeit von Jo Shaw/Antje Wiener, *The Paradox of an European Polity*, in: Maria Green Cowles/Michael Smith (Hrsg.), *The State of the European Union*, Bd. 5, 2000, 64.

<sup>74</sup> Diese Perspektive verdanke ich Dagmar Richter, Diskussion im MPI.

<sup>75</sup> Ruti Teitel, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, Book Review, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2570. S. a. dies., *Transitional Justice*, 2001.

<sup>76</sup> Vicky Jackson/Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law: Cases and Materials*, 1999.

<sup>77</sup> Einen Unterschied macht es sicherlich, inwiefern die eigene Position explizit oder, wie im *Casebook*, nur implizit relativiert wird. Teitel argumentiert, die Orientierung auf *“Verfassungsstaatlich-*

### III. Rechtsvergleichung, internationale Praxis und Schlüsselqualifikationen

Die zunehmende praktische Bedeutung der Rechtsvergleichung müsste Grund genug sein, sie auch verstärkt zu betreiben. Daneben steht das eigene Erkenntnisinteresse und die Bereicherung, die juristische Arbeit im Ausland sein kann. Im Hinblick auf die juristische Ausbildung in Deutschland sind wissenschaftspolitisch meist weitere Argumente gefordert. Hier lauten diese Internationalität und Rechtspluralismus<sup>78</sup> sowie Schlüsselqualifikationen.

Juristinnen und Juristen begegnet heute in der Praxis nicht nur nationales Recht, sondern ein Rechtspluralismus. Interne Regelungen von Organisationen stehen neben staatlichem Recht, europäischen Vorgaben und internationalen, insbesondere für wirtschaftliches Handeln zunehmend entscheidende Regeln.<sup>79</sup> Auch die Menschenrechte haben heute politisch und rechtlich universalisierende Bedeutung erlangt, doch zeigen Debatten um Universalismus und Partikularismus, dass mit ihnen nur umzugehen ist, wenn verstanden wird, was andere warum darunter verstehen, und was das nicht zuletzt politisch bedeutet. Das gilt nicht nur für die internationale Zusammenarbeit. Auch in einer kleinen Wald- und Wiesenkanzlei müssen Juristinnen und Juristen Menschen beraten, die aus höchst unterschiedlichen sozialen, religiösen, geschlechtsspezifischen, lebensstilgeprägten, traditionellen oder ähnlichen Kontexten heraus handeln, so wie sie in einer großen internationalen Kanzlei mit Menschen arbeiten und mit einer Klientel umgehen, die – vielleicht bis auf die soziale Schichtung – in ähnlicher Vielfalt auftritt. Ebenso sind Gerichte nicht in homogenen Umfeldern tätig, sondern in zunehmend als heterogen anerkannten, politisch strukturierten Kontexten, die Anforderungen an Verstehen, Erklären und Begründen im Verfahren stellen, die erlernt sein wollen. Das gilt auch für alle anderen Berufsfelder, in denen juristisches Wissen gefragt ist. Juristische Praxis fordert also komparatives Wissen und komparative Kompetenz, und die Verfassungsrechtsvergleichung kann dafür Grundlagen liefern.

Die juristische Praxis verlangt folglich Dinge, die heute gern als Schlüsselqualifikationen bezeichnet werden. Es gibt eine gewisse Tendenz, diesbezüglich Kurse in Fremdsprachen und Rhetorik anzubieten. Das genügt nicht. Vielmehr sollte der Rechtsvergleichung in ihrer Fähigkeit, Schlüsselkompetenzen sowohl in kognitiver als auch in aktiver Hinsicht zu vermitteln, ein zentraler Stellenwert in der juristischen Ausbildung zukommen<sup>80</sup>. Die Forderung ist nicht neu, die Begründung

---

keit" sei *per se* problematisch, Harvard Law Review, bei Fn. 29. Genutzt wird "constitutionalism" im *Casebook* jedoch als Arbeitsbegriff im Zugriff auf unterschiedliche Verfassungsstaatlichkeiten.

<sup>78</sup> Ähnlich Axel F l e s s e r, Juristische Methode und europäisches Privatrecht, Öffentliche Vorlesungen der Humboldt Universität H. 117, erweiterte Fassung in: JZ 2002, 14-23.

<sup>79</sup> Vgl. Robert U e r p m a n n, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565-572. Rechtspluralismus liegt auch im Hinblick auf informales Recht vor; vgl. Klaus G ü n t h e r, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, FS Habermas 2001, 539-567.

<sup>80</sup> Vgl. Abbo J u n k e r, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, 921-928.

schon. Rechtsvergleichung erlangt hier mehr als didaktischen Wert und erreicht mehr als die Internationalisierung der Ausbildung in Reaktion auf die Internationalisierung der Berufsfelder. Rechtsvergleichung lebt vielmehr eben von spezifischem Wissen und von interkultureller und intersubjektiver Kompetenz. Wir müssen Erklärungen nutzen, die mein Gegenüber versteht. Das lerne ich am besten, wenn mein Gegenüber ganz offensichtlich "anders" ist als ich, aber keine Möglichkeit besteht, mich durch Ausgrenzung zu entziehen. Genau das ist es, was in der Rechtsvergleichung – und zwar gerade in der Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht – geschieht: in der Achtung vor der anderen Verfassung zu versuchen, ernstlich zu verstehen. Wenn das gelingt, ist viel gewonnen.

Es gibt also gute Gründe, in Deutschland nicht nur mehr als bislang Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht zu betreiben, sondern auch gute Gründe, den Ruf nach Rechtsvergleichung mit dem Ruf nach Wissen um die differenten Rahmenbedingungen des Wissens und nach Schlüsselkompetenzen – wie eben interkultureller und intersubjektiver Kompetenz – zu verbinden.

Summary<sup>81</sup>

## Comparative Constitutional Law and the Reflexive Method

In comparative constitutional law, method is as crucial as it is underdeveloped. The article proposes to apply methodologies developed in gender studies, critical race theory, post-colonial theory and in intercultural settings to comparative law. Namely, it is a call to develop intersubjective competence and abilities in order to properly deal with "the other". Encounters with the "other" are frequent in comparative law, and, looked at in detail, come with almost every term discussed in comparative constitutionalism. Questions like "what is a court?", "how important are economic and social rights?", or "which right is at stake in cases of abortion?" then deserve answers based on reflexive understandings of one's legal system. Such an understanding is needed in a world in which we see more uses and growing acceptance of comparative legal reasoning in higher courts, in a world in which transnational legal practice constantly confronts us with a variety of legal systems and cultures, and in a world in which legal education calls for "key qualifications" to become, after all, a good lawyer able to deal with differences, inequalities, and similarities on the globe.

---

<sup>81</sup> Summary by the author.