

Abschlussdiskussion

Leitung: MICHAEL STOLLEIS

STOLLEIS:

Vielleicht kann jemand, der weder Zivilrechtler noch Familienrechtler oder spezialisierter Kenner des Unterhaltsrechts ist, am ehesten Distanz vom Detail gewinnen. Wir sollten, glaube ich, in dieser Schlussdiskussion versuchen, die Grundlinien dessen, was hier verhandelt worden ist, zu markieren. Wir haben über viele Details gesprochen, und das war auch richtig so, weil sonst die Rechtsfragen nicht wirklich verstanden werden können. Auch in dem gerade gehörten Vortrag von Frau Schumann war es so, dass die Grundsatzfragen im Detail steckten. Auf sie sind wir immer wieder gestoßen, so als schimmerten sie hinter einer diaphanen Wand immer wieder durch.

Hinter allen Vorträgen standen, nach der Beschreibung dessen was „ist“, die rechtspolitischen Überlegungen dazu was „richtig ist“ und was wir als Wissenschaftler und als Mitglieder der Rechtsgemeinschaft künftig wollen. Es geht also um den rechtspolitisch richtigen Weg. Wollen wir auf der Grundlage einer prinzipiell liberalen Grundeinstellung entweder Distanz zum Staat, also Nichtintervention, oder wollen wir mehr Prävention, also staatliche Intervention? Für beides gibt es gute Argumente. Und weil dies ein immer wieder auftauchendes Problem zu sein scheint, erlauben Sie mir bitte einige methodische Bemerkungen vorweg.

Wir haben mehrfach über die Frage diskutiert, in welcher Weise die gesellschaftlichen Verhältnisse auf die Rechtsordnung einwirken und (das ist noch wichtiger) inwieweit wir ihnen nachzugeben oder ihnen, um Steuerungswirkung zu entfalten, entgegenzuwirken haben. Für Historiker und Rechtshistoriker ist es selbstverständlich, dass sich Rechtsnormen in der Zeit ändern und dass die gesellschaftlichen Verhältnisse über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis ständig im Fluss sind. Das bedarf hier keiner weiteren Erläuterung.

Gleichzeitig belehren uns Politologen und Soziologen, wie wichtig für die öffentliche Meinungsbildung und damit auch den Gesetzgebungsprozess sowie die richterliche Rechtsanwendung die Steuerung über populäre Medien ist. Viel mehr als wissenschaftliche Vorgaben sickern Fernsehen, Massenpresse und Umfragen in das Bewusstsein von Parlamentariern und Richtern ein. Deshalb ist es für die Beurteilung von sozial- und familienrechtlichen Fragen wichtig, nicht nur die methodisch scheinbar so sicheren „wissenschaftlichen“ Aussagen zu beachten, sondern auch als „Fakten“ wahrzunehmen, was in populären Medien

gesagt, behauptet und geglaubt wird. Die sogenannten „Fakten“ werden umgehend zu harten Tatsachen, eben weil die Mehrheit davon ausgeht, „dass es so ist“. Setzt man dies voraus, dann kann man auch manchen spektakulären Behauptungen, etwa über das Anwachsen der Zahlen von Kindesmissbrauch, kritischer gegenüber treten. Wie Herr Diederichsen vorhin angedeutet hat, gibt es gerade bei den statistisch untermauerten wissenschaftlichen Untersuchungen viel mehr Unsicherheit, als wir normalerweise zugeben möchten. Statistiken sind manipulierbar und sie sind nicht besser als die ihnen zugrunde gelegte Hypothese. Von Letzterer hängt es weitgehend ab, was sie beweisen. Und auch innerhalb der verschiedenen Wissenschaftszweige gibt es große Unterschiede der empirischen Verlässlichkeit. Es gibt hohe Fehlerquoten, und die Praxiserfahrenen unter Ihnen werden bestätigen, dass Untersuchungen oft nach zehn Jahren ganz andere Ergebnisse liefern, ohne dass sich die „Realität“ fundamental geändert hätte. Ich möchte damit in aller Einfachheit nur sagen, dass es für Juristen bei weitem nicht genügt, von den Fachwissenschaften die „Fakten“ einfach entgegenzunehmen. Auch Wissenschaftler sind eingebettet in die öffentliche Meinung, auch sie unterliegen Moden und sie können sich, wie wir alle, von Subjektivismen nicht befreien.

Der zweite Punkt betrifft die Veränderung der Realität durch Normen, insbesondere solche Normen, die sozialrechtliche Leistungen garantieren, um Lebensrisiken zu mildern. Es ist hier auch mehrfach angesprochen worden, besonders von den Herren Ruland und Eichenhofer. Wir können historisch den Weg von der Großfamilie zur Kleinfamilie und zur Zertrümmerung des traditionellen Leitbilds der Ehe nachverfolgen, und wir wissen auch, ohne es gut belegen zu können, mit ziemlicher Gewissheit, dass die materiellen Sicherungen, die der Sozialstaat bietet, dabei in irgendeiner Weise kausal waren. Der Sozialstaat entlastet die kleineren Solidargemeinschaften, aber er gefährdet sie auch. Wenn er Angebote für die Betreuung von Kindern, von Alten oder von Behinderten macht, wirkt er „entlastend“ und die Familie reagiert hierauf. Man mag streiten, ob die Familie ehemals eine solche Solidargemeinschaft war oder ob wir uns frühere Verhältnisse so zurechtlegen. Aber es ist wohl Konsens, dass es Einwirkungen des Rechts auf die gesellschaftlichen Verhältnisse gibt, und zwar inklusive der schwer kalkulierbaren und wissenschaftlich meist gar nicht erforschten Nebenwirkungen rechtlicher Regelungen. Auch dieser Punkt ist in den Vorträgen und Diskussionen immer wieder angesprochen worden. Es gibt hierauf keine generelle Antwort, aber man muss sich im Bewusstsein halten, dass jede Leistung, jede staatliche Intervention unkalkulierbare Wirkungen auslöst, mindestens indirekt über die notwendige Finanzierung.

Der dritte Gesichtspunkt ist ganz am Anfang angesprochen worden, besonders von Herrn Behrends. In der historischen Perspektive erscheinen die verschiedenen Modelle staatlicher und gesellschaftlicher Interaktion sauber getrennt. Wir sehen das prinzipiell liberale privatautonome Leitbild des Zivilrechts

auf der einen Seite, die staatliche sozialrechtliche Ingerenz auf der anderen. Aber es handelt sich nicht um einen einfachen Antagonismus. In Wirklichkeit laufen beide Tendenzen ständig nebeneinander her. Im Kinder- und Jugendhilferecht etwa sehen wir das schon im Gesetz selbst. Da will man sowohl liberal als auch fürsorglich interventionistisch sein, man will den Kindern und Jugendlichen ihre Entfaltungsfreiheit lassen, sie aber gleichzeitig auch vor Gefahren beschützen, und zwar möglichst weit präventiv. Das Vordringen des Präventionsgedankens, das hat Frau Schumann eben noch einmal gezeigt, ist interventionistisch und etatistisch. Einige Familienrechtler opponieren dagegen, andere befürworten gerade im Gegenteil eine stärkere Prävention, und man wird ja nicht sagen können, dass Letzteres a priori schlecht ist. Gerade durch eine Verstärkung der Prävention und Intervention sind viele Fortschritte erzielt worden, etwa bei der Gleichstellung der Frauen oder bei der Eindämmung von Gewalt gegen Kinder. Soziale Intervention ist nicht durchweg des Teufels. Würde man auf sie verzichten, würde man, sozusagen mit verschränkten Armen, erhebliche Kollateralschäden in Kauf nehmen müssen. Jede Freiheitsgewährung birgt Schadenspotentiale. Es muss also ständig abgewogen werden. Wir kommen aus diesem Dilemma nicht durch eine scheinbar klare Option für die eine oder andere Richtung heraus.

Den vierten Gesichtspunkt habe ich gestern angesprochen, vielleicht etwas missverständlich, Herr Starck. Ich meine unsere normativen Leitbilder, die wir aus der Verfassung entwickeln, oder genauer: die wir mit einem „Menschenbild der Verfassung“ unterlegen. Da hat es seit den fünfziger Jahren erhebliche Veränderungen gegeben. In den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik war es üblich und entsprach dem typischen juristischen Vorgehen, ein normatives Leitbild aus der Verfassung deduktiv zu ermitteln. Die dabei häufig zu beobachtende Menschenbild-Rhetorik ist, jedenfalls wissenschaftstheoretisch, inzwischen verbraucht. Man ist mit solchen Aussagen zum „Menschenbild“ erheblich vorsichtiger geworden. Die philosophischen Grundlagen, die diesem Leitbild zu Grunde lagen, sind nicht mehr wirklich tragfähig. Wir müssen damit leben, dass es kein geschlossenes Menschenbild mehr gibt. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben geben uns viel Raum für die Entfaltung verschiedener Menschenbilder. Das hat sich auch in den familienrechtlichen Bemerkungen unserer Referate gezeigt. Mehr als Freiheit, und das ist schon sehr viel, soll eine Verfassung nicht geben. Sie sollte sich im Grunde mit positiven Vorgaben, wie sich Menschen in diesem Rahmen bewegen sollen, möglichst zurückhalten. Bekanntlich gehen viele Verfassungen weit darüber hinaus und versuchen eben doch positiv zu normieren, welchen Menschen sie auf ihrem Territorium am liebsten hätten. Das Grundgesetz hält sich insoweit etwa in der Mitte. Es ist nicht ganz zurückhaltend, aber es ist viel zurückhaltender als manche anderen Verfassungen. Wir sollten, meine ich, auf dieser Linie der freiheitlichen Zu-

rückhaltung von normativen Vorgaben bleiben, wenn möglich auch auf europäischer Ebene.

Schließlich sind wir in den zurückliegenden Referaten und Diskussionen immer wieder auf die „sittlichen Verpflichtungen“ zu sprechen gekommen, zuletzt im Unterhaltsrecht, aber auch bei der Frage nach der „Rangordnung“ der verschiedenen Unterhaltsempfänger. Wer kommt zuerst, wer muss zurückstehen? Gibt es eine sittliche Pflicht des wohlhabenden Sohnes, den Vater, der sich nie um ihn gekümmert hat, im Alter zu unterstützen? Gehen Kinder vor Enkeln? Wo endet die private, wo beginnt die öffentliche Verpflichtung? Wo die Rechtsordnung solche Rangordnungen nicht vorgibt, wie im Unterhaltsrecht, Erbrecht oder Konkursrecht, hat die praktische Ethik einzutreten. Aber die wissenschaftlich betriebene praktische Ethik ist, wie wir wissen, in Deutschland ein eher schwaches Fach. Die Philosophen lassen uns da relativ alleine. In der Sozialverwaltung und beim Familienrichter wird mit hand- und hausgemachter Ethik operiert. Feste wissenschaftliche Grundlagen gibt es da nicht. Auch das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ ist nicht mehr verlässlich abrufbar. Ich glaube, wir können nach den zwei halben Tagen konstatieren, dass die Gesellschaft das Urvertrauen in bestimmte soziale Verhältnisse und deren feste Abläufe verloren hat. Die fraktionierte und durchmischte Gesellschaft ist sich nicht mehr einig, nicht über das Familienleitbild, das Leitbild in der Ehe oder das der Erziehung. Auch die Sicherheit zu sagen, wann wirklich eine Gefährdung des „Kindeswohls“ besteht, und wann nicht, ist verloren. Beginnt sie bei der gelegentlichen Ohrfeige, müssen dauerhaft Prügel verabreicht werden oder muss es gar zum sexuellen Missbrauch kommen? Alles das ist gerade wegen der Pluralität der Leitbilder innerhalb der gesellschaftlichen Gruppen ausgesprochen unterschiedlich, und die Migrationsfälle, die vorhin mehrfach angesprochen worden sind, verstärken diese Pluralität noch mehr. Ich glaube, wir können nicht mehr tun, als sie zunächst nur zu diagnostizieren. Die früheren gesellschaftlichen Sicherheiten waren oft auch nur die Sicherheiten der herrschenden Schichten, die den Ton angaben. Unsicherheit hat auch ihre Vorteile, sie nötigt zur Vorsicht und zu Reflexion. Sie ist gewissermaßen auch der Beginn von Erkenntnis.

Wie auch immer, die konstatierten Veränderungen reduzieren jedenfalls die Aufgabe des Rechts, und zwar darauf, den Rahmen für die Entfaltung von verschiedenen Perspektiven zu bilden. Gegen allzu große, aus dem Recht oder gar aus einer behaupteten allgemeinverbindlichen Ethik abgeleitete Erziehungsaufträge sollte man misstrauisch sein. Insofern bin ich mit der Grundtendenz, die Frau Schumann hier entwickelt hat, auch ganz einverstanden.

BEHREND'S:

Wir haben jetzt eine halbe Stunde Zeit.

STOLLEIS:

Gut. Herr Diederichsen, bitte sehr.

DIEDERICHSEN:

Was Sie ausgeführt haben, Herr Stolleis, war so vorzüglich, dass man Hemmungen hat, noch etwas hinzufügen zu wollen. Aber mir hat sich während unserer Tagung unwillkürlich wieder eine Beobachtung bestätigt, die mich in der Beschäftigung mit dem Familienrecht immer wieder von neuem fasziniert, und dies umso mehr, als sie offensichtlich anderen sehr viel weniger bedeutsam erscheint. In solchen Diskussionen, wie wir sie hier geführt haben, kommt nämlich nicht so recht heraus, dass es fast in allen Bereichen, über die wir gesprochen haben, bestimmte Phänomene gibt, die faktisch, rechtshistorisch, rechtssoziologisch, ökonomisch – wie man nur will – immer die eigentliche Rolle spielen, die im Grunde auch ganz leicht zu erkennen und zu beurteilen sind und die trotzdem in der Welt unserer rechtsdogmatischen Kategorien in unserer Zeit, wo sie nun wirklich virulent werden, nur ein Schattendasein führen.

Im Unterhaltsrecht ist es etwa die Problematik, dass wir es durchweg mit *Mangelfällen* zu tun haben, dass die Leute, die die funktionierende Familie mit Trennung und Ehescheidung aufbrechen, gar nicht genug Geld haben, die dadurch entstehenden zusätzlichen Bedürfnisse zu befriedigen. Das fängt schon damit an, dass zwei Haushalte finanziert werden müssen, wo es bisher nur einen gab. Es mögen die Vermögensverhältnisse genauso geblieben sein wie vorher; aber was jetzt an ökonomischem Bedarf entsteht, lässt sich damit nicht sichern. In den allermeisten Fällen wird die Ehescheidung nicht zu einer Erhöhung der Einkünfte führen. Es wäre ein Wunder, wenn man jetzt damit auskäme, was sehr oft schon zuvor nicht gereicht hatte.

Zu dieser ökonomischen Unstimmigkeit kommen nun noch rechtsdogmatische. Eine davon ist die in § 1578 I BGB festgeschriebene, dass der auf Unterhaltsleistungen angewiesene geschiedene Ehegatte von dem andern Ehegatten Unterhalt nach dem in der Ehezeit gelebten Lebensstandard verlangen kann. Damit ist das wirtschaftlich Unmögliche zum Gesetz gemacht. Und diese juristisch-ökonomischen Widersprüche setzen sich beim Minderjährigen- und beim Ausbildungsunterhalt fort.

Man kann das dem Unterhaltsrecht zugrunde liegende rechtsdogmatische System wunderbar entwickeln. Aber in Wirklichkeit sind es die krassen Mangellagen, die eine große Rolle spielen, ja, die die eigentliche juristische Praxis beherrschen. Juristisch wird mehr versprochen, als der Gesetzgeber halten kann. Das Hauptproblem ist nämlich, dass wir in unserer reichen Gesellschaft nicht genug Geld haben, dieses juristisch so glanzvolle Unterhaltsrecht auch auf dem ökonomischen Niveau abzuwickeln, wie es das Recht vorsieht. Wenn unser Unterhaltsrechtssystem überhaupt „funktioniert“, dann nur deshalb, weil überall

das *Sozialrecht* einspringt: vorgreift, hinterherkommt, hilft. Deswegen bin ich sehr dankbar, dass wir in unser Symposium das Sozialrecht einmal richtig mit einbezogen haben. Doch die quasi gesamtstaatliche Diskussion steht noch aus. Es steht noch die Einsicht aus, dass es erst der Sozialstaat ist, der unser überzogenes zivilrechtliches Unterhaltsrecht überhaupt anwendbar, der es gesellschaftspolitisch kompatibel macht.

Das „soziale“ Zivilrecht ist mit den eigenen Rechtsprinzipien total überfordert, und zwar nicht nur im Unterhaltsrecht, wenn auch vor allem hier. Ich meine, dass das wahre Unterhaltsrecht nicht so sehr aus den großartigen Legalversprechen heraus lebt, als vielmehr aus den kläglichen alltäglichen Detailproblemen, die sich daraus ergeben. Von dem gesetzlichen Versprechen, dass man mit Hilfe des Scheidungsrechts angeblich zeitüberschneidend zwei Familienleben führen könne, das der gescheiterten Familie und das der neuen Ehe, davon war schon die Rede. Aber es gibt viele weitere Beispiele.

Zum Beispiel das sog. Sandwichsyndrom: Im Beruf stehende Kinder müssen an ihre Abkömmlinge Ausbildungsunterhalt leisten, gleichzeitig die eigene Altersversorgung aufbauen und werden schließlich – im Übrigen meistens durch den Regress des Sozialleistungsträgers – dazu verurteilt, für den Aufenthalt im Altersheim an ihre Eltern Unterhalt zu zahlen. Da werden selbst ziemlich wohlhabende Leute plötzlich ganz arm. Wir haben sogar ordentliche Professoren, die sich im Sozialhilferecht haben scheiden lassen, nämlich mit Prozesskostenhilfe. Das Hauptproblem ist, dass für die vom Staat gewährten Rechte in Wirklichkeit nicht genug Geld da ist. Die Eltern lassen sich scheiden. Der nicht sorgeberechtigte Elternteil zieht aus beruflichen Gründen in eine entfernte Stadt, soll aber weiterhin Umgang mit seinen Kindern behalten. Wenn hier der Sozialstaat mit der Übernahme der Bahn- oder Flugkosten einspringt, macht er sich rechtsdogmatisch zu einem Teil des Zivilrechts. Und umgekehrt gilt natürlich oft Entsprechendes. Diese gegenseitige Interdependenz enthält eine Menge rechtsdogmatisch nicht geklärter Probleme, nicht zuletzt auch die Willkür in der Definition sozialrechtlicher Kategorien wie etwa beim Armutsbegriff. Es kann sein, dass – bevor wir sie klären können – ein finanzschwächer gewordener Sozialstaat und seine Bürger von der Historie eingeholt werden: In der Tat musste man in früheren Jahrhunderten auf eine Scheidung und neue Eheschließung vielfach verzichten, weil man sich beides finanziell nicht leisten konnte. Und dabei blieb es dann auch juristisch.

STOLLEIS:

Herr Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Mich hat eine Frage nachdenklich gemacht, nämlich die Eigenverantwortung im Sozialstaat. Dieses Thema führt uns hier zusammen. Dazu ein paar vor-

läufige Überlegungen: Das erste Problem ist, dass die Eigenverantwortung oftmals nicht so wahrgenommen wird, wie die Gesellschaft es erwartet. Da sind die Eltern, die ihre Kinder lausig behandeln. Da sind die Arbeitslosen, die keine Arbeit suchen. Da sind die jungen Paare, die sich nicht vermehren, obwohl sie sich doch eigentlich vermehren sollten. Und da kommt der Sozialstaat und sagt: „Wir wollen Euch zum rechten Gebrauch der Freiheit ermahnen“. Dabei geht es um die Frage: Was ist der rechte Gebrauch der Freiheit? Darauf folgt die Antwort: „Wir schaffen dafür die tauglichen Institutionen, die Sozialversicherung!“, damit im Alter vorgesorgt wird, oder eine Arbeitslosenversicherung, dass im Falle der Arbeitslosigkeit die Menschen ein System der Vermittlung und der Existenz haben. Die Sozialpolitik von heute spricht von „positive welfare“, positiver Wohlfahrt. Wir wollen heute die Wohlfahrt nicht nur als Abwesenheit von Armut begreifen, sondern als einen wohlgeordneten gesellschaftlichen Zustand. Das ist ein Motiv, das sich im 18. Jahrhundert natürlich auch schon fand. Und deshalb sagen wir: „Der Schlüsselbegriff dieses Denkens ist das ‚case management‘, das Fall-Management.“ Wenn einer gefallen ist, führt Liebe ihn zum Licht, in Form eines Eingliederungsplans, in Form einer sozialarbeiterischen Betreuung. Das gilt für den Arbeitslosen, das gilt für das Elternpaar oder den Elternteil, der versagt. Das heißt, der moderne Wohlfahrtsstaat ist nicht der auf Regeln gestützte oder auf Umverteilung konzentrierte, sondern der sich auf das Fall-Management ausrichtende. Und all das, was wir im Zusammenhang mit dem Referat von Frau Schumann diskutiert haben, und das Thema, das Herr Becker angesprochen hat, auch die Bestrebungen, durch öffentliche Institutionen Kinderbetreuungen zu schaffen, sind Ausdruck dieses „case-managements“ – einer positiven Intervention nicht durch Recht oder Geld, sondern durch eine administrative Entscheidung im Einzelfall. Und die rechtsstaatlichen Garantien sind dafür noch nicht geschaffen. Das hängt damit zusammen, dass in dem zeitgenössischen sozialpolitischen Denken die sozialen Risiken zwar sozial bearbeitet werden, aber zugleich der Eigenverantwortung überantwortet sind. Wenn einer arbeitslos ist, dann ist das zwar auch die Folge der Konjunktur, des Strukturwandels, aber auch Folge eigener Versäumnisse. Wenn ein Elternteil versagt, dann ist das vielleicht ein Zustand, der auf fehlende Bildung, fehlende Fertigkeit oder Ähnliches zurückzuführen ist, und der Einzelne wird aktiviert, aktiviert im „case-management“.

STOLLEIS:
Herr Starck.

STARCK:
Ich möchte noch einmal ganz allgemein auf das Thema zu sprechen kommen, so wie Sie das einleitend getan haben. Ich gehöre zu denen, die für die Formulierung des Themas verantwortlich sind. Wir haben lange darüber beraten,

wie das Thema eigentlich lauten soll, und haben bewusst so formuliert: „Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht“. Warum haben wir das gemacht? Man muss, wenn man über das Familien- und Sozialrecht spricht, eine Leitvorstellung haben, oder eine Fragestellung. Und die Fragestellung war: Menschenbild und Sozialmodell. Und zwar in einer doppelten Weise, empirisch und sozialphilosophisch. Wir müssen das Recht, wie es gesetzt ist, daraufhin analysieren, was für ein Sozialmodell dahinter steht. Das klang in dem Vortrag von Herrn Behrends sehr schön an. Wie weit geht es um die Verantwortung der einzelnen Personen? Wie weit wird sozialisiert? Eben durch Sozialgesetzgebung. Es geht um eine empirische Gesetzesanalyse. Was stellt sich der Gesetzgeber vor? Worin sieht der Gesetzgeber seine Aufgabe? Wie die Verhältnisse tatsächlich in der Gesellschaft sind, ist wieder eine andere Frage. Ob der Gesetzgeber mit dem Modell, das er entwickelt, zurechtkommt oder nicht oder ob er es alle drei, vier Jahre wieder ändern muss. Wir waren uns aber im Klaren, dass in dem Thema auch die Frage steckt, welches Sozialmodell oder welches Menschenbild sollte Leitlinie für die Gesetzgebung sein? Das ist besonders schön in dem Vortrag von Frau Schumann herausgekommen. Das Wort „Menschenbild“ haben wir nicht so verwendet, dass es in der Verfassung ganz genau festgelegt ist und aus ihr abgeleitet werden kann, sondern als einen Sammelbegriff, einen relativ unpräzisen Sammelbegriff, in dem der Freiheitsbegriff steckt, wie er in den verschiedenen Grundrechten zum Ausdruck gebracht wird, aber nicht nur Freiheit, Herr Stolleis, sondern auch Pflicht (Art. 6 II GG: Recht und Pflicht). Überhaupt ist mit der Freiheit immer die Verantwortung verknüpft. Das Wort Verantwortung kommt zwar so im Grundgesetz nicht vor, aber Freiheit ohne Verantwortung ist letzten Endes nicht möglich. Wir haben also das Thema in dem Sinne auch normativ verstanden, dass in ihm die Frage steckt: „Woran sollte sich der Gesetzgeber orientieren?“ Da die Verfassung Rahmencharakter hat, haben Sie recht: Dieses sehr allgemein gefasste Menschenbild, Freiheit, Verantwortung, Pflicht, lässt sich gesetzlich verschieden ausprägen.

STOLLEIS:

Ja. Herr Behrends.

BEHRENDIS:

Ich bin sehr dankbar für die Entwicklung, die unsere Tagung genommen hat, nicht zuletzt weil die Grundfrage, die sich am Anfang der für uns maßgeblichen Geschichte zeigt, auch in den Verhandlungen nach den einzelnen Referaten immer wieder aufgenommen werden konnte, einschließlich der sie erfassenden Bewegungen. Mir stellt es sich so dar: Schon die frühen Gemeinwesen haben die ihnen gestellte Aufgabe, einen vernünftigen sozialen Zustand zu schaffen, unter dem Prinzip bewältigt, dass ein solcher vernünftiger Zustand private,

gewährleistete Freiheits- und Verantwortungssphären verlangt, weil man nicht jedem ständig über die Schulter gucken kann, was er tut, und ob denn auch im Einzelnen gut und richtig ist, was er tut. Das weiß er in seinen Bedingungen schon selbst am besten. Es war damals die Sozialreligion des auguralen Verbandsfriedens, die diesen Gedanken eingegeben hat. Der moderne Sozialstaat, der in seinem Pathos stark von der Französischen Revolution geprägt ist, enthält dagegen latent eine andere Sozialreligion. Der moderne Staat ist von diesem revolutionären Ursprung her mit dem Gedanken ausgestattet worden, dass sein Auftrag dahin gehen könne, nicht nur gute Bürger, sondern gute Menschen zu schaffen, ja geradezu im Sinne einer Erneuerung des Menschengeschlechts, einer sozialen Wiedergeburt. Das ist etwas latent Religiöses und damit hat der revolutionäre Staat für den sozialen Bereich eine eigene, die Religion ersetzende Sinnstiftungskompetenz beansprucht. Dadurch kommen in den modernen Sozialstaat potentiell enorme, nicht leicht zu steuernde Energien. So dürfte sich erklären, dass immer wieder auf bestimmten Aktionsfeldern die auftretenden sozialpolitischen Forderungen mit mehr als nur pragmatischer Vernunft einher kommen. Dieser Aspekt gibt der Frage letztlich eine Dimension, welche die ganze neuzeitliche Geschichte unserer Zivilisation umfasst, nicht zuletzt die tiefen Abwege, in die positive Modellbildungen hineingeraten sind und gewiss immer wieder hineingeraten können.

Wenn man das auf das Juristisch-Technische übertragen will, ist man bei dem von Frau Schumann betonten Gegensatz zwischen positivem und negativem Standard. Ein positiver Standard bedeutet immer, dass derjenige, der den positiven Standard formuliert und auf seine Einhaltung achtet, eine enorme Macht erhält, einschließlich des Anspruchs auf Fehlertoleranz bei der Formulierung und Durchsetzung des positiven Standards. Wenn auf diese Weise falsche Gesetze, falsche Behördenmaximen, falsche Rechtsprechung in die Welt kommen, die in großem Stil etwas Irriges realisieren wollen, kann das verhängnisvoll werden. Diese Gefahr wird durch einen negativen Standard vermieden, der auf möglichst prägnant definiertes Fehlverhalten freier Menschen reagiert und bei dem sich die Toleranz gegenüber menschlichen Fehlern auf die – bei Engagement und Klugheit klein zu haltende – Dunkelziffer bezieht.

Es ist interessant, dass sich dieser Gegensatz „positiver Standard – negativer Standard“ und die mit ihm verbundene Problematik in allen Rechtsgebieten findet. Dafür ein Beispiel: Unser „Treu und Glauben“ ist nach Amerika ausgewandert in Form von „good faith“, und zwar als mächtiger positiver Standard des Vertragsrechts und hat in der Rechtsprechung viel Unruhe ausgelöst. Dann aber hat ein Göttinger Ehrendoktor, Robert Summers, einen Artikel geschrieben. Er hat gesagt: „Good faith is an excluder“, der schließt nur Fehlverhalten aus, so wie wir es in der Kasuistik finden, ist also ein negativer Standard. Das hatte einen gewaltigen Erfolg gehabt, weil alle glücklich waren. Jetzt konnte man mit dem Prinzip umgehen, es pragmatisch handhaben und war nicht mehr

verpflichtet, in einem Vertrag zu verlangen, dass ein Vertragspartner unter der Herrschaft von Treu und Glauben vor allem an die Interessen des anderen Teils zu denken hat. Kein vernünftiges Vertragsleben kann so bestehen. Der Vergleich zeigt: Es gibt so etwas wie eine Einheit der Rechtsordnung. Die Grundprinzipien sind in der Rechtsordnung gleich, einschließlich der Tatsache, dass wir in einem Mischsystem leben, nicht in einem liberalistischen „minimal state“, sondern in einem sozialen Rechtsstaat, der sozial interveniert, aber zugleich die Freiräume der individuellen Verantwortung schützt. Es scheint, dass der Verzicht auf einen positiven Standard ein Kennzeichen dieses Mischsystems ist.

STOLLEIS:

Ich habe noch zwei Wortmeldungen. Das schließt sehr gut: Herr Steindorff wird als Senior, wenn ich das sagen darf, hier das Schlusswort haben. Christoph Link.

LINK:

Ich möchte an das anschließen, was Herr Eichenhofer gesagt hat. Davon war mir bei der ganzen Tagung zu wenig die Rede, nämlich von den Institutionen. Der Sozialstaat besteht ja zu einem wesentlichen Teil aus den Institutionen, den großen Sozialversicherungen, und es ist eigentlich eine Anfrage an Herr Ruland. Wie verstehen sie sich eigentlich, diese Institutionen? Ich bin darauf gekommen bei einer konkreten Frage in einem Prozess: Grundrechtsfähigkeit einer Allgemeinen Ortskrankenkasse. Wen repräsentiert die Ortskrankenkasse eigentlich? Den staatlichen Willen der Sozialbeglückung? So sagt es ungefähr das Bundesverfassungsgericht: Sie erfüllt eine öffentliche Aufgabe ohne Durchblick auf die dahinter stehenden Personen. Ist denn das wirklich so? Wenn diese Institutionen jetzt auch in Wettbewerb zueinander treten, wenn Wahlmöglichkeiten bestehen, kommen dann nicht wieder die genossenschaftlichen Gesichtspunkte, die ja das soziale Leben sehr lange bestimmt haben, zum Vorschein? Verliert die staatliche umfassende Daseinsvorsorge nicht ein wenig an Glanz? Ändert sich hier etwas? Wie verstehen sich die Rentenversicherung, die Krankenversicherung? In wessen Auftrag handeln sie? Nur im staatlichen, dem des wohlmeinenden Sozialstaats, oder doch vielleicht auch als Treuhänder derer, die die Beiträge zahlen?

STOLLEIS:

Jetzt Herr Steindorff, bitte.

STEINDORFF:

Wenn ich nicht genannt worden wäre, hätte ich nicht gewagt, das Wort zu ergreifen. Mich hat bewegt, was Herr Stolleis gesagt hat, nämlich die philosophischen Werte seien erodiert. Und ich weiß nicht, Herr Stolleis, ob wir es nicht

einfach so halten, dass wir sagen: „Wir wollen nichts mehr von ihnen wissen.“ Wir drücken uns vor dem Bekenntnis zu gewissen Werten, die über Jahrhunderte, Jahrtausende im Grunde, Bestand hatten. Ich will nur auf einen einzigen Gesichtspunkt hinweisen, jenseits der Werte. Es gab ja eine Zeit, in der man die Menschen auf ihr Schicksal verwiesen hat. Jeder muss sein Schicksal tragen. Das kann man lesen bei Euripides, bei Montaigne, bei Goethe bis in die neuere Zeit. Heute will im Wohlfahrts- und Sozialstaat das niemand mehr gelten lassen. Aber immerhin 2000 Jahre gleichen Denkens haben ja ein gewisses Gewicht. Und ich würde gern dazu anregen, nach einer solchen Tagung, sich alte Werte noch einmal vorzuführen. Im Übrigen, und das ist mein zweites Problem, glaube ich, dass die Ressourcen, die wir haben, um alle die Ziele zu verfolgen, die wir uns sozial vorstellen können, dass diese Ressourcen einfach begrenzt sind. Ich erinnere an die Erkenntnismöglichkeiten, die Herr Diederichsen mit dem Hinweis auf Kalifornien kritisiert hat. Wir wissen das von den Psychiatern, die über die Gefahr oder künftige Gefahr eines Strafgefangenen urteilen sollen. Das geht meistens schief. Ich habe mich viel mit Kartellrecht befasst und wir sind zu dem Ergebnis gekommen, dass mindestens die ökonomischen Prognosen der Fachbehörden sich in einem großen Prozentsatz der Fälle einfach nicht bewahrheitet haben. Die Machbarkeit von vielen Dingen ist auch deshalb begrenzt. Ich habe jedenfalls vor Kurzem, oder war das überhaupt erst vor ein paar Tagen, gelesen, dass wir für Klimaschutz in den nächsten Jahren 300 Milliarden brauchen werden. Das bedeutet, dass natürlich auch die finanziellen Ressourcen für den Sozialstaat begrenzt sind. Wenn ich dazu einen einzigen Fall nennen darf: Ich habe gerade eine Untersuchung gelesen aus Frankreich, wo es auch darum geht, die Zahl der Kinderkrippen zu vermehren. Und in Frankreich hat eine amtliche Kommission dieses Thema abgeschlossen mit einem Nein, begründet damit, das sei zu teuer, man könne das nicht mehr finanzieren. Also will ich in Erinnerung rufen einerseits die Werte und auf der anderen Seite die Einsicht in eine begrenzte Machbarkeit dessen, was der Sozialstaat von uns verlangt, was auch die Rechtsordnung von uns verlangt.

STOLLEIS:

Vielen Dank, Herr Steindorff, für dieses nachdenkenswerte Schlusswort. Ich möchte jetzt meinen Platz dazu gebrauchen, den Veranstaltern zu danken, und zwar an erster Stelle Herr Behrends, für die Wahl des Themas und die Organisation der Tagung, ferner allen anderen, die an der ganzen Tagung mitgewirkt haben, und ich möchte auch anschließen, was ich gestern versäumt habe, nämlich auch von der Seite der Gäste unserem Friedrich Schaffstein *in memoriam* für das Abendessen in einem schönen Ambiente zu danken!

