

Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches  
Instrument der Interpretation von nationalem Recht

von  
Carl-David von Busse

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8487 1959 4

Carl-David von Busse

**Die Methoden der  
Rechtsvergleichung im  
öffentlichen Recht als  
richterliches Instrument  
der Interpretation von  
nationalem Recht**



Nomos

Nomos Universitätschriften

Recht

Band 852

Carl-David von Busse

**Die Methoden der Rechtsvergleichung  
im öffentlichen Recht als richterliches  
Instrument der Interpretation  
von nationalem Recht**



**Nomos**

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

Zugl.: München, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1959-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-6071-6 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gang der Untersuchung	19
1. Kapitel: Begriff, Zweck und Funktion der Rechtsvergleichung	27
A. Begriff des Rechtsvergleichs	27
I. Vergleich als Erkenntnismethode in allen Wissenschaften	27
II. Tertium comparationis	28
III. Vergleich als Erkenntnismethode in der Rechtswissenschaft	29
B. Zweck der Rechtsvergleichung: Erkenntnisgewinn	32
I. Bedeutung der Erkenntnis für die Rechtswissenschaft	36
1. Deskriptive Rechtsvergleichung	37
2. Bewertende Rechtsvergleichung	39
II. Bedeutung der Erkenntnis für die Legislative	40
1. Beispiele für legislative Rechtsvergleichung im Zivilrecht	44
2. Beispiele für legislative Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht	47
III. Bedeutung der Erkenntnis für die Judikative	53
1. Die Rechtsvergleichung an zivilrechtlichen Gerichten	57
2. Die Rechtsvergleichung an öffentlich-rechtlichen Gerichten	60
a) Rechtsvergleichung in der Judikatur des BVerfG	61
b) Gründe für die zunehmende rechtsvergleichende Tendenz in den letzten Jahren	65
aa) Erweiterung der Kommunikationstechnologie	65
bb) Internationalisierung und Europäisierungen des (Verfassungs-)Rechts	66
cc) Sprachliche Kompetenz	69
3. Rechtsvergleichung am US-Supreme Court	70
4. Zurückhaltung der deutschen Richter gegenüber der Rechtsvergleichung	85
IV. Bedeutung der Erkenntnis für die Exekutive	92
V. Fazit	93

*Inhaltsverzeichnis*

C. Funktion der Rechtsvergleichung	94
I. Rechtsvergleich als richterliches Instrument zur Auslegung und Lückenfüllung	95
1. Die Auslegung von Normen	98
a) Gesetzgebungsmethoden als Ausgangsbasis der Auslegung	101
aa) Kasuistische bzw. positivistische Methode	101
bb) Kritisch-prinzipielle Methode	102
cc) Begriffs- und Interessenjurisprudenz	104
dd) Auswirkungen auf die Rechtsvergleichung als richterliches Instrument der Auslegung und Lückenfüllung	106
b) Die „klassischen“ vier Auslegungsmethoden	107
aa) Grammatikalische Auslegung	109
bb) Logische Auslegung	109
cc) Systematische Auslegung	110
dd) Historische Auslegung	110
ee) Fehlen einer Reihen- und Rangfolge	111
c) Heutiger Stand der Auslegungsmethoden Savignys	111
aa) Subjektive Theorie	114
bb) Objektive Theorie	114
cc) Kombinationstheorie	116
dd) Auswirkungen des Theorienstreit in der Praxis des BVerfG	117
ee) Bedeutung des Theorienstreits für die Rechtsvergleichung als richterliches Instrument der Auslegung	120
2. Die Lückenfüllung	120
a) Arten von Lücken	123
b) Die Mittel zur Lückenfüllung	127
3. Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Funktion der Auslegung und Lückenfüllung von nationalem Recht	128
4. Zulässigkeit des Rechtsvergleichs als Mittel der Auslegung und Lückenfüllung	130
a) Zulässigkeit nach Art. 1 des Schweizer ZGB	132
b) Zulässigkeitsargumente in Häberles „Fünfter Auslegungsmethode“	134
c) Kritische Würdigung	137

d)	Herleitung der Zulässigkeit der Rechtsvergleichung als richterliches Instrument der Auslegung und Lückenfüllung	139
aa)	Herleitung der Zulässigkeit aus der Rolle des deutschen Richters als „Ersatzgesetzgeber“	139
bb)	Herleitung der Zulässigkeit aus einer gesetzlichen Bezugnahme auf die rechtsvergleichende Methode	151
	(1) Das Beispiel Südafrika	152
	(2) Weitere Beispiele	156
	(3) Das Beispiel Deutschland	161
	(4) Schlussbemerkung	166
cc)	Herleitung der Zulässigkeit aufgrund des Erfordernisses einer zeitgeistbedingten Norminterpretation	168
dd)	Herleitung der Zulässigkeit aus der „richterlichen Gedankenfreiheit“	184
e)	Herleitung der Zulässigkeit anhand der Praxis des BVerfG	188
aa)	Rechtsprechungsbeispiele für den Rechtsvergleich als Instrument der Auslegung	191
bb)	Rechtsprechungsbeispiele für den Rechtsvergleich als Instrument der Lückenfüllung	201
cc)	Zusammenfassung: Zulässigkeit der Rechtsvergleichung als richterliches Instrument der Auslegung und Lückenfüllung	217
II.	Rechtsvergleich als richterliches Instrument der Rechtsangleichung	217
1.	Rechtsvergleich als richterliches Instrument der Rechtsangleichung innerhalb der europäischen Rechtsgemeinschaft	220
a)	Die Rechtsangleichung in der Europäischen Union	221
b)	Judikative Rechtsangleichung durch Rechtsvergleich in der Europäischen Union	224
aa)	Rechtsangleichung im Wege der Rechtsvergleichung durch den EuGH	226
	(1) Die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze	227

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Bedeutung des Art. 6 III EUV (ex Art. 6 II EUV) nach der Einführung der EU-Grundrechte-Charta	233
(3) Kritische Würdigung	235
bb) Rechtsangleichung im Wege der Rechtsvergleichung durch die mitgliedsstaatlichen Gerichte	238
(1) Rechtsangleichung durch den Einsatz der Rechtsvergleichung bei einer richtlinienkonformen Auslegung der mitgliedsstaatlichen Gerichte	239
(2) Rechtsvergleichung als „richterliches Pflichtprogramm“ bei der richtlinienkonformen Auslegung	242
(3) Rechtsvergleichung als richterliches Instrument der Rechtsangleichung von nationalem Recht ohne direkten europarechtlichen Einfluss	244
cc) Rechtsangleichung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV	247
dd) Rechtsprechungsbeispiele des BVerfG für ein rechtsvergleichend-rechtsangleichendes Vorgehen	252
2. Rechtsvergleich als richterliches Instrument der Rechtsangleichung innerhalb der globalen Rechtsgemeinschaft	262
a) Die Rechtsangleichung im globalen Rechtsraum	262
b) Die Ermittlung von allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts	266
aa) Allgemein anerkannte Regeln des Völkerrechts als Rechtsquelle i.S.d. Art. 38 I IGH-Statut	266
bb) Die Ermittlung von allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG	267
(1) Art. 25 S. 1 GG als Aufforderung zur Anwendung der Rechtsvergleichung	269
(2) Normative Geltung fremder Rechtssätze im nationalen Recht	273

(3) Rechtsvergleichung als richterliches Pflichtprogramm bei der rechtsschöpferischen Ermittlung allgemeiner Regeln des Völkerrechts	274
c) Fazit zur Rechtsangleichung im globalen Rechtsraum	275
3. Rechtsvergleichung in einer zunehmend angeglichenen Rechtsgemeinschaft	275
2. Kapitel: Gegenstand des Rechtsvergleichs	280
A. Die Notwendigkeit einer rechtsvergleichenden Methode	281
B. Die Lehre von den Rechtskreisen im Zivilrecht	284
I. Kriterien der Kreisbildung	285
1. Strahlungszentren nach Arminjon/Nolde/Wolff	285
2. Kreisbildung nach David	286
3. Stiltheorie nach Zweigert/Kötz	287
a) Materienbezogene Relativität	288
b) Zeitbezogene Relativität	289
II. Ähnlichkeiten der verschiedenen Rechtskreiseinteilungen	290
C. Übernahme der zivilistischen Rechtskreislehre für das Öffentliche Recht	292
I. Eigenarten des öffentlichen Rechts im Gegensatz zum Zivilrecht	294
1. Dominanz der außerrechtlichen Faktoren	294
2. Politischer Gehalt der Normen	296
3. Geringere Nachhaltigkeit des Rezeptionsprozesses	296
4. Gemengelage von geschriebenem und ungeschriebenem Recht	297
5. Bedeutung der Rechtsprechung	298
6. Ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe	298
II. Konsequenzen aus den Eigenarten des öffentlichen Rechts	299
III. Bildung von Rechtskreisen für das öffentliche Recht	300
1. Übernahme der zivilistischen Rechtskreise	301
a) Für das Verfassungsrecht	301
aa) Übernahme der zivilistischen Rechtskreise für das Verfassungsrecht nach der materienbezogenen Relativität	303

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Kreisbildung der Verfassungen nach organisatorisch-institutionellen Gesichtspunkten	306
cc) Bildung von Rechtskreisen nach dem Vorbild der Einteilung der hybriden Rechtsordnungen	308
dd) Untauglichkeit der Übernahme zivilistischer Rechtskreise für das Verfassungsrecht	310
b) Für das „eigentliche“ Verwaltungsrecht	311
c) Für politisch indifferente oder „technische“ Rechtsgebiete im Verwaltungsrecht	312
2. Bildung eigener Rechtskreise für das öffentliche Recht	313
3. Zwischenbewertung und Zusammenfassung	314
D. Zweigerts universale Interpretationsmethode	316
I. Kritische Würdigung der universalen Interpretationsmethode	320
II. Übertragbarkeit auf das öffentliche Recht	321
E. Zwischenergebnis	323
3. Kapitel: Theoretisch entwickelte Methoden zur Ermittlung des Vergleichsgegenstandes im öffentlichen Recht	324
A. Theoretisch entwickelte Methodenansätze	327
I. Internationale Regelungsstandards anhand eines Referenzkreises	327
II. Textbezogener Ansatz und Rechtsprechungsbeispiele	329
III. Kontextualistischer Ansatz	340
1. Funktionelle Methode	341
a) Begründungsansatz der funktionellen Methode	342
aa) Fehlen eines interkulturellen Begriff des Rechts	345
bb) Positive und negative Seite des Funktionalitätsprinzips	346
b) Theoretische Beispiele für die Anwendung der funktionellen Methode	348
c) Rechtsprechungsbeispiele für das Vorgehen nach der funktionellen Methode	349
d) Kontrollfunktion der funktionellen Methode	360

2. Häberles „Fünfte Auslegungsmethode“	361
a) Begründungsansatz der „Fünften Auslegungsmethode“	363
b) Textstufenanalyse	365
IV. Dialektische Methode Tschentschers	371
1. Begründungsansatz der dialektischen Methode	372
2. Rechtsprechungsbeispiele zur dialektischen Methode	374
V. Fokussierter Ansatz (Focused Approach)	379
VI. Kritische Würdigung der einzelnen Methoden im öffentlichen Recht	382
1. Textbezogener Ansatz	382
2. Funktionelle Methode	383
3. Dialektische Methode	384
4. Textstufenanalyse	385
5. Fokussierter Ansatz	386
B. Stellungnahme: Notwendigkeit eines Methodenpluralismus	387
4. Kapitel: Aus der Rechtsprechung entwickelte Methoden zur Ermittlung des Vergleichsgegenstandes im öffentlichen Recht	392
A. Methodenkanon aus der Praxis der Rechtsprechung	393
I. Universalistische Interpretation	393
1. Anerkennung überpositiver Rechtsgrundsätze durch die Rechtsprechung	394
2. Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes	398
a) Die Bedeutung der Rechtsvergleichung i.S.d. universalistischen Methode bei der Feststellung von allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts und des Völkergewohnheitsrechts	400
aa) Ermittlung allgemeiner Regeln des Völkerrechts durch Einsatz der Rechtsvergleichung	401
bb) Die Unausweichlichkeit der Rechtsvergleichung bei der Ermittlung allgemeiner Regeln des VR	403

*Inhaltsverzeichnis*

cc) Die Anwendung der Rechtsvergleichung i.S.d. universalistischen Methode bei der Auslegung autonom-internen Rechts	405
b) Universalistische Interpretation bei der Auslegung von Grundrechten	407
c) Universalistische Interpretation bei der Auslegung von Verfassungsprinzipien	410
3. Bewertung der universalistischen Methode	417
4. Relativierung der „Universalität“ durch die Rechtsprechung des BVerfG	420
II. Dialogische Interpretation	423
1. Parallelen zu der Normierung in Art. 52 Abs. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union	427
2. Parallelen zu Tschentschers dialektischen Methode	427
3. Rechtsprechungsbeispiele zur dialogischen Interpretationsmethode	429
a) Bundesverfassungsgericht	429
b) Landesverfassungsgerichte	433
c) Bundesverwaltungsgericht	437
4. Auswertung der Rechtsprechungsbeispiele	439
a) Ablehnung der ausländischen Rechtsansicht(en) nach dem Dialog	439
aa) Anstoß zum Dialog durch die Parteien	439
bb) Anstoß zum Dialog durch politisch-öffentlichen Druck	440
cc) Unterschied zur universalistischen Methode im Hinblick auf die Eigeninitiative des BVerfG	442
dd) Möglicher Einfluss der dialogischen Interpretation auf die Legislative	443
b) Übernahme der ausländischen Rechtsansicht nach dem Dialog durch das VG Köln	446
c) Die „Verwerfung“ eines rechtsvergleichenden Arguments nach Aubin	450
III. Genealogische Interpretation	452
1. Gemeinsamkeiten zu der Lehre der zivilistischen Rechtskreise	453
2. Bewertung der genealogischen Interpretation	455
a) Keine Rechtskreisziehung für das öffentliche Recht	455

b) Fehlende Rechtskreisbildung in der Praxis der Gerichte	456
aa) Unzulässige Einteilungskriterien für die Rechtskreisbildung im Verfassungsrecht	460
bb) Relativierung der genealogischen Berücksichtigung durch Choudhry	463
cc) Schlussbemerkung	465
IV. Kommunitaristische Interpretation	466
1. Kritische Würdigung einiger Rechtsprechungsbeispiele von Cárdenas Paulsen	468
2. Beispiel aus der Rechtsprechung für die Anwendung der kommunitaristischen Auslegungsmethode	473
3. Abschließende Bewertung der kommunitaristischen Interpretation	474
V. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Ermittlung von allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG	478
1. Universelle Elemente bei der Rechtsvergleichung zur Ermittlung allgemeiner Regeln des Völkerrechts	479
2. Kommunitaristische Elemente bei der Rechtsvergleichung zur Ermittlung allgemeiner Regeln des Völkerrechts	481
B. Empirische Interpretation	484
I. Rechtsprechungsbeispiele zur empirischen Interpretationsmethode	488
1. „Apotheker-Urteil“	489
2. „Abtreibungs-Urteil I“	491
a) Fehlende Berücksichtigung der Rechtsrealität	493
b) Beispielhafte Anwendung der empirischen Interpretation	495
c) Rechtsvergleichung als argumentative Stütze der abweichenden Meinung zum Urteil	498
3. „Abtreibungs-Urteil II“	500
a) Abweichende Meinung zu dem „Abtreibungs-Urteil I“	502
b) Fehlende Berücksichtigung der Rechtsrealität im „Abtreibungs-Urteil I“	502

*Inhaltsverzeichnis*

c) Empirische Methode als einziges Hilfsmittel für die Erstellung einer Prognose	503
4. „Transsexuellen-Urteil“	505
II. „Verwertung ausländischer Erfahrungen“ in Abgrenzung zum Vorgehen nach der empirischen Interpretationsmethode	509
C. Auswertung der zuvor genannten Rechtsprechungsbeispiele	513
I. Auswertung der Rechtsprechungsbeispiele im Hinblick auf die Funktionen der Rechtsvergleichung	513
II. Auswertung der Rechtsprechungsbeispiele im Hinblick auf die vorgestellten Methoden	513
1. Fehlen einer einzigen festen Methode in der Praxis	513
a) Methodische Grundsatzlosigkeit	514
b) Pragmatisch-intuitive Anwendung der Rechtsvergleichung	518
c) Fehlendes Methodenbewusstsein beim BVerfG	519
2. Methodenpluralismus und Gespür der Richter bei der Anwendung der Rechtsvergleichung	523
III. Potenzial der dialogischen Interpretationsmethode	526
D. Zusammenfassung	527
I. Rechtsvergleichung als argumentative Stütze der deutschen Gerichte	527
1. Rechtsvergleichung auch als Plausibilitätskontrolle für ausländische Gerichte	530
2. Sonderstellung der „Empirischen Interpretation“	531
II. Rechtsvergleichung als argumentative Hilfsquelle	532
III. Rechtsvergleichung zur Herausbildung von gemeinsamen Maßstäben und Standards	533
5. Kapitel: „Gefahren“ und Schranken der Rechtsvergleichung als richterliches Instrument	537
A. Beliebigkeit bei der Auswahl des zu vergleichenden Materials	538
I. Opportunistischer Gebrauch der Rechtsvergleichung	539
II. Problem der Willkür	541
III. Gefahreneinschränkung	544
1. Kooperation mit vergleichenden Rechtsinstituten und den Verfahrensbeteiligten	544

2. Kontextuell-funktionale Rechtsbetrachtung	549
3. Kritische Übertragung ausländischer Rechtsansichten	550
B. Fehlende rechtstaatliche Legitimation	551
I. Beachtung der judikativen Gesetzesbindung als Gefahrenbeschränkung	555
II. „Strafteilungs-Urteil“ des BVerwG	559
C. Gefahr unreflektierter Vergleiche	561
I. Normative Vorgabe als mögliche Gefahrenquelle eines unreflektierten Vergleichs	562
II. „Inzest-Urteil“ als unreflektierter Vergleich	563
III. Rechtsvergleichung als „Alibi-Vergleich“	568
1. „Kriegsopferversorgung-Urteil“	569
2. „Transparenz-Urteil“	570
3. „Lüth-Urteil“	572
D. Gefahr einer frühzeitigen Festlegung von Auswahlkriterien	573
I. Verkennung wertvollen Vergleichsmaterials	574
II. Diskriminierung durch Rechtsvergleich	576
E. Gefahr der vermeintlichen Textähnlichkeit – Notwendigkeit eines kontextualistischen Vergleichs	580
I. Verkennung außerrechtlicher Faktoren als Gefahr	582
II. „Apotheker-Urteil“ des BVerfG als Beispiel für die vorzeitige Gefahrenerkennung	584
6. Kapitel: Schlussbetrachtung und Ausblick	587
A. Methodenvorschlag für die Anwendung der Rechtsvergleichung	587
I. Methodischer Begründungsansatz	587
II. Beachtung der ausländischen Rechtssystematik bei der Auslegung der fremden Norm	590
III. Beispielhafte Darlegung der Methode	592
IV. Vorteile und Internationalität der Methode	595
B. Ausblick	599
I. Notwendigkeit einer Kooperation zwischen Wissenschaft und Praxis	599
II. Mediale Strukturierung ausländischer Rechtsmaterialien	603
III. Die Rolle der Prozessbeteiligten	605
IV. Zunahme der Methodensicherheit	608

*Inhaltsverzeichnis*

V. Möglicher Paradigmenwechsel zum „Case-Law“	612
Literaturverzeichnis	613