

# Abschlussdiskussion

Leitung: EVA SCHUMANN

SCHUMANN:

Meine Damen und Herren, ich möchte drei Komplexe herausgreifen, die jeweils mehrere Vorträge betreffen, und schlage vor, dass wir diese hintereinander diskutieren.

Der erste Komplex betrifft eine Frage, die gestern schon aufgeworfen wurde: Ist es noch zeitgemäß, an dem Souveränitätsbegriff festzuhalten, beziehungsweise beschreibt dieser nur noch einen idealtypischen Zustand? Daran anknüpfend lässt sich fragen: Wie gehen wir mit der Verselbstständigung von Institutionen und Prozessen um? Haben wir juristische Kategorien zur angemessenen Einordnung dessen, was gerade auf der europäischen Ebene passiert? Und gibt es Instrumente, um den Prozess rechtlich besser zu steuern bzw. die Entwicklung wieder einzugrenzen?

Zum zweiten Komplex: In fast allen Vorträgen wurden rechtliche Verdichtungs- und Überlagerungsprozesse angesprochen; gerade kam noch einmal das Stichwort der Pluralisierung von Recht auf und gestern haben wir mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt angefangen. Daran schließen sich zwei Fragen an: Sind die Rechtsetzungsprozesse noch transparent? Und brauchen wir hier mehr Transparenz, um auch die Rechtsschutzmöglichkeiten möglichst effektiv zu gestalten?

Der dritte Komplex geht von der Frage aus: Wie gehen wir mit der zunehmenden Rechtsfortbildung durch europäische Gerichte in den nationalen Rechtsordnungen um? Führt die europäische Rechtsfortbildung zu einem Bedeutungsverlust des demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgebers? Daran anknüpfend könnte man dann noch fragen: Welche Stellung hat die Rechtswissenschaft in diesem Vorgang? Brauchen wir eine europäische Rechtswissenschaft? Auch das ist mehrfach angeklungen.

Schließlich könnte man zu allen drei Komplexen zusätzlich die Frage stellen: Welche nationalen Strategien sollten wir verfolgen?

Ich möchte mit dem ersten Komplex anfangen, also mit der Frage nach der Verselbstständigung von Institutionen und Prozessen. Wie gehen wir damit um, haben wir schon juristische Kategorien dafür oder welche Instrumente stehen zur Verfügung, um das Ganze stärker zu steuern?

Ich darf um Wortmeldungen bitten. Herr Paulus.

PAULUS:

Sie haben angefangen mit dem Begriff der Souveränität und haben mit der Frage geendet, ob wir die Ausdifferenzierung irgendwo stoppen können. Auf das Letztere ist die Antwort ganz klar: Nein, ich glaube nicht, dass das geht, jedenfalls nicht in Europa. Auch wenn man sich die Versuche in den Vereinigten Staaten ansieht, dann glaube ich, dass sich bestimmte Bereiche verselbstständigen und so von einer globalisierten Welt, von Vernetzungen, abhängig sind, dass das nicht gehen wird. Die Frage,

die Sie dann zu Recht gestellt haben: Was bleibt von der Souveränität? Von der Souveränität bleibt die Korrelation mit der Demokratie. Solange der nationale Raum in den meisten Teilen der Welt der Primärraum der Demokratie ist, solange muss versucht werden, Rückbindungen herzustellen, und das ist eine ganz wesentliche Aufgabe. Die Ausdifferenzierung lässt sich dadurch gestalten, aber ganz bestimmt lässt sie sich nicht zurückschrauben.

SCHUMANN:

Herr Schönberger.

SCHÖNBERGER:

Ich möchte auf einen Aspekt aufmerksam machen, der bislang nicht so stark im Vordergrund gestanden hat, nämlich, dass das häufig auch Wettbewerbe zwischen sehr unterschiedlichen Funktionseliten und juristischen Eliten sind, dass also diese Verselbstständigungsprozesse häufig auch mit ganz anderen Kommunikationsebenen verbunden sind. In den Diskussionen ist mehrfach angeklungen, dass wir eine bestimmte deutsche Tradition des Dialogs von Gerichten und Rechtswissenschaft haben. Wir suchen dann häufig das Äquivalent auf den jeweiligen übergeordneten Ebenen und sind überrascht, wenn es dieses Äquivalent nicht gibt. Ein wichtiger Aspekt in der ganzen Analyse wäre daher die Frage, welche juristischen Eliten in welchen Institutionen diese Verselbstständigungsprozesse gestalten. Und da fällt mir jedenfalls auf, dass es ein Äquivalent zu diesem deutschen Dialog zwischen den Gerichten und der Wissenschaft schon in den meisten Nachbarstaaten nicht gibt und erst recht nicht in den europäischen Verselbstständigungsprozessen. Mir scheint es eine wichtige Aufgabe, darüber etwas qualifizierter zu reflektieren. Man sollte da noch einmal einen soziologischen Blick darauf werfen, der bei uns vielleicht ein bisschen zu kurz kam.

SCHUMANN:

Frau Wendehorst.

WENDEHORST:

Mir ist die Frage, ob wir mit klassischen Kategorien und Begriffen auskommen oder ob wir neue brauchen, ein bisschen zu groß – vor allem weil wir sehr viele Phänomene in diesen zwei Tagen angesprochen haben. Mir scheint aber doch eines ganz deutlich geworden zu sein, und darin liegt die große Bedeutung sowohl der Rechtsgeschichte als auch der Rechtsvergleichung: In dem Moment, wo wir sowohl in zeitlichen Dimensionen als auch örtlich nur ein wenig über den Tellerrand schauen, wird uns sofort vor Augen geführt, wie relativ alle diese Kategorien – Souveränität und so weiter – sind, mit denen wir operieren, und auf wackeligen Füßen unser Kategorie- und Begriffsgebäude doch eigentlich steht. Und ich glaube, das müsste der erste Schritt sein: sowohl historisch als auch vergleichend eine viel größere Vielfalt von Kategorien und Begriffen zu bekommen, die uns dann wahrscheinlich – dafür

besteht eine gewisse Vermutung – auch in die Lage versetzen, die sich jetzt abzeichnenden Veränderungen adäquat zu erfassen.

SCHUMANN:

Ein Plädoyer für die Grundlagenfächer höre ich immer gerne. Gibt es noch weitere Anmerkungen dazu? Herr Starck.

STARCK:

Ich möchte dazu eine ganz kurze Bemerkung machen. Wenn Sie den Souveränitätsbegriff als so relativ bezeichnen, dann kann ich nur sagen: Dieser ist historisch tief im Völkerrecht und in den Verfassungen der Länder verwurzelt. Man kann dann natürlich fragen: „Was bedeutet das im Einzelnen?“, aber ich würde nicht den Begriff relativieren.

SCHUMANN:

Herr Link.

LINK:

Natürlich bedeutet Souveränität aber trotzdem zu verschiedenen Zeiten etwas anderes. Bei BODIN ist Souveränität etwas anderes als unter der Herrschaft des Grundgesetzes. Bei BODIN ist Souveränität die Addition von Hoheitsrechten, während das Letztentscheidungsrecht bei BODIN noch nicht thematisiert wird.

SCHUMANN:

Herr Heun.

HEUN:

Den Begriff der Souveränität kann man einmal rechtlich fassen, und das geht immer leicht durcheinander mit der Frage: Wie weit sind die Staaten dann auch faktisch souverän? Und das ist eine ganz andere Frage. Man kann ja durchaus an dem Souveränitätsbegriff festhalten, muss sich aber über eine immer stärkere faktische Relativierung dessen im Klaren sein. Das eine widerspricht nicht unbedingt dem anderen. Abgesehen davon bin ich auch nicht so sehr davon überzeugt, dass wir bei allen neuen Phänomenen sofort den richtigen Begriff und die Einordnung haben müssen. Man hat sich mehrere hundert Jahre über die Frage gestritten, was das Heilige Römische Reich ist, und hat nie eine vernünftige Definition gefunden, trotzdem hat es 800 Jahre bestanden. Und es gibt auch Übergangsphänomene, wo sich die Begriffe erst neu herausbilden müssen. Deswegen kann man dennoch versuchen, die Phänomene juristisch auf einer etwas kleinteiligeren Ebene in den Griff zu bekommen und das kann als erster Zugang auch häufig ausreichen.

SCHUMANN:

Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Der Souveränitätsbegriff ist meines Erachtens nur ein Beispiel. Ihr Referat, Frau Schumann, und das von Herrn Ruffert haben doch gezeigt, dass wir stärkere Versuche

der Dogmatisierung benötigen. Dogmatik kommt etwas in Verruf und viele halten die deutsche Rechtswissenschaft für zu dogmatisch – etwa im Vergleich zum angloamerikanischen Bereich. Da ist sicher etwas dran, wir können das thematisieren, aber wir merken doch gerade in Ihrer Analyse der EGMR-Rechtsprechung, dass diese ein Stück weit beliebig ist. Und das Beliebige, was auch hinter dem Pluralismusbegriff stecken kann, und die Versuche des Kollisionsrechts, vorhersehbare Regeln zu entwickeln, Rechtssicherheit wieder zu schaffen, damit wir *vorher* wissen, was entschieden wird und nach welchen Regeln das geht, zeigen, dass eine große Unsicherheit durch diese Pluralisierung, durch diese Vielfalt, entstanden ist. Das Ganze ist so komplex, dass selbst die Rechtswissenschaft, die sich professionell damit beschäftigt, Schwierigkeiten hat, den Überblick zu behalten, geschweige denn, es im Hörsaal zu vermitteln oder dem Bürger einen verlässlichen Rechtsrat darüber zu geben. Da spielen Begriffe wie etwa Souveränität – aber auch andere – eine ganz zentrale Rolle.

SCHUMANN:

Jetzt sehe ich ganz viele Meldungen, Herr Starck, bitte.

STARCK:

Ich würde bei der Bemerkung von Herrn Schorkopf einen Übergang zu dem dritten Komplex sehen, den Sie angeschnitten haben. Der Vortrag von Herrn Grabenwarter und auch der von Ihnen, Frau Schumann, haben mir etwas deutlich gemacht: Dass man um die Rechtsentwicklung fast Angst haben muss, wenn man sich überlegt, dass der EuGH und auch der EGMR mit einer Besetzung von Richtern entscheiden, die mehr oder weniger zufällig ist. Ich will ein Beispiel vom EuGH nehmen: Bei jedem Fall gibt es einen zuständigen Generalanwalt und die Generalanwälte machen große Voten oder Ausarbeitungen, die dann weitgehend vom EuGH übernommen werden; ganz selten entscheidet dieser anders. Treffend ist aber schon der Ausdruck *Generalanwalt*, denn die Generalanwälte sind nicht auf bestimmte Komplexe spezialisiert, sodass es passieren kann, dass ein Generalanwalt eine Sache bekommt, die schon ähnlich entschieden wurde. Aber die Frage ist: Greift er auf das zurück, was in der früheren Entscheidung eine Rolle gespielt hat? Das BVerfG ist das Gegenbeispiel dazu: Es hält die Linie der Rechtsprechung ein und wenn das einmal nicht geschieht, dann wird dies ziemlich ausführlich begründet. Das beste Beispiel ist die Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung, da hat das Gericht zweimal einen großen Wechsel vorgenommen und hat dies aber auch ausführlich erklärt. Wenn Sie jetzt den EGMR ansehen, dort gibt es 47 Richter und die kleinen Kammern sind so zusammengesetzt, dass man sich wundern muss, dass da noch etwas herauskommt, was einigermaßen zu überschauen ist. Ich komme noch einmal auf die Frage, die schon angesprochen worden ist, zurück: Welche Aufgabe haben die Rechtswissenschaft und die Dogmatik? Da stehen wir in Deutschland etwas einsam da, weil wir immer danach suchen. Aber daran müssen wir weiter arbeiten.

SCHUMANN:

Wenn ich das vielleicht noch ergänzen darf: Ich wollte meinen Vortrag eigentlich etwas anders anlegen und hatte die Hoffnung, dass ich die Auslegungsmethoden des EGMR anhand von Beispielen veranschaulichen könnte. Nachdem ich mir aber etwa fünfzig Urteile aus dem Bereich des Familienrechts angesehen hatte, war völlig klar, dass dies nicht funktioniert, weil die Begründungen an vielen Stellen willkürlich wirken oder besser gesagt: Die Entscheidungen sind ergebnisorientiert und man hat das Gefühl, dass eine Begründung nach Festlegung des Ergebnisses nachgeschoben wird. Das ist etwas, das uns nicht vertraut ist, weil wir die Rechtsprechung des BVerfG gewöhnt sind. Da gibt es klare Linien, da gibt es auch gelegentlich leichte Kurskorrekturen, aber es gibt nicht ständig Ausreißer. Mit der Art, wie der EGMR seine Urteile begründet, können wir hingegen nicht gut umgehen.

Jetzt hatte ich aber noch Herrn Oestmann als nächstes.

OESTMANN:

Ich muss sagen, wenn auf einer Tagung so viele Kollegen aus verschiedenen Bereichen des geltenden Rechts zugegen sind, dann fällt mir aus der Beobachterperspektive etwas auf, wenn man fragt: Was ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft? Ich glaube, es gibt eine unglaubliche Selbstbeschränkung, die ich überhaupt nicht verstehe. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich ganz häufig mit dem Nachvollzug von Rechtsprechung, das heißt, man stellt Entscheidungen dar und sagt dann, ob man diese gut oder schlecht findet. Aber eine souveräne Rechtswissenschaft müsste eigentlich Maßstäbe vorgeben, an denen sie selbst die Rechtsprechung misst. Und dann könnte die Rechtswissenschaft auch zur Rechtssicherheit beitragen. Es werden immer nur Entscheidungsrezensionen und keine großen Lehrbücher mehr geschrieben. Das ist aus meiner Sicht ein ganz großes Problem und die Ursache dafür, dass in der Wahrnehmung die Rechtsprechung immer wichtiger wird.

SCHUMANN:

Dann habe ich noch einmal Herrn Schönberger.

SCHÖNBERGER:

Ergänzend zu dem Punkt: Ich glaube, dass dahinter auch noch das Grundsatzproblem steht, dass wir zu wenig über die besonderen Bedingungen der deutschen Rechtsdogmatik nachdenken. Es ist ja eine sehr verbreitete Klage, dass dort alles offenbar ganz anders funktioniert und dass es doch so gut funktionieren könnte, wenn es so wäre wie bei uns. Aber unsere gesamten Diskussionen zeigen doch, dass es für eine Institution wie den EGMR im Grunde unmöglich ist, so etwas wie dogmatisch gesättigte Jurisprudenz zu produzieren – aufgrund vieler institutioneller Faktoren und aufgrund der Vielfalt der Richterpersönlichkeiten. Ich denke daher, dass Reflexion mehr sein muss als die Klage: „Warum ist es in dieser Institution nicht so wie bei uns?“. Wir müssen umgekehrt fragen: „Welche sehr besonderen Bedingungen haben denn bei uns zu dieser Situation geführt?“. Und dann müssen wir fragen: „Wie gehen wir mit

andersartigen Institutionen um?“. Die werden wir nicht in unsere Richtung drängen können. Also müssen wir stärker überlegen, was denn an unserer Tradition besonders ist und was wir überhaupt unter den Umständen anbieten können. Das würde ich für eine sinnvollere Frage halten, weil wir sonst immer diesen Klagegestus bekommen. Der Klagegestus, der ist sehr vertraut; es ist derjenige des deutschen Dogmatikers, der immer sagt: „Bei uns ist die Welt so schön und geordnet, und jetzt stehen wir hier vor dem Chaos dieser Institution.“ Das finde ich auch für unsere Reflexionsperspektive unbefriedigend.

SCHUMANN:

Dann würde ich daran noch einmal meine letzte Frage anschließen: Welche Strategien sollten wir denn verfolgen?

SCHÖNBERGER:

Also ich finde, *eine* Strategie müsste auf jeden Fall sein, den EGMR auch stärker als *case-law*-Gericht zu behandeln. Vielleicht müssen wir auch nicht alles generalisieren, was da gemacht wird; vielleicht müssen wir diese Entscheidungen auch einfach einmal als Einzelentscheidungen stehen lassen oder auch einmal ignorieren und nicht gleich wieder versuchen, aus ihnen irgendein System zu basteln, das das Gericht selbst gar nicht vor Augen hat. Das wäre eine Form. Ich denke, ein Problem könnte auch unser dogmatischer Habitus sein, dass wir sofort mit unserer Dogmatisierungsmaschine an diese Entscheidungen, die nicht als dogmatisierbare Entscheidungen produziert werden, herangehen.

SCHUMANN:

Herr Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Unsere Wissenschaft steht vor allem vor neuen Fragen, besonders vor der Frage, dass die Idee von Menschenrechten in unterschiedlichen Referenzsystemen gedacht werden muss. Wir haben in den letzten sechs Jahrzehnten gelernt, das Thema Menschenrechte im Kontext der deutschen Verfassung zu diskutieren. Wir erkennen nun zunehmend, dass sie nur ein Referenzsystem unter mehreren ist. Auch die EMRK ist ein solches Referenzsystem und in diesem Referenzsystem werden Grundrechte anders gedeutet und haben andere begriffliche Formen erfahren. Jetzt kommt die Grundrechtecharta der Europäischen Union dazu. Wir können die Aufgabenfelder der Menschenrechtskataloge voneinander thematisch abgrenzen, aber wir können nicht unterschiedliche Tendenzen in der Deutung der Menschenrechte in diesen verschiedenen Referenzsystemen leugnen. Art. 6 Abs. 5 GG hat auch schon immer die Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern gefordert. Nur ist daraus etwas anderes geworden als das, was der EGMR aus dem Respekt gegenüber dem Privat- und Familienleben folgert. Man muss sich einmal Art. 8 EMRK durchlesen: Es ist ein Menschenrecht, das Privat- und Familienleben zu respektieren. Was folgt daraus für die Behandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern? Das

ist ein weiter Weg, der da zu beschreiten ist. Das Diskriminierungsverbot muss man natürlich sehen, aber gleichwohl: Die Normsätze sind relativ offen, sie sind relativ inhaltsarm und sie leben von der Deutung, die eben wegen der unterschiedlichen Referenzsysteme auch unterschiedlich ausfällt.

SCHUMANN:

Jetzt habe ich nur noch Herrn Paulus auf meiner Liste. Bitte.

PAULUS:

Das ist jetzt natürlich eine große Verantwortung. Ich will auf die dritte Frage noch antworten, auch im Sinne meines Vorredners. Wir müssen mehrere Dinge in Deutschland lernen. Wir müssen lernen, mehr Veranstaltungen wie die der letzten beiden Tage zu machen, das ist ganz wichtig – also übergreifend über die Bereiche des Öffentlichen Rechts, des Strafrechts und des Zivilrechts hinaus; sowohl mit Kollegen, die sich eher mit dem nationalen Recht beschäftigen, als auch mit solchen, die sich eher mit dem internationalen beschäftigen. Die europäischen Menschenrechtler in Deutschland reden seit dreißig Jahren über den *European public order*, weil es da auch sehr früh Entscheidungen des EuGH und der Europäischen Kommission für Menschenrechte gab. Das ist zu den Kollegen, die die deutsche Grundrechtsdogmatik ausgebaut haben, nur langsam vorgedrungen. Es gibt natürlich – wie Herrn Starck – auch Pioniere in der Zusammenarbeit, aber das war nicht allgemein so. Da müssen wir alle, sowohl im nationalen wie auch im internationalen Recht, besser werden. Wenn ich mir zum Beispiel die deutsche Europarechtswissenschaft anschau, dann gibt es sehr viele, die „deutsches Europarecht“ betreiben – sehr stark dogmatisiert, sehr stark auf das Verwaltungsrecht bezogen. Aber die EU hat 28 Mitgliedstaaten und dieser Dialog ist nicht so weit, wie er sein könnte und vielleicht auch sein müsste. Ich fand es zum Beispiel sehr aufschlussreich, beim gemeinsamen Seminar von Richtern unseres Hauses, vom Conseil d'Etat und vom britischen Supreme Court unsere Gleichheitsrechtsprechung vorzustellen. Und die Augen der Kolleginnen und Kollegen aus den beiden anderen Ländern waren groß und beide haben gesagt: „Das könnten wir politisch überhaupt nicht überleben, so eine Gleichheitsrechtsprechung zu machen.“ Gleichzeitig hatten die Franzosen, die doch die *égalité* hochhalten, selbst überhaupt kein dogmatisches Gerüst, wie sie an die *égalité* herangehen. Also diese Art von Dialogen brauchen wir häufiger – ich glaube, das ist doch ein positives Schlusswort.

SCHUMANN:

Ich greife das gerne auf und darf zum Schluss nochmals ganz herzlich allen Referenten und Diskutanten danken.

