

Rechtsvergleichung

Kischel

2. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-83378-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

einzelnes, wenn auch wichtiges Gebiet der Rechtsvergleichung. Sie sind dennoch von allgemeinerem Interesse, weil es sich um den seltenen Fall eines umfänglich sozialwissenschaftlich inspirierten, analytischen Ansatzes handelt, der sich nicht auf nur negative Kritik der traditionellen Rechtsvergleichung beschränkt,²¹⁴ sondern positiv Vorschläge für eine konkrete rechtsvergleichende Herangehensweise macht.

aa) Auf der Suche nach Kausalitäten

Nach der von Hirschl entwickelten Grundidee soll die Verfassungsrechtsvergleichung mit den vergleichenden Sozialwissenschaften fusionieren und so ein neues Fachgebiet schaffen, eben die vergleichende Verfassungsforschung.²¹⁵ Hirschl akzeptiert zunächst einen methodischen Pluralismus oder Synkretismus, indem er anerkennt, dass verschiedene Rechtsvergleicher auch verschiedene Ziele verfolgten und es daher keinen für alle einheitlichen methodischen Ansatz geben könne.²¹⁶ Dennoch kritisiert er die Verfassungsrechtsvergleichung, weil es ihr an kohärenten methodischen und erkenntnistheoretischen Grundlagen fehle, weil sie unscharf und theorielos bleibe, und weil es ihr nicht gelinge, Wissen zu erzeugen, wie es von den meisten Sozialwissenschaftlern gesucht werde.²¹⁷ Die vergleichende Verfassungsforschung konzentriert sich demgegenüber auf einen bestimmten Fragentyp, den sie für herausragend wichtig hält, den zu erfassen aber die Verfassungsrechtsvergleichung nicht fähig sei, nämlich die Suche nach kausalen Verbindungen. Diese Kausalitätsfrage wird auf verschiedenste Weise umschrieben, teils als Testen von Theorien und Erklärung durch kausale Schlüsse, teils als auf Schlussfolgerungen ausgerichteter Vergleich, als Theoriebildung, als Produktion verallgemeinerbarer Ergebnisse oder oft schlicht als „Erklärung“.²¹⁸ Hauptanwendungsbeispiel scheinen Rechtsübertragungen zu sein.²¹⁹ Hirschl geht es bei alledem um Fragen, die nicht das Sollen, sondern das Sein betreffen,²²⁰ mit anderen Worten um empirische und nicht um normative Fragen. Konkret scheint der Fokus auf kausale Verbindungen solche Fragen in den Blick zu nehmen, die eine direkte Wenn-Dann-Beziehung in der sozialen Wirklichkeit betreffen: Wird Faktor A in dieser Weise verändert, dann ändert sich Faktor X auf jene Weise; oder umgekehrt, Faktor X hat jene Form angenommen, weil Faktor A diese Form hat. Wie, um einige Beispiele zu nennen, beeinflusst die Stabilität einer Regierung die Bereitschaft von Richtern, gegen die Regierung gerichtete Entscheidungen zu treffen? Wie wird die Verantwortlichkeit der Gerichte beeinflusst, wenn statt einer Ministerialüberwachung der Justiz eine Selbstverwaltung eingeführt wird? Welche Verbindungen bestehen im Einzelnen zwischen dem Triumph der Demokratie, der Entstehung eines globalen Dorfs und der transnationalen Wanderungsbewegung von Verfassungsideen? Warum haben manche Verfassungen eine längere Lebensdauer als andere?²²¹ Das dahinterstehende Kausalitätskonzept scheint nicht das in der Rechtswissenschaft übliche deterministische im Sinne einer *conditio sine qua non* zu sein, sondern ein probabilistisches. Mit anderen Worten ist Faktor A nicht erst dann kausal für X, wenn A

²¹⁴ Zu dieser Art von Kritik vgl. *infra* → Rn. 150 ff.; zu analytischen Fragen vgl. *infra* → Rn. 225 ff.

²¹⁵ Vgl. Hirschl, *Ran*, *Comparative Matters*, 2014, *passim*, insbes. 6 ff., 224 ff.

²¹⁶ Vgl. Hirschl (Fn. 215), 280.

²¹⁷ Vgl. Hirschl (Fn. 215), 244, 278; zur Bedeutung von „theorielos“ („under-theorized“) und der Verbindung zu analytischen Fragestellungen vgl. auch *infra* → Rn. 223 ff.

²¹⁸ Vgl. zB Hirschl (Fn. 215), 242, 239, 279, 14, 226 f. Obwohl Hirschl versucht, Verbindungslinien zwischen Verfassungsrechtsvergleichung und vergleichender Politikwissenschaft aufzuzeigen, indem er betont, dass Erklärung schon immer ein Grundanliegen auch der Rechtsvergleichung sei, *ibid.*, 279, beschreibt „Erklärung“ in der traditionellen Rechtsvergleichung üblicherweise im weitesten Sinne die Suche nach Gründen für festgestellte Unterschiede und Gemeinsamkeiten. Das aber unterscheidet sich stark von einer auf Kausalitäten und Theoriebildung fixierten Verwendung des Begriffs. Hirschls eigene Definition von „Erklärung“, *ibid.*, 226 f., führt dabei nicht weiter, da sie mehr Fragen aufwirft als beantwortet.

²¹⁹ Vgl. Hirschl (Fn. 215), 231, 281; zu Rechtsübertragungen im Allgemeinen vgl. *supra* → § 2 Rn. 34 ff.

²²⁰ Vgl. Hirschl (Fn. 215), 15.

²²¹ Zu diesen Beispielen vgl. Hirschl (Fn. 215), 252, 250, 281, 270.

nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass X entfele, sondern es reicht aus, dass A das Auftreten von X irgendwie wahrscheinlicher macht.²²²

- 132 Der zentrale Gedanke der vergleichenden Verfassungsforschung liegt nun darin, dass es für die Beantwortung von Kausalitätsfragen notwendig sei, auf sozialwissenschaftliche Forschungsdesigns zum kontrollierten Vergleich und zu Prinzipien der Fallauswahl zurückzugreifen, die in der Verfassungsrechtsvergleichung weithin unbeachtet blieben. Auf einer ersten Ebene besteht dabei die Auswahl zwischen sog. small-N Ansätzen, die eine begrenzte Anzahl von Rechtsordnungen betrachten, und sog. large-N Ansätzen, die eine sehr große Anzahl von Rechtsordnungen betrachten.²²³ Bei large-N Ansätzen geht es im Wesentlichen um die bereits beschriebene, im juristischen Bereich sogenannte statistische Rechtsvergleichung.²²⁴ Bei small-N Ansätzen besteht die Wahl zwischen mehreren grundlegenden Prinzipien der Fallauswahl, anhand derer entschieden wird, welche konkreten Rechtsordnungen in die Untersuchung aufgenommen werden sollten, nämlich das Prinzip der ähnlichsten Fälle, das Prinzip der unähnlichsten Fälle, das Prinzip der prototypischen Fälle, das Prinzip des schwierigsten Falles und das Prinzip der Ausreißerfälle. Die Grundgedanken und jeweiligen Vorteile dieser Methoden werden dabei durch Beispiele erläutert, bei denen sie mit gutem Erfolg angewandt wurden.

bb) Sozialwissenschaftliche Fragen, sozialwissenschaftliche Methoden

- 133 Der Ansatz der vergleichenden Verfassungsforschung ist auf harsche Kritik gestoßen.²²⁵ Insbesondere wird ihm vorgeworfen, die Bedeutung von Kausalität bei weitem überzubewerten und zugleich die Bedeutung eines hermeneutischen Verstehens und Erklärens außer Acht zu lassen, die im Zentrum rechtsvergleichenden Erkenntnisstrebens steht. Kausalität wird als hochgradig problematisches Konzept entlarvt, da Vergleiche üblicherweise nur Korrelationen aufzeigten²²⁶ und der Vergleich realer Phänomene nur in den seltensten Fällen zweifelsfrei einen oder mehrere konkrete Kausalfaktoren identifizieren könne, wie es den Naturwissenschaften durch entsprechend konstruierte Experimente möglich sei. Weiterhin vermöchten die Prinzipien der Fallauswahl ihr Versprechen methodischer Klarheit und Eindeutigkeit nicht zu erfüllen, da keine konkreten Kriterien angegeben würden, anhand derer eine klar gesteuerte Entscheidung für das eine und gegen das andere Prinzip möglich wäre. Vor allem aber hebt die Kritik hervor, dass Hirschl zwar eine Fülle von hochinteressanten Beispielen verfassungsvergleichender Untersuchungen und Erkenntnisse liefert, diese aber ganz überwiegend gerade nicht auf der Grundlage der strengen sozialwissenschaftlichen Methoden gewonnen wurden, für die er sich nachdrücklich einsetzt, sondern schlicht mit Hilfe des üblichen hermeneutisch-spekulativen Verstehens.²²⁷ Diese Kritik ist durchaus treffend.
- 134 Kurz zusammengefasst will die vergleichende Verfassungsforschung die Verfassungsrechtsvergleichung auf Fragestellungen hin umlenken, wie sie in den Sozialwissenschaften üblich sind, und dabei zugleich in einem Zug das Gebiet umbenennen. Daraus wird dann gefolgert, dass die Beantwortung der neuen, aus den Sozialwissenschaften übernommenen Fragen nur

²²² So Petersen, Niels; Chatziathanasiou, Konstantin, Empirical Research in Comparative Constitutional Law – The Cool Kid on the Block or All Smoke and Mirrors?, ICON 19 (2021), 1810 (1811 ff.).

²²³ Dazu und zum Folgenden vgl. Hirschl (Fn. 215), 244 ff.

²²⁴ Vgl. supra → Rn. 110 ff.

²²⁵ Dazu und zum Folgenden vgl. Bogdandy, Armin von, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung – Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschls Comparative Matters, Der Staat 55 (2016), 103 (103 ff.); zur Einordnung sollte angemerkt werden, dass von Bogdandy gegenüber neuen Ideen in der Rechtsvergleichung keineswegs unaufgeschlossen ist. Vgl. auch die Beschreibung und Kritik der vergleichenden Politikwissenschaft supra → § 1 Rn. 47 ff.

²²⁶ Zum Unterschied zwischen Korrelation und Kausalität vgl. auch supra → Rn. 123 f.

²²⁷ Zu diesen Kritikpunkten vgl. im Einzelnen von Bogdandy (Fn. 225), 110 f., 111 f., 106 f. Eine englischsprachige Version dieser Kritik ist erschienen als Bogdandy, Armin von, Comparative Constitutional Law as a Social Science? – A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's Comparative Matters, Verfassung und Recht in Übersee 49 (2016), 278.

möglich sei, wenn zugleich auf die sozialwissenschaftlichen Methoden zurückgegriffen werde. Mit anderen Worten: wer deren Fragen stellt, muss auch deren Methoden verwenden. Das ist kein besonders überraschender Vorschlag, nicht zuletzt aus der Feder eines bekannten Wissenschaftlers mit im Wesentlichen sozialwissenschaftlicher Ausbildung. Und in diesem Sinne macht der Vorschlag auch Sinn. Denn wenn ein Rechtsvergleicher sich mit Fragen befassen will, die aus dem Gebiet der Sozialwissenschaften stammen, ist er in der Tat gut beraten, die dort entwickelten methodischen Optionen genauer anzuschauen und zu erwägen. Schließlich behauptet die vergleichende Verfassungsforschung in keiner Weise, die von ihr vorgeschlagenen Methoden erfunden zu haben, sondern verweist den Rechtsvergleicher schlicht auf die methodischen Standarddiskussionen, wie sie seit langem etwa in der vergleichenden Politikwissenschaft geführt werden.²²⁸ Tatsächlich sollte dieser gute Ratsschlag im Übrigen ganz selbstverständlich auch in die umgekehrte Richtung gelten: Jeder Sozialwissenschaftler, der sich mit Recht und Rechtsvergleichung beschäftigt, muss ebenso die spezifisch juristischen, normativen Herangehensweisen genauer anschauen und erwägen und in diesem Sinne das Sollen und nicht nur das Sein verstehen (ein Vorschlag der noch bedeutend seltener beherzigt wird als sein Gegenstück).

Zwei Fragen bleiben offen. Erstens, warum sollte ein Rechtsvergleicher überhaupt sein **135** Fachgebiet verlassen und sich einem anderen zuwenden? Zwar stellen die Sozialwissenschaften tatsächlich interessante Fragen. Das gilt aber auch für viele andere Fächer jenseits des Rechts, ohne dass Rechtswissenschaftler sich dazu veranlasst sähen, nunmehr in der Theologie, der Geographie, der Klimatologie, der Epidemiologie oder der Psychologie zu forschen. Letztlich geht es hier um die Frage des Selbstandes der Rechtswissenschaft,²²⁹ und des Versuchs der Sozialwissenschaften, die Führung zu übernehmen, ein Versuch der gerade im nordamerikanischen akademischen Milieu, aus dem der Vorschlag der vergleichenden Verfassungsforschung stammt, auf leider fruchtbaren Boden trifft. Selbst wenn es zweitens um typisch sozialwissenschaftliche Fragestellungen geht, ist der von Hirschl vorgeschlagene Fokus auf empirische Kausalität und auf das Sein anstelle des Sollens nicht notwendig der einzige oder auch nur immer ein guter Ansatz. Stattdessen wird ein vertieftes, hermeneutisches Verstehen oft zu mindestens gleich wertvollen Ergebnissen führen; zudem wird die Kausalität einer oder weniger Variablen in so komplexen Gebieten wie dem Verfassungsrecht oft unmöglich nachzuweisen sein.²³⁰ Aus ganz praktischer Perspektive kommt abschließend hinzu, dass nicht nur large-N Ansätze,²³¹ sondern auch small-N Ansätze mit ihren Fallauswahlprinzipien unterstellen, dass es wirklich eine freie und uneingeschränkte Wahl gebe, dass also jeder Rechtsvergleicher alle Voraussetzungen mitbringe, um jede beliebige Rechtsordnung der Welt wissenschaftlich fundiert zu untersuchen. Das mag aus einer allein auf das Sein konzentrierten Perspektive richtig sein, wie sie für die Sozialwissenschaften typisch ist, die sich mit empirisch erkennbaren Tatsachen befassen. Da jedoch jeder Rechtsvergleicher den normativen und nicht-normativen Kontext einbezieht, den Einfluss des jeweiligen rechtlichen Stils und der rechtlichen Denkweisen, rechtlicher Konstruktionen und Argumentationsweisen berücksichtigen muss,²³² bedarf er einer gewissen grundlegenden, ggf. noch zu erarbeitenden Vertrautheit mit der zu betrachtenden Rechtsordnung, den Eigenheiten der zugehörigen Gesellschaft und – nicht das geringste der Probleme – mit der jeweiligen Sprache. Diese Voraussetzungen beeinträchtigen die Arbeit eines jeden Rechtsvergleichers, aber sie sind unerlässlich, um das fremde Recht aus vergleichender Perspektive wirklich zu verstehen, ohne in groben Vereinfachungen oder Fehler zu verfallen. Das Recht

²²⁸ Vgl. die kritische Betrachtung der Methoden in der vergleichenden Politikwissenschaft supra → § 1 Rn. 47 ff.

²²⁹ Zur Rechtswissenschaft und Rechtsvergleichung als eigenständige Disziplinen insbesondere auch im Hinblick auf die Sozialwissenschaften vgl. infra → Rn. 239 ff.; zum Problem der Kausalität vgl. auch infra → Rn. 123 f.

²³⁰ Vgl. zu beiden Gedanken von Bogdandy (Fn. 225), 110 ff.; zur Rolle der Hermeneutik in der Rechtsvergleichung vgl. infra → Rn. 225 ff.

²³¹ Zu deren Problemen vgl. supra → Rn. 95 ff.

²³² Zur Bedeutung des Kontexts vgl. infra → Rn. 212 ff.

als einen komplexen Vorgang zu verstehen und nicht nur als eine black box, die „irgendwie“ bestimmte Ergebnisse produziert, ist Teil der normativen Ausrichtung der (vergleichenden) Rechtswissenschaft, die ihr zentrales proprium bleibt.

c) Empirische Rechtsvergleichung

aa) Ein Sammelbegriff und seine Grenzen

- 136 Auf den ersten Blick nehmen sich statistische Rechtsvergleichung und vergleichende Verfassungsforschung sehr unterschiedlich aus. Law and finance erscheint sehr deutlich als eine Fingerübung in fortgeschrittener Kodierung und Statistik, während die vergleichende Verfassungsforschung ohne Mathematik auszukommen scheint und auf sehr viel anschaulicherer, politikwissenschaftlicher Grundlage arbeitet. Dennoch sind die Gemeinsamkeiten groß. Nicht nur geht es der vergleichenden Verfassungsforschung um large-N Studien, womit im Wesentlichen auf die statistische Rechtsvergleichung Bezug genommen wird. Beide Ansätze konzentrieren sich zudem auf Kausalitätsfragen sowie auf das Sein anstelle des Sollens. Daher war überfällig, dass Spamann den Begriff der „empirischen Rechtsvergleichung“ prägte, der diese und zahlreiche weitere Studien erfasst, die länderüberschreitende Daten verwenden, um kausale Theorien mit Bezug auf das Recht im Rahmen expliziter Hypothesentests zu überprüfen.²³³ Auch wenn der gewählte Begriff nicht frei von Kritik geblieben ist,²³⁴ scheint er doch treffend und dürfte sich bewähren.²³⁵ Er erfasst beispielsweise Ansätze wie das comparative constitutions project, mit dem versucht wird, eine sehr große Anzahl von Verfassungstexten aus Gegenwart wie Vergangenheit datenmäßig zu erfassen (kodieren). Alle ihre Bestimmungen werden stichwortartig bestimmten Verfassungsaussagen zugeordnet, die sich ergebenden Datensätze veröffentlicht und diese Daten dann auch analysiert.²³⁶ Ein anderes typisches Beispiel sind statistische Untersuchungen zum Wie und Warum der Übertragung von Rechtsnormen und rechtlichen Ideen von einem Land in ein anderes.
- 137 Empirische Rechtsvergleichung ist ein Untergebiet der empirischen Rechtsforschung²³⁷ und teilt deren spezifische Eigenheiten und Probleme. Sie überschneidet sich in weiten Bereichen mit der vergleichenden Politikwissenschaft und anderen vergleichenden Sozialwissenschaften. Da ihr Untersuchungsgegenstand das Recht ist, bestehen auch viele Berührungspunkte mit der Rechtsvergleichung. Jedoch besteht insofern ein zentraler Unterschied: Der klare Fokus der empirischen Rechtsvergleichung liegt auf Kausalitätsfragen, die in der Rechtsvergleichung traditionell eher als allenfalls randständig angesehen werden; zudem beruht ihre Methode auf der Überprüfung von Hypothesen anstelle detaillierter Einarbeitung und vertiefter Beschreibung. In diesem Sinne greift zunächst die bereits zur vergleichenden Verfassungsforschung benannte Kritik²³⁸ durch. Insbesondere tendieren empirische Ansätze dazu, die Bedeutung des hermeneutischen Verstehens und Erklärens außer Acht zu lassen, das im Zentrum rechtsvergleichenden Erkenntnisstrebens steht. Auch ist es wenig überraschend, dass Wissenschaftler, die typisch sozialwissenschaftliche Fragen stellen und in den Sozialwissenschaften ausgebildet sind, wie selbstverständlich auf die Methoden zurückgreifen, die in diesen Fachgebieten vorherrschen.

²³³ Vgl. Spamann, Holger, Empirical Comparative Law, Annual Review of Law and Social Science 11 (2015), 131 (132).

²³⁴ Michaels, Ralf, Transnationalizing Comparative Law, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 23 (2016), 352 (357) bezeichnet ihn als „somewhat grandiosely (...), as though statistical data were the only empirical data we have“.

²³⁵ Eine andere mögliche Bezeichnung wäre numerische Rechtsvergleichung (numerical comparative law), vgl. Siems, Comparative Law (Fn. 175), 207 ff., die jedoch die weniger auf Zahlen beruhenden Aspekte nicht ganz wiedergibt.

²³⁶ Vgl. zu diesem Projekt comparativeconstitutionsproject.org/ (zuletzt abgerufen am 18.7.2025).

²³⁷ Dazu und zum Folgenden sehr klar Spamann (Fn. 233), 132 f.; zur empirischen Rechtsforschung vgl. etwa Petersen, Niels; Chatziathanasiou, Konstantin, Empirische Verfassungsrechtswissenschaft, AöR 144 (2019), 501 (504 ff.).

²³⁸ Vgl. infra → R.n. 131 ff.

Das Hauptproblem der empirischen Rechtsvergleichung liegt jedoch darin, dass sie selbst innerhalb ihres begrenzten Anwendungsfeldes weitgehend nicht in der Lage zu sein scheint, die eigenen Versprechen einzulösen. Es ist das besondere Verdienst Spamanns – als eines erfahrenen Insiders der empirischen Rechtsvergleichung – nachdrücklich darauf aufmerksam gemacht zu haben, wie außerordentlich schwer und in den meisten Fällen schlicht unmöglich es ist, Kausalitäten gerade bei rechtlichen Themen auf der Basis von Daten nachzuweisen. Schließlich sind Experimente im Wesentlichen ausgeschlossen, individuelle Einflussfaktoren ebenso wie die verschiedenen Rechtsordnungen untereinander eng verbunden, die Zahl der Rechtsordnungen begrenzt, Replikationen zweck Überprüfung der Streuung im Allgemeinen unmöglich und eine Falsifikation durch kontrollierte Experimente keine Gefahr, um nur einige der möglichen Hindernisse zu nennen.²³⁹ Zwar bestehen einer Reihe statistischer Techniken, mit denen versucht werden kann, diese und andere Probleme zu umgehen. Aber obwohl diese Techniken für den Uneingeweihten beeindruckend klingen und auch regelmäßig in verschiedensten Untersuchungen verwendet werden, versagen Sie fast immer. Das Problem aller empirischen Rechtsvergleichung ist daher ein doppeltes: Einerseits sollten nur Fachleute mit vertiefter Ausbildung in Statistik versuchen, solche Studien durchzuführen, was zahlreiche Rechtsvergleicher ausschließt, die allenfalls oberflächliche Grundkenntnisse der Statistik und ihrer Fallstricke besitzen. Andererseits ist auch die bloße Verwendung der Ergebnisse bestehender Studien alles andere als einfach. Sie mögen mit ihrer Fachterminologie oft beeindruckend klingen und auch erkennbar darauf angelegt sein, den Eindruck wissenschaftlicher Objektivität und Neutralität zu vermitteln. Aber sie können dennoch oft an schwerwiegenden Problemen leiden, die der jeweilige Autor für sich beiseite geschoben hat, die aber unter Fachleuten zur erheblichen Diskussionen führen würden, während sie für den Laien schwer zu erkennen oder auch nur zu verstehen sind.

Im Ergebnis können empirisch vergleichende Studien die Rechtsvergleichung gelegentlich sinnvoll ergänzen; dies aber nur, wenn sie von kritischen Fachleuten mit großer Sorgfalt gelesen und ausgewertet werden. Zwar können sie Kausalitäten fast nie positiv belegen, aber möglicherweise dazu dienen, die eine oder andere anderweitig behauptete Kausalität auszuschließen.²⁴⁰ Auch können sie gelegentlich Tatsachen oder zusätzliche Erkenntnisse in die rechtsvergleichende Arbeit einspeisen. Für die meisten Rechtsvergleicher aber, denen die notwendige vertiefte Ausbildung in Statistik fehlt, stellt die empirische Rechtsvergleichung keine realistische Option für die eigene Arbeit und noch weniger eine Alternative zu einem umfassenderen Verständnis der rechtsvergleichenden Forschung dar.

bb) Rein deskriptive Statistik?

Ergänzend kann auch das bloße Sammeln von Daten, eine nur deskriptive Statistik als Teil der empirischen Rechtsvergleichung angesehen werden.²⁴¹ Doch erweisen sich Daten als solche oft als wenig interessant oder weiterführend. So ist es zwar schön zu wissen, wie oft Gerichte oder Rechtswissenschaftler in verschiedenen Staaten ausländische Quellen zitiert haben, wie oft ein bestimmtes höheres Gericht ausdrücklich auf eigene Entscheidungen

²³⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. Spamann (Fn. 233), 132, 138 ff.; zu einigen der Probleme vgl. auch Petersen/Chatziathanasiou (Fn. 237), 508 ff.; Petersen/Chatziathanasiou (Fn. 237), 1813 ff.; zu einigen Beispielen irreführender Studien vgl. Petersen/Chatziathanasiou (Fn. 237), 511 ff.; Petersen/Chatziathanasiou (Fn. 222), 1817 ff.; zu den Schwierigkeiten, Kausalität zu beweisen vgl. auch Engel, Christoph, Challenges in the Interdisciplinary Use of Comparative Law, Discussion Papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2020/29, 1 ff.

²⁴⁰ Spamann (Fn. 233), 131 f., 138 geht davon aus, dass das realistische Hauptziel der empirischen Rechtsvergleichung darin liege, die Anzahl der jeweils zur Auswahl stehenden, plausiblen kausalen Theorien weiter einzuschränken.

²⁴¹ Vgl. Siems, Comparative Law (Fn. 175), 208 ff., der ausdrücklich von „descriptive statistics“ spricht, die nicht auf Kausalität fixiert seien, ibid. 209; die erste Auflage dieses Buches von Siems bezeichnet Spamann (Fn. 233), 133 Fn. 7, sogar als „a textbook-length attempt to integrate ‚numerical‘ findings into comparative law“.

verweist oder wie oft bestimmte Schlüsselworte in verschiedenen Kodifikationen verwendet werden.²⁴² Eigentlich interessant wird es aber erst, wenn es um die Schlüsse geht, die aus diesen Daten gezogen werden – das aber sind erneut Fragen kausaler Art. Wenn behauptet wird, es gehe um die bloße Sammlung von Daten, um reine Deskription, besteht stets die Gefahr, dass Autor wie Leser nur allzu leicht implizite kausale Schlüsse ziehen, ohne diese mit derselben mathematischen Präzision zu unterfüttern, wie sie bei der reinen Sammlung von Daten an den Tag gelegt wird. So zählt etwa eine Studie,²⁴³ wie oft bestimmte Rechtsbegriffe wie Vertrag, Person oder Leistung im Draft Common Frame of Reference (DCFR)²⁴⁴ und in bestimmten nationalen Kodifikationen auftauchen. Dabei wird ua festgestellt, dass sechs der 10 meistverwendeten deutschen Begriffe, aber nur vier der meistverwendeten französischen, indischen und US-amerikanischen Begriffe unter den 10 meistverwendeten des DCFR auftauchen, und dass die fünf meistverwendeten Begriffe des DCFR sich alle zugleich unter den zehn meistverwendeten deutschen Begriffen wiederfinden. Das sind recht klare, aber nicht wirklich besonders spannende Tatsachen. Wirklich interessant wird erst die daraus zu ziehende Schlussfolgerung. Gerade dabei aber lässt die Studie jede statistische Analyse mit ihren strengen Anforderungen hinter sich und stellt ebenso schlicht wie vage fest, dass „it may not be unreasonable to assume that the BGB has been particularly influential“.²⁴⁵ Ein weiteres Beispiel bietet eine Untersuchung, bei der gezählt wird, welche Staaten der Welt ein Zivilgesetzbuch besitzen oder nicht, um das Ergebnis dann in Beziehung zu der Frage zu setzen, in welchen dieser Staaten Englisch Amtssprache ist. Das Ergebnis soll offenbar die altbewährte Auffassung bestätigen, dass Länder des common law typischerweise englischsprachig, Zivilgesetzbücher hingegen typisch für Staaten des kontinentaleuropäischen Rechts seien, wenn dabei auch einige interessante Unregelmäßigkeiten auftraten.²⁴⁶ Aber selbst dieses besonders einfache Beispiel weist zahlreiche Probleme auf. Die Daten als solche können nur eine zahlenmäßige Korrelation²⁴⁷ zwischen zwei Aspekten darstellen: Sprache und Kodifikation. Diese Korrelation zu verwenden, um etwas über andere Aspekte, nämlich den Unterschied zwischen kontinentaleuropäischem Recht und common law, zu beweisen, würde voraussetzen, dass common law mit englischer Sprache und kontinentaleuropäisches Recht mit Zivilgesetzbuch gleichgesetzt wird. Damit aber würde unterstellt, was man erst beweisen will, und die ganze Studie wäre überflüssig. Was als interessante Unregelmäßigkeiten bezeichnet wird – englischsprachige Staaten mit Zivilgesetzbuch und nicht englischsprachige Staaten ohne Zivilgesetzbuch – weist eher auf gerade diese Unterstellungen und ihre Schwächen hin.

- 141 Zusammengefasst ist das bloße Sammeln von Daten eine notwendige Voraussetzung für empirische Rechtsvergleichung und mit ganz eigenen Gefahren verbunden.²⁴⁸ Hinter dem Vorschlag aber, in rein deskriptiver Weise Statistiken aufzustellen, verbergen sich oft nur implizite oder explizite kausale Schlussfolgerungen, die nicht mit den strengen statistischen Methoden ermittelt und abgesichert werden, die den Kern einer empirischen Rechtsvergleichung bilden müssen.

5. Strukturell, linguistisch, rechtssoziologisch, dekolonial ...: immer weitere methodische Ansätze?

- 142 Der bisherige Überblick über die Alternativen zur funktionalen Rechtsvergleichung könnte manchem unvollständig vorkommen. Gar nicht ausdrücklich erwähnt wurden – von der

²⁴² Vgl. die Zusammenfassungen solcher Untersuchungen bei *Siems*, *Comparative Law* (Fn. 175), 209 ff.

²⁴³ Vgl. *Siems*, *Comparative Law* (Fn. 175), 215 ff.

²⁴⁴ Zum DCFR vgl. auch *supra* → § 2 Rn. 50.

²⁴⁵ *Siems*, *Comparative Law* (Fn. 175), 216.

²⁴⁶ Vgl. *Siems*, *Comparative Law* (Fn. 175), 221 f.

²⁴⁷ Zum Unterschied zwischen Korrelation und Kausalität vgl. *supra* → Rn. 123 f.

²⁴⁸ Zu einigen dieser Gefahren vgl. *supra* → Rn. 114 ff.

später noch anzusprechenden Postmoderne einmal abgesehen²⁴⁹ – etwa strukturelle, linguistische oder systemische Ansätze, rechtssoziologische oder dekoloniale Vergleichung, Tiefenvergleichung („deep level comparison“) oder „comparative law and development“, um nur einige der Begriffe zu nennen, die ein Teil der neueren Literatur gelegentlich als eigenständige Ansätze analysiert.²⁵⁰ Diese Analysen und die sich daraus ergebende Flut scheinbar weiterer methodischer Herangehensweisen können nicht nur für Anfänger, sondern auch für erfahrene Rechtsvergleicher außerordentlich verwirrend sein. Die Verwirrung ist durchaus verständlich. Denn was hier als Ansätze oder Methoden bezeichnet wird, erweist sich bei näherer Betrachtung nurmehr als eine breite und bunt zusammengewürfelte Mischung von Aspekten, Ideen und Problemen der Rechtsvergleichung.

a) Fragen statt Ansätze

Einige der Begriffe, die dazu verwendet werden, scheinbar eigenständige rechtsvergleichende Ansätze zu bezeichnen, beschreiben letztlich nur die verschiedenen Fragestellungen,²⁵¹ denen sich die Rechtsvergleichung widmen kann. Selbst in diesem sehr beschränkten Rahmen aber ist die vorgeschlagene Systematisierung eher unklar und wenig hilfreich. Der Begriff der „strukturellen Rechtsvergleichung“²⁵² etwa nimmt eine ganze Reihe völlig unterschiedlicher Bedeutungen an. Im Wesentlichen scheint er die Möglichkeit widerzuspiegeln, über den bloßen Vergleich von bestimmten, sachlich beschriebenen Problemen (in der hier verwendeten Terminologie²⁵³ also den Problemvergleich) hinauszugehen und stattdessen bereits vorgegebene rechtliche Konzepte, beispielsweise den trust oder zwei oberste Gerichtshöfe, zu vergleichen (Konzeptvergleich). Der Begriff bezieht sich aber auch auf die Möglichkeit, unterhalb der Ebene der Rechtsfamilien Kategorien zu bilden, etwa um zwischen punitiven und opferorientierten Strafrechtssystemen zu unterscheiden (systematisierende Fragen). Er scheint ebenso Fragen zu den Funktionsbedingungen des Rechts in den Blick zu nehmen, etwa die Bedeutung von Präzedenzfällen unter den Rechtsquellen. Schließlich kann er sich auf Strukturen beziehen, die entweder einem Rechtssystem implizit sind (etwa die auf das römische Recht zurückgehende Unterscheidung zwischen Personen, Sachen und actiones) oder aus theoretischen Ideen abgeleitet werden (etwas Kelsens Grundnorm, Hohfelds Analyse von Rechten und Pflichten oder Luhmanns Systemtheorie), und die dann als Muster Verwendung finden, anhand derer das Recht in verschiedenen Staaten analysiert wird.²⁵⁴ Er kann sogar nur die einfache Notwendigkeit ausdrücken, über das bloße Ergebnis von Fällen hinaus auch die rechtliche Argumentation, die rechtlichen Konzepte und die Systematik der jeweiligen Rechtsordnung zu berücksichtigen, die erst zu diesem Ergebnis führen.²⁵⁵ Demgegenüber scheint etwa der Begriff der „systemischen Vergleichung“ sich weitgehend mit dem der strukturellen Rechtsvergleichung zu überschneiden, indem systemische Vergleiche sich auf Fragestellungen beziehen, bei denen unterschiedliche rechtliche Lösungsangebote in einen übergeordneten konzeptionellen Rahmen eingeordnet

²⁴⁹ Vgl. infra → Rn. 168 ff.

²⁵⁰ Für eine ganz andersartige Einteilung rechtsvergleichender Methoden vgl. insbes. *Siems*, Comparative Law (Fn. 175), 139 ff.; *Husa* (Fn. 14), 132 ff.; vgl. auch die kritischen Anmerkungen von *Frankenberg*, *Günter*, Rechtsvergleichung, ZaöRV 2016, 1001 (1003) zur Bedeutung des Strukturalismus.

²⁵¹ Zu den Typen rechtsvergleichender Fragestellungen vgl. infra → Rn. 196 ff.

²⁵² Dazu und zum Folgenden vgl. *Husa* (Fn. 14), 132 ff., insbes. 132 f., 134, 135, 156, der *ibid.* 134 bezeichnenderweise betont: „Sometimes it is difficult to tell structural comparison apart from other types of comparative approaches.“

²⁵³ Für die hier und im Folgenden verwendete Terminologie zur Beschreibung der verschiedenen rechtsvergleichenden Fragestellungen vgl. infra → Rn. 196 ff.

²⁵⁴ Vgl. dazu *Samuel*, *Geoffrey*, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, 2014, 96 ff., 106 f.

²⁵⁵ Vgl. *Samuel*, *Geoffrey*, Comparative Law and the Courts, in: Andenas, Mads; Fairgrieve, Duncan (Hrsg.), Courts and Comparative Law, 2015, 54 (62 ff.); für ein praktisches Beispiel vgl. infra → § 3 Rn. 11a; offen bleibt, ob die erheblich abstraktere Vorstellung von struktureller Rechtsvergleichung, die im vorhergehenden Satz des Textes beschrieben wurde und die vom selben Autor stammt, wirklich einen anderen Ansatz darstellt oder nur mit erheblich komplizierteren Formulierungen denselben einfachen Gedanken ausdrückt.

werden, etwa in ein nordisches, ein common law und ein kontinentaleuropäisches Strafrechtsregime;²⁵⁶ es geht hier also erneut um eine Form der abstrahierenden und systematisierenden Fragen. Andere verstehen unter systemischer Vergleichung die Untersuchung bestimmter Rechtsinstitute in mehreren Rechtsordnungen.²⁵⁷

- 144 Diese terminologischen Differenzierungen zwischen unterschiedlichen „Ansätzen“ leisten insofern einen wertvollen Beitrag als sie aufzeigen, dass die Rechtsvergleichung Antworten auf eine große Vielzahl verschiedenster Probleme anbieten kann und keinesfalls auf den klassischen Problemvergleich reduziert werden darf. Aber diese verschiedenen Ausrichtungen von Rechtsvergleichung spiegeln nur die verschiedenen Fragestellungen wider, die ihrerseits Ausdruck der unterschiedlichen Forschungsinteressen sind, die jeder einzelne Rechtsvergleicher anhand seiner persönlichen Vorlieben verfolgt. Diese Ausrichtungen sind aber keine alternativen Ansätze oder Herangehensweisen im Sinne konkreter positiver Gegenvorschläge zur funktionalen Methode; sie entwickeln keine Alternative, wie bei der Rechtsvergleichung vorgegangen werden sollte, wie rechtsvergleichende Fragestellungen ganz praktisch und Schritt für Schritt anzugehen sind. Es ist daher zumindest missverständlich, sie als eigenständige Ansätze oder Methoden der Rechtsvergleichung zu behandeln.

b) Anliegen statt Ansätze

- 145 Nichts anderes gilt für bloße spezielle Anliegen innerhalb der Rechtsvergleichung. Es kann uneingeschränkt sinnvoll sein, wenn ein Rechtsvergleicher davon ausgeht, dass bestimmte Aspekte, die für den Vergleich und insbesondere für die Erklärung von Unterschieden und Übereinstimmungen bedeutsam sein mögen, besonderer oder jedenfalls mehr als der üblichen Aufmerksamkeit bedürfen. Bestimmte Anliegen zu betonen, ist jedoch nicht gleichbedeutend mit dem Vorschlag einer neuen Methode. Wenn etwa die aus der konkreten Falllösung resultierende Praxisnähe des internationalen Privatrechts als herausragender Mehrwert für die Rechtsvergleichung betont wird, ergibt sich daraus nicht sogleich eine neue „kollisionsrechtlich-vergleichende Methode“.²⁵⁸ Wenn etwa in manchen rechtsvergleichenden Situationen Sprach- oder Übersetzungsprobleme in den Fokus rücken, führt dies nicht zu einem neuen oder eigenständigen „linguistischen Ansatz“.²⁵⁹ Ebenso wenig ergibt sich automatisch ein neuer Ansatz aus den vielen Stimmen, die – durchaus zu recht – dazu aufrufen, rechtskulturellen Aspekten größere Aufmerksamkeit zu schenken. Verwirrenderweise werden diese Stimmen oft sogar noch weiter in eine ganze Reihe unterschiedlich bezeichneter Ansätze unterteilt, ohne dass letztlich ganz klar würde, worin sie sich überhaupt untereinander unterscheiden sollen. Auf diese Weise erklären sich etwa Begriffe wie „Tiefenanalyse“, „Recht als notwendige Immersion“, „Tiefenvergleich“, „rechtstheoretische Ansätze“, „strukturelle Ansätze“, „kulturelle Ansätze“, „rechtssoziologische Rechtsvergleichung“ oder „gesellschafts- und kulturvergleichende Studien“.²⁶⁰ Auch die

²⁵⁶ Vgl. Husa (Fn. 14), 138 ff.

²⁵⁷ Vgl. Scarigla (Fn. 29), 115 f.

²⁵⁸ Vgl. Michaels, Ralf, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, in: Jansen, Nils et al. (Hrsg.), *Iurium Itinera – Historical Comparative Law and Comparative Legal History*, 2022, 149 (153, 175).

²⁵⁹ Vgl. Siems, Comparative Law (Fn. 175), 156 f.

²⁶⁰ Vgl. dazu Siems, Comparative Law (Fn. 175): eine Tiefenanalyse („deep-level analysis“) in Form von „Recht als notwendige Immersion“ („law as requiring immersion“) verpflichte den Rechtsvergleicher die Rechtskultur zu betrachten und die Sichtweise des je fremden Juristen anzunehmen, *ibid.*, 142 ff.; ein Tiefenvergleich („deep-level comparison“) in Form von „rechtstheoretischen Ansätzen“ („jurisprudential approaches“) schaue auf die vor Ort bestehende juristische Methodenlehre und die dortigen philosophischen Hintergründe, *ibid.*, 149 ff.; in Form von „strukturellen Ansätzen“ („structural approaches“) erfordere er ein Verständnis der dem jeweiligen Problem zugrundeliegenden Rechtsprinzipien und damit zusammenhängenden Elemente des Rechtssystems ebenso wie der philosophischen Grundlagen, *ibid.*, 152; in Form von „kulturellen Ansätzen“ („cultural approaches“) werde Recht als kulturelles Phänomen angesehen, *ibid.*, 154 ff.; eine „rechtssoziologische Rechtsvergleichung“ („socio-legal comparative law“) befasse sich eingehend mit dem Begriff der Rechtskultur und frage, wie Recht und Gesellschaft auf kausale Art verbunden seien, *ibid.*, 174 ff.; zu den „gesellschafts- und kulturvergleichenden Studien“ („comparative