

3. Aussprache und Schlussworte

Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und nationalen Recht

Matthias Jestaedt: Liebe Kolleginnen und Kollegen, darf ich Sie bitten, Platz zu nehmen? Aufgrund der Anzahl der Wortbeitragsmeldungen können wir heute die Redezeit auf vier Minuten anpassen.

Alexander Somek: Ich habe zwei, vielleicht drei Bemerkungen. Die erste an *Stefan Griller*. Eigentlich will ich nur nochmal eins drauflegen. *Stefan*, Du hast sehr vorsichtig, höflich und umsichtig die Möglichkeit des Pluralismus in Frage gestellt und angedeutet, dass im Ernstfall dann doch so etwas wie Dualismus herauskommen müsste. Wenn das Deine These war, muss ich sagen, ich teile Deinen Eindruck. Zwar erzählen Pluralisten wie Daniel Halberstam uns immer wieder, dass es so eine *grammar of justification* gibt, mit der man dann wechselseitig Rücksichtnahme gegeneinander pflegen kann, wenn man auf eine Kollision zugeht. Aber ich glaube, im Ernstfall muss dann entschieden werden, was Vorrang hat, und dann wird es wahrscheinlich die eigene Rechtsordnung sein. Und diesen Ernstfall wollen die Pluralisten immer ausschließen, aber er könnte eintreten, und davor schrecken sie zurück. Das ist nur das Eine. Das Zweite natürlich, Entschuldigung, kraft meiner Biografie fühle ich mich herausgefordert, etwas zur intellektuellen Situation des Rechtsdenkens in den Vereinigten Staaten zu sagen. Erstens: Es ist richtig, dass der amerikanische Rechtsrealismus wichtig ist, um den gegenwärtigen Zustand der amerikanischen Rechtswissenschaft zu erklären. Sie ist aber überhaupt nicht ko-extensiv mit dem amerikanischen Rechtsrealismus. Was sich vom amerikanischen Rechtsrealismus erhalten hat, ist nicht der Regelskeptizismus des Jerome Frank, das würden viele zurückweisen, auch jene, die sich heute als Rechtsrealisten verstehen; sondern die Ablehnung der Begriffsjurisprudenz, übersetzt als *conceptualism*, wie man sie exemplarisch bei Felix Cohen findet. Damit geht ein Grundverdacht einher oder sagen wir eine Perspektive auf die Begründung der juristischen Entscheidung, die immer unterstellt, dass nicht genügend Entscheidungsgründe in ihnen eigentlich aufscheinen. Dass irgendetwas verborgen bleibt, sei es aus pragmatischen Grün-

den – wie Zeitdruck –, sei es, weil etwas verschleiert werden muss. Daher das Bemühen in der amerikanischen Rechtswissenschaft, zunächst einmal eine zureichende soziologische Erklärung für das Entscheidungsverhalten zu finden und zweitens eine gute oder bessere Rechtfertigung. Das erklärt auch, warum die Sozialwissenschaften so wichtig sind in der amerikanischen Rechtswissenschaft; und das erklärt auch, warum die praktische Philosophie und politische Philosophie eine so große Rolle spielen, weil das gesamte Erklärungs- und vor allem Rechtfertigungspotential da nun einmal ausgepackt wird. Dritter Punkt: Es gibt schon einen Botschafter des deutschen Verfassungsrechts in den Vereinigten Staaten. Sein Name ist Russell Miller. Er hat das Buch von Donald Kommers fortgesetzt. Er hat eine unglaubliche Leistung erbracht. Eine unübersetzbare Sprache hat er ins Englische übersetzt, auf eine Art und Weise, dass sie dem englischsprachigen Publikum wirklich zugänglich ist. Ich möchte ihn an dieser Stelle ausdrücklich loben. Was natürlich passiert, wenn diese Übersetzung gelingt, ist, dass aus dem deutschen Verfassungsrecht *case law* wird. Das ist daraus geworden. Ich bin daher ein bisschen skeptisch, was die Möglichkeit betrifft, dass sich die deutsche Kommentarkultur gut mitteilen lässt im angloamerikanischen Kontext. Das wird nicht funktionieren. Aber die Grundgedanken des deutschen Verfassungsrechtsdenkens lassen sich so sehr gut kommunizieren und in die Welt ausbreiten, und Russel Miller, wie gesagt, ist der große Botschafter.

Oliver Lepsius: Ich beziehe mich in erster Linie auf das Referat von Herrn *Kischel*, das mir ganz ausgezeichnet gefallen hat. Das war ein wunderbarer, ausgewogener Bericht in geschliffener Sprache – bis zur Minute 37. Seitdem wundere ich mich über die orthodoxe Wagenburgmentalität, die zum Schluss, wie ich fand, das Referat verdarb. Der Respekt vor der Dogmatik, der eingefordert wurde, trifft nun gar nicht meine Befindlichkeit. Denn die deutsche Rechtswissenschaft wird durch Herrn *Kischel* hier auf einen dogmatischen Zugriff reduziert, den ich so in unserer Rechtswissenschaft nicht sehe. In der Weimarer Republik haben wir keine Dogmatik betrieben und das war sicherlich für das Öffentliche Recht ein Höhepunkt der deutschen Rechtswissenschaft. In den Fünfzigerjahren, als etwa *Ernst Forsthoff* sein Lehrbuch zum Verwaltungsrecht schrieb, hatten wir auch kein dogmatisches Selbstverständnis. Ich glaube, der Begriff fällt in seinem Lehrbuch überhaupt nicht. Und wenn wir fragen, welche Neuerungen die deutsche Rechtswissenschaft so wirklich vorangebracht haben in den letzten 30 Jahren, dann war das die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, also keine genuin dogmatische Leistung, sondern eine kasuistisch-judikative, sowie der Anstoß des Europarechts, also auch nicht gerade das, was wir unter Dogmatik verstehen. Insofern verstehe ich nicht, wie man die deut-

sche Rechtswissenschaft auf Dogmatik reduzieren kann, weil sich damit weder im Vergleich noch in der Geschichte, eine Fortschrittsbeschreibung verbindet. Ich finde, man sollte im Gegenteil die Rechtsvergleichung verwenden, um unser vielleicht etwas verengtes Rechtswissenschaftsverständnis wieder bewusst um jene Elemente zu öffnen, mit denen die deutsche Rechtswissenschaft ihr Ansehen in der Welt erlangt hat. Und das ist zum Beispiel die komparatistische Methode gewesen. Das ist die Öffnung zu den Nachbardisziplinen gewesen, für die ja Weimar immer noch steht. Das ist vielleicht auch eine rechtssoziologische Tradition gewesen, die wir dann im Namen einer Hyperdogmatisierung ab den 1980er-Jahren aufgeben haben. Von daher ist die Strategie, die *Uwe Kischel* empfiehlt, nämlich die deutsche Rechtswissenschaft durch Respekt vor der Dogmatik im komparativen Vergleich zu festigen und zu sichern, genau die falsche Strategie, weil es eine Strategie ist, die uns nicht den Fortschritt im Weltdiskurs sichert und auch nicht die Aufmerksamkeit in Brüssel. Es hilft nichts, dass unsere Rechtswissenschaft in Brasilien und in Ostasien bewundert wird, wenn wir uns in Luxemburg und in Brüssel nicht mehr verständlich machen können. Es hilft nichts, dogmatisch in Brüssel in Schönheit zu sterben. Nun mag man einwenden, wir hätten unterschiedliche Dogmatikverständnisse. Aber ich glaube, was Herr *Kischel* mit Dogmatik meinte, ist insbesondere im Kontrast zum angelsächsischen Recht deutlich geworden, eine Abgrenzung gegenüber dem angelsächsischen Rechtsdenken. Die Selbstbeschreibung des deutschen Dogmatikers erschließt sich aus der Fremdbeschreibung des amerikanischen Rechts. Dazu muss man sagen, Herr *Somek* hat darauf eben schon hingewiesen: Das amerikanische Recht ist in sich sehr viel pluralistischer als wir es wahrscheinlich wahrnehmen. Es gibt nicht *die* amerikanische Rechtswissenschaft und insofern wüsste ich auch nicht, worauf sich sozusagen ein Imperialismusverdacht oder eine Abwehr gegenüber dem amerikanischen Rechtsdenken richten sollte, weil es in sich so viele Zugänge vereint, dass ich nicht verstehe, wer abgewehrt werden soll. Die Aufgaben der Zukunft liegen doch im Folgenden und sie stellen sich in Brüssel und in Luxemburg. Und die Frage ist, ob ein angelsächsisches Vorgehen oder ein dogmatisches mit diesen Umständen besser umgehen kann. Erstens: Gerichte sind Akteure geworden. Die deutsche Dogmatik allerdings ist akteurlos. Zweitens: Die Tatsachen sind viel wichtiger geworden für das Verständnis der Rechtsentwicklung. Die deutsche Dogmatik hat eine strukturelle Schwäche bei der Behandlung von Tatsachen. Drittens: Wir kommen immer mehr in eine Präjudizienrechtskultur und darauf sind wir als deutsche Dogmatiker einfach methodologisch nicht vorbereitet. Ich muss nicht erläutern, dass in all diesen drei Punkten das angelsächsische Rechtsdenken – wie immer man es beurteilen kann – überlegen ist. Insofern sollten wir uns stärker öffnen und nicht auf

dem Respekt vor deutschen Dogmatiken bestehen, denn das ist nicht der Zukunftsweg.

Ute Sacksofsky: Auch ich bedanke mich sehr für die beiden Vorträge. Meine Bemerkungen stoßen in vielem ins gleiche Horn wie die meiner Voredner, an die ich daher gut anschließen und einen Punkt deutlich kürzer als geplant halten kann. Die US-amerikanische Rechtsordnung scheint mir von Dir, *Uwe*, in einer Weise dargestellt, die ich nicht teile; Herr *Somek* hat die Kritik daran sehr treffend dargestellt. Daher insoweit nur noch eine ergänzende Bemerkung: Das deutsche Gegenmodell zum US-amerikanischen, welches Du so beschrieben hast, dass sich deutsche Gerichte in permanentem Gespräch mit den Professoren des Rechts befinden, kommt wesentlich dadurch zustande, dass eine ganze Reihe deutscher Professorinnen und Professoren Mitglieder von Gerichten, also selbst richterlich tätig sind. Ob die Rechtswissenschaft sonst so intensiv von der Praxis zur Kenntnis genommen würde, wie Du behauptest, bezweifle ich. Und umgekehrt möchte ich im Hinblick auf die USA daran erinnern, dass es auch in den USA, gerade im Verfassungsrecht, viele Professoren gibt, die als Prozessvertreter auftreten, und dadurch durchaus ins Gespräch mit den Gerichten treten. Ich hege also erhebliche Zweifel an Deiner Zustandsbeschreibung und verzichte darauf, Deine Darstellung des Diskurses in der Rechtswissenschaft in den USA weiter kritisch zu hinterfragen. Einen grundlegenden Einwand möchte ich jedoch im Hinblick auf die Art des Sprechens über Rechtsdiskurse erheben: Du sprichst immer von *dem* französischen Diskurs, *dem* deutschen Diskurs, *dem* amerikanischen Diskurs. Offen gestanden: das schaudert mich geradezu, weil es impliziert, dass es einen einheitlichen Diskurs gibt. Heute Nachmittag werden wir ja vielleicht ein bisschen was dazu hören, dass diese Diskurse gerade nicht monolithisch sind. Problematisch an einer solchermaßen vereinfachenden Darstellung ist, dass man Diskussionen innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung nicht wahrnimmt; Gegenstimmen, Stimmen von Minderheiten werden marginalisiert. Parallele Phänomene finden wir manchmal, wenn unsere Nachbardisziplinen schlechte Interdisziplinarität betreiben und sich einen Rechtswissenschaftler, z.B. *Böckenförde*, heraussuchen und dann Rechtswissenschaft darüber definieren, wie *Böckenförde* sie versteht. Damit können sie dann affirmativ oder kritisch umgehen, aber das Grundproblem bleibt, dass die Rechtswissenschaft nur aus einer Perspektive wahrgenommen wird. Dies ist zu kurz gegriffen. Denn das Herausgreifen eines Teils des Diskurses als einzig relevant bringt Hierarchisierung und Kanonisierung mit sich. Dann muss man nämlich entscheiden: Wer ist eigentlich der deutsche Diskurs? Und das finde ich problematisch; immerhin bringen wir den Studierenden auch bei, an der h.M. zu zweifeln. Schließlich mein letzter Punkt: zu Deinen Thesen (27) und (28)

zur Frage der Rolle der Interdisziplinarität. Dein Zurückweisen von „mehr Interdisziplinarität“ kann man in zwei Weisen verstehen: Man kann es lesen, wie es in These (28) klingt. Da wird jedoch ein Feindbild aufgebaut, welches meines Erachtens ein Popanz ist. Keiner tritt für mehr Interdisziplinarität mit dem Ziel ein, Anschlussfähigkeit an die USA herzustellen; die Abwehr einer solchen Position ist daher überflüssig. Dann aber bleibt die Frage: warum dieses Hervorheben von weniger Interdisziplinarität? Mir scheint dies nicht der Weg der Zukunft. Was ich daran schade finde, ist – *Oliver Lepsius* hat es Wagenburgmentalität genannt – die Botschaft Deines Vortrages: Lasst uns so weitermachen wie bisher; allenfalls die Studierenden wollen wir mit mehr Internationalität vertraut machen. Das kann nicht überzeugen. Viele werden vermutlich zustimmen, dass das Potential des deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurses international nicht hinreichend vertreten ist. Die Antwort auf dieses Problem kann aber doch nicht sein: Wir fordern Respekt von den anderen ein. Im Gegenteil muss die Frage doch lauten: Was können wir tun? Klar: Mehr auf Englisch oder in anderen Sprachen zu publizieren, mag hilfreich sein, aber ob es ausreicht, bezweifle ich doch sehr. Insgesamt also: Den Anfang des Vortrags fand ich großartig, insofern kann ich mich *Oliver* anschließen, aber die Konsequenzen am Schluss kann ich nicht teilen.

Tonio Klein: Mit ein paar Anmerkungen zum hervorragenden Referat von Ihnen, Herr *Griller*, möchte ich beginnen. Alle Rechtswissenschaft ist auf die Erkenntnis der Gerechtigkeit gerichtet. Mit diesem Zitat vom Kollegen *Jörn Ipsen* möchte ich versuchen, ein paar Entgegensetzungen, insbesondere ausgehend vom Rechtsbegriff in These 3, ein bisschen die Schärfe zu nehmen. Auch Positivisten sehen die Gesetzesbefolgung nicht als Selbstzweck, sondern als Postulat der Gerechtigkeit. Das ist keine Alternative, das ist ein Oberbegriff. Um welche Gerechtigkeit geht es? Diese Debatte gibt es ja nicht nur auf der internationalen, sondern auch auf der nationalen Ebene, z.B. der Abschuss einer Passagiermaschine, die für einen Terroranschlag missbraucht werden soll. In der aus Theater und Fernsehen bekannten Adaption des Falles von Ferdinand von Schirach wirft die Staatsanwältin dem angeklagten Schützen vor – ich kann das nicht ganz so schneidig wie Martina Gedeck –: „Sie haben entschieden.“ Und genau darum geht es bei der Gerechtigkeit des Positivismus. Gerech ist, mangels objektiver Bestimmbarkeit, was bestmöglich legitimierte Institutionen und eben nicht einzelne Akteure dafür halten. Von daher ist ein anderes Zitat aus diesem Film falsch. Die Staatsanwältin sagt auch: Recht und Moral seien strikt voneinander zu unterscheiden. Nein, da hat sie Unrecht. Die positivistische ist auch eine moralische Position. Von daher sind die Ebenen der Diskurse und die Unterschiede der Rechtsbegriffe ein bisschen zu nivellieren, wenn

auch nicht vollständig anzugleichen. Auf nationaler Ebene sind wir vielleicht im Legitimationsgrad der Entscheider der völkerrechtlichen Ebene ein bisschen voraus. Der Armenienresolution des Bundestages vertraue ich beispielsweise mehr als einer israelkritischen Resolution oder Erklärung des UN-Menschenrechtsrates, dessen Zusammensetzung und tendenziöse Ausrichtung in dieser Hinsicht ja bekannt ist, oder jedenfalls nach meinem Ermessen nicht ganz geleugnet werden kann. Die Unterschiede der Ebenen sind damit nur graduell. Und hinzukommt, dass auch auf der nationalen Ebene die normative Kraft des Faktischen vielfach diskutiert wird. Denken wir an den Begriff der Ehe. Denken wir im genannten Flugzeugabschussfall an den gerade „übergesetzlich“ genannten Notstand. Denken wir an die gestern schon angesprochene Frage nach der Grenzöffnung im Herbst 2015 – Herrschaft des Rechts oder Herrschaft des Unrechts? Denken wir auf der EU-Ebene an die *no bail out*-Klausel und den teilweise „Uminterpretation“ oder „Weginterpretation“ genannten Umgang hiermit. Ich möchte beileibe nicht die Unterschiede und die Fragmentierungsgefahren eibebnen, möchte dem aber dann doch ein wenig die Schärfe nehmen. Die Ebenen einerseits und die Rechtsbegriffe andererseits haben meines Erachtens etwas mehr Gemeinsamkeiten als es in Ihrem Referat, Herr *Griller*, angeklungen ist.

Karsten Nowrot: Zunächst einmal auch von meiner Seite herzlichen Dank für die beiden wirklich vortrefflichen Referate. Meine Frage bzw. wohl eher fragende Bemerkung richtet sich an Herrn *Griller*. Lieber Herr *Griller*, Sie haben zum einen zu Recht die strukturellen Unterschiede zwischen dem Völkerrecht einerseits und dem innerstaatlichen Recht andererseits hervorgehoben, welche sich im Prinzip wohl auch nicht bestreiten lassen. Zum anderen haben Sie – wohl ebenfalls im Grundsatz vollkommen zu Recht – herausgestellt, dass die Diskurse über Fragmentierung in der Rechtswissenschaft gerade auch bezogen auf das Völkerrecht primär charakterisiert sind durch das Bemühen, Fragmentierungen zu vermeiden, abzuschaffen, auszublenden bzw. zu überwinden. Gleichwohl halte ich es jedoch für hervorhebenswert, dass dies nicht die einzig mögliche oder auch nur einzig vertretbare Diskursausrichtung oder Diskursperspektive zur Fragmentierung im Völkerrecht bildet. Den Begriff der Fragmentierung kann man nämlich – selbst wenn er, wie wir ja gestern schon gehört haben, eher negativ besetzt ist – durchaus auch positiv wahrnehmen, wenn man ihn aus einer inhaltsbezogenen Perspektive als einen Prozess ansieht – und das führt dann meine beiden eingehenden Bemerkungen zusammen – der zu einer Angleichung des Völkerrechts an das innerstaatliche Recht führt. Um nur drei Beispiele zu nennen: Erstens, die Ausweitung der Regelungsbereiche bzw. der Politikfelder, für die das Völkerrecht zumindest mitbestimmend

ist. Zweitens, die mit dieser Entwicklung einhergehende Ausdifferenzierung der Treffräume – so hatten wir das gestern, glaube ich, genannt – oder Diskursräume durch Spezialisierung innerhalb der Völkerrechtslehre. Drittens, die Zunahme und Ausdifferenzierung gerichtlicher sowie gerichtsähnlicher Institutionen im Völkerrecht. Das sind ja alles Erscheinungen, die als Fragmentierungsphänomene wahrgenommen werden bzw. werden können. Zusammengenommen lassen sie jedoch auch die Deutung zu, dass sich hier das Völkerrecht bezogen auf seine Ordnungsstrukturen und seine Diskursstrukturen in gewissem Umfang an das innerstaatliche Recht angleicht. Und diese Annäherung wird ja aus völkerrechtlicher Perspektive durchaus auch von vielen begrüßt. Dies lässt sich schon auf einer sehr grundsätzlichen Ebene erklären, weil man dadurch eben dem auch in Ihrem Referat angeklungenen, uralten und lästigen sowie gerade für Rechtswissenschaftler natürlich auch etwas decouragierenden Vorwurf entgeht, dass man sich, wenn man sich mit Völkerrecht beschäftigt, eigentlich gar nicht mit Recht befasst. Und wenn man die Fragmentierung aus dieser Perspektive im Sinne einer „Fragmentierung als Fortschritt“ oder eines „Fortschritts durch Fragmentierung“ betrachtet, dann muss man sich natürlich immer noch den methodischen Herausforderungen im Umgang mit diesen Fragmentierungsphänomenen im Völkerrecht stellen, die Sie ja auch angesprochen haben. Aber diese Herausforderungen werden vielleicht – und ich lasse mal ganz bewusst offen, ob ich diese Sichtweise auch teile oder nicht – in ihrer Bedeutung etwas relativiert. Denn der Betrachtungsansatz „Fragmentierung als Fortschritt“ führt dann ja dazu, dass die Fragmentierungsphänomene nicht primär als zu überwindende Krisenerscheinungen wahrgenommen werden, sondern eher als Bestandteil der sogenannten großen Fortschritts-erzählung, die die Völkerrechtswissenschaft in zentraler Weise prägt. Dies wäre dann doch zweifelsohne eine gänzlich andere Perspektive auf diese Fragmentierungsprozesse auf internationaler Ebene.

Franz Mayer: Danke an die Referenten, insbesondere an *Uwe Kischel*, weil ich meine, dass er gezeigt hat, dass die Rechtsvergleichung zu wichtig ist, um sie den Zivilrechtlern zu überlassen. Da würde ich – anders als der Kollege *Lepsius* – auch nicht bei Minute 37 innehalten. Zu der Frage, welche Fragmentierungsphänomene für das Europarecht und das europäische Verfassungsrecht von besonderem Interesse sind, habe ich doch meine Zweifel, ob die Theorienstreitigkeiten rund um den Monismus, den Dualismus, die Verfassungspluralisten und den Verfassungsverbund hier im Vordergrund stehen sollten. Meine Sicht dazu habe ich im 75. Band niedergelegt, und dass wir hier zum Teil von intellektuellen Zombies sprechen, dazu stehe ich nach wie vor. Aus Sicht des Europarechts und des europäischen Verfassungsrechts ist aus meiner Sicht viel wichtiger, die Diversi-

tät der Europarechtsdiskurse in den Blick zu nehmen – *Uwe Kischel* hat das angesprochen als Diversität der Unionsrechtsdiskurse. Wir haben in Deutschland einen anderen Europarechtsdiskurs als in Frankreich und in Großbritannien und in Dänemark und in Polen usw. Ich meine allerdings, *Uwe*, diese Diversität ist doch noch immer viel verdeckter, als Du uns das präsentiert hast. Wenn man in Deutschland die Rechtssachen Viking Laval und Åkerberg Fransson – Du hast sie erwähnt – mit einer enormen Energie diskutiert, übrigens im Ausgangspunkt gar keine deutschen Fälle, steht, glaube ich, bis heute vielen gar nicht vor Augen, dass diese Urteile anderswo in Europa überhaupt keine große Sache waren. Andersherum: Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Melloni ist in Deutschland kaum zur Kenntnis genommen worden. Es lassen sich weitere zahlreiche Beispiele zu der These nennen, die Du formuliert hast. Nun, warum ist das so divers? Es hat etwas zu tun mit den unterschiedlichen Rechtskulturen. Es liegt also nicht nur an den verschiedenen Sprachen, auch das ist bereits gesagt worden. Wir haben jedenfalls auch in Europa offenbar enorme Unterschiede, die nebeneinander bestehen. Ist das ein Problem? Ist das zu überwinden? Auch das sehe ich wie *Uwe Kischel*. Es geht nicht um etwas, das überwunden werden muss, sondern um eine Gegebenheit, die man anzunehmen hat und mit der man eben umgehen muss. Man muss diese Widersprüche aushalten. Das bedeutet auch: Man muss wissen, dass etwas Unübersetzbare bleibt. In diesem Sinne hat der französische Staatspräsident Macron gerade in seiner Europarede letzte Woche von *intraduisibles*, von „Unübersetzbarkeiten“ gesprochen. Er hat das in den Kontext einer Daueraufgabe gestellt, die nie zu Ende ist, und die an den Mythos des Sisyphos erinnert. Man kann demnach versuchen, sich auch Rechtsvergleicher als glückliche Menschen vorzustellen. Was Macron in seiner Rede auch gesagt hat und was ich auch in unserem Kontext wichtig finde, ist, dass wenn man etwas Gemeinsames, wie etwa eine Rechtsgemeinschaft, bauen will, gerade angesichts dieser unauflösbaren Differenz eine Grundvoraussetzung bestehen muss: gegenseitiges Vertrauen. Was die Rolle Deutschlands angeht, so muss man in Deutschland besser verstehen, dass man als größter Mitgliedsstaat immer unter Hegemonialverdacht steht. Und das führt mich zu einem Gesichtspunkt, den ich als Frage an *Uwe Kischel* formulieren möchte: Müssen wir nicht doch deutlicher in den Vordergrund rücken, dass es hier vor allem auch um Sensibilität gegenüber diesen Unterschieden geht? Wenn es denn zutrifft, dass Bild von der Wagenburg – da bin ich mir nicht so sicher –, muss es nicht zumindest eine sehr offene Wagenburg sein? Dazu möchte ich als Beispiel den Topos der nationalen Identität, der nationalen Verfassungsidentität nennen, der ja im europäischen Verfassungsrecht seit einiger Zeit eine wichtige Rolle spielt und dort gut etabliert ist. Diese Entwicklung sehe ich im Grundsatz auch durchaus positiv. Zugleich muss man

sich darüber im Klaren sein, dass man woanders – man denke an Spanien, man denke an Katalonien – möglicherweise Entwicklungen von enormer Tragweite auslöst, wenn man so etwas wie nationale Identität als Verfassungsthema derart in den Vordergrund rückt, wie wir das getan haben.

Matthias Mahlmann: Vielen Dank auch von mir für die Referate. Ich habe drei Anmerkungen. Eine allgemeine vorneweg zur Idee der Fragmentierung: Ich frage mich, was eigentlich der Bezugspunkt der Fragmentierungsdebatte ist? Dahinter steht ja manchmal die Idee, dass diese Fragmentierung zugenommen hätte. Wenn wir jetzt in die Historie blicken und, sagen wir mal, 60, 70 Jahre zurück, gab es eine Fragmentierung, die sich z.B. auch darauf erstreckte, dass die Europäische Menschenrechtskonvention auf Kolonien nicht anwendbar war – also eine fundamentale Fragmentierung, die sich auch auf solche wichtigen Grundrechte bezog. Und ich frage mich deswegen, ob nicht jedenfalls die These, dass da etwas zugenommen habe, sich auf eine imaginierte, vergangene Welt der Rechtseinheit bezieht, die nie bestand. Und das könnte helfen unsere ganze Diskussion in eine bestimmte Perspektive zu rücken. Die zweite Frage bezieht sich auf das interessante Referat von Herrn *Griller* und den Rechtsbegriff. Sie hatten dargestellt, dass es eine Tendenz gäbe, überrechtliche Prinzipien dem gesetzten Recht vorzuziehen und, dass Positivisten auf den Buchstaben des Gesetzes pochten. Aus meiner Sicht ist die Diskussion um den Rechtsbegriff anders gelagert. Die Frage ist: Wie verstehen wir, was der Buchstabe des Gesetzes eigentlich bedeutet? Und es gibt, glaube ich, eine weitverbreitete Wahrnehmung, dass man diese Frage nicht dadurch beantworten kann, dass man auf den Buchstaben des Gesetzes starrt, sondern indem man auf Hintergrundannahmen, auch theoretische Hintergrundannahmen rekurriert. Und Ihr Beispiel des *targeted killings* scheint mir das sehr deutlich zu illustrieren. Die Entwicklung, die dort existiert und die Sie, so habe ich es verstanden, beklagt haben und mit Recht beklagt haben, wird man nicht dadurch bekämpfen, dass man auf Buchstaben von Gesetzen blickt, sondern dadurch, dass man klärt, wie die bestehenden Normen mit einem bestimmten theoretischen Hintergrundapparat, unter anderem grundrechtstheoretischen Grundrechtsapparat, bearbeitet werden können, z.B. zur Bedeutung des Tötungsverbotes. Sie haben gesagt, in der Türkei sei jetzt ein Problem, dass Meinungsfreiheit aufgrund eines anderen Sprachgebrauchs der Meinungsfreiheit eingeschränkt werde. Ich glaube, es ist kein Problem der türkischen Sprache, das wir da erleben. Es ist das Problem eines autoritären Regimes, das das tut, was autoritäre Regime machen, nämlich Meinungsfreiheit zu beschränken. Und auch hier ist die Antwort der Rückgriff auf solche Hintergrundannahmen, genauer grundrechtstheoretische Annahmen, die aus meiner Sicht der eigentliche

Kern der Sache sind. Die dritte Bemerkung richtet sich an Herrn *Kischel*. Ich möchte ein kleines konkretes Beispiel aus dem amerikanischen Verfassungsrecht nennen. Ich gehöre auch zu den Leuten, die sich nur sehr wenig in Ihrer Beschreibung wiedergefunden haben. Ich kann auch nicht wahrnehmen, dass in den Law Schools, an denen ich schon Teile meines Lebens verbracht habe, eine längere Zeit irgendwie der Rechtsrealismus die herrschende Doktrin gewesen sei. Dort finden Sie alles Mögliche, von Verhaltensökonomie bis zu Tugendjurisprudenz, aber aus meiner Sicht relativ wenig Rechtsrealismus in der Form, in der er einmal formuliert wurde. Ein konkretes Beispiel, das mir einfällt, ist die Auseinandersetzung um *emolument*. Die entsprechenden Klagen – vier Stück gibt es – drehen sich um die *emoluments clause*, die in der amerikanischen Verfassung verankert ist, also um das Verbot von Vorteilsannahmen. Und da gibt es die Frage, was heißt *emolument*? Riesige, historische Analysen auf höchstem Niveau, eine Methodendiskussion um *originalism* und die Frage, ob vielleicht eine teleologische Auslegung im Verhältnis zu einer Wortlautinterpretation wichtiger ist, prägen diese Debatte – und dabei geht es um das große Thema der amerikanischen Präsidentschaft! Und wenn Sie sich eine solche Diskussion anschauen, dann ist das, wenn ich das sagen darf, mindestens auf so hohem rechtswissenschaftlichen Niveau wie irgendwo sonst auf der Welt. Das führt aus meiner Sicht zu einer wichtigen Erkenntnis: Sie haben sich, Herr *Kischel*, auf postmoderne Sprachtheorie bezogen. Ich glaube, in der Welt gibt es sehr viele Leute, die der Meinung sind, dass diese postmoderne Sprachtheorie keine große Lebendigkeit ausstrahlt. Und dahinter steht die Annahme, dass es eben so etwas wie ein geteiltes Sprachvermögen gibt. Und es liegen dafür viele Theorieangebote vor, die das auch reflektieren. Meine These oder meine Frage ist dann: Geht es bei diesen Diskussionen nicht um die Gefahr, eine sozusagen kultur- und sprachessentialistische Verdeckung der eigentlichen normativen und eben auch politischen Fragen zu betreiben? Also: Geht es nicht um diese themen- und grundsatzbezogenen Analysen? Und wenn das so ist, würde mich interessieren: Ist das eine Gegenthese zu Ihrem Referat oder vielleicht kompatibel mit ihren Überlegungen?

Markus Kotzur: Erlauben Sie eine doppelte Nachfrage an die beiden sehr inspirierenden Referate. Insbesondere Herr *Kischel* hat den Zusammenhang zwischen der Diversität des Befassungsgegenstandes und der Diversität der Diskurse über den Befassungsgegenstand differenziert ausgearbeitet und anschaulich gemacht. Es bestehen da sicherlich wichtige Interdependenzen, aber ich glaube, es bestehen keine Kongruenzen. Denn die Metaebene der Betrachtung von etwas mag ganz andere Diversitäten aufweisen. Man kann sehr unterschiedliche Gegenstände aus ein und derselben gemeinsa-

men Perspektive betrachten und umgekehrt ein und denselben Gegenstand aus sehr unterschiedlichen Perspektiven. Und daher meine Frage an beide Referenten: Ist Ihnen bei Ihrer Recherche zum heutigen Thema gerade hier auch unter Umständen eine Fragmentierung aufgefallen? Gibt es unterschiedliche Perspektiven, so dass die Diversität des Befassungsgegenstandes nicht unbedingt durch die gleichen Diversitäten der Diskurse reflektiert würde? Daran schließt sich meine zweite Frage an. Herr *Lepsius* hat es schon angedeutet: Diskurse werden von Akteuren geführt. Akteure, die Diskurse anregen, adressieren ein bestimmtes Publikum. Sie verfolgen bestimmte strategische Ziele und ich glaube, das ist für unsere Diskussion von großer Bedeutung. Wenn wir ins Völkerrecht schauen: Diejenigen, die den Völkerrechtskonstitutionalismus betreiben, diejenigen, die mit einem *critical legal studies*-Ansatz an das Völkerrecht herangehen, diejenigen, die aus der Perspektive der *postcolonial studies* auf völkerrechtliche Fragen blicken, tun das nicht nur mit einem theoretischen Anspruch und aus innerer Überzeugung, sondern durchaus mit strategischer Zielsetzung. Sie lassen sich ein in einen Wettbewerb um Gestaltungsmacht. Sie wollen Einfluss gewinnen. Sie wollen auch ein Stückchen weit internationale Diskursforen beherrschen. Und hier meine Frage: Ich fände es sehr interessant zu erforschen – vielleicht ist das allerdings mit dem Handwerkszeug des Juristen gar nicht festzustellen – ob die Diskursakteure auf völkerrechtlicher, auf europarechtlicher, auf nationalrechtlicher Ebene unterschiedliche Strategien verfolgen und vor allen Dingen, wie es mit jenen Diskursakteuren aussieht, deren Rollenprofile verschwimmen, weil sie sowohl Richterinnen/Richter an einem höchsten Gericht sind, weil sie akademisch ausgebildete Juristinnen/Juristen mit einer Professur sind, weil sie vielleicht in anderen, praktischen Wirkungszusammenhängen schon aktiv waren. Das ist sicherlich eine überkomplexe Fragestellung, aber diese Akteursperspektive erscheint mir für den Diskurszusammenhang des heutigen Vormittags insgesamt sehr wichtig gewesen zu sein.

Georg Ress: Zunächst möchte ich Herrn *Griller* in Anknüpfung an unseren gemeinsamen Freund *Heinz Peter Rill* für die methodische Darstellung, die er hier geboten hat, danken.

Ich teile erstens seine Auffassung, dass das Völkerrecht ein beständiger Prozess der Erzeugung und der Normkonkretisierung ist, der sich in Repressionen, Repressalien, Sanktionen usw. auch auf der Durchsetzungsebene vollzieht. Anders können wir das allgemeine Völkergewohnheitsrecht gar nicht begreifen. Und wenn Sie auf das Gewohnheitsrecht rekurrieren haben, so haben wir durch die Praxisanknüpfung eine methodische Pluralität, denn Praxis lässt sich oft nur mit sozialwissenschaftlichen Methoden feststellen. Da fehlt uns normativ schlicht der Anknüpfungs-

punkt. Insofern ist das Völkerrecht von vorneherein an eine gewisse inhärente Fragmentierung angebunden. Ich erinnere mich sehr wohl daran, dass in meinen 25 Jahren als Rechtsberater aller Bundesregierungen auf dem Gebiet des Völkerrechts häufig Erklärungen der Bundesregierung bzw. des Außenministeriums zu Veränderungen des Völkerrechts geführt haben. Etwa im Hinblick auf die Frage, ob bei dem Transport von Atommüll nach wie vor an den Flaggenstaat oder an den Verursacher des Atommülls, also das Verursachungsprinzip, angeknüpft werden sollte. Die Erklärung der Bundesregierung in dieser Hinsicht hat eine eindeutige Rechtsveränderung unmittelbar im Konsens mit den betroffenen Staaten verursacht.

Zweitens haben Sie mit Recht auf die *self contained regimes* hingewiesen. Ein großes Gefahrenpotential, würde ich sagen, unter dem Gesichtspunkt der Fragmentierung im Rahmen des Völkerrechts. Wie weit ist es zulässig, dass sich Rechtsregime isolieren, wie weit etwa die EMRK als eigenständiges Rechtsregime in Bezug auf das Völkerrecht? Ich habe immer Zweifel gehabt, ob der Art. 6 EMRK mit dem Anspruch auf den Zugang zum Gericht und zum fairen Verfahren die völkerrechtliche Immunität als Rechtssatz nicht viel weiter überrollen müsste, als er im Völkerrecht im Übrigen sonst praktiziert wird. Hier stellt sich die Frage, wieweit ist dieses Regime als *self contained regime* ausgestattet? Und wie weit ist es zulässig, und das ist natürlich eine Interpretationsfrage, hier eine Selbstisolierung eines Vertragsregimes anzunehmen? Eine nicht unerhebliche Gefahr, zu der *Bruno Simma* seinerzeit sehr treffende Ausführungen gemacht hat.

Mein dritter Punkt betrifft Ihre klugen Bemerkungen zur Sprache. Wovüber man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen, sagte Wittgenstein. Und das betrifft auch solche Begriffe wie Vorrang, Übertragung von Hoheitsrechten, *ultra vires*. Die *ultra vires*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat auf die ganze völkerrechtliche *ultra vires*-Lehre bei internationalen Organisationen – und bei der EG/EU geht es um eine internationale, regionale Organisation – überhaupt nicht Bezug genommen. Die erste Frage wäre doch, wann ist ein solcher Akt völkerrechtlich *ultra vires*? Und nicht: wann ist ein solcher Akt nach nationalem Verfassungsrecht *ultra vires*? Das ist der zweite Schritt, der Anpassungsschritt hinterher. Hier ist die Fragmentierung alleine in der Begründung des Bundesverfassungsgerichts vorgezeichnet durch Verkenntung gegenüber dem Völkerrecht.

Mein vierter Punkt betrifft die Rechtsvergleichung als Methode. Die Rechtsvergleichung ist ein normativ notwendiges Element zur Beantwortung der Frage, ob ein allgemeines Rechtsprinzip vorliegt. Sie ist Teil des Rechtsfindungsprozesses. Der Straßburger Gerichtshof verwendet die Rechtsvergleichung als Methode auch bei der Frage, ob und wann eine Rechtsver-

letzung vorliegt. Das ist meiner Ansicht nach ein wertvoller, auf der Subsidiarität des ganzen Rechtssystems beruhender methodischer Anknüpfungspunkt.

Zum Schluss noch eine Bemerkung zu Herrn *Kischel* und seiner sehr treffenden Bemerkung über die Beratungspraxis in internationalen Gerichten und zur Frage, wie weit eine solche international orientierte Zusammensetzung von Gerichten sinnvoll ist. Ich saß über viele Jahre einer der vier Kammern des Straßburger Gerichtshofs als Präsident vor und habe erlebt, wie der Austausch unter den Kollegen im Hinblick auf die unterschiedlichsten Rechtsordnungen auf der Höhe eines gewissen Ausbildungsniveaus verlief. Das war im Grunde völlig harmonisch, von Respekt und dem Versuch des Einsteigens in die andere Rechtsordnung geprägt. Und ich kann nur sagen: Eine Kammer von über zehn Richtern hat auf diese Weise hervorragend funktioniert.

Paul Kirchhof: Wir haben zu danken für zwei brillante Referate, die uns gezeigt haben, dass diese Welt höchst unterschiedliche Kulturen hat, dass das Recht in diesen unterschiedlichen Kulturen wurzelt und dass die Vielfalt der Kulturen ein Wert ist, der nicht – auch nicht durch das Völkerrecht – eingeebnet werden darf. Meine Frage zielt auf die Bedeutung des Völkerrechts für den Rechtsbetroffenen. Der Beamte und der Richter, der Unternehmer und der Anwalt haben die Aufgabe, das Völkerrecht, auch das Europarecht in der jeweiligen Rechtsordnung zur Wirkung zu bringen. In diesem Auftrag sind die Diskurse Meinungen, die überzeugen wollen. Der Betroffene aber fragt, was ist mein Recht, was ist meine Pflicht? Deshalb müssen wir dringend über die Rechtsquellen, über die Gesetze sprechen. Nur dann können wir das, was heute so eindrucksvoll gesagt worden ist, in die Wirklichkeit der Rechtsverbindlichkeiten hineintragen. Ich möchte das an den drei Unterscheidungen, Fragmentierungsgründen von Herrn *Griller* verdeutlichen:

1. Das Recht auf Rädern. Selbstverständlich bewegt sich das Recht mit der tatsächlichen Entwicklung. Dieses zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum NATO-Statut in besonderer Deutlichkeit. Die NATO ist beauftragt, Gebiete der Mitgliedstaaten zu verteidigen. Doch zunehmend macht sie sich auf den Weg zur „Weltpolizei“ unter der Mitverantwortlichkeit der Vereinten Nationen. Wenn die Anfragen an das Recht sich ändern, gibt das Recht auch neue Antworten in der Gebundenheit an alte Prinzipien. Das Bundesverfassungsgericht hat sich aber sehr bemüht, die Entscheidungskompetenz des Bundestages zu stärken, die Rationalität des Sprachlichen, des englischsprachigen Textes und die Verlässlichkeit des Urkundlichen hervorzuheben. Die Entwicklung eines Rechts auf Rädern ist in diesen Bahnen zu halten.

2. Die Offenheit der mitgliedstaatlichen Ordnung für Kooperation oder Unterwerfung. Auch hier müssen wir die Rechtsinstrumentarien, die wir haben, deutlicher zur Wirkung bringen. Das nationale Recht öffnet sich für das Völkerrecht und für das Europarecht, setzt aber voraus, dass das fremde Recht durch einen parlamentarischen Rechtsanwendungsbefehl in die eigene Rechtsordnung eingefügt wird. Ein einprägsames Beispiel bieten die Doppelbesteuerungsabkommen, ein Teil des Völkerrechts, der täglich in Massenverfahren angewandt wird. Beide Vertragspartner sind genau unterrichtet über die Rechtsordnung des jeweils anderen Staates. Ihre Vereinbarung gilt der Vermeidung von Doppelbelastungen oder Belastungslücken durch das Zusammenwirken der beiden Rechtsordnungen. Hier gilt das vertraglich Vereinbarte, der Konsenswille. Aber diese DBAs orientieren sich in der Regel an einem OECD-Musterabkommen. Dieses enthält Empfehlungen, völkerrechtliche Orientierungen, die den Vertragspartnern nahelegen, ihre konkreten Vereinbarungen an weltweit empfohlenen Maßstäben auszurichten und dadurch ein Steuerrecht der Weltgemeinschaft mitzugestalten. Das könnte ein Modell sein. Es bleibt aber bei der alleinigen Kompetenz und Verantwortlichkeit des nationalen Gesetzgebers, über die Geltung dieser Vereinbarung in seinem Staat zu entscheiden. Die Schwierigkeit dieses Auftrags zeigt das deutsche Erbschaftsteuerrecht, das wir schon kaum verstehen. Wenn jetzt noch ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Modifikationen dieses Rechts hinzuträte, darf der Bürger erwarten, dass der Gesetzgeber nationales Recht und Völkerrecht aufeinander abstimmt.

3. Die Methode. Jede Norm hat Antwortcharakter. Sie reagiert auf neue Anfragen an das Recht. Die Garantie der Berufsfreiheit ist für den Neckarfähmann eine andere als für die Mondfahrer. Aber diese Antworten suchen dem Betroffenen in seiner neuen Situation gerecht zu werden. Wenn hingegen das Europarecht eine „finale“ Auslegungsmethode entwickelt, unterscheidet sich diese von der teleologischen, die dem Gesetzesadressaten eine Auslegung nach Sinn und Zweck empfiehlt. Die finale Auslegung unterstützt den Auslegungsbefugten nicht durch eine Rechtserkenntnismethode, sondern sucht vorgegebene Kompetenzen und garantierte Grundrechtsgewährleistungen zu überwinden. Sie ist ein Instrument zur Zerstörung des Rechts. Ein großes Ziel soll die Kraft haben, die Zuständigkeit dessen, der für seinen Themenkreis die Ziele bestimmt und rechtfertigt, zu überwinden und ihm fremdbestimmte Ziele vorzugeben. Auch die Rechte des Betroffenen werden im Dienst der großen Ziele vernachlässigt. Das ist eine Methode, die uns um 200 Jahre zurückwirft. Der Zweck heiligt nicht die Mittel. Diesen schlichten Rechtssatz müssen wir in Erinnerung rufen, um deutlich zu machen, was wir gegenwärtig riskieren.

Johannes Saurer: Ich beziehe mich auf das Referat von Herrn *Kischel*, das ja mit einem Modell eher abgegrenzter Diskursräume – sprachbezogen, rechtsordnungsbezogen – gearbeitet hat und sich insoweit als methodisch erkenntnisreich erwiesen hat, gerade unter dem Fragmentierungsparadigma. Man mag sich gleichwohl noch etwas stärker fragen, welche diskursiven Verschiebungen sich im Prozess der Globalisierung in den Neunzigerjahren und in den Zweitausendern ergeben haben. Eine These wäre, dass sich transnationale, globale Diskursräume herausgebildet haben. Ein erster möglicher Forschungsgegenstand wäre etwa der *global constitutionalism*-Diskurs, der seit den Neunzigerjahren sehr wirkmächtig existiert. Auch gerade in der Überbrückung von akademischen und justiziellen Diskursen denke ich, dass dieser das alte auf die USA bezogene Abgrenzungsleitbild auch etwas erschüttern könnte. Ein zweites Beispiel für einen solchen transnationalen Diskurs neuerer Entstehung ist sicherlich die große ICON-Bewegung. Hier könnte eine Brücke geschlagen werden, weil insoweit Diskursfragmente drohen, die nebeneinander stehen, wodurch das Ganze weniger erkannt werden kann. Ein gutes praktisches Beispiel, an dem man die Leistungsfähigkeit des globalen Diskursraums überprüfen kann, ist die weite Migration oder Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hier profitiert ja gerade die deutsche Rechtsordnung als ein möglicher Ursprung der Globalisierungsbewegung sehr stark von der sehr unterschiedlichen, binnendifferenzierten Rezeption, was auch uns neue Formen der Abwägungskritik ermöglicht, weil wir eben sehen können, dass Rezeptionsprozesse stattfinden, die gleichwohl differenziert sind.

Anna Leisner-Egensperger: Ich habe drei kurze Fragen an Sie, lieber Herr *Griller*. Meine erste Frage betrifft die klassische Vorstellung einer Über-Unterordnung von Normen, also das Bild einer Hierarchie. Diese mag noch funktionieren im Verhältnis zwischen nationalem Recht einerseits und Europarecht, also primärem und sekundärem Gemeinschaftsrecht andererseits, aber passt sie wirklich auf das Verhältnis von Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention? Das Bundesverfassungsgericht hat ja bereits früh, im Jahr 1987, in der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Auslegungshilfe gesehen. Diese Linie hat es dann später fortgeführt, indem es allerdings immerhin die Grenze aufgestellt hat, dass die anerkannten Methoden der Auslegung des Grundgesetzes und auch des deutschen nationalen Rechts nicht überschritten werden dürften. Dann hat es wiederum von einer faktischen Orientierungs- und Leitfunktion gesprochen und davon, dass die deutschen Grundrechte den Kern der europäischen Menschenrechte in sich aufgenommen hätten. Kann man da noch von Hierarchie sprechen oder müssen wir da nicht tatsächlich eine Kooperation annehmen und das Bild der klassischen Hierarchie verabschie-

den? Das führt mich zu meinem zweiten Punkt. Wenn man jetzt Kooperation heranzieht: Kooperation bzw. Verbund, das ist ja zunächst etwas Positives, hat den Vorteil einer Beruhigung, wirkt beschwichtigend, versöhnend, vermeidet Konflikte. Findet diese Kooperation inzwischen aber nicht vor einer Drohkulisse statt, nämlich unter dem Damoklesschwert einer supranationalen Durchsetzung des Anwendungsvorrangs der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof? Seit dem Honeywell-Beschluss auch weitgehend unabhängig davon, ob das *ultra vires* erfolgt. Diese Kooperation findet also nur statt, solange sie, die supranationale Durchsetzung, nicht durch den EuGH vollzogen wird. Ist dann nicht vielleicht doch – wenn auch über die Zeitschiene vermittelt – das Bild der klassischen Hierarchie angebracht? Und das führt mich schließlich zu meinem dritten Punkt, der mir auch der wichtigste ist, weil er unser gesamtes Thema betrifft: Fragmentierung. Müssen wir unsere Diskussion um die Fragmentierung nicht um einen Punkt erweitern, der bislang, wenn ich das recht sehe, noch nicht angesprochen worden ist, der aber vielleicht wichtig ist: Fragmentierung in der Zeit. Solange I, Solange II und jetzt Solange III als vorerst letzter Meilenstein.

Jörg Luther: Beide Diskurse verdienen großen Respekt, der nicht neidlos sein kann. Zunächst würde ich mit der These (18) von Herrn *Griller* beginnen, dass Rechtsvergleichung Fragmentierung eindämmen kann und soll. Ich weiß nicht, ob Sie so auch von Herrn *Kischel* unterschrieben würde. Es klang etwas vorsichtiger, dass Rechtsvergleichung vielleicht Fragmentierung ertragen helfen kann. Das ist auch eine Frage nach der Aufgabe der Rechtswissenschaft. Komparation stellt seit jeher Relationen und Beziehungen her. Traditionell gab es Phasen idealistischer Hoffnungen auf gemeineuropäisches Recht, transatlantische Konvergenzen, eurasische Perspektiven. Und es gab aber auch immer Momente, in denen nach den Unterschieden gesucht wurde. Heute heißt es Diversität, vor kurzem hieß es Identität. Auch das ist nicht unabhängig von den *clashes*, die wir hier in diesen Tagen untersuchen. Ich würde sagen, die Rechtsvergleichung hat da bereits eine, wie Herr *Kischel* sehr schön dargestellt hat, Selbstreflexion und Selbstkritik hinter sich. Die Entwicklungstendenzen würde ich in drei „D“s beschreiben: Dekolonialisierung, Denationalisierung und Dialogisierung. Zunächst einmal die Dekolonialisierung, um die These (22) zu konkretisieren. Es geht nicht nur um *comparative modesty*, also Bescheidenheit statt Überlegenheit. Sondern es geht auch um Zurückhaltung in der bewertenden Vergleichung, bei der immer unerschwinglich die Selbstvergewisserung mitspielt, die vor allem im Kontakt mit anderen böse Streiche spielen kann. Zweitens, die Denationalisierung. Dafür hat sich Herr *Kischel* ein wenig Kritik eingehandelt. Dazu darf ich bemerken, dass wir heute –

auch aus italienischer Sicht – die Rechtsvergleichung nicht mehr nur zwischen Nationalstaaten, sondern gerade auch im Mehrebenensystem weiterentwickelt haben. Das zeigt sich vor allen Dingen bereichsspezifisch bei der Menschenrechts- und Grundrechtsvergleichung. Hier findet sich auch das dritte Thema, das man unter dem Stichwort Dialogisierung abhandeln kann. Rechtsvergleichung hat auch Dialoge zwischen Institutionen zu stützen und hierbei selbst eine eigene Institutionalisierung erfahren, die weiter ausgebaut werden könnte. Wichtig scheint, hierzu auf eine Fragmentierung der Vereinigungen und Wissenschaftsgemeinschaften hinzuweisen, die sich durch rechtsvergleichende Dialoge überwinden lassen sollte. Geht es dabei nur um Respekt, Herr *Kischel*? Rein realistisch nur um Respekt? Oder steht hinter dem „Respekt“ nicht auch ein Toleranzprojekt? Ist es nicht ein neo-idealistisches Minimum an Zivilisierung der Verfassungsstaaten, das wir der Rechtsvergleichung verschreiben sollten?

Shu-Perng Hwang: Ich hätte eine Anmerkung zum Thema Fragmentierung im Öffentlichen Recht. Aus meiner Sicht wird die Fragmentierung im internationalen und nationalen Recht deshalb als ein Problem betrachtet, weil immer wieder davon ausgegangen wird, die Einheit der nationalen Rechtsordnung dürfe trotz der offenen Staatlichkeit niemals in Frage gestellt werden. Aus der Angst vor diesem Bedeutungsverlust der nationalen Rechtsordnung werden also immer wieder Versuche unternommen, die Anwendungsbereiche von nationalem, supranationalem und internationalem Recht voneinander abzugrenzen. Doch auf diese Weise wird die Fragmentierung als Problem nicht bewältigt, sondern im Gegenteil verschärft. Denn durch diese Abgrenzungsversuche werden die Normkollisionen im Mehrebenensystem häufig ausschließlich als Kompetenzproblem zwischen internationalen und nationalen Gerichten behandelt, wobei man nicht selten an den Harmonisierungsmöglichkeiten zwischen Normen unterschiedlicher Ebenen vorbeigeht. Aus meiner Sicht also wird die Fragmentierung häufig als ein Phänomen behandelt, das einerseits angeblich überwunden werden soll, andererseits aber doch in bestimmtem Sinne wünschenswert ist.

Simon Kempny: Ich habe eine Anmerkung zum Bericht von Herrn *Griller*. Sie haben uns an wunderbar anschaulichen Beispielen die Bedeutung der Fragmentierung der wissenschaftlichen, der praktischen und der gemischten Diskurse – Wissenschaft/Höchstgerichte beispielsweise – vor Augen geführt. Wie recht Sie haben, zeigt sich meines Erachtens ergänzend am Phänomen der sogenannten Leitentscheidung. Also: Welche Entscheidung zu einer Leitentscheidung wird und wann das geschieht – nicht notwendigerweise unmittelbar nachdem sie ergangen ist, das kann Jahrzehnte dauern; *Marbury v. Madison* könnte so ein Fall sein. Und wofür eigentlich

eine Entscheidung berühmt wird – keinesfalls immer dafür, worum sich die Zeitgenossen so gestritten haben oder was ihnen das Wichtigste war. Vielmehr ist all dies hochgradig teildiskursabhängig und damit von Zufälligkeiten, historisch-politischen Kontingenzen, abhängig. Das zeigt schlaglichtartig der Fall Van Gend & Loos. Wie eine historische Diskursanalyse zeigt, sind die tragenden Wendungen von der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung – also das, was wir heute allen Studenten in „Europarecht I“ oder wie es auch immer heißen mag, beibringen – in diesem Fall wohl nur deshalb gefallen, weil der Ausgangsrechtsfall einer monistischen Rechtsordnung entstammte, nämlich der niederländischen. Wäre der Ausgangsrechtsfall ein bundesdeutscher gewesen, hätte es gar keinen Anlass gegeben, diese weitgreifenden Formulierungen zu treffen, die nachträglich zu einer fragmentierten, aber von interessierten Kräften – Spitzenbeamten der EWG – in verschiedenen Zeitschriften betriebenen, also kanalisierten Debatte geführt haben. Dann wäre dieser Fall nicht zu so einem Phänomen geworden, an dem wir heute etwas aufhängen, was damals in der Weise nicht entscheidungserheblich war; und deshalb scheint es mir so wichtig zu sein, was meines Erachtens beide Referate hervorragend geboten haben: auf die Zerklüftung, auf die Fragmentierung von Diskursen hinzuweisen, denn nur durch saubere Zergliederung können wir vor den Rationalitätsdefiziten bewahrt werden, die sich aus der unaufgedeckten Übernahme nicht hinreichend begründeter Lehren ergeben.

Uwe Kischel: Herzlichen Dank für die zahlreichen Reaktionen, insbesondere auch für die kritischen. Das zeigt mir, dass mein Beitrag Interesse geweckt hat. Im Einzelnen, zunächst zum *legal realism*, Herr *Somek*, Herr *Mahlmann*: Ich habe *legal realism* nicht in einem traditionellen rechtsphilosophischen Sinne verstanden – so dass es auch nicht nötig war, ihn von *sociological jurisprudence* und Ähnlichem abzugrenzen – sondern in dem heute in den USA ganz verbreiteten, völlig vagen Sinne, der in dem bekannten Zitat „*we are all realists now*“ seinen Ausdruck findet. Und in diesem Sinne ist alles, was heute in den USA geschieht, einschließlich der ganzen „*law and ...*“-Bewegungen, ein Ausdruck des *legal realism*. So sehen das auch viele Amerikaner. Es handelt sich also eher um eine terminologische Frage.

Zum Vorwurf – ich drücke es etwas härter aus, als die betreffenden Redner es gesagt haben – der gewissen Simplifizierung: Gibt es in den USA, aber auch in Deutschland nicht eine viel größere Vielfalt der Stimmen? Ja, natürlich gibt es eine viel größere Vielfalt der Stimmen. Die Aufgabe der Rechtsvergleichung ist es aber, an diesen Stellen eine gewisse Grundtendenz herauszudestillieren. Wir wollen verstehen, warum sich das fremde Recht letztlich doch anders anfühlt. Und die große Gefahr, vor der man sich

als Rechtsvergleicher hüten muss, – und da sind wir uns, glaube ich, völlig einig – liegt darin, vereinzelte Stimmen besonders zu betonen und dabei zu glauben, sie wären Ausdruck des Mainstreams. Das kann jedem Rechtsvergleicher leicht einmal passieren. Wenn also beispielsweise ein Amerikaner aus dem deutschen Recht vor allem die Schriften von Herrn *Frankenberg* kennt, dann wird er kaum einen Unterschied zwischen Deutschland und den USA erkennen.

Zur Frage „Interdisziplinarität nur wegen der Anschlussfähigkeit“: *Ute*, nein, natürlich nicht. Ich habe eine rein rechtsvergleichende Perspektive eingenommen und bin darauf eingegangen, dass aus dem Problem der Anschlussfähigkeit die Forderung nach mehr Interdisziplinarität folgen kann. Es kann aber natürlich genauso gut sein – und das ist auch viel öfter der Fall –, dass Interdisziplinarität als solche gelobt wird, ganz ohne die Anschlussfähigkeit zu thematisieren. Auf das Gebiet wollte ich mich aber gar nicht begeben.

Zum Thema „Dogmatik“: Ich wusste, dass das angesprochen werden würde, und es ist doch – ganz unironisch – immer schön, wenn die eigenen Erwartungen erfüllt werden. Bekanntermaßen ist der Dogmatikbegriff, den Du, *Oliver*, verwendest, mit einer gewissen Verengung auf ein in sich gerichtetes Handwerk verbunden, und es gibt viele, die einen viel weiteren Dogmatikbegriff verwenden. Wenn Du mir sagst, in Weimar und bei *Ernst Forsthoff* finde sich keine Dogmatik, dann ist das kein Dogmatikbegriff, den ich in den Mund nehmen würde.

Zur „Wagenburgmentalität“: Um Gottes willen, nein! Es geht einfach darum, den von Herrn *Ress* angesprochenen Respekt, den wir einander erweisen sollen, auch wirklich zu erweisen, aber dabei nicht so weit zu gehen, dass man vor lauter Respekt vor dem Fremden das Eigene vergisst und nicht mehr stolz darauf ist, was man selbst erreicht hat. Da geht es um einen gewissen Ausgleich. Nur weil man das andere Rechtsdenken etwas besser verstanden hat, muss man nicht unbedingt auch ein Anhänger dieses anderen Rechtsdenkens sein; stattdessen kann man ebenso gut sagen: „Letztendlich habe ich es zwar verstanden, aber ich finde dennoch unsere eigene Herangehensweise besser.“

Zur Frage Brüssel und Dogmatik: Ein vielschichtiges Thema! Ich glaube, um es ganz kurz zu machen, dass der Vorsprung des kasuistischen Denkens im Unionsrecht, den es vermutlich einmal gegeben hat, mit der zunehmenden systematischen Verdichtung des Unionsrechts schwindet und dass eine systematische Herangehensweise daher wohl die bessere ist.

Zu *Franz Mayer*: Die Antwort lautet: ja! Ich stimme Dir in allem zu, insbesondere soll es nicht um eine Wagenburg gehen. Und natürlich ist die Diversität der Unionsrechtsdiskurse oftmals sehr stark verdeckt; dass sich das bei mir nicht ganz so niedergeschlagen hat, liegt auch einfach

an der Aufgabe eines solchen Vortrags, die Dinge einmal ganz deutlich auszusprechen.

Die Frage von Herrn *Kotzur* nach den verschwimmenden Rollenprofilen und Diskursräumen ist ausgesprochen vielschichtig. Ich kann sie hier nur anekdotisch beantworten: Nachdem Richard Posner, einer der Hauptvertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, Richter geworden war, gab es eine Reihe von Kommentatoren, die zu seinen Urteilen bemerkten, dass nunmehr der Richter Posner dem Professor Posner nicht mehr erlaube, in den Diskurs einzugreifen. Es gibt dort also einen Wandel, der mit der jeweils eingenommen Sichtweise, dem Wechsel des Rollenprofils einhergeht.

Die Frage nach der Perspektive der Rechtsbetroffenen, der Anwälte oder Richter, Herr *Kirchhof*, ist unmittelbar praxisrelevant, und ich habe leider nur eine ganz vage Antwort: Was soll ich dem deutschen Verwaltungsrichter oder Verwaltungsbeamten sagen, der nach seinen Rechten und Pflichten in Anbetracht der Diskursdiversität fragt? Er kann sich nur auf seine Ausbildung zurückziehen und nach bestem Wissen und Gewissen das Europarecht so anwenden, wie er es gelernt hat. Wenn er dann beim Lernen unter anderem darauf aufmerksam gemacht worden ist, dass man vielleicht auch einmal bedenken sollte, wie es ein Franzose sieht, dann hätten wir schon sehr, sehr viel gewonnen und wären einen ganzen Schritt weiter.

Zu den deutlich abgegrenzten Diskursräumen, Herr *Saurer*: Nein, ich vertrete keine deutlich abgegrenzten Diskursräume, sondern im Gegenteil gestufte Diskursräume mit vielen Überschneidungen.

Und dann noch als letztes die Bemerkung von Herrn *Luther*: Hilft uns meiner Ansicht nach die Rechtsvergleichung, die Unterschiede zu ertragen? Nein, nein. Das klingt vor allem so nach „leidend ertragen“. Wir sollten aber gerade nicht unter diesen Unterschieden leiden, sondern wir sollten die durch die Rechtsvergleichung deutlich gewordenen Unterschiede in den rechtlichen Kontexten mit Freude wahrnehmen und mit Freude erforschen.

Stefan Griller: Danke für die vielen Anregungen. Ich habe sieben Themen identifiziert, die an mich herangetragen wurden, werde aus Zeitgründen aber nicht auf alle eingehen können.

Erstes Thema: Die Theoreme und ihre Verbindung zur Rechtsanwendung – *Somek*, *Kirchhof*, *Leisner-Egensperger*, *Mayer*. Ich pointiere bewusst und muss es der Kürze wegen tun: Es ist nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft, normative Vorgaben an Gerichte zu formulieren. Das macht die Rechtsordnung. Wir erliegen manchmal der Versuchung, uns in diese Rolle zu begeben. Was die Rechtswissenschaft tun kann und soll, ist zu analysieren und zu systematisieren, und daraus hoffentlich Erkenntnisgewinn zu ziehen. Das ist aber etwas anderes, als normative Vorgaben zu

setzen. Und daher, Herr *Kirchhof*: ja, wir müssen uns auf die unterschiedlichen Diskurse in den verschiedenen Ländern einlassen. Was sind die verbindlichen Rechtsquellen? Inwieweit hat sich die nationale Rechtsordnung, um bei Ihren Beispielen zu bleiben, für die europäischen Rechtsquellen geöffnet? Da wird man aber wohl weitestgehenden Konsens herstellen können, auch in Deutschland, dass die Rechtsquellen des Unionsrechts im Prinzip selbstverständlich anzuwenden und auch selbstverständlich (bei unmittelbarer Anwendbarkeit) vorrangig anzuwenden sind. Um auch das einmal klar zu sagen: wir haben heute einen Pathologietag vom Vorstand verordnet bekommen, es ist aber nicht so, dass wir jeden Tag ununterbrochen Unvereinbarkeiten und unüberwindliche Schwierigkeiten erleben. Vielmehr geht es um die allerdings dogmatisch und theoretisch sehr interessanten Grenzen, die wir ausloten. Aber im Grundsatz ist doch auch in Deutschland der Vorrang unbestritten. Man kann das meiner Überzeugung nach genauer nur unter Einlassung auf die jeweiligen Öffnungsklauseln und die sich daraus auch ergebenden Grenzen analysieren. Etwas anders als Sie meine ich, dass man dabei auch berücksichtigen muss, dass im Zustimmungsgesetz unter anderem auch dem heutigen Art. 114 AEUV zugestimmt wurde, der eine funktionale Rechtsetzungsbefugnis für den Binnenmarkt enthält. Das ist eine andere Art von Kompetenzabgrenzung als wir es in Deutschland, aber auch in Österreich gewohnt sind. Es ist die Zielsetzung der Errichtung und des Funktionierens des Binnenmarktes, die die Rechts-erzeugung legitimiert. Das ist nicht aus einer anderen juristischen Welt. Es ist ein funktionell formulierter Kompetenztatbestand, mit dem man durchaus auch leben kann; ich bin da im Ergebnis weniger kritisch als Sie. Frau *Leisner*, in dem Zusammenhang: Wenn man sich auf die nationalen Öffnungsklauseln einlässt, kann das durchaus unterschiedlich ausfallen. Ich muss Sie nicht darauf hinweisen, dass das, was die EMRK betrifft, in Deutschland, wo die EMRK keinen Verfassungsrang hat, ganz anders ausgeht als in Österreich. Es kommt sehr darauf an, wie der nationale Gesetzgeber die Öffnung hergestellt und sich international verpflichtet hat. Daraus können sich durchaus unterschiedliche Konsequenzen ergeben; das schließt die Möglichkeit ein, dass im Kontext des EU-Rechts eine „Hierarchieerhöhung“ stattfindet. Denn die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist in Art. 6 EUV mitverankert und nimmt insofern am Rang der EMRK teil. Herr *Mayer*, ganz kurz: „intellektuelle Zombies“ ist für mich keine rechtswissenschaftliche Kategorie. Das ist ein nettes, polemisches Bild, das aber keine weiterführende Erkenntnis stiftet. Über Weiterführendes zur Kritik an Monismus und Dualismus würde ich sehr gerne diskutieren.

Zweites Thema: Gerechtigkeit. Ich möchte dazu nur Folgendes sagen, auch hier sehr verkürzend: Es gibt die angesprochene Annäherung, so

krass ist der Unterschied nicht. Jeder Positivist wird akzeptieren, dass sehr viele Rechtsordnungen und unsere insbesondere, also die deutsche, die österreichische, die schweizerische, die europäische Rechtsordnung, Gerechtigkeitsideen in sich tragen, die Grundrechtskataloge sind ein eminentes und ganz zentrales Beispiel dafür. Selbstverständlich muss in der Anwendung des Rechts und der Rechtsordnungen auch auf die dort positivierten, oft sehr unscharfen Gerechtigkeitsvorstellungen Bezug und Bedacht genommen und müssen diese normativ umgesetzt werden. Wogegen sich der Positivismus wendet, ist, dass auch ohne eine solche positiv-rechtliche Verankerung übergeordnete Gerechtigkeitsideen ins Spiel gebracht werden dürfen, wenn sie dem Interpreten und/oder dem Rechtsanwender opportun erscheinen. Und hier verbleibt möglicherweise eine Divergenz, die wir nicht ganz ausräumen können – speziell zu Herrn *Klein* und Herrn *Mahlmann* gesagt.

Drittens: Fragmentierung positiv gesehen. Herr *Nowrot*, ich habe schon überlegt, ob der Vorstand uns einladen will, Fragmentierung auch positiv, als Wettbewerb der Systeme usw. zu sehen, bin dem aber nicht nachgegangen. Auch dazu kann man Einiges sagen. Sie haben den Aspekt aufgegriffen, der in der Konstitutionalisierungsdebatte prominent vertreten ist. Die aus der nationalstaatlichen Debatte bekannte „Verrechtlichung“ entwickelt sich schrittweise auch im Völkerrecht. Allerdings meines Erachtens sehr zögernd; ob da aktuell die Fragmentierung oder die Konstitutionalisierung im Sinne einer Vereinheitlichung des Völkerrechts überwiegt würde ich nicht zu entscheiden wagen.

Viertens, zuerst zu Herrn *Kotzur*, zum Thema Diversität des Gegenstands und Diversität des Diskurses: Gibt es auch Gegenbeispiele, in denen sich die Diversität des Gegenstands nicht im Diskurs widerspiegelt? So habe ich Sie verstanden. Diese Beispiele gibt es natürlich. Manche davon sind Aufreger und sehr irritierend, z.B. die jüngeren Entscheidungen mancher nationaler Verfassungsgerichte. So berufen sich etwa das polnische und das tschechische Verfassungsgericht mit Bezug auf das Verhältnis ihrer jeweiligen Rechtsordnung zum Europarecht so gut wie vorbehaltlos auf das Bundesverfassungsgericht. Wenn Sie dann in diese Verfassungen hineinlesen, würden Sie aber vermuten: Es müsste eigentlich wesentliche Unterschiede im Diskurs geben! Man könnte also sagen: Manchmal überspielt der Diskurs das positive Recht. Und an Herrn *Ress* in dem Zusammenhang: Überwiegend denke ich schon, dass die Entwicklung im Völkerrecht in den letzten Jahrzehnten eine Tendenz zur Spezialisierung, zur partikularen Verselbständigung zeigt – was auch noch eine Antwort an Herrn *Nowrot* ist. Die unitarisierende Gegentendenz lässt meines Erachtens ziemlich auf sich warten. Auch wenn nicht nur Autoren wie Koskenniemi und Dupuy massiv dagegen angeschrieben haben. Zur Ihrer Frage nach den Grenzen für

die Selbstisolierungstendenzen hin zu einer „eigenen Rechtsordnung“, wie etwa bezüglich Art. 6 EMRK/faïres Verfahren: Ich fürchte, die Grenzen, die man jeweils sehr sorgfältig ausloten muss, ergeben sich lediglich aus dem *jus cogens*, Art. 53, 64 Wiener Vertragsrechtskonvention, und die sind nicht sehr operational. Meine diesbezügliche Hoffnung ist daher nicht sehr groß. An dieser Stelle muss ich leider aufhören.

Matthias Jestaedt: Ich darf Ihnen allen für Ihre Aufmerksamkeit und Ihre Beiträge sehr herzlich danken. Und für den Vorstand möchte ich klarstellen, dass wir Ihnen bereits gestern einen „Pathologietag“ (*Stefan Griller*) verordnet hatten.

