

Abschlussdiskussion

Leitung: EVA SCHUMANN

SCHUMANN:

Wir haben eine halbe Stunde Zeit für die Abschlussdiskussion und ich möchte diese mit drei Beobachtungen einleiten, die mir in den letzten beiden Tagen aufgefallen sind.

Der erste Punkt betrifft die Art des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Justiz. „Richterliche Macht“ kann leicht so gedeutet werden, dass die Justiz die Macht an sich reißt. Wir haben hier aber mehrfach auch andere Perspektiven gehört. Da fielen dann Begriffe wie „Miteinander“ und es gab die These, dass der Gesetzgeber vielleicht das Tor ganz bewusst aufmacht, um der Rechtsprechung nicht nur Freiräume zu verschaffen, sondern auch die Verantwortung zu übertragen. In Ergänzung zur Frage nach der Art des Verhältnisses zwischen den beiden Gewalten könnte man daher noch weiterführend fragen, was für ein Richterbild eigentlich der Gesetzgeber heute hat und welches Richterbild wir in der Juristenausbildung vermitteln.

Mein zweiter Punkt betrifft die Frage nach den Kompetenzen, die immer mal wieder angesprochen wurde. Gestern ist sinngemäß der Satz gefallen „Der Gesetzgeber muss die Grundsätze vorgeben und die Rechtsprechung hat die Aufgabe der Feinsteuerung“. Wir haben aber im Vortrag von Frau Röthel an vielen Beispielen gesehen, dass dies nicht immer funktioniert und einzelne Gerichte ein anderes Selbstverständnis von ihrer Tätigkeit haben. Wenn es – so meine These – eine Verlagerung von Kompetenzen auf die Rechtsprechung gäbe, so stellt sich für mich die Frage, ob wir dann nicht mehr Transparenz in der Rechtsprechung benötigen. Müssten Richter nicht stärker erklären, wie sie zu einem bestimmten Ergebnis gekommen sind? Denn vom Gesetzgeber verlangen wir schließlich eine entsprechende Transparenz.

Drittens könnte man fragen, welche Gefahren oder Defizite aus einer zunehmend den Gesetzgeber zurückdrängenden Rechtsprechung resultieren. Denn die Rechtsprechung hat eine andere Wirkung als ein Gesetz, sie bleibt auf den Einzelfall beschränkt und erzeugt für alle Fälle, die von diesem Einzelfall abweichen, weiterhin Rechtsunsicherheit. Das gilt etwa für die vielen unterschiedlichen Fallkonstellationen bei grenzüberschreitenden Leihmutterchaften. Die Betroffenen müssen sich unter Umständen über viele Jahre durch mehrere Instanzen kämpfen, um in existenziellen Fragen Klarheit über die Rechtslage zu bekommen.

Mit diesen drei Themenkomplexen möchte ich jetzt die Diskussion eröffnen und darf um Wortmeldungen bitten. Herr Kirchhof bitte.

KIRCHHOF:

Ich würde gern zu den ersten beiden Aspekten etwas sagen und beim ersten Punkt auch einen Gedanken von Ihnen, Frau Röthel, aufnehmen. Das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist zunächst einmal eines der Gewaltenteilung

und damit der Trennung. Daher würde ich davor warnen, die Rechtsprechung trotz der hervorragenden Kompetenz, die auch der kontinuierlichen Entscheidungen über Einzelfälle entspringt, bei der Gesetzgebung zu integrieren. Stellen Sie sich einen Richter am Bundesfinanzhof vor, der aufgrund seiner Autorität sagen würde, wie die steuerrechtliche Systematik aussehen müsse. Ich hätte da Bedenken, dass die Rechtsprechung zu weit Raum nimmt, aber ich gebe Ihnen im Realbefund Recht: Die Expertise der Rechtsprechung, die in den Urteilen und auch in den Veröffentlichungen der Richter hervortritt, wird vom Gesetzgeber viel zu wenig gesehen.

Zur Frage der Kompetenzen: Da greife ich zurück auf Herrn Sellert, der ganz am Anfang der Tagung von einer „Entmachtung des Gesetzgebers“ gesprochen hat. Ich würde sogar von einer Paradoxie der Entmachtung sprechen: Wenn der Gesetzgeber Einzelfallvorgaben setzt, nimmt er den ordentlichen Gerichten und auch der Verwaltung den notwendigen eigenen Entscheidungsraum, der hier in verschiedenen Bereichen betont wurde. Eigentlich werden dann alle drei Gewalten entmachtet und das Bundesverfassungsgericht ermächtigt. Fehlen gesetzliche Verallgemeinerungen und muss sodann das Bundesverfassungsgericht über die Gesetze entscheiden, besetzen dessen Leitsätze die Position zwischen Grundgesetz und Spezialregelung; die Leitsätze des Bundesverfassungsgerichts wirken wie Gesetze, sind aber kaum verrückbar. Das ist in der Tat ein Problem der Gewaltenteilung. Ich würde dieses Problem aber vor allem beim Gesetzgeber verorten: Dieser muss selbst die Verfassung konkretisieren. Auch deshalb ist eine richterliche Zurückhaltung, ein Verweisen an den Gesetzgeber, wahrscheinlich oft der bessere Weg.

SCHUMANN:

Herr Jansen bitte.

JANSEN:

Ich möchte einen Punkt zu Ihrem Vortrag, Frau Röthel, ansprechen: Ihr positives Bild vom Familienrecht gilt nicht für alle anderen Bereiche. Das Familienrecht ist ein Gebiet, auf dem man insbesondere seit den 1990er Jahren gut Politik machen kann, weil es häufig um Themen geht, mit denen man auf der einen Seite glaubt, dass man Wahlen positiv für sich beeinflussen könne, und auf der anderen Seite nicht in einem Zwangskorsett sehr mächtiger Lobbygruppen steckt. Es gibt aber viele andere Bereiche, da haben wir doch dicke Schichten von Richterrecht, und kein Gesetzgeber geht da dran, obwohl das dringend erforderlich wäre. Bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen haben wir dürre Regelungen, und in den Vorlesungen, die ich dazu mache, spreche ich nur über Richterrecht. Ich denke an den deliktischen Persönlichkeitsschutz mit einer ausziselierten Rechtsprechung, etwa zur Vererbbarkeit von Schmerzensgeldansprüchen, die der Gesetzgeber ausdrücklich nicht geregelt hat. Das ist doch problematisch. Bei der gesamten Gefährdungshaftung geht es um politische Fragen. Wir haben keine allgemeine Gefährdungshaftung, weil sich der Gesetzgeber unter dem Druck von Lobbygruppen sieht, und die Richter springen mit den

Verkehrspflichten ein. Als noch schlimmer empfinde ich es im Arbeitsrecht, wo man keine Politik machen kann, weil man glaubt, Wahlen zu verlieren, oder keine Politik machen kann, weil es eine große Koalition gibt.

SCHUMANN:

Als nächster bitte Wolfgang Sellert.

SELLERT:

Zum Schluss wollte ich mir noch die Bemerkung erlauben, dass wir ein gutes Thema gewählt haben. Das zeigen die vorzüglichen Referate. – Wir haben über die Richtermacht und die Unabhängigkeit des Richters gesprochen, allerdings stets mit dem Blick auf die Rechtsanwendung. Für die Entstehung eines richterlichen Urteils spielen aber auch die Gewichtung der Tatsachen und Beweise, mithin die Gestaltung des Sachverhalts, eine bedeutende Rolle. Wie ließe sich diese Freiheit kontrollieren? Auf diesen Gedanken komme ich, weil uns aus dem 14./15. Jahrhundert eine Fülle von Schöffengerichtsentscheidungen überliefert sind, zum Beispiel die Urteile des Ingelheimer Oberhofs, wo allein der Sachverhalt ohne jede Begründung und erkennbares Rechtsfindungssystem die Entscheidung generiert. Ein neues Thema?

SCHUMANN:

Herr Rottleuthner bitte.

ROTTLEUTHNER:

Ich will versuchen, ein bisschen aus der autistischen Perspektive herauszukommen, die jeder von uns hier mit sich trägt. Ich betrachte diese Beiträge aufgrund meiner beruflichen „Schädigung“ aus der Perspektive der empirischen Rechtsforschung. Und dazu möchte ich doch ein paar methodische Anmerkungen machen. Ich wollte einfach die Aufmerksamkeit nochmal darauf richten, auf welche Schichten von Realität wir uns jeweils bezogen haben. Wenn ich von Realität spreche, dann merken Sie schon, dass ich kein Konstruktivist, sondern ein erkenntnistheoretisch ganz harter Realist bin. Als Empiriker frage ich Sie: „Worüber reden Sie eigentlich?“ Ich habe die These aufgestellt, die Richterbilder verdecken einfach die Realität der Justizpraxis. Genau diesen Eindruck hatte ich auch bei Ihren Vorträgen bei der Auswahl der Literatur, des Schrifttums und so weiter. Es bleibt alles unberührt, was die Justiz eigentlich gemacht hat. Und die Frage ist dann an den Rechtshistoriker, wie wir wirklich etwas über die Unabhängigkeit der Justiz in der Praxis erfahren können.

Wie gesagt, ich bin Realist, ich fand Ihren Vortrag, Frau Röthel, unwahrscheinlich spannend, aber ich habe parallel zu Ihrem Vortrag eine ganz andere Beschreibung derselben Sachverhalte einzuführen versucht. Denn man kann all das, was Sie uns hier präsentiert haben, wunderbar einfügen in das, was in der Rechtssoziologie unter „Mobilisierung des Rechtes“ läuft. Wie wird eigentlich Recht aus dem gesellschaftlichen Bereich, den sie mit Ungewissheitslagen grob beschrieben haben, mobilisiert,

wie gelangen die Probleme oder Ungewissheiten zu den Gerichten und wie geht es dann weiter an die Gesetzgebung? Dieses Stufenmodell hat *Eugen Ehrlich* wunderbar vorexerziert: Es gibt die Sphäre des Lebens oder des lebenden Rechts, daraus entstehen irgendwelche Konflikte und dann werden die Gerichte eingeschaltet. Es ist die Aufgabe der Gerichte, Erwartungen zu generalisieren – auch bei *Luhmann* findet sich die Generalisierung von Verhaltenserwartungen im Rechtssystem als primäre Aufgabe der Justiz. Dann formulieren die Gerichte ihre Entscheidungen und dann geht es hoch zum Gesetzgeber, der dann Rechtssätze, wie das bei *Ehrlich* heißt, formuliert. Das ist ein wunderbarer Fall von sogenannter *bottom-up*-Gesetzgebung. Was *Ehrlich* nicht gesehen hat, ist dieser Fall der Korrektur, dass der Gesetzgeber *top down* die Rechtsprechung auch mal ändert. Mit der Begrifflichkeit kann man das ganz gut fassen und sie hat auch noch den zusätzlichen Vorteil, dass sie auf bestimmte blinde Flecken aufmerksam machen kann. Das gilt auch für andere Vorträge: Die Beschreibung der gesellschaftlichen Sphäre ist ganz ungenügend, was bei *Ehrlich* das Leben in Verbänden, in der Gesellschaft ist, was er da alles abhandelt, das haben Sie „Verunsicherung“ genannt. Es gibt Kulturkonflikte, es gibt Veränderungen der Wirklichkeit. Sie haben die Migration eingeführt, Sie haben über Globalisierung gesprochen, Pluralisierung, Last des Alltags kam auch mal vor und das sind aus der soziologischen Perspektive heraus ganz unzureichende Beschreibungen.

Der zweite Punkt ist der Mobilisierungsvorgang und zwar nicht im Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung, sondern im Hinblick auf die Frage, wie kommt denn die Sache aus dem Leben überhaupt vor die Gerichte? Wie wird dieser erste Schritt aus der gesellschaftlichen Sphäre in den Bereich der Justiz hineingebracht? Wie läuft die Anfangsmobilisierung eigentlich ab? Das halte ich für einen ganz wichtigen Punkt, zu dem auch gehört, was Herr Jansen noch sagte, wie eine Lobby etwas in Bewegung bringt.

SCHUMANN:

Herr Reimer bitte.

REIMER:

Auf die glänzend gestellte Frage nach Gesetz und richterlicher Macht kann man – ich glaube, das ist bereits gestern deutlich geworden – nur differenzierend antworten, nämlich nach dem Typ des Gerichts. Wir haben gestern zwischen Verfassungsgerichten, die höherrangiges Recht für sich in Anspruch nehmen, und anderen Gerichten unterschieden. Man müsste weiter zwischen Gerichten, die institutionell besonders zur Rechtsfortbildung berufen sind, und normalen Instanzgerichten differenzieren. Ich glaube, diese drei Kategorien muss man unterscheiden, wenn man die Machtfrage beantworten will. Ich glaube aber, dass wir auch den Gesetzgeber differenzierend betrachten müssen. Das ist deutlich geworden durch die Gegenübersetzung zum Familienrecht und vielleicht auch zum kollektiven Arbeitsrecht. In diesen Teilrechtsgebieten gibt es einen zögernden, zaudernden Gesetzgeber. Man könnte den Gesetz-

geber oder seine Produkte weiter danach unterscheiden, um welchen Gesetzestyp es geht: Änderungsgesetz, europarechtliche Richtlinie oder Verordnung, nachführendes Gesetz, das Rechtsprechung positiviert, eine Kodifikation oder ein Maßnahmegesetz. Ich denke, dieselbe Differenzierungsfolge, die man für die Gerichtsbarkeit braucht, bräuchten wir auch für die Gesetzestypen, nur dann kann man die Machtverhältnisse genau beschreiben.

SCHUMANN:

Als nächster bitte Hans-Peter Haferkamp.

HAFERKAMP:

Meiner Meinung nach gibt es eine Kluft zwischen einer theoretischen Reflexion unseres Themas und der Wirklichkeit, wie sie gelebt wird. Das, was Frau Auer an Einsichten präsentiert hat, die seit *Josef Essers* „Grundsatz und Norm“ in ähnlicher Weise immer wieder formuliert wurden, kommt ja irgendwie nicht an. Es gibt zwei Bereiche, einen hattest Du, Eva, eingangs, genannt, das ist der Bereich unserer Ausbildung. Ich glaube, dass wir aus diesen Einsichten, die wir hier ziehen, eine grundsätzliche Debatte darüber starten müssen, wie wir eigentlich Juristen erziehen. Wir haben das Richterleitbild, aber wir erziehen einen Richter in einer Art und Weise, an die wir schon lange gar nicht mehr glauben. Ich möchte noch einen zweiten Bereich dazunehmen: Ich glaube, dass uns auch eine Diskussion darüber fehlt, wie wir Richter ernennen und wie die Richterkarrieren laufen sollen. Das Bundesverfassungsgericht wird als ein politisches Gericht wahrgenommen, da gibt es eine große Debatte, wir kennen die Richter namentlich und wir wissen, wie sie berufen werden. Gleichzeitig setzen wir einen 25-jährigen, völlig naiven Absolventen von zwei Staatsexamen als einzigen Richter ins Amtsgericht und gehen da immer noch von der Vorstellung aus, dass der gar keine politische Macht ausübt, weil da nur subsumiert wird. Ich glaube, das alte, beamtennahe Richterbild muss von uns reflektiert werden, und das führt unter anderem dazu, dass wir über Richterernennungen, vielleicht auch über Richterwahlen, diskutieren müssen und dass eine Umstellung der Justiz viel teurer wird als sie bisher ist, weil wir natürlich Richter haben müssen, die viel mehr auch soziale Erfahrungen haben als das üblicherweise bei uns der Fall ist. Ich glaube, dass in diesem Bereich die theoretischen Einsichten nicht in der Praxis ankommen.

SCHUMANN:

Herr Deinert bitte.

DEINERT:

Zunächst eine Bemerkung zum Arbeitsrecht; da fühle ich mich jetzt etwas herausgefordert. Ich glaube, wir haben keinen Mangel an Normen, sondern uns fehlt nur eine Kodifikation. Wir haben unglaublich viele Normen, weit mehr als im Familienrecht, wir haben nur keine Kodifikation. Was von außen wahrgenommen wird, ist jedoch die

Flut an Prozessen, bei denen es nicht nur um das Ökonomische geht, vielmehr liegt ein sozialer Konflikt zugrunde, der die Persönlichkeit betrifft oder andere ganz existenzielle Fragen. Deswegen wird es immer viel Rechtsprechung geben, auch wenn wir noch mehr Gesetze hätten. Der zweite Hinweis: Wir hatten einen politischen Gesetzgeber über die letzten vier Jahre, der unglaublich viel im Arbeitsrecht gemacht hat, es wird bloß nicht wahrgenommen. Wir haben den Mindestlohn bekommen, das Tarifvertragsrecht ist korrigiert worden, wir haben Quoten in Aufsichtsräten und so weiter.

In der generellen Diskussion fehlt eine Methodendiskussion und wir führen sie nicht, weil wir alle wissen, was die richtigen Methoden sind und die immer unausgesprochen zugrunde legen, aber tatsächlich gibt es da feine Nuancen, die auch zu unterschiedlichen Urteilen führen können. Gerichte legen ihre Methoden nicht offen und ich frage mich, ob nicht gerade das Offenlegen der Methode die öffentliche Kontrolle ermöglicht. Gerichtsentscheidungen werden begründet, die Öffentlichkeit nimmt das wahr und die Wissenschaft diskutiert und kritisiert das. Wenn aber die methodische Grundlage nicht offengelegt ist, dann ist das Urteil an manchen Stellen schwer zu kritisieren.

SCHUMANN:

Wir haben jetzt noch Zeit für zwei Redebeiträge: Frau Wittling-Vogel und dann Herr Diederichsen.

WITTLING-VOGEL:

Ich würde gerne aus meiner Erfahrung unterstützen, was Herr Haferkamp zum Thema Richterernennungen und Erfahrungsschatz vor allem der jungen Richter gesagt hat. Es ist eine große und schwierige Frage, wer denn eigentlich bestimmt, wer Richter wird. Ebenso bedeutsam ist die Frage der Kompetenz, die ein Richter mitbringen muss. Wenn die juristische Ausbildung, wie wir sie kennen, nicht ausreicht, kann ein beruflicher Wechsel und Austausch viel bewirken, und zwar gerade auch zu Beginn oder vor der richterlichen Tätigkeit. Die meisten Juristen in Deutschland fangen in ihrem Beruf mit 25 Jahren an und bleiben dann ihr Leben lang dabei. Ich bin auch ein gutes Beispiel dafür: Nach einer kurzen Zeit an der Universität bin ich Verwaltungsbeamtin geworden und immer in derselben Behörde geblieben; das ist aber schädlich. Wir brauchen Austausch zwischen den juristischen und anderen Berufen, so dass wir aus unserem Gehäuse etwas herauskommen und wertvolle Erfahrungen anderswo sammeln können. Ich habe aber den Eindruck, dass gerade die richterliche Karriere nicht darauf ausgerichtet ist und Erfahrungen aus anderen beruflichen Bereichen nicht als karrierefördernd angesehen werden.

SCHUMANN:

Herr Diederichsen, Sie haben das letzte Wort.

DIEDERICHSEN:

Ich möchte mich Herrn Haferkamp anschließen: Als ich 1965 in München habilitiert wurde, hatte mir die Fakultät, weil sie mir die *Venia Legendi* für die Philosophie nicht geben wollte, als Trostpflaster die *Venia Legendi* für die juristische Methodenlehre gegeben. Vor gar nicht langer Zeit kam eine ehemalige Hörerin zu mir und sagte, besonders beeindruckt habe sie immer, dass ich so Wert auf die Methoden gelegt habe. In der Tat war es so, dass ich Wert darauf gelegt habe, die Vorzüge unseres Faches immer zu betonen, zum Beispiel die Begrifflichkeit, die Eindeutigkeit, die Genauigkeit, die Sicherheit der juristischen Argumentation. Kurz gesagt, ich habe unsere Tätigkeit der Fallbehandlung als etwas verstanden, was einem Handwerk vielleicht ähnlicher sein könnte als einer Wissenschaft. Frau Auer hat uns vorhin eindrucksvoll gezeigt, wohin uns die sprachlogischen Anforderungen bringen würden. Entsprechend der sozialen Funktion der Jurisprudenz darf unsere Tätigkeit eine bestimmte Höhe oder Schwelle nicht überschreiten. Im Augenblick, meine ich, ist sowohl der Jurist, aber sind noch viel mehr natürlich die Betroffenen, völlig überfordert und da wird die Funktion der Jurisprudenz in einem wesentlichen Teil in Frage gestellt, weswegen jede Reform zur Vereinfachung beitragen müsste.

SCHUMANN:

Ein ertragreiches Symposium geht zu Ende und die diskutierten Fragen werden uns sicherlich noch weiter beschäftigen. Ich danke nochmals herzlich allen Referentinnen und Referenten sowie den Diskutantinnen und Diskutanten und wünsche Ihnen allen, dass Sie gut nach Hause kommen.