

# Politikwissenschaftliche Kenntnisse – ein Gewinn für die Rechtsvergleichung

## Dargestellt am Konzept der Pfadabhängigkeit



**PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN**  
 PD Dr. iur., Rechtsanwältin,  
 Studienleiterin des Doktoratsstudiums Rechtswissenschaften an der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein UFL

von Wirtschaftswissenschaftlerinnen und -schaffern propagierte und in der politikwissenschaftlichen Forschung häufig angewandte Konzept der Pfadabhängigkeit. Nach einer kurzen Darstellung der Pfadabhängigkeit werden drei von Politologinnen und Politologen gestützt auf die Erkenntnisse zur Pfadabhängigkeit vertretene Thesen so formuliert, dass sie auf rechtsvergleichende Untersuchungen angewandt werden können. Wie ein Blick in die Literatur zur Rechtsvergleichung zeigt, enthalten sie nichts, was Rechtsvergleicherrinnen und -vergleichern bisher unbekannt gewesen wäre<sup>2</sup>. Der Wert der Thesen besteht demnach vor allem darin, den Leserinnen und Lesern dieses Aufsatzes drei von der rechtsvergleichenden Literatur bereits mehrfach, aber meist in einem anderen Kontext genannte Grundsätze für das sorgfältige rechtsvergleichende Arbeiten in Erinnerung zu rufen. Gleichzeitig sollen sie die Neugier der Leserinnen und Leser auf die Auseinandersetzung mit politikwissenschaftlichen Werken wecken.

### Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Die Pfadabhängigkeit
3. Erste These: History matters
  - 3.1. Die Gegenwart erschliesst sich aus der Vergangenheit
  - 3.2. Künftige Entwicklungen lassen sich nicht beliebig steuern
  - 3.3. Abschliessende Bemerkung
4. Zweite These: Auf die mächtigen Akteure kommt es an
  - 4.1. Gegen den Willen der mächtigen Akteure läuft nichts
  - 4.2. Abschliessende Bemerkung
5. Dritte These: Überraschungen sind möglich
  - 5.1. Zurückhaltung gegenüber Empfehlungen ist empfohlen
  - 5.2. Visionen sind nicht verboten
  - 5.3. Abschliessende Bemerkung
6. Schlussbemerkung

## 1. Einleitung

Dieser Aufsatz möchte die Leserinnen und Leser dazu motivieren, zur umfassenden Erörterung rechtlicher Probleme – insbesondere bei rechtsvergleichenden Untersuchungen – politikwissenschaftliche Werke beizuziehen und sich auf die Fragestellungen und Argumente von Politologinnen und Politologen einzulassen<sup>1</sup>. Er erörtert das ursprünglich

## 2. Die Pfadabhängigkeit

Die Pfadabhängigkeit ist eine von der Wirtschaftswissenschaft entwickelte<sup>3</sup> und speziell in der Technologieforschung angewandte These<sup>4</sup>, die von anderen sozialwissenschaft-

juristischen Tatbestände zu beschränken: WOLFGANG ERNST, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.): Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 3–49, 17 f.

<sup>2</sup> Die vergleichende Politikwissenschaft legte schon vor der Formulierung des Konzepts der Pfadabhängigkeit Gewicht auf eine historische Analyse, und es wurde auf die Bedeutung von «kritischen Weggabelungen» hingewiesen. Insofern überrascht es nicht, dass auch den Rechtswissenschaftlerinnen und -schaffern das meiste vertraut ist. Es erstaunt vielmehr, dass Wirtschaftswissenschaftlerinnen und -schaffter ein Konzept mit dem Ausgangspunkt «History matters» für neu verkaufen konnten.

<sup>3</sup> Die Auseinandersetzung mit der Pfadabhängigkeit dauert an. Siehe z.B. TIMOTHY W. GUINNANE/WILLIAM A. SUNDBLUM/WARREN WHATLEY, History matters, Essays on Economic Growth, Technology, and Demographic Change, Stanford 2004.

<sup>4</sup> Das meist genannte Beispiel ist die Schreibmaschinentastatur QWERTY, die sich am Anfang der Entwicklung der Schreibmaschinen durchsetzte, obwohl sie nicht die effizienteste ist. Zur Entwicklung des Konzepts der Pfadabhängigkeit gestützt auf die Erkenntnisse zur Verbreitung der QWERTY-Tastatur siehe z.B.: JÜRGEN BEYER, Pfadabhängigkeit, Über institutionelle Kontinuität, anfällige Stabilität und fundamentalen Wandel, Frankfurt a.M./New York 2006, 16 f. und HANSPETER

Herzlichen Dank an Dr. iur. VERENA KLAPPSTEIN, Marburg, für die kritische Lektüre des Manuskripts samt zahlreicher Denkanstöße.

<sup>1</sup> Dies ist keine Aufforderung, den Politologinnen und Politologen die Arbeit streitig zu machen. Zum Gebot, sich auf die

lichen Disziplinen übernommen worden ist und insbesondere in der Politikwissenschaft<sup>5</sup> rege Anwendung findet<sup>6</sup>. Es spricht deshalb nichts dagegen zu prüfen, ob sie auch in rechtsvergleichenden Untersuchungen eingesetzt werden kann<sup>7</sup>.

Politikwissenschaftlerinnen und -schaffer erklären mit dem Konzept der Pfadabhängigkeit «dauerhafte Institutionenstabilität und/oder begrenzte<sup>8</sup> Handlungsspielräume und Veränderungsmöglichkeiten institutioneller Akteure entlang des durch die jeweiligen Entstehungsbedingungen vorgegebenen Entwicklungsweges»<sup>9</sup>. Sie interessieren sich da-

mit dafür, wann und warum Veränderungen eintreten<sup>10</sup>. Die These der Pfadabhängigkeit richtet sich gegen ahistorisch angelegte Erklärungen sozialwissenschaftlicher Phänomene<sup>11</sup>. Sie unterstreicht die «Kontextgebundenheit aller politischen Institutionen, ihrer Entstehung wie ihres Wandels»<sup>12</sup> und zeigt, dass Anpassungs- und Modernisierungsreformen die Regel sind. Strukturwandel bildet die Ausnahme, weil politische Akteure ein ausgeprägtes Beharrungsvermögen aufweisen<sup>13</sup>. Nicht alle Politologinnen und Politologen halten dieselben Elemente für entscheidend, aber alle knüpfen an Ereignisse an, die zufällig stattgefunden haben und «nicht auf der Basis von vorangegangenen Ereignissen oder von ursprünglichen Konfigurationen erklärt werden können»<sup>14</sup>. Die auf diese zufälligen Ereignisse folgenden Ereignisse werden «gekennzeichnet durch relativ stabile, deterministische Kausalitätsmuster», weil ein einmal eingeschlagener Weg eine Eigendynamik entwickelt, die «in ein Gleichgewicht mündet, das gegen Wandel resistent ist»<sup>15</sup>. Von zentraler Bedeutung für das Konzept der Pfadabhängigkeit sind deshalb die sich selbst verstärkenden Mechanismen<sup>16</sup>.

KRIESI, Vergleichende Politikwissenschaft, Teil I: Grundlagen, Baden-Baden 2007, 22 f.

<sup>5</sup> Zur Übertragung des Konzepts der Pfadabhängigkeit auf die Politik siehe insbesondere: PAUL PIERSON, *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics*, *American Political Science Review* 94 (2000), 251–267, 257 ff. BEYER (FN 4), 20 ff. zeigt, wie das Konzept auf die gesellschaftliche Entwicklung und den institutionellen Wandel übertragen wird.

<sup>6</sup> Zur Illustration der Elemente «Unvorhersehbarkeit des ursprünglichen Ereignisses, Gewicht der frühen Ereignisse (...), Selbstverstärkung des einmal eingeschlagenen Pfades und Existenz multipler Gleichgewichte» dient das in der Mathematik als «Prozess der Urne von Polya» bezeichnete Experiment. Siehe z.B. KRIESI (FN 4), 22 f. und PIERSON (FN 5), 253: In einer Urne befinden sich eine rote und eine schwarze Kugel. Es wird blind eine Kugel herausgenommen. Sie wird mit einer Kugel derselben Farbe in die Urne zurückgelegt. Dies wird wiederholt, bis die Urne voll ist. Von welcher Farbe dann mehr Kugeln in der Urne sind, kann nicht vorausgesehen werden. Es hängt entscheidend von der Farbe der bei den ersten Versuchen gezogenen Kugeln ab.

<sup>7</sup> Dass sich die Rechtsvergleichung besonders offen zeigt gegenüber der Anwendung verschiedener Methoden (so z.B. KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. A., Tübingen 1996, 32), erleichtert dies.

<sup>8</sup> Im Blick sind nicht nur tatsächliche Handlungsrestriktionen, sondern auch vermeintliche. Auf illustrative Art untersucht z.B. GERHARD LEHMBRUCH, *Der unitarische Bundesstaat in Deutschland: Pfadabhängigkeit und Wandel*, in: Arthur Benz/Gerhard Lehbruch (Hrsg.): *Föderalismus, Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive*, PVS – Politische Vierteljahresschrift. Sonderheft 32/2001, Wiesbaden 2002, 53 die «Widerständigkeit der bundesstaatlichen Strukturen gegen Optimierungsversuche», die seiner Meinung nach «durch entwicklungsgeschichtliche Weichenstellungen bestimmt ist».

<sup>9</sup> RAINER-OLAF SCHULTZE, *Pfadabhängigkeit*, in: Dieter Nohlen/Rainer-Olaf Schultze (Hrsg.): *Lexikon der Politikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe*, Band 2: N-Z, 3. A., München 2005, 683 f. Ähnlich BEYER (FN 4), 21: «Die Pfadabhängigkeitsthese dient als Erklärung für die langfristige Stabilität von unterschiedlich erfolgreichen Institutionen sowie für die Dominanz von Technologien und Produkten, deren Optimalität angezweifelt wird.» Siehe auch DOUGLASS C. NORTH, *Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung*, Übersetzung: MONIKA STREISSLER, Tübingen 1992, 109 ff.

Für einen präziseren Umgang mit der These: JAMES MAHONEY, *Path dependence in historical sociology*, *Theory and Society* 29 (2000), 507 ff.

<sup>10</sup> PIERSON (FN 5), 251 charakterisiert die Pfadabhängigkeit wie folgt: «Specific patterns of timing and sequence matter; starting from similar conditions, a wide range of social outcomes may be possible; large consequences may result from relatively «small» or contingent events; particular courses of action, once introduced, can be virtually impossible to reverse; (...) political development is often punctuated by critical moments or junctures that shape the basic contours of social life».

<sup>11</sup> Siehe z.B. SCHULTZE (FN 9), 683 und PIERSON (FN 5), 252. Deutlich bereits NORTH (FN 9), 119: «Verlaufsabhängigkeit heisst, dass die Geschichte von Belang ist. Wir können nicht die Entscheidungen von heute verstehen (...), ohne die schrittweise Entwicklung von Institutionen erkundet zu haben.»

<sup>12</sup> SCHULTZE (FN 9), 683. BEYER (FN 4), 11 kritisiert, wegen der «systematischen Nichterfassung des Unvorhersehbaren» werde (zu) vieles als stabil wahrgenommen.

<sup>13</sup> Siehe die Einwendungen von GERARD ALEXANDER, *Institutions, Path Dependence, and Democratic Consolidation*, *Journal of Theoretical Politics* 13 (2001), 249 ff. ROLF ACKERMANN, *Pfadabhängigkeit, Institutionen und Regelreform*, Tübingen 2001, 32 ff. verwahrt sich dagegen, dass Pfadabhängigkeit gleichbedeutend sein muss mit potenzieller Ineffizienz.

<sup>14</sup> KRIESI (FN 4), 20.

<sup>15</sup> KRIESI (FN 4), 20. PIERSON (FN 5), 253: Entscheidend sind vor allem die frühen Ereignisse und ob es zu unterschiedlichen oder gleichförmigen Abfolgen («sequences») gekommen ist.

<sup>16</sup> Siehe dazu KRIESI (FN 4), 22 ff. und die Belege bei BEYER (FN 4), 22. Grundlegend zu den «increasing returns»: PIERSON (FN 5), 252 ff.

### 3. Erste These: History matters

Pfadabhängigkeit bedeutet für Politikwissenschaftlerinnen und -schafter, «dass in der Vergangenheit getroffene Entscheidungen und eingebürgerte Denkweisen und Routinen in die Gegenwart hinein wirken»<sup>17</sup>. Sie setzt voraus, «dass die heute zu beobachtenden Unterschiede zwischen den politischen Systemen in unterschiedlichen geschichtlichen Entwicklungen verwurzelt sind»<sup>18</sup>.

Bezogen auf die Rechtsvergleichung bedeutet dies: Nur wer sich der Abhängigkeit der gegenwärtigen Situation von vergangenen Ereignissen bewusst ist, erfasst die untersuchten Rechtsordnungen in all ihren Facetten<sup>19</sup>.

#### 3.1. Die Gegenwart erschliesst sich aus der Vergangenheit

«Warum ist diese Norm erlassen worden?» «Warum erfolgte diese Revision nicht schon fünf Jahre früher, so wie im Nachbarland?» «Was haben die Arbeitgeber von diesem Gesetz erwartet, wie war die Richterschaft zu ihm eingestellt?» «Hat eine kontinuierliche Entwicklung stattgefunden, oder wurde mit der letzten Revision eine Neuausrichtung angestrebt?» Die Antworten auf Fragen dieser Art<sup>20</sup> vertiefen das Verständnis für das geltende Recht<sup>21</sup>. Solche Fragen sind gegenüber fremden Rechtsordnungen unerlässlich<sup>22</sup>. Rechts-

vergleichnerinnen und -vergleichner dürfen nicht davon ausgehen, dass die Entwicklung in einem fremden Staat gleich verlaufen ist wie in ihrer Heimat.

So bezeichnet die belgische Verfassung vom 17. Februar 1994 Belgien als Föderalstaat<sup>23</sup>. Auch bei der Schweiz handelt es sich um einen föderalistischen Staat. Doch haben die beiden Staaten eine sehr unterschiedliche Entwicklung durchlaufen<sup>24</sup>. Sie werden wohl auch in Zukunft nicht denselben Weg einschlagen. Von flämischer Seite wird nämlich z.B. geprüft, ob sich Belgien als Staatenbund organisieren sollte<sup>25</sup>.

Wer das Konzept der Pfadabhängigkeit kennt, ist nicht gefährdet, der irrigen Annahme zu unterliegen, dass Entwicklungen in verschiedenen Staaten zwingend gleich verlaufen.

#### 3.2. Künftige Entwicklungen lassen sich nicht beliebig steuern

Wer rechtsvergleichend arbeitet, möchte – animiert durch die Antworten, die er oder sie in einer fremden Rechtsordnung gefunden hat – mitunter Empfehlungen unterbreiten<sup>26</sup>. Ist er oder sie gewohnt, Entwicklungen unter dem Aspekt der Pfadabhängigkeit zu betrachten, kann er oder sie Leitlinien und Konstanten, aber auch Brüche besser erkennen.

Er oder sie wird z.B. bemerken, dass sowohl für die Wahl des Schweizer Nationalrates als auch für die Wahl der belgischen Chambre des représentants das Verfahren gemäss D'Hondt gilt<sup>27</sup>. Das Wahlrecht beider Staaten weist jedoch einen gewich-

<sup>17</sup> BEYER (FN 4), 12.

<sup>18</sup> KRIESI (FN 4), 20.

<sup>19</sup> Eingängig PIERSON (FN 5), 263: Die alleinige Betrachtung des gegenwärtigen Zustandes «provides a «snapshot» explanation for what should be seen as a moving picture.».

<sup>20</sup> Rechtsvergleichung strebt den Einbezug des gesellschaftlichen Kontextes an. So z.B. BERNHARD GROSSFELD, Kernfragen der Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, insbesondere 12, 16 und 118, ZWEIGERT/KÖTZ (FN 7), 11 und UWE KISCHEL, Vorsicht, Rechtsvergleichung! ZVglRWiss 104 (2005), 10 ff., 18–25, für das öffentliche Recht insbesondere GEORGIOS TRANTAS, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts, Dresden/München 1998, 72–77 und CHRISTIAN STARCK, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 ff., 1028.

<sup>21</sup> Deutlich auch HANS-URS WILI, Fondue und Föderalismus, Rösti und Referendum: Insignien des Sonderfalls oder Exportpotenzial? Zum politikwissenschaftlichen Lernbedarf bei der Verfassungsrechtsvergleichung, in: Uwe Serdült/Thomas Widmer (Hrsg.): Politik im Fokus, Festschrift für Ulrich Klöti, Zürich 2003, 363–381, 376: «Nicht die Kopie eines Instituts ist das Entscheidende, sondern der vorgängige präzise analytische Vergleich der spezifischen Situationen und Bedürfnisse der betroffenen Staaten und die ungetrübte Diagnose.».

<sup>22</sup> Deutlich ZWEIGERT/KÖTZ (FN 7), 8: «Zum anderen muss auch die Rechtsvergleichung (...) stets die historischen Bedingungen bedenken, unter denen sich die verglichenen Rechtsinstitute und Verfahren entwickelt haben.» und GROSSFELD (FN 20), 9: «Recht entspringt einer Tradition, die mehr ist als Zeitablauf.» Zur Bedeutung der Kenntnis der historischen Entwicklung,

insbesondere für vergleichende Untersuchungen im öffentlichen Recht: STARCK (FN 20), 1028, TRANTAS (FN 20), 72 ff. und MARTIN MORLOK, Rechtsvergleichung auf dem Gebiet der politischen Parteien, in: Dimitris Th. Tsatsos/Dian Schefold/Hans-Peter Schneider (Hrsg.): Parteienrecht im europäischen Vergleich, Baden-Baden 1990, 708 f. Die enge Verbindung von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung erwähnen z.B. auch HEIN KÖTZ, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, in: JZ 1992, 20 ff., der Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als «Holz vom gleichen Stamm» und als «Zwillingsschwester» bezeichnet, und ABBO JUNKER, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, in: JZ 1994, 923.

<sup>23</sup> Article 1 Constitution: La Belgique est un Etat fédéral qui se compose des communautés et des régions.

<sup>24</sup> Dies zeigt z.B. die Überschrift von ANDRÉ ALEN/KOEN MUYLLE, Compendium van het belgisch staatsrecht. Deel 1A, 2. A., Mechelen 2003, § 5, 165: «De evolutie van een gedecentraliseerde eenheidsstaat naar een federale Staat sui generis» (dtsh.: Die Entwicklung von einem dezentralisierten Einheitsstaat zu einem föderalen Staat sui generis).

<sup>25</sup> Siehe z.B. WOUTER PAS, Confederale elementen in de Belgische federatie, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht (TBP) 2009, 67 ff.

<sup>26</sup> M.E. ist eine rechtsvergleichende Untersuchung auch ohne Empfehlungen vollständig. Siehe Kapitel 5.1.

<sup>27</sup> Siehe für Belgien z.B. JEROEN VAN NIEUWENHOVE, Art. 61 – Art. 66, in: Lien De Geyter et al. (Hrsg.): Grondwet, Wetgeving, Staatshervorming, EVRM, Brugge 2006, 174–181, Art. 62 und für die Schweiz BBl 1918 V 135 und z.B. YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kan-

tigen Unterschied auf: In der Schweiz gilt gemäss Art. 35 Abs. 2 BPR<sup>28</sup> das System der Einzelstimmenkonkurrenz<sup>29</sup>. In Belgien darf gemäss Art. 144 Abs. 1 und Art. 157 Abs. 1 2° Code électoral vom 12. April 1894 nicht über die Wahllisten hinweg panaschiert werden<sup>30</sup>. Als der belgische Gesetzgeber den Wahlberechtigten im Verhältnis zu den politischen Parteien mehr Macht in die Hände geben wollte, änderte er die Bestimmung über die Zuteilung der Sitze<sup>31</sup>, erörterte hingegen die Möglichkeit des Panaschierens nicht einmal.

Dieses Beispiel zeigt noch ein Weiteres: Während die im BPR zum Ausdruck kommenden grundlegenden Entscheidungen nie ernsthaft in Frage gestellt wurden, nahm der belgische Gesetzgeber in den letzten Jahren tiefgreifende Änderungen am Wahlrecht vor<sup>32</sup>.

Wer es gewohnt ist, nach pfadabhängigen Prozessen zu suchen und sich der Geschichtlichkeit des Rechts bewusst ist, kann leichter passende Empfehlungen ausarbeiten und sie so formulieren, dass sie auf fruchtbaren Boden fallen<sup>33</sup>. Scheinen ihm oder ihr umfangreichere Änderungen unumgänglich, wird er oder sie darauf hinweisen, wie tiefgreifend sie sind und dass sie nur umgesetzt werden können, wenn sie von den massgebenden Akteuren unterstützt werden.

### 3.3. Abschliessende Bemerkung

Eine rechtsvergleichende Untersuchung ist gemäss herrschender Lehre nur vollständig, wenn sie einen Blick in die Vergangenheit wirft, die aktuelle Situation präzise erfasst und sich – sofern sie mit Empfehlungen schliesst – die Frage stellt, wie sich die Rechtsordnungen in der Zukunft entwickeln könnten<sup>34</sup>. Somit entsprechen sich die Anforderungen

tonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 673.

<sup>28</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte, SR 161.1.

<sup>29</sup> Siehe dazu BBl 1918 V 127–129 und z.B. HANGARTNER/KLEY (FN 27), Rz. 655.

<sup>30</sup> Art. 144 Abs. 1 Code électoral: L'électeur peut émettre un suffrage pour un ou plusieurs candidats, titulaires ou suppléants ou titulaires et suppléants, d'une même liste. Art. 157 Abs. 1 Code électoral: Sont nuls: 2° ceux qui contiennent plus d'un vote de liste ou qui contiennent des suffrages nominatifs (...) sur des listes différentes.

<sup>31</sup> Einführung der sog. voix de préférence mit Gesetz vom 27. Dezember 2000, das insbesondere den Code électoral revidierte.

<sup>32</sup> Zu erwähnen sind insbesondere: Geschlechterquoten für die Kandidatenlisten (Art. 117<sup>bis</sup> Code électoral, der bereits zweimal angepasst wurde), Sperrklausel von 5% (Art. 165<sup>bis</sup> Abs. 1 1° a) Code électoral), Verkleinerung von Chambre des représentants und Sénat.

<sup>33</sup> Dies dürfte – um beim Wahlrecht zu bleiben – bezüglich Vorschlägen an den belgischen Gesetzgeber leichter sein. Kann man doch nachlesen, welche Argumente ihn zu Revisionen bewegen.

<sup>34</sup> Dass Gesetze Generationen überdauern können, kommt in Belgien gut zum Ausdruck. Die Publikation aller Gesetze wird

an eine sorgfältig durchgeführte rechtsvergleichende Untersuchung und die aus dem Konzept der Pfadanalyse abgeleiteten Forderungen<sup>35</sup>. Die These, dass sich Rechtsvergleichenden und -vergleichenden der Abhängigkeit der Gegenwart von vergangenen Ereignissen bewusst sein müssen, kann somit bestätigt werden<sup>36</sup>.

## 4. Zweite These: Auf die mächtigen Akteure kommt es an

Weisen Politikwissenschaftlerinnen und -schaffter auf die Pfadabhängigkeit einer Entwicklung hin, machen sie damit immer auch deutlich, dass verschiedene Personen und Institutionen sowie das Zusammenwirken der verschiedenen Beteiligten von grossem Einfluss auf die Entscheidung sind<sup>37</sup>.

Bezogen auf die Rechtsvergleichung bedeutet dies: Nur wer sich des Einflusses der verschiedenen Beteiligten und insbesondere der mächtigen Akteure bewusst ist, erfasst alle Facetten der untersuchten Rechtsordnungen und erkennt die Dynamik der Entwicklung.

### 4.1. Gegen den Willen der mächtigen Akteure läuft nichts

Untersuchen Rechtsvergleichenden und -vergleichenden eine Rechtsordnung, ohne nach dem Einfluss der politischen Akteure zu fragen<sup>38</sup>, geben sie anschliessend unvollständige In-

nämlich eingeleitet: «Albert II., König der Belgier, Allen Gegenwärtigen und Zukünftigen, Unser Gruss!».

<sup>35</sup> Wie in FN 2 für die Politikwissenschaft ausgeführt und in FN 22 angetönt, pflegte die Rechtsvergleichung schon vor der Formulierung respektive unbeachtet des Konzepts der Pfadabhängigkeit die historische Analyse und war aufmerksam für die Weggabelungen, an denen sich Rechtsordnungen verschieden weiterentwickelt haben.

<sup>36</sup> Zur Geschichtlichkeit des Rechts siehe insbesondere auch KARL KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1: Bis 1250, 13. A., Köln/Weimar/Wien 2008, 2, MARCEL SENN, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4. A., Zürich 2007, 1 und ERNST (FN 1), 34.

<sup>37</sup> BEYER (FN 4), 34: Ob und wie Veränderungen erfolgen, hängt vom «Geschick und den Strategien der potenziellen Gegengruppen sowie den Strategien der etablierten Machteliten» ab.

<sup>38</sup> HARTMUT KRÜGER, Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: Burkhardt Ziemke et al. (Hrsg.): Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, 1399 weist die Rechtsvergleichenden und -vergleichenden darauf hin, dass das Verfassungsrecht «dem Druck und Gegendruck der politischen und gesellschaftlichen Kräfte ausgesetzt» ist. TRANTAS (FN 20), 76 fordert dazu auf, «auch den politischen Hintergrund der Institutionen und Rechtsinstitute auszu-leuchten.» BASIL MARKESINIS, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Metho-

formationen wieder. Erkennt eine Rechtsvergleichlerin oder ein Rechtsvergleichler einen mächtigen Akteur nicht oder unterschätzt er oder sie seinen Einfluss, kann er oder sie keine zuverlässigen Aussagen über die Umsetzung eines Gesetzes oder die Weiterentwicklung eines Rechtsgebiets machen, geschweige denn Empfehlungen abgeben. Gerade für das Identifizieren von einflussreichen Akteuren und das Einschätzen ihrer Macht sind die von Politologinnen und Politologen zusammengetragenen Daten unerlässlich<sup>39</sup>.

Wer z.B. im Hinblick auf die Einflussnahme auf den Ausgang von Wahlen und Abstimmungen in der Schweiz nur die politischen Parteien erwähnen würde, läge insofern falsch, als in der Schweiz vor allem die (Wirtschafts-)Verbände einen grossen Einfluss ausüben<sup>40</sup>.

## 4.2. Abschliessende Bemerkung

Rechtsvergleichung wird ihrem Anspruch gemäss herrschender Lehre nur gerecht, wenn getreu dem Ansatz der funktionalen Rechtsvergleichung diejenigen Regeln miteinander verglichen werden, die den «gleichen als problematisch empfundenen Lebenssachverhalt oder Interessenkonflikt ordnen wollen»<sup>41</sup>. Es genügt Rechtsvergleichlerinnen und -vergleichern nicht, geltende Normen einander gegenüberzustellen, sondern sie berücksichtigen auch die Rechtsbefolgung und -durchsetzung<sup>42</sup>. Insbesondere dann, wenn sie fragen, warum in einem Staat ein Erlass vorliegt und in einem anderen trotz ähnlicher Ausgangslage nicht oder warum an einem Ort eine Norm befolgt wird und anderswo nicht, richtet sich ihr Blick auf die Akteure. Insofern tragen sorgfältig

arbeitende Rechtsvergleichlerinnen und -vergleichler einem wesentlichen Aspekt des Konzepts der Pfadanalyse automatisch Rechnung. Die These, dass die Rechtsvergleichlerinnen und -vergleichler den Einfluss der verschiedenen Beteiligten ermitteln und den Einfluss der mächtigen Akteure richtig einschätzen müssen, wird somit bestätigt.

## 5. Dritte These: Überraschungen sind möglich

Wer Entwicklungen über einen längeren Zeitraum hinweg verfolgt, erkennt nicht nur Kontinuitäten, sondern nimmt auch Brüche und Wendepunkte<sup>43</sup> bewusster wahr. Kursänderungen sind – so lehrt das Konzept der Pfadabhängigkeit – nicht jederzeit möglich<sup>44</sup>, kommen aber immer wieder vor, insbesondere wenn sich die Machtelite neu zusammensetzt<sup>45</sup>. Pfadanalysen lassen allerdings keine Vorhersage zu, welche Ideen, Modelle und Normen sich durchsetzen werden<sup>46</sup>.

Bezogen auf die Rechtsvergleichung bedeutet dies: Rechtsvergleichende Untersuchungen ermöglichen so wie politikwissenschaftliche Studien keine zuverlässigen Prognosen über die künftige Entwicklung.

### 5.1. Zurückhaltung gegenüber Empfehlungen ist empfohlen

Haben mehrere Staaten eine ähnliche Entwicklung durchlaufen, kann daraus weder geschlossen werden, dass sie sich auch in Zukunft ähnlich entwickeln, noch dass ihnen Staaten folgen werden, die dieselben Entwicklungsschritte aufweisen, aber nicht am selben Punkt stehen<sup>47</sup>.

Eindrucklich ist diesbezüglich das Beispiel der belgischen Parteienfinanzierung. Die direkte staatliche Finanzierung der Parteien wurde mit Gesetz vom 4. Juli 1989 eingeführt. Bis dahin hinkte Belgien der europäischen Entwicklung gleichsam hinterher. Das Gesetz vom 4. Juli 1989 wurde mehrmals revidiert, so dass Belgien heute mit einer Kombination von direkter staatlicher Finanzierung, weitgehendem Verbot privater Parteispenden, Einschränkung der Wahlkampfausgaben und -mittel sowie

denlehre, Übersetzung: JÖRG FEDTKE, München 2004, 192 f. fragt nach den «hinter einer gerichtlichen Lösung stehenden rechtspolitischen Erwägungen».

<sup>39</sup> BEYER (FN 4), 246 f.: Die Chancen einer Veränderung sind grösser, wenn mächtige Akteure für sie eintreten und es nicht notwendig ist, viele einzelne Akteure zu einem Wechsel zu bewegen.

<sup>40</sup> Siehe dazu insbesondere: PHILIPPE MASTRONARDI, Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie, Essay zu einer schweizerischen Demokratietheorie, ZSR 117 (1998) II 336, ERICH GRUNER, Die Parteien in der Schweiz, 2. A., Bern 1977, 179 und die Nachweise bei DENISE BRÜHL-MOSER, Die schweizerische Staatsleitung im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung, Bern 2007, 971 ff.

<sup>41</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (FN 7), 33 ff. Siehe z.B. auch KISCHEL (FN 20), 16: Es werden die «Lösungen» verglichen, welche «die jeweiligen Rechtsordnungen für konkrete Sachprobleme bereithalten». KARL-PETER SOMMERMANN, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, 1017 ff., 1023: «Zu fragen ist bei jeder betrachteten Rechtsnorm und Institution, welche Funktion sie innerhalb des jeweiligen Rechts- und Gesellschaftssystems ausübt.»

<sup>42</sup> Siehe insbesondere GROSSFELD (FN 20), 16.

<sup>43</sup> In politikwissenschaftlichen Werken findet sich häufig der Begriff «kritische Entscheidungspunkte» (engl. «critical junctures»).

<sup>44</sup> A.M. BEYER (FN 4), 27.

<sup>45</sup> So z.B. BEYER (FN 4), 33 und KRIESI (FN 4), 25.

<sup>46</sup> Die Analyse verschiedener Pfade ermöglicht allerdings das Formulieren von Hypothesen, welche Bedingungen Veränderungen begünstigen. Dazu PIERSON (FN 5), 264.

<sup>47</sup> G.I.M. AXEL TSCHENTSCHER, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807 ff., 814. Dies gilt insbesondere, weil dasselbe Ereignis unterschiedliche Wirkungen haben kann, je nachdem wann innerhalb einer Abfolge von Ereignissen es auftritt. Siehe dazu PIERSON (FN 5), 264.

der Pflicht zur Offenlegung der Parteifinzen zusammen mit Kanada die umfangreichsten Regelungen kennt<sup>48</sup>.

Prognosen zur Weiterentwicklung einer Rechtsordnung sollten Rechtsvergleicherinnen und -vergleichler unterlassen. Aus dem Vergleich abgeleitete Postulate laufen wegen der Beharrungstendenzen Gefahr, unberücksichtigt zu bleiben. Von ausländischen Vorbildern inspirierte Revisionen zeigen – insbesondere, wenn sich ihnen mächtige Akteure entgegengestellt hatten – nicht immer die erhofften Resultate<sup>49</sup>. Wer das Konzept der Pfadabhängigkeit kennt, dosiert deshalb seine respektive ihre Empfehlungen<sup>50</sup>.

Die Beschäftigung mit einer fremden Rechtsordnung weist auch ohne Empfehlungen im Schlusskapitel einen Gewinn auf<sup>51</sup>. Sie zeigt nämlich die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen und vertieft das Verständnis für die Ursachen der Besonderheiten<sup>52</sup>. Auch Politikwissenschaftlerinnen und -schaffter gelangen manchmal zum Schluss, dass für eine bestimmte Fragestellung ein Vergleich zwischen bestimmten Staaten zu wenig ergiebig ist.

FREIBURGH/AUS/GEHL z.B. gehen der Frage nach, ob ein föderaler Aufbau am besten geeignet ist für mehrsprachige Länder. Sie vergleichen dafür die Schweiz und Belgien, die beide «an der Grenze zwischen dem grossen germanischen und dem grossen romanischen Sprachraum» liegen<sup>53</sup>. Sie kommen unter an-

derem zum Schluss, dass «der Föderalisierungsprozess ein Teil der belgischen Sprachenpolitik bildet» und die Sprache in der Schweiz «nur ein Merkmal unter vielen ist, um sich als Minderheit zu erkennen zu geben und (...) den unbedingten Solidaritätsreflex auszulösen»<sup>54</sup>. Sie erkennen Gemeinsamkeiten, entdecken aber so viele Unterschiede<sup>55</sup>, dass sie zu keiner Aussage gelangen, ob nun der Föderalismus eine notwendige Bedingung für den Zusammenhalt in mehrsprachigen Staaten ist.

## 5.2. Visionen sind nicht verboten

Das Konzept der Pfadabhängigkeit gibt keine Antwort darauf, wann es sinnvoll ist, den bisherigen Weg zu verlassen. Es erklärt erst rückblickend, warum an einer Weggabelung der eine und nicht der andere Weg eingeschlagen wurde oder weshalb sich manchmal trotz der Absicht, den bisherigen Pfad zu verlassen, nichts ändert. Dies bedeutet für Rechtswissenschaftlerinnen und -schaffter, dass sie sich keine Zurrückhaltung auferlegen müssen, wenn sie mit Hinweisen auf die in einer anderen Rechtsordnung angetroffenen Regelungen eine Diskussion anstossen oder von Dritten erhobene Forderungen untermauern möchten. Das Konzept der Pfadabhängigkeit lehrt reformfreundige Juristinnen und Juristen jedoch Geduld, wenn sie Vorschläge machen, die über eine blosser Modifikation hinausgehen und nicht sofort wohlwollend von einflussreichen Akteuren aufgenommen werden.

## 5.3. Abschliessende Bemerkung

Die Arbeit der Rechtsvergleicherinnen und -vergleichler unterliegt denselben Grenzen wie die der Politologinnen und Politologen. Wollen sie glaubwürdig bleiben, müssen sie – wie es die herrschende Lehre tut – auf Vorhersagen verzichten und eingestehen, dass zwar grundsätzlich jedes politische System mit jedem und jede Rechtsordnung mit jeder verglichen werden kann, dass dies aber nicht für alle Fragen und Themen zu direkt verwertbaren Resultaten führt<sup>56</sup>. Die These, dass rechtsvergleichende Studien keine verlässlichen Aussagen über künftige Entwicklungen ermöglichen, kann somit bestätigt werden.

## 6. Schlussbemerkung

Rechtswissenschaftlerinnen und -schaffter, die – nicht zuletzt anlässlich der Beschäftigung mit der Pfadabhängigkeit – zu

<sup>48</sup> KAROLIEN WEEKERS/BART MADDENS, *Het geld van de partijen*, Leuven 2009, 133 ff.

<sup>49</sup> Siehe insbesondere die Beispiele von WILI (FN 21), 366 ff. Dass selbst die Übertragung von Normen, «die sich in politisch und sozial vergleichbaren Staaten bewährt haben», nicht zum selben Resultat führen muss, gab schon DIETER GRIMM, *Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft*, in: Dieter Grimm (Hrsg.): *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Erster Band, unveränderte 2. A., München 1976, 53–67, 65, zu bedenken. Deutlich auch KISCHEL (FN 20), 30: «Dass Einzelaspekte eines Gesamtsystems sich nicht getrennt betrachten oder gar verpflanzen lassen, ist damit eine zentrale Erkenntnis der Rechtsvergleichung (...).» A.M. ALAN WATSON, *Comparative Law. Law, Reality and Society*, Lake Mary 2007, 5 ff.: Es wird häufig abgeschrieben, und die Betroffenen finden das Resultat meist zufriedenstellend.

<sup>50</sup> Gemäss ZWEIGERT/KÖTZ (FN 7), 16 ist zu prüfen, ob «die als besser erkannte ausländische Lösung (...) für das eigene Land passend ist.» KISCHEL (FN 20), 30 erinnert daran, dass «das gesamte rechtliche Umfeld, die Unterschiede in der Rechtskultur, in der Sichtweise des Problems in der Bevölkerung, die abweichenden rechtlichen Konzeptionen und Institutionen beachtet werden» müssen.

<sup>51</sup> Vielfach wird gefordert, eine Untersuchung müsse als Ergebnis «kritische, rechtspolitische Überlegungen» nennen. So z.B. ZWEIGERT/KÖTZ (FN 7), 6, TSCHENTSCHER (FN 47), 809 und STARCK (FN 20), 1029.

<sup>52</sup> SOMMERMANN (FN 41), 1020: «Rechtsvergleichung schafft erstens Distanz zur eigenen Rechtsordnung. Durch das Studium ausländischen Rechts werden Eigenheiten, aber auch Vor- und Nachteile der eigenen Rechtsordnung im Vergleich zu anderen sichtbar.» GL.M. z.B. auch STARCK (FN 20), 1023.

<sup>53</sup> DIETER FREIBURGH/AUS/FABIEN GEHL, *Föderalismus und Mehrsprachigkeit – Belgien und die Schweiz im Vergleich*, in: Dieter

Freiburghaus (Hrsg.): *Auf den Spuren des Föderalismus ... in der Schweiz und in Europa*, Bern/Stuttgart/Wien 2002, 113–136, 114.

<sup>54</sup> FREIBURGH/AUS/GEHL (FN 53), 129 und 134.

<sup>55</sup> FREIBURGH/AUS/GEHL (FN 53), 135.

<sup>56</sup> Siehe z.B. TRANTAS (FN 20), 55: «Die Grenzen werden besonders deutlich, wenn rechtsvergleichende Untersuchungen zwischen sozio-ökonomisch oder politisch unterschiedlichen Rechtsordnungen durchgeführt werden.»

politikwissenschaftlichen Werken greifen<sup>57</sup>, machen Bekanntheit mit einem Fach, das regelmässig vergleichend arbeitet und Entwicklungen über einen längeren Zeitraum hinweg verfolgt<sup>58</sup>. Politikwissenschaftliche Analysen können so ein Gegengewicht bilden zu denjenigen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen, die sich auf die geltenden Normen beschränken und sich nur an der aktuellen Rechtsprechung orientieren<sup>59</sup>.

Rechtsvergleichenden und -vergleichern, die sich mit dem Konzept der Pfadabhängigkeit auseinandergesetzt haben<sup>60</sup>, fällt es leichter<sup>61</sup>, die in den von ihnen untersuchten Rechtsordnungen vorgefundenen Ergebnisse zu interpretieren<sup>62</sup>. Sie können erklären, warum sich eine Rechtsordnung so und nicht anders entwickelt hat, und sie sind sich der Problematik der Übernahme von der in einer Rechtsordnung entwickelten Problemlösung auf eine andere Rechtsordnung genauso bewusst wie der Schwierigkeit, eine einmal mit Erfolg eingeführte Praxis in eine andere Richtung zu lenken.

<sup>57</sup> Immer noch lesenswert zum Verhältnis zwischen Politik- und Rechtswissenschaft: GRIMM (FN 49), insbesondere 58 und 67. Siehe auch THOMAS HELLER, *Lawyers and Political Scientists: How much Common Ground?*, in: Christoph Engel/Adrienne Héritier (Hrsg.): *Linking Politics and Law*, Baden-Baden 2003, 25 ff.

<sup>58</sup> Siehe dazu z.B. HEIDRUN ABROMEIT/MICHAEL STOIBER, *Demokratien im Vergleich. Einführung in die vergleichende Analyse politischer Systeme*, Wiesbaden 2006, 18 und 24 ff.

<sup>59</sup> Gemäss SOMMERMAN (FN 41), 1017 muss ein Rechtsvergleicher «aus dem ihm vertrauten System» heraustreten und gegenüber den fremden Rechtsordnungen «die Rolle eines externen Beobachters» einnehmen. Seiner Meinung nach kann die «Distanzierungsfähigkeit» durch die Methodik der Rechtsvergleichung eingeübt werden. M.E. wird die kritische Distanz zur eigenen Rechtsordnung auch durch die Beschäftigung mit politikwissenschaftlichen Werken erlangt.

<sup>60</sup> Dasselbe gilt m.E. für Juristinnen und Juristen, die sich mit der Rechtsgeschichte beschäftigen, lehrt sie doch ebenfalls die «Bedingtheit und Veränderbarkeit des Rechts». So z.B. SENN (FN 36), 1.

<sup>61</sup> Dies insbesondere deshalb, weil politikwissenschaftliche Studien pfadabhängige Prozesse analysiert haben und das Konzept der Pfadabhängigkeit umschrieben worden ist. Dadurch ist vor den Rechtsvergleicherinnen und -vergleichern gleichsam das Instrumentarium und das Vokabular ausgebreitet worden.

<sup>62</sup> Da die aus der Pfadabhängigkeit abgeleiteten Thesen keine anderen Anforderungen stellen als die herrschende Lehre zur Rechtsvergleichung, sollten alle Juristinnen und Juristen zum gleichen Ergebnis gelangen, unabhängig davon, ob sie das Konzept der Pfadabhängigkeit kennen oder nicht.

Le concept de la dépendance au sentier explique la stabilité des institutions et les marges de manoeuvre restreintes. Il trouve une application variée en sciences politiques. Cet essai présente trois thèses déduites de ce concept et les formule de sorte qu'elles puissent être appliquées aux études de droit comparé. Il vérifie ensuite si elles peuvent être confirmées dans le contexte de la comparaison de différentes législations. L'examen montre que la prise en compte par les sciences politiques de l'évolution historique, du pouvoir des acteurs ainsi que la renonciation aux prévisions des personnes procédant aux études de droit comparé sont pratiqués depuis longtemps.

L'auteure relève les autres points communs entre les sciences politiques et le droit comparé et plaide en faveur d'une prise en compte d'études comparées des données, des questions et des arguments des spécialistes des sciences politiques. Ces explications sont illustrées par des remarques relatives aux droits constitutionnels suisse et belge.

(trad. LT LAW TANK, Berne)