

### A. Entwicklungslinien der Verwaltungsrechtsvergleichung

te des 20. Jahrhunderts ohne größeren Einfluss.<sup>17</sup> Dies änderte sich auch unter dem Grundgesetz zunächst nicht, da die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft der frühen Bundesrepublik im Wesentlichen damit beschäftigt war, die konsequente rechtsstaatliche Ausrichtung des Verwaltungsrechts durch die Rechtsprechung systembildend zu begleiten.<sup>18</sup> Später kam der auch für das französische Verwaltungsrecht konstatierte Effekt hinzu, dass die – hinsichtlich ihres Einflusses auf andere Rechtssysteme zu einem bestimmten Zeitpunkt – als erfolgreich zu beschreibenden Rechtsordnungen sich introvertiert verhalten und daher weniger selbst vergleichen als verglichen werden.<sup>19</sup> Zudem wurde das Verwaltungsrecht nach einem vielzitierten Satz *Ulrich Scheuners* „denjenigen Rechtsmaterien [zugerechnet], in denen die nationale Eigenart eines Volkes und Staates sich am stärksten ausprägt“,<sup>20</sup> was insbesondere eine über die bloße Beschreibung der fremden<sup>21</sup> Rechtsordnung und der wechselseitigen Einflüsse in der Vergangenheit hinausgehende funktionale Vergleichung als besonders voraussetzungsvoll und schwierig erscheinen ließ.<sup>22</sup>

Vor allem aber fehlte es der Verwaltungsrechtsvergleichung im Gegensatz zur 6  
Privatrechtsvergleichung über lange Zeit weitgehend an **praktischer Relevanz**, da die vom Internationalen Privatrecht angeordnete Anwendung von privatrechtlichen Normen einer fremden Rechtsordnung durch nationale Gerichte im Öffentlichen Recht nicht in vergleichbarem Umfang eine Entsprechung findet.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> *Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 2), Rn. 43 ff., 47 mit Fn. 191.

<sup>18</sup> *Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 2), Rn. 47; *ders.*, Verfassungsvergleichung (Fn. 9), S. 12 f.; *Rainer Wahl*, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland – Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, *Der Staat*, Bd. 38 (1999), S. 495 (495): „Binnenorientierung auf das eigene Recht – was rechtsvergleichende Ausflüge natürlich nicht ausgeschlossen hat.“; ausführlich zu dieser „Gründungsphase“ und dem Prozess der Konstitutionalisierung *ders.*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 16 ff., mit dem pointierten Fazit (S. 40): „die Verwaltungsrechtswissenschaft wurde zur Verwaltungsgerichtswissenschaft.“

<sup>19</sup> So zu Deutschland → Bd. I *Möllers* § 2 Rn. 42; zu Frankreich *Fabrice Melleray*, Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français, in: *ders.* (Hrsg.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, 2007, S. 13 (18 ff.).

<sup>20</sup> *Ulrich Scheuner*, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, *DÖV* 1963, S. 714.

<sup>21</sup> Mit der Verwendung des (zwar unschönen, aber kaum adäquat zu ersetzenden) begrifflichen Gegensatzpaars „eigene – fremde“ Rechtsordnung geht natürlich keine Wertung einher.

<sup>22</sup> Weitere Schwierigkeiten benennt *Stefan Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, S. 4 ff.; gegenläufig noch die Einschätzung von *Bernhardt*, Eigenheiten und Ziele (Fn. 2), S. 437, der eine Vergleichung des „technischen“ Verwaltungsrechts für eher möglich erachtete als eine Vergleichung des mit hohem „politischem Gehalt“ versehenen Verfassungsrechts.

<sup>23</sup> *Martin Gebauer*, Rechtsvergleichung, in: *FS Paul Kirchhof I*, 2013, § 39 Rn. 15; zu diesem Unterschied zwischen Privatrechtsvergleichung und Verwaltungsrechtsvergleichung auch *Martin Bullinger*, Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht, in: *FS Peter Schlechtriem*, 2003, S. 331 (332 ff.); zur empirisch geringeren Bedeutung des Verwaltungskollisionsrechts im Vergleich zum Internationalen Privatrecht → Bd. I 2. Aufl. *Schmidt-Aßmann* § 5 Rn. 48. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Panels der Fachgruppe Öffentliches Recht auf den Tagungen der deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung von Mitte der 1960er bis Ende der 1970er Jahre nahezu ausschließlich wirtschaftsrechtliche Themen gewidmet waren, als habe man von der praktischen Relevanz der Privatrechtsvergleichung profitieren wollen oder sich zumindest nicht von deren Dominanz befreien können. Eine Rolle für die untergeordnete Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Rechtsvergleichung in den 1960er bis 1980er Jahren dürfte schließlich gespielt haben, dass sich die international orientierten Rechtswissenschaftler mit dem

### § 3 Rechtsvergleichung

Während die Verfassungsvergleichung seit den 1970er Jahren immerhin der Verwendung rechtsvergleichender Erkenntnisse und Argumente durch das Bundesverfassungsgericht nachspürt<sup>24</sup> und *Peter Häberle* – mit Blick auf die Grundrechtsinterpretation – seine These von der „Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode“<sup>25</sup> entfalten konnte, blieb die Verwaltungsrechtsvergleichung, soweit sie überhaupt betrieben wurde, ein weitgehend auf rein wissenschaftliche Erkenntnis abzielendes Projekt, das keinen konkreten Nutzen versprach.<sup>26</sup> Dies änderte sich erst mit der zunehmenden Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts, dem Entstehen eines Europäischen Verwaltungsverbunds<sup>27</sup> und vor allem mit der wissenschaftlichen Konturierung des „Europäischen Verwaltungsrechts“ als eigenständiges Rechtsgebiet, das sich im Erscheinen entsprechend betitelter Lehrbücher niederschlug. Sowohl das 1988 erschienene Pionierwerk von *Jürgen Schwarze* als auch das große Lehrbuch von *Thomas von Danwitz* (2008) enthält direkt nach dem jeweils einleitenden Kapitel einen umfangreichen rechtsvergleichenden Abschnitt, in dem die Grundzüge (ausgewählter) mitgliedstaatlicher Verwaltungsrechtsordnungen dargestellt werden.<sup>28</sup> Solch ein induktives Vorgehen lag auch nahe. Zum einen,

Gemeinschaftsrecht einem aufgrund seiner praktischen Relevanz und seiner dynamischen Entwicklung immens attraktiven Forschungsfeld als Alternative zur Rechtsvergleichung widmen konnten.

<sup>24</sup> Früh *Jörg Manfred Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR, Bd. 99 (1974), S. 193 ff.; monographisch aus der jüngeren Zeit zu diesem vergleichsweise intensiv beforschten Ausschnitt der Verfassungsrechtsvergleichung vor allem *Stefan Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung: Praxis, Viabilität und Begründung rechtsvergleichender Argumentation durch Verfassungsgerichte, 2018, sowie *Carl-David v. Busse*, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015; beispielhaft für die in Bezug auf das Legitimationsproblem der richterlichen Rechtsvergleichung gegenläufigen rechtstheoretischen Grundannahmen *Susanne Baer*, Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus, JöR n. F., Bd. 63 (2015), S. 389 ff. sowie *Christian Hillgruber*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, JöR n. F., Bd. 63 (2015), S. 367 ff.

<sup>25</sup> *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat: Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913 ff.

<sup>26</sup> Einzelne rechtsvergleichende Studien im Vorfeld von größeren Gesetzesvorhaben scheinen insoweit – zumindest was das Öffentliche Recht betrifft – eher die die Regel bestätigenden Ausnahmen zu sein (als Beispiel genannt werden hier immer wieder die rechtsvergleichenden Gutachten von *Rehbinder* und des Heidelberger Max-Planck-Instituts in Vorbereitung der Reform des Staatshaftungsrechts, die 1975 vom Bundesministerium der Justiz veröffentlicht wurden; auch *v. Busse*, Methode der Rechtsvergleichung [Fn. 24], bezieht sich insoweit im Wesentlichen auf die Bedeutung der Verfassungsvergleichung in historischen Umbruchsituationen); ob die gegenteilige Feststellung von *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (Fn. 10), S. 15, „daß es seit dem II. Weltkrieg kein größeres gesetzgeberisches Vorhaben gegeben hat, dessen Vorbereitung nicht von mehr oder weniger umfassenden rechtsvergleichenden Überlegungen begleitet gewesen wäre“ (aufgenommen auch von *Gebauer*, Rechtsvergleichung [Fn. 23], § 39 Rn. 5), für das Zivilrecht zutrifft, bedürfte einer empirischen Untersuchung, jedenfalls verweisen die Autoren überwiegend auf zivil- und wirtschaftsrechtliche Reformen; zurückhaltender denn auch *Thomas Pfeiffer*, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht in der Berliner Republik, in: *Thomas Duve/Stefan Ruppert* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 147 (149), der (das Fehlen empirischer Evidenz explizit eingestehend) „nur“ von einer deutlichen Zunahme solcher gesetzgebungsvorbereitender rechtsvergleichender Studien ausgeht, dies aber ebenfalls allein mit einigen Beispielen aus dem Zivilrecht belegt.

<sup>27</sup> Prägnant in dieser Hinsicht → Bd. I 2. Aufl. *Schmidt-Aßmann* § 5 Rn. 3: „Folglich ist auch die Verwaltungsrechtsvergleichung heute mehr als nur eine akademische Disziplin.“

<sup>28</sup> *Jürgen Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft. Band I, 1988, S. 95–197 (die 2005 erschienene 2. Auflage ist insoweit unverändert); *v. Danwitz*, EU VerwR, S. 11–122; s. a. *Franz C. Mayer*, Die Europäisierung des

## A. Entwicklungslinien der Verwaltungsrechtsvergleichung

da das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten das Ausgangsmaterial für die vom EuGH in Reaktion auf die Lückenhaftigkeit des Europäischen Verwaltungsrechts in wertender Rechtsvergleichung entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze bildet;<sup>29</sup> zum anderen aber auch deshalb, weil sich das nationale Verwaltungsrecht(sdenken) – nicht zuletzt aufgrund der ausbildungs- und berufsbedingten Prägung der Richterinnen und Mitarbeiter des Gerichtshofs – in der Auslegung des Unionsrechts niederschlägt.<sup>30</sup> Die Verwaltungsrechtsvergleichung wurde auf diese Weise praktisch relevant<sup>31</sup> und entwickelte sich in der Folge zu einem **wichtigen Gegenstand und einer privilegierten Methode der Europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft**.<sup>32</sup> Hierin nur ein defizitbedingtes und daher überwindungsbedürftiges Zwischenstadium auf dem Weg zu einer „genuin europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft“ zu sehen,<sup>33</sup> würde angesichts der vielfältigen Austauschprozesse zwischen den Verwaltungsrechtsordnungen (→ Rn. 63) den Punkt ebenso verfehlen wie eine Einordnung der gestiegenen Bedeutung der Verwaltungsrechtsvergleichung als ein (alleiniges) Spezifikum des Europäischen Verwaltungsrechts.

## 2. Zwecke der Rechtsvergleichung

Die angesprochene praktische Bedeutung der Verwaltungsrechtsvergleichung 7 im Europäischen Verwaltungsrecht verweist auf die der Rechtsvergleichung zugeschriebenen Funktionen. Mithilfe der Rechtsvergleichung lässt sich eine **Vielzahl heterogener Zwecke** verfolgen, die in unterschiedlicher Weise systematisiert werden können, ohne dass eine dieser Systematisierungen angesichts der

---

Verwaltungsrechts, in: FS Ulrich Battis, 2014, S. 47 (50): „der ursprünglichste Zugriff auf das Thema ‚europäisches Verwaltungsrecht‘ [ist] in weiten Teilen in der Tat schlicht ein rechtsvergleichen-der.“

<sup>29</sup> Hierzu aus methodischer Perspektive *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik – Band II: Europarecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 514 ff.

<sup>30</sup> v. *Danwitz*, EU VerwR, S. 122 ff.; knapper schon *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 28), S. 89 f.

<sup>31</sup> Dies betont auch *Georgios Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, 1998, S. 29 f.

<sup>32</sup> Dies lässt sich unter anderem daran ablesen, dass viele Qualifikationsschriften zum Europäischen Verwaltungsrecht mittlerweile rechtsvergleichende Abschnitte enthalten und/oder auf die Verwaltungsrechtsvergleichung als Methode zurückgreifen, so beispielsweise (ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit) *Natasa Athanasiadou*, Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, 2017; *Andreas Glaser*, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 2013; *Julia Haas*, Der Ombudsmann als Institution des Europäischen Verwaltungsrechts, 2012; *Moritz Hartmann*, Europäisierung und Verbundvertrauen, 2015; *Laura Hering*, Fehlerfolgen im europäischen Eigenverwaltungsrecht, 2019; *Stephan Neidhardt*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008; *Timo Rademacher*, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, 2014; *Oliver Streckert*, Verwaltungsinterner Unionsrechtsschutz, 2016; *Mattias Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019. Überraschend ist in dieser Hinsicht allerdings, dass eine Mehrheit der Qualifikationsschriften zum europäischen Verwaltungsrecht auch aus jüngerer Zeit ganz oder weitestgehend ohne Rechtsvergleichung auskommen oder sich der Rechtsvergleich auf den bloßen Vergleich des deutschen mit dem unionalen Verwaltungsrecht beschränkt (diese Einschätzung beruht auf einer kursorischen Durchsicht der in den wichtigen juristischen Fachverlagen innerhalb der letzten fünfzehn Jahre erschienenen Qualifikationsschriften).

<sup>33</sup> Als eine mögliche Deutung der von ihm auch als „Europäisierung des Europäischen Verwaltungsrechts“ bezeichneten Entwicklung schwingt dies implizit bei *Mayer*, Europäisierung (Fn. 28), S. 59 ff., mit, ohne dass ersichtlich ist, ob er sich diese Deutung zu eigen macht.

### § 3 Rechtsvergleichung

vielfältigen Überschneidungen und Verflechtungen<sup>34</sup> als zwingend erscheint.<sup>35</sup> Zunächst besitzt die Rechtsvergleichung – ähnlich wie die Grundlagenfächer<sup>36</sup>, aber wegen ihrer Bezogenheit auf geltendes Recht in besonders ausgeprägtem Maße – ein vor allem in **Forschung und Lehre** wertvolles **Distanzierungs- und Irritationspotential**<sup>37</sup>: die Kenntnis einer fremden Rechtsordnung nimmt der eigenen Rechtsordnung ihre (insbesondere, aber nicht nur auf Studierende wirkende) Aura des Selbstverständlichen und Zwangsläufigen,<sup>38</sup> was die grundlegenden Regelungen, Strukturen und Zugriffe anbelangt.<sup>39</sup> Spiegelbildlich hierzu lassen sich im Zusammenspiel von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte<sup>40</sup> die **Entwicklungspfade des eigenen Rechts deutlicher herausarbeiten und besser verstehen**,<sup>41</sup> deren Wirkmächtigkeit nicht selten in Kontrast zu einer eher im impliziten Bewusstsein zu suchenden Verankerung steht.

<sup>34</sup> Alexander Graser, *Zombie mit Potential – Anmerkungen zur Rechtsvergleichung* (nicht nur) im Öffentlichen Recht, RW, Bd. 9 (2018), S. 136 (137).

<sup>35</sup> Ähnlich Starck, *Rechtsvergleichung* (Fn. 14), S. 1023, zur gängigen Unterscheidung von praktischen und theoretischen Zwecken, die unter anderem zugrunde gelegt wird von Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé – Tome II: La méthode comparative*, 1974, S. 285 ff.; ähnlich v. Busse, *Methode der Rechtsvergleichung* (Fn. 24), S. 32 ff. und 94 ff., der zwischen Erkenntnis als Zweck der Rechtsvergleichung und deren Funktionen unterscheidet; leicht abweichend die Unterscheidung von „Erkenntniszwecken und rechtspolitischen Zwecken“ bei Karl-Peter Sommermann, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa*, DÖV 1999, S. 1017 (1019 ff.); Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 2, unterscheidet dagegen (unter anderem) nach Akteuren; stärker abstrahierend die funktionale Systematisierung bei Heyen, *Französisches und englisches Verwaltungsrecht* (Fn. 11), S. 188, und daran anschließend Schneider, *Verwaltungsrechtsvergleichung* (Fn. 14), S. 29 f.; *Verwaltungsrechtsvergleichung und Privatrechtsvergleichung* kontrastierend Bullinger, *Zwecke und Methoden* (Fn. 23), S. 331 ff.; weiter ausdifferenzierend Albin Eser, *Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden*, in: ders./Walter Perron (Hrsg.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, 2015, S. 929 (955 ff., 966 ff.).

<sup>36</sup> Zur disziplinären Verortung der Rechtsvergleichung → Rn. 27, 30.

<sup>37</sup> Als „subversive Funktion der Rechtsvergleichung“ bezeichnet dies Horatia Muir Watt, *La fonction subversive de droit comparé*, *Revue internationale de droit comparé*, Bd. 52 (2000), S. 503 ff.; von „Rechtsvergleichungsschocks“ spricht Susanne Baer, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode*, ZaöRV, Bd. 64 (2004), S. 735 (739); allgemein zur Verunsicherung als treibende Kraft in der Wissenschaft Andreas Funke/Jörn Lüdemann, *Vorwort*, in: dies. (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. V f.

<sup>38</sup> Diese beruht auf Unkenntnis und mangelnder Fantasie und ist daher von der vielfach in hoch entwickelten Rechtssystemen beobachteten Überzeugung, das eigene Recht sei den fremden Rechtsordnungen überlegen (s. nur Schönberger, *Verfassungsvergleichung* [Fn. 9], S. 8), zu unterscheiden.

<sup>39</sup> Hierzu Neidhardt, *Nationale Rechtsinstitute* (Fn. 32), S. 42 f. Diese und die im Folgenden dargestellten einzelnen Zwecke der Rechtsvergleichung sind – zwar in unterschiedlichen Formulierungen und Abgrenzungen, aber in der Sache doch weitgehend ähnlich – in den in Fn. 35 genannten Beiträgen aufgeführt; sie stellen mittlerweile Gemeingut der Rechtsvergleichung dar, ohne dass eine ursprüngliche Urhebererschaft noch erkennbar ist, weshalb im Folgenden auf konkrete Nachweise verzichtet wird.

<sup>40</sup> Zum ursprünglich engen Verhältnis der „Zwillingsgeschwestern“ Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte mit der bekannten Formulierung, diese seien „Holz vom gleichen Stamm“ Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (Fn. 10), S. 8; zur „Emanzipation durch Auseinanderdenken“, die sich in erster Linie im Privatrecht vollzog s. Stefan Vogenauer, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* um 1900, *RabelsZ*, Bd. 76 (2012), S. 1122.

<sup>41</sup> Vgl. beispielsweise Wahl, *Zweite Phase* (Fn. 18), S. 508 ff.; tendenziell zurückhaltender in dieser Hinsicht Kischel, *Rechtsvergleichung* (Fn. 35), § 2 Rn. 21.

Blickt man auf den **Gesetzgeber**, dann kann Rechtsvergleichung – im Rahmen **8** des praktisch Möglichen (→ Rn. 56f.) – dazu beitragen, den **rechtspolitischen Optionenraum zu vergrößern**, indem sie den mittlerweile sprichwörtlichen „Vorrat an Lösungen“ (*Ernst Zitelmann*) bereitstellt.<sup>42</sup> Dass das rechtsvergleichende Argument dabei häufig nicht nach wissenschaftlichen Standards verwendet, sondern der Eigenrationalität des politischen Systems entsprechend instrumentalisiert und daher zum Teil auch verzerrt oder einseitig in die Diskussion eingeführt wird,<sup>43</sup> ist ein Problem, das die Rechtsvergleichung mit anderen Wissenschaften teilt und das somit nicht grundsätzlich gegen die Erstellung rechtsvergleichender Studien im Vorfeld von Gesetzesvorhaben spricht.<sup>44</sup> Über die bloße Verdeutlichung möglicher Alternativen hinaus spielt die Rechtsvergleichung zudem eine wichtige Rolle als Instrument im **Wettbewerb der Rechtsordnungen**.<sup>45</sup> Auch zum Gelingen einer **Rechtsvereinheitlichung**, egal ob sie durch ein bloß politisch koordiniertes Vorgehen der nationalen Gesetzgeber oder durch die Setzung von supra-nationalem Recht erfolgt, kann Rechtsvergleichung beitragen, indem mit ihrer Hilfe die Anschluss- und Implementationsfähigkeit von Lösungen für die einzelnen Rechtsordnungen analysiert und bewertet wird.<sup>46</sup> Wo es als schärfste Form der Rechtsvereinheitlichung um die Schaffung von **Einheitsrecht** (bzw. von Modellgesetzen oder Musterentwürfen als deren Vorform) geht, kommt der Rechtsvergleichung zudem eine kaum zu unterschätzende **legitimationsstiftende Wirkung** zu, da sie die Beiträge der einzelnen Rechtsordnungen aufzuzeigen vermag, die sich auf diese Weise im Einheitsrecht wiederfinden (lassen).<sup>47</sup> Hiermit eng verknüpft ist schließlich die **Identifikationsfunktion** der Rechtsvergleichung, die historisch in dem durch

<sup>42</sup> Die Wendung wird *Zitelmann* erstmals von *Ernst Rabel* zugeschrieben, findet sich bei diesem aber nicht wörtlich, sondern nur der Sache nach, s. *Anke Neuenbäumer*, *Ernst Zitelmann – Die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft*, 2014, S. 16, 213 ff., 275 ff.

<sup>43</sup> *Pfeiffer*, *Rechtsvergleichung* (Fn. 26), S. 150; *Sommermann*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung* (Fn. 35), S. 1020 f.; zur gleichsinnigen Kritik in Frankreich *Thierry Rambaud*, *Introduction au droit comparé*, 2. Aufl. 2014, S. 38 f.

<sup>44</sup> So im Ergebnis auch *Wahl*, *Zweite Phase* (Fn. 18), S. 507.

<sup>45</sup> Hierzu insbesondere *Gralf-Peter Calliess*, *Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen*, in: *Zimmermann*, *Zukunftsperspektiven* (Fn. 1), S. 167 ff.; am konkreten Beispiel von Auslandsinvestitionen bereits *Bullinger*, *Zwecke und Methoden* (Fn. 23), S. 335 f.; umfassend zum übergeordneten Kontext *Anne Peters* und *Thomas Giegerich*, *Wettbewerb von Rechtsordnungen*, *VVDStRL*, Bd. 69 (2010), S. 7 ff. und 57 ff.

<sup>46</sup> Vgl. *Schneider*, *Verwaltungsrechtsvergleichung* (Fn. 14), S. 29; *Eser*, *Strafrechtsvergleichung* (Fn. 35), S. 952 f.

<sup>47</sup> Zur Rechtsvergleichung als eine methodische Basis des ReNEUAL-Musterentwurfs für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht ausführlich *Herwig C.H. Hofmann/Jens-Peter Schneider*, *Administrative law reform in the European Union: The ReNEUAL Project and its basis in comparative legal studies*, in: *Susan Rose-Ackerman/Peter L. Lindseth/Blake Emerson* (Hrsg.), *Comparative Administrative Law*, 2. Aufl. 2017, S. 650 ff.; mit Blick auf den Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht s. *Hans Schulte-Nölke*, *Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR*, in: *Martin Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen*, 2009, S. 9 (10 ff.) sowie kritisch *Reiner Schulze*, *Der DCFR – Funktionen, Methoden und Struktur*, in: *Reiner Schulze/Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Der akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen*, 2008, S. 1 (18 ff.); weiter ausgreifend zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für Musterentwürfe und Modellgesetzgebung im Bereich des europäischen Vertragsrechts *Gerhard Dannemann*, *In search of system neutrality: methodological issues in the drafting of European contract law rules*, in: *Maurice Adams/Jacco Bomhoff* (Hrsg.), *Practice and Theory in Comparative Law*, 2012, S. 96 ff.

### § 3 Rechtsvergleichung

Binnenrechtsvergleich zu gewinnenden gemeinen Recht des Nationalstaates zum Ausdruck kam<sup>48</sup> und sich heute auf der Ebene der Europäischen Union wiederfinden lässt.<sup>49</sup>

- 9 Wendet man sich der **Rechtsanwendung** zu, dann stehen zunächst vor allem die **Gerichte** im Fokus einer über die Jahrzehnte immer wieder geführten Diskussion darüber, inwieweit rechtsvergleichende Argumente die Normauslegung (mit) anleiten können.<sup>50</sup> Zugespitzt wurde diese Debatte durch die bereits angesprochene These *Peter Häberles*, die Rechtsvergleichung könne als „fünfte Auslegungsmethode“ im Rahmen der Grundrechtsinterpretation fungieren.<sup>51</sup> Diese ist insbesondere für die Verfechter einer streng subjektiv-historischen Auslegung inakzeptabel, da durch den Rückgriff auf fremdes Recht ganz offensichtlich der demokratische Legitimationszusammenhang verlassen wird.<sup>52</sup> Doch davon abgesehen, dass spätere Rechtfertigungen richterlicher Rechtsvergleichung zurückhaltender formuliert<sup>53</sup> und theoretisch breiter fundiert sind,<sup>54</sup> beziehen sie sich vor allem und in erster Linie auf das Verfassungsrecht, dessen sprachliche Offenheit im Vergleich zum Verwaltungsrecht eine Verarbeitung rechtsvergleichender Argumente erleichtert.<sup>55</sup> Dagegen wird die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die nationale Verwaltungsrechtsprechung eher selten thematisiert und auch was den EuGH betrifft, werden vielfach nur die in wertender Rechtsvergleichung zu gewinnenden allgemeinen Rechtsgrundsätze genannt,<sup>56</sup> die mit dem Verbindlichwerden der Grundrechtecharta ihre Bedeutung weitgehend eingebüßt haben.<sup>57</sup>

<sup>48</sup> *Heyen*, Französisches und englisches Verwaltungsrecht (Fn. 11), S. 188.

<sup>49</sup> Hierzu *Thomas M. J. Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 6 ff. et passim.

<sup>50</sup> Schon 1926 stritten hierüber auf der dritten Staatsrechtslehrertagung in Münster *Hans Nawiasky*, *Heinrich Triepel*, *Walter Jellinek* und *Erich Kaufmann*, VVDStRL, Bd. 3 (1927), S. 25, 26, 43, 50, 59 und 61; diese und spätere Diskussionen nachzeichnend *Hartmut Krüger*, Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: FS Martin Kriele, 1997, S. 1393 ff.

<sup>51</sup> *Häberle*, Grundrechtsgeltung (Fn. 25), S. 916 ff.

<sup>52</sup> Prominentester und schärfster Kritiker einer Verwendung rechtsvergleichender Argumente durch Gerichte war denn auch der als Anhänger einer originalistischen Verfassungsinterpretation bekannte Richter des U.S. Supreme Courts *Antonin Scalia*, s. zur US-amerikanischen Debatte *Christian Walter*, Dezentrale Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte, in: Janbernd Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S. 205 (218 ff.) sowie die Nachweise bei *Martini*, Verfassungsrechtsprechung (Fn. 24), S. 27 mit Fn. 12 und S. 36 f. mit Fn. 54; aus der deutschen Debatte prononciert kritisch *Hillgruber*, Bedeutung der Rechtsvergleichung (Fn. 24), S. 368 ff.

<sup>53</sup> So bei *Starck*, Rechtsvergleichung (Fn. 14), S. 1024: rechtsvergleichende Erwägungen als begründungsbedürftiger Teil teleologischer Überlegungen.

<sup>54</sup> S. nur die umfangreich theoretisch abgestützten Begründungen bei *Martini*, Verfassungsrechtsprechung (Fn. 24), S. 375 ff., 497 ff.

<sup>55</sup> *Andreas Voßkuhle*, Rechtspluralismus als Herausforderung, ZaöRV, Bd. 79 (2019), S. 481 (492). Hinzu kommt, dass sich die These von der fünften Auslegungsmethode vor allem auf das materielle Recht bezieht und damit für wichtige Ausschnitte des Verwaltungsrechts keinen Gewinn verspricht → Bd. 1 *Möllers* § 2 Rn. 43a. Weiter gefasst aber die Studie von *Michal Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, 2013, der auch die obersten Fachgerichte in seiner Untersuchung miteinbezieht.

<sup>56</sup> Hierzu *Franz C. Mayer*, Die Bedeutung von Rechts- und Verfassungsvergleichung im europäischen Verfassungsverbund, in: Christian Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S. 167 (172 ff.).

<sup>57</sup> Zur residualen Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze s. *Frank Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU-Recht, Art. 6 EUV Rn. 50 ff.; auch in der EuGH-Rechtsprechung zur

## A. Entwicklungslinien der Verwaltungsrechtsvergleichung

Erst in jüngerer Zeit wird verstärkt auch die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Rechtsanwendung durch die **Verwaltung** hervorgehoben. Insbesondere wenn im Rahmen des Verwaltungskooperationsrechts<sup>58</sup> horizontal zwischen Behörden verschiedener Mitgliedstaaten oder vertikal zwischen unionalen und mitgliedstaatlichen Stellen die Beiträge ausländischer oder europäischer Verwaltungen für die deutsche Verwaltung bedeutsam werden, bedarf es als Wirksamkeitsbedingung<sup>59</sup> eines gegenseitigen Vertrauens.<sup>60</sup> In dieser Hinsicht können rechtsvergleichende Kenntnisse zum einen dazu beitragen, das im europäischen Verwaltungsverbund wie auch im Gerichtsverbund notwendige Vertrauen zu schaffen;<sup>61</sup> zum anderen bedarf es rechtsvergleichender Kompetenz auch dort, wo angesichts des Regelungskontextes in einem Mitgliedstaat die Grenzen des Vertrauens erreicht und daraus normative Schlüsse gezogen werden.<sup>62</sup>

### 3. Rechtsvergleichende Formate und Methode(n)

Die dargestellten unterschiedlichen Funktionen der Rechtsvergleichung haben auf die Ausbildung und Ausdifferenzierung von Formaten und die bisweilen heftig geführte Methodendiskussion bisher nicht den bestimmenden Einfluss, den man unbefangener Weise hätte erwarten können.<sup>63</sup> Das mag auch daran liegen, dass (jedenfalls aus Sicht des öffentlichen Rechts) *theoretische Beiträge zur Rechtsvergleichung* im zahlenmäßigen Verhältnis zu *rechtsvergleichenden Studien* einen überraschend großen Raum einnehmen.<sup>64</sup> Formate und Methoden der Rechtsvergleichung sind dagegen auf das Engste miteinander verwoben.

Dies zeigt sich bereits bei der traditionell als Vorform der Rechtsvergleichung vorgestellten **Auslandsrechtskunde**. Soweit unter diesem Begriff die bloße Rezeption von Beiträgen gemeint ist, die von einem in der fremden Rechtsordnung ausgebildeten Rechtswissenschaftler verfasst wurden, trifft das Verdikt von

---

außervertraglichen Haftung spielt die Rechtsvergleichung trotz der Inbezugnahme der allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 340 Abs. 2 AEUV nur eine untergeordnete Rolle, s. Bernd J. Hartmann, Haftung in der Europäischen Union, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, S. 31 (33).

<sup>58</sup> Zum Begriff und den typischen Rechtsinstituten → Bd. I *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* § 5 Rn. 36 ff. m. w. N.

<sup>59</sup> Zu gegenseitigem Vertrauen als Wirksamkeitsbedingung *Ann-Katrin Kaufhold*, Gegenseitiges Vertrauen – Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2012, S. 408 (417 ff.); monographisch zu diesem Bereich *Sophie Eßlinger*, Gegenseitiges Vertrauen, 2018.

<sup>60</sup> *Schneider*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 14), S. 30.

<sup>61</sup> In diesem Sinne *Schneider*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 14), S. 30: „Ausgangspunkt jedes Vertrauens ist das wechselseitige Kennen und Verstehen“; monographisch *Hartmann*, Europäisierung und Verbundvertrauen (Fn. 32).

<sup>62</sup> Hierzu als Beispiel *Mattias Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen, EuR 2019, S. 111; auch die bundesverfassungsgerichtliche Identitätskontrolle (*BVerfGE* 140, 317) ist in diesem Zusammenhang zu nennen.

<sup>63</sup> Ähnlich mit Blick auf die Strafrechtsvergleichung *Eser*, Strafrechtsvergleichung (Fn. 35), S. 1038 ff.

<sup>64</sup> Hierzu später auch → Rn. 40 f.; ähnliche Einschätzung bei *Graser*, Zombie mit Potential (Fn. 34), S. 137. Eine Ausnahme vom vorstehenden Befund bildet die Subdisziplin, die sich mit der richterlichen Rechtsvergleichung beschäftigt: in diesen Studien sind rechtsvergleichendes Arbeiten und Methodenreflexion am wohl stärksten verzahnt, s. beispielsweise monographisch *Martini*, Verfassungsrechtsprechung (Fn. 24); zu einem konkreten Problemkreis *Mattias Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform, *Der Staat*, Bd. 52 (2013), S. 339 ff.

### § 3 Rechtsvergleichung

*Kischel* zu, wonach Auslandsrechtskunde als eigene akademische Disziplin nicht existiert.<sup>65</sup> Auch das in eine andere Sprache übersetzte Lehrbuch zum deutschen Verwaltungsrecht stellt keine Rechtsvergleichung dar,<sup>66</sup> denn der vergleichende Prozess beginnt in diesem Fall erst beim Leser.<sup>67</sup> Anders verhält es sich entgegen einer verbreiteten Ansicht, wenn eine Wissenschaftlerin über eine andere als ihre „Heimatrechtsordnung“ schreibt, ohne dabei explizit Vergleiche zu ziehen. In der hierfür (als Synonym zur Auslandsrechtskunde) verwandten Bezeichnung als „deskriptive“ Methode<sup>68</sup> kommt zunächst zum Ausdruck, dass eine von jeglicher (vergleichenden) Wertung freie Beschreibung fremden Rechts jedenfalls für möglich erachtet wird. Dies ist aber ebenso zweifelhaft wie das hieran anknüpfende methodische Postulat nicht überzeugt, wonach die Rechtsvergleicherin immer einen **neutralen Standpunkt** einzunehmen habe.<sup>69</sup> Denn zum einen vermag auch die skrupulöseste Rechtsvergleicherin es nicht, sich in den Zustand der *Tabula rasa* zu versetzen, sondern sie erschließt sich das fremde Recht – nicht zuletzt mit Blick auf ihre Leser<sup>70</sup> – immer auch vor der Folie (und daher mit den Begriffen und Kategorien) des eigenen Rechts. Insoweit kann es also nicht um das methodische Postulat eines neutralen Standpunktes, sondern „nur“ um einen **Appell an die wissenschaftliche Redlichkeit** jedes Rechtsvergleichers gehen, sich in kritischer Selbstreflexion die eigenen Vorverständnisse bewusst zu machen, um so dem fremden Recht eine möglichst große Unvoreingenommenheit entgegenzubringen.<sup>71</sup> Zum anderen aber ist die **wertungsfreie Beschreibung einer fremden Rechtsordnung aus wissenschaftlicher Sicht auch weitgehend unproduktiv**, schneidet sie sich doch gerade den erkenntnisbringenden Vergleich ab.<sup>72</sup> Zu Recht streicht *Christoph Schönberger* gerade die **rechtsvergleichende** Bedeutung einiger Monographien zu einzelnen ausländischen Verwaltungsrechtsordnungen – wie jener von *Oliver Lepsius* zum amerikanischen Verwaltungsrecht<sup>73</sup> – heraus, die vordergründig „bloße“ Auslandsrechtskunde zu sein scheinen, tatsächlich aber das fremde Recht explizit

<sup>65</sup> *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 35), § 1 Rn. 13.

<sup>66</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Übersetzer seine im besten Fall schon auf rechtsvergleichendes Wissen zurückgreifende Übertragungsarbeit nicht durch erklärende Zusätze explizit macht.

<sup>67</sup> Für den Leser besitzt die Lektüre allerdings schon die der Rechtsvergleichung eigenen Inspirations- und Distanzierungspotentiale; s. auch das weite Verständnis bei *Graser*, *Zombie mit Potential* (Fn. 34), S. 139.

<sup>68</sup> *Trantas*, Anwendung der Rechtsvergleichung (Fn. 31), S. 43.

<sup>69</sup> Im Öffentlichen Recht wird dies vielfach aber auch gar nicht in dieser Schärfe gefordert, sondern als ein Postulat anderer behauptet, dem entgegenzutreten ist; in der Sache berechtigt dennoch die Grundsatzkritik bei *Axel Tschentscher*, *Dialektische Rechtsvergleichung*, JZ 2007, S. 807 (811 f.).

<sup>70</sup> Auf die Bedeutung des Rezipientenkreises weist in einem ähnlichen Zusammenhang auch *Koen Lemmens*, *Comparative law as an act of modesty*, in: *Adams/Bomhoff* (Hrsg.), *Practice and Theory* (Fn. 47), S. 302 (317), hin.

<sup>71</sup> *Sebastian Müller-Franken*, *Verfassungsvergleichung*, in: *Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 26 Rn. 5; die Bedingungen und Anforderungen hierfür in sehr anspruchsvoller Weise entfaltend *Günter Frankenberg*, *Kritische Vergleiche – Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben*, in: *Autorität und Integration*, 2003, S. 299 ff.; *Baer*, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode* (Fn. 37), S. 745 ff.

<sup>72</sup> Oder sie lagert ihn – leserunfreundlich und wissenschaftliche Erkenntnispotentiale ebenfalls häufig verschenkend – in einen gesonderten rechtsvergleichenden Teil aus, s. die Kritik bei *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (Fn. 35), § 3 Rn. 238, 247.

<sup>73</sup> *Oliver Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997.