

## Religion, Werte und Recht

35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10.-12. September 2015 in der Universität Bayreuth

Eva Lohse\*

*Die 35. Tagung für Rechtsvergleichung widmete sich einem klassischen und gleichzeitig sehr aktuellen Thema: dem Verhältnis zwischen außerrechtlichen normativen Einflussfaktoren auf menschliches Verhalten und dem staatlich gesetzten und angewendeten Recht. Dass ein solches Oberthema gerade in der Rechtsvergleichung gut aufgehoben ist, liegt auf der Hand. Wie jedoch die Vorträge von Joseph E. David und Joseph H.H. Weiler, beides jüdisch sozialisierte Rechtswissenschaftler, zeigten, erfordert ein solches Thema auch einen Vergleich zwischen Unterschieden und Gemeinsamkeiten der wert- und normengebenden Religionen. Was in einer durch christliches Gesellschaftsverständnis geprägten Verfassung selbstverständlich erscheint, kann nämlich aus dem Blickwinkel der anderen abrahamitischen Religionen problematisch sein.*

Trotz der sehr diversen Ausrichtung der einzelnen Fachgruppensitzungen – von Normpluralismus bis zur Sterbehilfe – ließen sich vor diesem Hintergrund wiederkehrende Themen ausmachen, die wiederum jede Rechtsordnung im Kern anders beantwortet: zunächst die Frage der (Wert- oder Religions-)Neutralität des Staates und ihre Verwirklichung in säkular gedachten Rechtsordnungen; gleichzeitig der Umgang mit außerrechtlichen Normen sowie mit normativem Pluralismus in der Gesellschaft und den unvermeidlichen tatsächlichen Wechselbeziehungen zwischen Recht und Nicht-Recht (I.). Begreift man Werte und Religion als Teil von „Kultur“, schließt sich die Frage zwischen dem Zusammenhang von Kultur und Rechtskultur und weiter, dem von Rechtskultur und der Möglichkeit einer Rechtsangleichung oder Harmonisierung des Rechts an. Fragen zur Wechselbeziehung von Religion, Werten und Recht sind deshalb gerade in der Europäischen Union spannend, wo sich immer auf's Neue die Frage nach der Angleichbarkeit von Recht stellt (II.). Nicht ganz ohne Grund stellte die Fachgruppe Europarecht deshalb die Frage nach (gemeinsamen?) Werten im Recht der Europäischen Union und deren Auswirkungen auf die Integration und das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander (III.). Gerade hier hätte man sich einen stärkeren rechtsvergleichenden Austausch der Europarechtswissenschaft gewünscht – so blieb der Diskurs doch sehr stark in der deutschsprachigen Staatsrechtslehre verhaftet, die eben nur 1/14 der europarechtlichen Diskussion zu diesen übergreifenden Fragen ausmacht.

\* PD Dr. Eva Julia Lohse, LL.M. (Kent) vertritt derzeit einen Lehrstuhl an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und war zuvor wissenschaftliche Mitarbeiterin am Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

## A. Neutralität, Integration außerrechtlicher normativer Phänomene ins Recht und rechtlicher Umgang mit Pluralismus

Die Fragestellung erscheint „alt“, auch wenn Urteile wie die zum Anbringen eines Kruzifixes in öffentlichen Gebäuden, zum Tragen von Kopftüchern an Schulen, zur Beschneidung des männlichen Säuglings oder zur Verweigerung der Eintragung einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft/Ehe durch gläubige Standesbeamte zeigen, dass die Linien nicht klar abgesteckt sind. Dennoch meint man in Deutschland auf relativ klarer verfassungsrechtlicher Grundlage zur argumentieren, der einer grundsätzlichen Neutralität des Staates in Glaubens- und Religionsfragen, gegründet zum einen auf der individuellen wie kollektiven Religionsfreiheit aus Art. 4 GG und Gleichheit aller Religionen aus Art. 3 GG, zum anderen auf einer Zusammenschau der über Art. 140 GG inkorporierten Kirchenrechtsartikel der Weimarer Reichsverfassung.<sup>1</sup> Sowohl die Vorträge von *Weiler* und *David* als letztlich auch der von *Ino Augsberg* widmeten sich der Frage, wie diese staatliche Neutralität vor dem Hintergrund eines Pluralismus‘ normenzentrierter Religionen in der Gesellschaft gewährleistet werden kann und wie das staatliche Recht vom Einzelnen unter Berufung auf die Religionsfreiheit als zwingend empfundene religiöse Regeln im Kollisionsfall berücksichtigt.

Die beiden Vorträge am Donnerstagnachmittag näherten sich der Frage zunächst aus einem ganz anderen Blickwinkel, nicht so sehr einem rechtlichen als einem religiösen und kritisch-philosophischen: während *Weiler* am Beispiel des Kruzifixes zeigte, dass (auch) ein Staat nicht neutral sein kann und dass die Gewährleistung negativer Religionsfreiheit nicht gleichbedeutend ist mit Neutralität, stellte sich *David* gegen die jedenfalls für eine positivistisch gedachte Rechtsordnung selbstverständliche Annahme, dass im Kollisionsfall von rechtlichen und außerrechtlichen Regeln das staatliche Recht vorgeht.

*Weilers* Vortrag muss wohl so verstanden werden, dass die vermeintlich säkularen Verfassungsordnungen Europas häufig atheistische Anschauungen bevorzugen und damit nicht neutral im eigentlichen Sinn sind. Sein Beispiel, dass in öffentlichen Gebäuden zwar politische Meinungsäußerungen aufgehängt werden dürften, aber unter Berufung auf die Neutralität des Staates eben keine religiösen, trifft freilich in Deutschland im Hauptanwendungsfall der Schulen und Kindergärten nicht zu. Es kann auch durchaus bezweifelt werden, ob nicht das deutsche Verständnis von Neutralität eher im Sinne von Parität oder Toleranz für alle Glaubensgemeinschaften wirkt<sup>2</sup> als als Bevorzugung von negativer Religionsfreiheit wie dies in streng laizis-

1 S. statt vieler *Ch. Starck*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Ch. Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 6. Aufl., München 2010, Art. 4 Rn. 22.

2 S. u.a. *R. Herzog*, in: Th. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 74. EL Mai 2015, Art. 4 GG Rn. 19 ff.

tischen Staaten der Fall sein kann. Jedoch ist es im Einzelfall häufig schwierig für den Staat, eine neutrale, weil alle Glaubensrichtungen, auch die Nichtglaubensrichtung, gleich behandelnde Haltung einzunehmen. Eine Lösung dieses Konflikts kann nur durch ein Gericht durch Abwägung im Einzelfall gefunden werden.

*David* stellte eher die Frage, die in der Fachgruppensitzung des Öffentlichen Rechts noch einmal aufgegriffen wurde, wie in Zeiten eines normativen (nicht rechtlichen!) Pluralismus, in denen Menschen zwei unterschiedlichen und zum Teil widersprüchlichen Regelungsregimes ausgesetzt sind, die staatliche Garantie der Religionsfreiheit dazu eingesetzt werden kann oder sogar muss, nicht nur zu Ko-Existenz und Toleranz zu kommen, sondern im Konfliktfall einen Vorrang des religiösen Rechts zu ermöglichen. Dass dies jenseits des Internationalen Privatrechts mit seinem *ordre-public*-Vorbehalt bei der innerstaatlichen Anwendung ausländischen Rechts vor allem dann ein Problem ist, wenn es um rein innerstaatliche Sachverhalte geht, liegt auf der Hand. Leider nannte auch *David* keine über das Internationale Privatrecht hinausgehenden Öffnungsklauseln. Bleibt man im deutschen Recht, so lassen sich sicherlich alle Arten staatlicher Entscheidungsfreiräume als mögliche Öffnungen für außerrechtliche Normen ansehen, beispielsweise staatliche Ermessensentscheidungen oder Entscheidungen von Zivilgerichten im Bereich von Generalklauseln. Die deutsche Dogmatik der Drittwirkung von Grundrechten kann ein Raster darstellen, um Grenzen für die staatliche Akzeptanz religiöser Normen innerhalb eines Staates zu ziehen. Die Religionsfreiheit kann nur dort gewährleistet werden, wo nicht andere Rechte der Verfassung übermäßig beeinträchtigt werden. Ob damit aber der Kernthese von *David*s Vortrag Rechnung getragen wird, nämlich dass die durch den normativen Pluralismus geforderte Akzeptanz religiöser Gerichtsbarkeit und Normen dazu führen kann, dass staatliches Recht nicht notwendigerweise hierarchisch höher ist und die Beachtung außerrechtlicher Normen nur nach seiner Gesetzmäßigkeit erlauben muss, ist zweifelhaft. In eine ähnliche Richtung deutet die Darstellung *Augsbergs* zur deutschen Rechtslage, in der Religion eben nicht als quasirechtliches, paralleles System sondern nur als vor staatlichen Eingriffen geschützte individuelle bzw. kollektive Glaubensbetätigung verstanden wird, aber eben eine Kollision immer zugunsten des staatlichen Rechts und nach dessen Maßgabe gelöst werden muss. Dass andererseits die Idee sich überlagernder, paralleler Normensysteme in der Praxis schwierig zu handhaben ist und sich dieselben Probleme auch in weniger positivistisch denkenden Rechtsordnungen stellen, zeigt die 2008 gehaltene Rede des Erzbischofs von Canterbury zu „Civil and Religious Law in England“,<sup>3</sup> in der dieser davor warnte, dass staatliches Recht den Einzelnen nicht generell dazu zwingen darf, von religiös als verpflichtend angesehenen Verhaltensweisen abzusehen.

3 Veröffentlicht unter <http://rowanwilliams.archbishopofcanterbury.org/articles.php/1137/archbishops-lecture-civil-and-religious-law-in-england-a-religious-perspective>.

## B. Kultur, Rechtskultur und Rechtsangleichung

Ohne auf die Details der Unterschiede und Gemeinsamkeiten der erbrechtlichen Regelungen eingehen zu können, wie sie in *Zimmermanns* Eröffnungsvortrag kundig und mit ihren historischen Bezügen dargestellt wurden, wurden die Schwierigkeiten offenbar, die sich bei der Bestimmung des Rechtskulturbegriffs unweigerlich ergeben. Befürworter einer Vereinheitlichung oder jedenfalls Angleichung des Rechts in der Europäischen Union neigen – wie vielleicht auch *Zimmermann* – dazu, (rechts-)kulturelle Unterschiede und Besonderheiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen stark zu relativieren,<sup>4</sup> während die Gegenseite diese zu „*irreducible differences*“ vor allem zwischen Civil Law und Common Law hochstilisiert, die jede Rechtsannäherung innerhalb der EU unmöglich machen.<sup>5</sup>

*Legrand* als deren Hauptvertreter wendet sich gegen den als kontinentaleuropäische empfundenen Ansatz von „*law as rules*“, bei dem allein (positiv-)rechtliche Regeln als Recht betrachtet werden. Regeln seien nur die oberflächliche Abbildung der tieferen Strukturen eines Rechtssystems, also von Rechtskultur beziehungsweise Kultur.<sup>6</sup> Damit wird Recht zu einem Teil von gesellschaftlicher Kultur.<sup>7</sup> Kultur wird definiert als: „frameworks of intangibles within which interpretive communities operate and which have normative force for these communities.“<sup>8</sup> Sie ist wie die Rechtsregeln historisch geprägt. *Legrand* argumentiert mit dieser engen Verbundenheit zwischen Recht und Kultur in zwei Richtungen. Zum einen als nicht ganz von der Hand zu weisender Appell an die Rechtsvergleichung, mehr als nur positives Recht und Gerichtsentscheidungen zu vergleichen,<sup>9</sup> zum anderen als theoretisches Argument gegen die Möglichkeit von Rechtsannäherung (*convergence*).<sup>10</sup> Dabei legt

4 So, allerdings vor dem Hintergrund seiner sehr umstrittenen These, dass jede Art von Rechtswandel unproblematisch durch von außen kommende Einflüsse realisierbar ist, A. Watson, *Legal Transplants*, Edinburgh: Scottish Academic Press 1973, S. 98.

5 P. *Legrand*, *European Legal Systems are not Converging*, ICLQ 1996, S. 52 (insbes. 61 f. und 74) und A. *de Moor*, *Common and Civil Law Conceptions of Contract and a European Law of Contract: the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, ERPL 1995, S. 257 (257), die eine Harmonisierung nicht völlig ausschließt, wenn diese unter Beachtung der verschiedenen *conceptions* erfolgt. Zumindest skeptisch aufgrund der sehr unterschiedlichen Konzepte J. *Basedow*, *Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal*, ZEuP 1996, S. 379 (379) und J.W.F. *Allison*, *Transplantation and Cross-fertilisation*, in: J. Beatson/T. Tridimas (Hrsg.), *New Directions in European Public Law*, 1998, S. 169 (172). Anders die differenzierte Studie von M. *van Hoecke*, *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings*, in: M. van Hoecke/F. Ost (Hrsg.), *Harmonisation of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2000, S. 1 (1).

6 *Legrand*, *Converging* (Fn. 5), S. 52 (56) und P. *Legrand*, *Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?* in: P. Beaumont/C. Lyons/N. Walker (Hrsg.), *Convergence and Divergence*, Oxford: Hart Publishing, 2002, S. 225 (230 f.).

7 *Legrand*, *Converging* (Fn. 5), S. 52 (57).

8 *Legrand*, *Converging* (Fn. 5), S. 56. Ähnlich *de Moor*, *Law of Contract* (Fn. 5), S. 257 (261). Für eine begriffsgeschichtliche Herleitung vgl. P. *Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1998, S. 2-6.

9 P. *Legrand*, *How to Compare Now*, *Legal Studies* 1996, S. 232 (232).

10 *Legrand*, *Converging* (Fn. 5), S. 52; *ders.*, in: *MLRev* 1997, 44.

er zum Teil Rechtskultur im engeren Sinn (*legal culture*) zugrunde,<sup>11</sup> meist jedoch geht er von einem erhöhten und als solches (für eine Nation) identitätsstiftenden Kulturbegriff aus, der über das hinausgeht, was gemeinhin unter „Rechtskultur“ verstanden wird. Solche empirisch nicht belegbaren Grundannahmen widerlegt *Zimmermann* in seinem Vortrag zu Recht.

Zwischen diesen Extremen liegen solche Ansichten, die unterscheiden zwischen Regelungsbereichen, die eng mit der Machtstruktur eines Staates verbunden sind, eine bestimmte Gewaltenteilung voraussetzen oder auf grundlegenden „identitätsstiftenden“ Prinzipien eines Staates basieren,<sup>12</sup> und solchen, die eher technisch und verhandelbar sind und deshalb leicht(er) harmonisiert werden können.<sup>13</sup> *Teubner* spricht in diesem Zusammenhang von „binding arrangements of law“, die zu einer engen Verbindung zwischen Recht und kultureller Identität, Moral, Ethik und Politik, jeweils mit ihren historischen Verknüpfungen, führen können, in anderen Bereichen hingegen nur ein „loose coupling“ bedingen.<sup>14</sup> Zeichnet ein Rechtsgebiet die genannten gesellschaftlichen Diskurse in besonderem Ausmaß nach oder hat seine Gestalt auf Grund der für diese politische Einheit charakteristischen Ausgestaltung der Diskurse erhalten, so sei eine Veränderung durch Angleichung von außen kaum möglich.<sup>15</sup> Die innerhalb eines Staates getroffenen Grundentscheidungen über die Freiheit des Individuums, die Methoden zur Beschränkung staatlicher Macht, die Ausgestaltung des Demokratiegedankens oder die Einflussmöglichkeiten verschie-

11 Vgl. *Legrand*, in: ICLQ 1996, 52 (64 ff.); *ders.*, Against a European Civil Code, *Modern Law Review* 1997, S. 44 (45-46).

12 Vgl. *O. Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law, *Modern Law Review* 1974, S. 1 (1); ihn aufgreifend *C. Harlow*, Voices of Difference in a Plural Community, in: P. Beaumont/C. Lyons/N. Walker (Hrsg.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford: Hart Publishing 2002, S. 199 (208 ff.); *Ch. Himsworth*, Convergence and Divergence in Administrative Law, in: P. Beaumont/C. Lyons/N. Walker (Hrsg.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford: Hart Publishing 2002, S. 99 (100); *J. Smits*, On Successful Legal Transplants in a Future *Ius Commune Europaenum*, in: A. Harding/E. Örüci (Hrsg.), *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, London, Den Haag, New York: Kluwer International Publishing 2002, S. 137 (151 f.) kommt durch Rechtsvergleichung zu einer Unterscheidung zwischen Vertragsrecht und Sachenrecht. Auch *Ch. Joerges*, The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines, *ERPL* 1995, S. 175 (177) spricht von „deeply rooted values“ im Vertragsrecht.

13 So wurde angenommen, dass die Harmonisierung von Zivilprozessrecht an den zu unterschiedlichen Rechtskulturen scheitern würde, vgl. *M. Storme*, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht: Springer Netherlands 1994, S. 63; für das Verwaltungsrecht nimmt dies *Harlow*, *Voices* (Fn. 12), S. 199 (210) an. Vgl. auch die Hinweise bei *J. Bell*, Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe, in: J. Beatson/T. Tridimas (Hrsg.), *New Directions in European Public Law*, Oxford: Hart Publishing 1998, S. 147 (149 ff.).

14 *G. Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *Modern Law Review* 1998, S. 11 (16 f.).

15 *N. Walker*, Culture, Democracy and the Convergence of Public Law: Some Scepticisms about Scepticism, in: P. Beaumont/C. Lyons/N. Walker (Hrsg.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford: Hart Publishing 2002, S. 257 (260). Allein in Bezug auf das Verfassungsrecht *Häberle*, *Verfassungslehre* (Fn. 8), S. 152 ff.; *Storme*, *Rapprochement* (Fn. 13), S. 39.

dener gesellschaftlicher Gruppierungen seien stark historisch und politisch verankert und bedeutsam für die Identität einer Rechtsordnung.<sup>16</sup>

So gesehen scheint das Erbrecht auf den ersten Blick – so die These *Zimmermanns* – als „technisches“ Recht zur Regulierung des Übergangs von Vermögen nach dem Tod als gute Materie für Vergleich und Angleichung. Es handelt sich selten um Entscheidungen, die die rechtlichen Grundentscheidungen eines Staates, die Machtstrukturen innerhalb einer Verfassung oder rechtlich fundierte Grundwerte betreffen. Wobei bereits letzteres – beispielsweise in Bezug auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung – jedenfalls weltweit, möglicherweise jedoch auch innerhalb der Europäischen Union, fraglich ist. *Zimmermann* geht es aber gar nicht so sehr um die Frage, ob das Erbrecht leicht oder schwer in der Europäischen Union angleichbar ist – er möchte vielmehr diejenigen widerlegen, die von einer starken kulturellen Prägung des Erbrechts ausgehen.

Ob eine (starke) kulturelle oder rechtskulturelle Prägung eines Rechtsgebiets besteht, lässt sich am ehesten durch einen Vergleich der fraglichen Rechtsordnungen, auch ihrer historischen und gesellschaftlichen Entwicklung, herausfinden. *Zimmermann* stellt nicht die Möglichkeit einer kulturellen Prägung einzelner Rechtsgebiete, jedoch eine kulturelle Prägung des Erbrechts aufgrund unterschiedlicher rechtstatsächlicher Beobachtungen in Frage, im Kern v.a. durch die Feststellung, dass „kulturell“ und historisch eng verwandte Rechtsordnungen (in seinem Beispiel Paraguay und Uruguay bei der gesetzlichen Verwandtenerfolge) sich stark unterscheiden können, während kulturell, geographisch und historisch weit auseinander liegende Rechtsordnungen zum Teil ähnliche oder identische Lösungen gewählt haben. Ebenso lassen sich rechtsordnungsübergreifende Entwicklungstendenzen (z.B. die erbrechtliche Gleichstellung außerhalb einer Ehe geborener Kinder) und offensichtlich von spezifischen gesellschaftlichen Entwicklungen und Werten unabhängige, rechtsordnungsübergreifende Konstanten erkennen. All dies spricht aus Sicht *Zimmermanns* dafür, dass es – jedenfalls im Erbrecht, möglicherweise auch im gesamten Zivilrecht – nur eine geringe Verknüpfung von rechtlichen Strukturen mit gesellschaftlichen, politischen, moralischen und kulturellen Diskursen gibt und damit auch die Signifikanz dieser außerrechtlichen Faktoren für die Angleichung von Recht gering ist.<sup>17</sup> Hinzu kommt, dass das Erbrecht zwar Verknüpfungen zur Religion des jeweiligen Landes aufweist, dass jedoch in Europa eine Vielzahl erbrechtlicher Institute aus dem vorchristlichen römischen Recht stammen oder aus diesem entwickelt wurden. Die Aus-

16 So in Bezug auf den Rechtstransfer, der unter ähnlichen Bedingungen abläuft wie Harmonisierung in der Europäischen Union, *Kahn-Freund*, *Uses* (Fn. 12), S. 1 (5 f., 12 und 17).

17 Als Hauptvertreter dieser strikten Trennung in Bezug auf Rechtstransplantate gilt *Watson*, *Transplants* (Fn. 4), der dies trotz Kritik auch in seinen späteren Werken aufrecht erhielt, vgl. *A. Watson*, in: *EJCL*, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

gestaltung des nationalen Erbrechts scheint nicht kulturell, sondern politisch, praktisch oder durch den historischen Zufall motiviert.

Das eigentliche Problem wird jedoch durch die detailreiche Schilderung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten im Erbrecht und ihren historischen Ursprüngen verdeckt. Der Begriffsinhalt von „Kultur“ und „Rechtskultur“, deren Beziehung zueinander und die Feststellbarkeit einer Größe wie „Kultur“ sind sowohl in der Soziologie und Anthropologie als auch in der Theorie der Rechtsvergleichung (v.a. in Teilgebieten der *critical legal studies* und des Rechtspluralismus) stark umstritten. Bisher existiert keine Definition von (Rechts-)Kultur, die auf weitgehende Zustimmung stößt.<sup>18</sup> Bereits Grundfragestellungen werden in ganz unterschiedlicher Weise verstanden. Dabei würde die Diskussion gerade innerhalb der Europäischen Union erheblich davon profitieren, wenn Klarheit über die Begriffe herrschen würde.

(1) Es ist die Rede von „Recht als Kultur“ („*law as culture*“ im Gegensatz zu „*law as rules*“), „Rechtskultur“ („*legal culture*“) oder dem Verhältnis von „Recht und Kultur“ („*law and culture*“). Bei ersterem wird Recht als ein Kulturgut einer Gruppierung gesehen.<sup>19</sup> Dagegen bezeichnet „Rechtskultur“ eher den Umstand, dass sich innerhalb eines Rechtssystems bestimmte Gepflogenheiten zum Umgang mit Recht herausbilden, die über die geschriebenen Regeln hinaus zur Besonderheit und Abgrenzbarkeit dieses Rechtssystems beitragen und eine Form des gemeinsamen Denkens von Rechtseliten darstellen,<sup>20</sup> quasi die Rechtstradition.<sup>21</sup> „Recht und Kultur“ beschäftigt sich hingegen eher mit voneinander abgrenzbaren Systemen innerhalb einer Gesellschaft und untersucht die Berührungspunkte, das Verhältnis zueinander und die gegenseitige Beeinflussung<sup>22</sup> – ein Thema, das auf der Bayreuther Tagung im Fokus stand. Die Begriffe werden zwar nicht trennscharf verwendet; „Kultur“ und „Rechtskultur“ sind jedoch nicht gleichbedeutend, sondern bezeichnen unterschiedliche Betrachtungsgegenstände, deren Vermischung zu weiterer Unklarheit führt.

18 So auch Häberle, Verfassungslehre (Fn. 8), S. 2 f.

19 R. Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford: OUP 2006, S. 710 (711). In diese Richtung geht die Bedeutung des Begriffs „Rechtskultur“ bei P. Häberle, Europäische Rechtskultur, Baden-Baden 1994, S. 10-17 und Häberle, Verfassungslehre (Fn. 8), S. 585.

20 Vgl. z.B. F. Wieacker, Foundations of European Legal Culture, American Journal of Comparative Law 1990, S. 1 (insbes. 4 f.) und Basedow, Rechtskultur (Fn. 5), S. 379 (380). Ähnlich auch die Unterscheidung bei D. Goldberg/E. Atwooll, Legal Orders, Systemic Relationships and Cultural Characteristics: Towards Spectral Jurisprudence, in: E. Örüçü/E. Atwooll/S. Coyle (Hrsg.), Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing, Den Haag, London, Boston: Springer Netherlands 1996, S. 313 (325).

21 Bell, Cross-fertilisation (Fn. 13), S. 147; Allison, Transplantation (Fn. 5), S. 169 (173); Harlow, Voices (Fn. 12), S. 199 (205). Allgemein zum Teilaspekt der „Tradition“ innerhalb kultureller Betrachtungsweisen Häberle, Verfassungslehre (Fn. 8), S. 4.

22 Beispielsweise W. Fikentscher, Law and Anthropology, München 2009, S. 109. Vgl. aus systemtheoretischer Sicht Teubner, Legal Irritants (Fn. 14), S. 11 (18 und 21 ff.). Ähnlich H. Collins, European Private Law and the Cultural Identity of States, ERPL 1995, S. 353 (357 f. und 359).

(2) „Rechtskultur“ bezieht sich auf eine zunächst zu bestimmende Gruppierung. Die Festlegung wird dazu verwendet, um sich von anderen „Kulturen“ abzugrenzen und deren Verschiedenheit hinsichtlich der Einstellungen zum Recht, Rechtstraditionen und rechtlichen Verhaltensweisen darzustellen. Dabei muss die Gruppierung nicht zwangsläufig eine Nation oder die Gruppe aller Rechtsunterworfenen oder -anwender eines staatlichen Rechts sein. „Rechtskultur“ ist vor allem nicht identisch mit der überkommenen Rechtskreislehre. Vielmehr existiert eine Vielzahl (überlappender) Kulturen sogar innerhalb eines Rechtssystems;<sup>23</sup> Rechtskultur manifestiert sich gerade nicht allein im geschriebenen oder positivierten Recht, weshalb eine, selbst historisch belegbare, Betrachtung allein der Entwicklungen im positiven Recht nur einen kleinen Ausschnitt der Frage einer kulturellen Prägung darstellt.

(3) Schließlich muss berücksichtigt werden, zu welchem Zweck eine Definition von „(Rechts-)Kultur“ entwickelt wird. Im Rahmen der Rechtsvergleichung geht es meist darum, für eine Beachtung von unterschiedlichen Grundannahmen über Recht und rechtliche Funktionen in verschiedenen Rechtssystemen zu sensibilisieren und damit die Fehler, die durch die *praesumptio similitudinis* bei der Betrachtung von Regelungen weit auseinanderliegender Kulturkreise entstehen können, zu vermeiden.<sup>24</sup> Ein sensibilisierter Rechtsvergleicher wird also einen Blick hinter die (gleichlautenden) Regelungen werfen und sich dann nochmals die Frage nach der Ähnlichkeit zweier Rechtsregeln stellen. *Häberle* fasst diese Überlegungen in seinem Kulturbegriff zusammen und betont damit die Bedeutung des Kontexts bei der Rezeption von Recht: „Dazu [zur Verfassungskultur, Anm. d. Verf.] [...] gehört Ungeschriebenes, das sich aus geschichtlichen Erfahrungen, aus dem geistigen Umfeld, aus den spezifisch nationalen gesellschaftlichen Bedingungen ergibt.“<sup>25</sup> Die gemäßigten kulturellen Betrachtungsweisen mahnen die Beachtung dieser Unterschiede in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft und damit auch innerhalb der europäischen Rechtsangleichungsvorgänge an.<sup>26</sup>

23 Hierzu R. Cotterrell, *The Concept of Legal Culture*, in: D. Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Ashgate 1997, S. 13 (16); *ders.*, *Comparative Law* (Fn. 19), S. 710 (717 f.). Ebenso *Wieacker*, *Foundations* (Fn. 20), S. 1 (6-9); *Häberle*, *Verfassungslehre* (Fn. 8), S. 5; *D. Nelken*, *Beyond the Metaphor of Legal Transplants?: Consequences of Autopoietic Theory for the Study of Cross-Cultural Legal Adaptation*, in: J. Pribán/D. Nelken (Hrsg.), *Law's New Boundaries*, Aldershot: Ashgate 2001, S. 265 (287); *G. Rehm*, *Rechtstransplantate als Instrumente der Rechtsreform und -transformation*, *RabelsZ* 72 (2008), S. 1 (21); *Fikentscher*, *Anthropology* (Fn. 21), S. 108 hinsichtlich der Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Grenzen „europäischer“ Rechtskultur.

24 Hierzu *van Hoecke/Warrington*, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 1998, S. 495 (502 ff.); *Cotterrell*, *Comparative Law* (Fn. 19), S. 710 (710).

25 *Häberle*, *Europäische Rechtskultur – Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Baden-Baden 1994, S. 182.

26 So *Allison*, *Transplantation* (Fn. 5), S. 169 (175); *Harlow*, *Voices* (Fn. 12), S. 199 (200); vgl. auch *Häberle*, *Rechtskultur* (Fn. 25), S. 26 f.

Vor diesem Hintergrund wirkt der Vortrag *Zimmermanns* zum Teil zu eindimensional, zu stark auf das geschriebene Erbrecht und seine historische Herleitung, aber auch seine aktuellen Veränderungen beschränkt, versteht sich aber andererseits zu Recht als eine Gegenposition zum teilweise in der gesamteuropäischen Diskussion überhöhten Kulturbegriff bzw. dem Paradigma der „kulturellen Identität“.

Was sind also Elemente, die bei einer „rechtskulturellen Betrachtung“ im Rahmen der Rechtsvergleichung eine Rolle spielen sollten und auf der Tagung eventuell zu kurz gekommen sind? Annäherung an einen Definition „Rechtskultur“ in der Rechtsvergleichungstheorie sind meist begrenzt auf historisch begründbare und gewachsene Einstellungen und Verhaltensmuster, die über das positive Recht hinaus ein Rechtssystem charakterisieren.<sup>27</sup> Als charakterisierend werden insbesondere gesehen die Art und Weise, wie mit Recht umgegangen wird, die grundlegenden Prinzipien, die das Recht durchziehen, die Methodik, mit der rechtliche Fragestellungen angegangen werden oder das Verständnis, was Recht überhaupt ist.<sup>28</sup> Weitere Ansatzpunkte sind beispielsweise Rechtsquellen, Methodenlehre, Argumentationstheorien, Legitimation von Recht gegenüber Nicht-Recht oder gemeinsame Werte.<sup>29</sup> Diese abstrakten und recht allgemein gehaltenen Elemente von „Rechtskultur“ sollen im Rahmen der Rechtsvergleichung an die Rechtsordnungen angelegt werden, auch um verschiedene Rechtsordnungen durch ihnen gemeinsame Elemente zu größeren Gruppierungen einer Rechtskultur zusammenzufassen, womit doch wieder ein Bezug zur überkommenen Rechtskreislehre entsteht. Innerhalb eines Rechtssystems sollten für solche oft aufwändigen Untersuchungen externe und interne Betrachtungsweisen unterschieden werden.<sup>30</sup> Bei der Rechtsvergleichung wird regelmäßig die interne Sicht der professionellen Rechtsanwender und deren ungeschriebenen Verhaltenskodizes, Grundannahmen und Verhaltensmuster untersucht, da diese Rechtseliten maßgeblich am Wandel von Rechtsordnungen beteiligt sind.<sup>31</sup>

27 Vgl. z.B. *Häberle*, Rechtskultur (Fn. 25), S. 18 f.; *Basedow*, Rechtskultur (Fn. 5), S. 379 (380); *Allison*, Transplantation (Fn. 5), S. 169 (175).

28 Z.B. *Häberle*, Rechtskultur (Fn. 25), S. 9-32 oder *van Hoecke/Warrington*, Legal Cultures (Fn. 24), S. 495 (502).

29 *van Hoecke/Warrington*, Legal Cultures (Fn. 24), S. 495 (514 ff.); andere Ansätze finden sich bei *Nelken*, Metaphor (Fn. 24), S. 265 (287) und *Cotterrell*, Comparative Law (Fn. 19), S. 710 (714 ff.). Rechtshistorisch ableitbare Gemeinsamkeiten bei *Wieacker*, Foundations (Fn. 20), S. 1 (9-29). Eher ideengeschichtlich und normbezogen die Elemente bei *Häberle*, Rechtskultur (Fn. 25), S. 21-32. *Basedow*, Rechtskultur (Fn. 5), S. 379 (381) nennt Ansatzpunkte für eine gemeinsame Rechtskultur; sehr rechtssoziologisch *Voigt*, Kolonialisierung des Rechts – Zur kolonialen Rechts- und Verwaltungsordnung, in: *R. Voigt/P. Sack* (Hrsg.), Kolonialisierung des Rechts, Baden-Baden 2001, S. 15 (25).

30 Unter Bezugnahme auf verschiedene Schriften von *Friedman Cotterrell*, Legal Culture (Fn. 23), S. 13 (17). Dieser lehnt allerdings eine entsprechende Lesart seiner Schriften ab, vgl. *L.M. Friedman*, The Concept of Legal Culture: A Reply, in: *D. Nelken* (Hrsg.), Comparing Legal Cultures, Aldershot: Ashgate 1997, S. 33 (35 f.).

31 *Cotterrell*, Comparative Law (Fn. 19), S. 710 (710).

Die Frage, worin der Mehrwert einer solchen „kulturellen“ Betrachtung des Rechts liegt, ist berechtigt.<sup>32</sup> Jede kulturelle Betrachtungsweise von Recht sieht sich großen Schwierigkeiten der Definierbarkeit, Abgrenzbarkeit oder Nachweisbarkeit der Grundannahmen ausgesetzt. Das Konzept der „Rechtskultur“ bleibt schwer greifbar,<sup>33</sup> so dass ein eigener Erklärungswert angezweifelt werden kann. Sicherlich lassen sich zwischen verschiedenen Rechtsordnungen Unterschiede gerade der „internen Rechtskultur“ feststellen, die auf die verschiedenen Rechtsregeln und die Gründe für deren Erlass zurückgeführt werden können, möglicherweise auch auf ungeschriebene Grundannahmen einer Gesellschaft.<sup>34</sup> Jedoch bleiben die „charakterisierenden“ Elemente oft wagen. Zum Teil wird deshalb rundweg abgelehnt, dass eine bestimmbar „Rechtskultur“ existiert. Je mehr mit dem Begriff „Kultur“ zu erklären versucht wird, desto schwieriger wird es, zu differenzieren, was seine Besonderheit ausmacht. „Kultur“ wird zu einer „great grey soup into which anything and everything may be put.“<sup>35</sup> Wer Rechtskultur als schwer greifbares und von außen nicht durchdringbares *mindset* definiert, setzt sich dem Vorwurf aus, der Statik von Rechtssystemen und der Unmöglichkeit von Rechtsannäherung zwischen Rechtsordnungen das Wort zu reden.<sup>36</sup> Wer versucht, „Rechtskultur“ abstrakt zu definieren und Elemente herauszuarbeiten, muss oft auf so allgemeine Aussagen zurückgreifen, dass wiederum eine Untersuchung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden schwierig oder unmöglich wird.<sup>37</sup> Zu solchen abstrakten Begriffen zählen „Geschichtlichkeit“, „Wissenschaftlichkeit“, „Unabhängigkeit der Rechtsprechung“ und „Religiöse Neutralität des Staates/Religionsfreiheit“ als charakteristische Elemente einer gemeineuropäischen Rechtskultur.<sup>38</sup> Abgesehen davon, dass dies nicht die einzigen gemeinsamen Merkmale europäischer Rechtsordnungen sind und sich einzelne davon auch in außereuropäischen Rechtsordnungen finden bzw. in einzelnen europäischen Staaten nicht so stark ausgeprägt sind, ist das Abstraktionsniveau so hoch, dass ihnen außer der Feststellung prägenden Gemeinsamkeiten zwischen europäischen Staaten (auch auf dem Gebiet des Rechts) wenig Erklärungswert zukommt.

Trotz der dargestellten Schwierigkeiten sind rechtskulturelle Argumente nicht ganz von der Hand zu weisen. Wer nur das positive Recht betrachtet, übersieht, dass Recht und andere gesellschaftliche Diskurse zwar getrennte Systeme sind, die sich jedoch

32 Wobei die meist getroffene Beschränkung auf den Kontext der Rechtsvergleichung unverständlich ist, da der Rechtsanwender und Rechtswissenschaftler gerade in seinem „eigenen“ Rechtssystem mehr als Regeln verstehen muss; in diese Richtung argumentieren auch *van Hoecke/Warrington*, *Legal Cultures* (Fn. 24), S. 495 (497) und der generelle Ansatz bei *Häberle*, *Verfassungslehre* (Fn. 8).

33 *D. Nelken*, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, in: *D. Nelken/J. Feest* (Hrsg.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford: Hart Publishing 2001, S. 7 (26).

34 *Rehm*, *Rechtstransplantate* (Fn. 23), S. 1 (20).

35 *Allison*, *Transplantation* (Fn. 5), S. 169 (174).

36 Vgl. *van Hoecke*, *Harmonisation* (Fn. 5), S. 1 (5 ff.); *Rehm*, *Rechtstransplantate* (Fn. 23), S. 1 (17).

37 Vgl. *Cotterrell*, *Comparative Law* (Fn. 19), S. 710 (714).

38 *Häberle*, *Rechtskultur* (Fn. 25), S. 21 ff.

berühren, gegenseitig beeinflussen und gerade bei der Rechtsfindung im konkreten Einzelfall ineinander hineinwirken können. Eine ausschließlich positivistische Betrachtung läuft Gefahr, Realisierungspotentiale durch gesetztes Recht zu sehen, wo auf Grund anderer, vor allem in Tradition und Gesellschaft zu verortender Faktoren unüberwindbare (oder anders als durch Recht zu überwindende) Hindernisse bestehen. Ob hierfür der schwer zu bestimmende Begriff „Rechtskultur“ erforderlich ist, kann dahinstehen. Jedenfalls können bei der Betrachtung der Veränderung von Recht durch externe Einflüsse diejenigen Elemente, deren Einfluss auf die Anwendung von Recht in verschiedenen Rechtsordnungen identifiziert werden kann, nicht außer Acht gelassen werden. Charakterisierende Elemente einer Rechtskultur sind dann in dem bestehenden Regelgefüge explizit oder implizit ausgedrückte Grundannahmen.<sup>39</sup> Es geht vor allem um Einstellungen zu Recht als solchem, Hintergründe bestimmter Interpretationsansätze, Argumentationsmuster, Gründe für die Existenz oder Nichtexistenz bestimmter Regelungsinhalte und ein Selbstverständnis für bestimmte Grundannahmen bei der Auslegung und Anwendung von Recht. Gesellschaftlicher Kontext im Gegensatz zur Rechtskultur kann darüber hinaus dort eine Rolle spielen, wo das Recht zur Einbeziehung dieses Kontexts „einlädt“. Kultur ist immer dann von Bedeutung, wenn sie sich auf das Verständnis von Rechtsbegriffen auswirken kann, da sie direkten Niederschlag in der Rechtskultur oder rechtlichen Regeln gefunden hat.<sup>40</sup>

Ob das im Erbrecht in seiner Allgemeinheit der Fall ist, kann man in Frage stellen. Jedoch genügt die bloße Betrachtung von Rechtsregeln nicht, um zu beweisen, dass ein bestimmtes Rechtsgebiet nicht kulturell geprägt ist, dass sich Veränderungen nicht auf spezifische Entwicklungen dieses Landes und Einstellungen ihrer Rechtsebenen zurückführen lassen. Unterschiede sind – gerade in Europa – sicher nicht unüberwindbar, aber ein gutes Indiz dafür, wann vermeintlich problemlos erscheinende Rechtsangleichungsvorhaben in „technischen“ Rechtsgebieten dennoch nicht reibungslos verlaufen.

### C. Werte und ihre Positivierung in einer vielgestaltigen Europäischen Union

Die Überlegungen zur rechtskulturellen Betrachtungsweise haben bereits gezeigt, wie schwierig es ist, abstrakt eine gemeineuropäische Rechtskultur zu definieren. Wieviel problematischer die Normierung und Positivierung konkreter gemeinsamer Werte in Europa ist, zeigten die Diskussionen in der Fachgruppe Europarecht. Das gilt insbe-

39 Das fällt beispielsweise bei den von *de Moor*, *Law of Contract* (Fn. 5), S. 257 (262 ff.) gegebenen Beispielen für „kulturelle“ Unterschiede zwischen Common Law und Civil Law in Bezug auf das Vertragsrecht auf, die konkret doch einfach Unterschiede zwischen Regeln, Regelungssystematik und Interpretationen durch Gerichte sind.

40 *V. Gessner/A. Schade*, *Conflicts of Culture in Cross-border Legal Relations: The Conception of a Research Topic in the Sociology of Law*, in: M. Featherstone (Hrsg.), *Global Culture*, London: Sage Publications 1990, S. 253 (253).

sondere dann, wenn gegenüber den Mitgliedstaaten an „weiche“ Bekenntnisse zu im Grundsatz anerkannten Grundwerten wie Menschenwürde, Rechtsstaatlichkeit oder Demokratie in Art. 2 EUV „harte“ Rechtsfolgen geknüpft werden, wie der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV bei einer schwerwiegenden Verletzung der nicht näher definierten Werte der Union oder das in der Mitteilung der EU-Kommission vom 11.3.2014<sup>41</sup> festgelegte, dem Vertragsverletzungsverfahren ähnliche Verfahren zur Vermeidung systembedingter Verstöße eines Mitgliedstaats gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Dies wirft naturgemäß viele Streitpunkte in der Unionsrechtsdogmatik auf, insbesondere die Frage, ob den Werten des Art. 2 EUV ein eigener Gehalt zukommt oder ob es sich lediglich um eine Zusammenfassung der anderenorts in den Verträgen und der Grundrechtecharta bereits normierten Rechte des Einzelnen und der objektiven Pflichten der EU und der Mitgliedstaaten handelt. Da sich alle in Art. 2 EUV genannten Prinzipien an anderer Stelle im Unionsrecht wiederfinden und die europäischen Organe zur Konkretisierung auf Protokolle zur EMRK, auf überlieferte Verfassungsprinzipien, auf allgemeine Rechtsgrundsätze und auf die Entstehungsgeschichte der anderen Normen der Verträge verweisen, spricht einerseits viel dafür, Art. 2 EUV keinen über die übrigen Verbürgungen hinausgehenden Eigenwert zuerkennen. Andererseits nimmt Art. 7 EUV gerade Bezug auf Art. 2 und hält es auch die Kommission für erforderlich, ergänzend zur *ultima ratio* des Art.-7-Verfahrens und zum Vertragsverletzungsverfahren ein weiteres „informelles“ Verfahren zur Abwehr von Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit einzuführen.<sup>42</sup>

Eine Frage wäre auf einer Tagung für Rechtsvergleichung besonders wichtig gewesen, da sie letztlich nur durch Vergleichung des (Verfassungs-)Rechts der Mitgliedstaaten beantwortet werden kann: wenn die Union „harte“ Sanktionen an Verstöße gegen diese „Grundnormen“ der europäischen Verfassung knüpft, muss auch die Stelle bestimmt werden, die kompetent ist unter Einsatz ebenfalls zu bestimmender Methoden den Inhalt dieser Normen zu konkretisieren. Dieses Legitimitätsproblem ist angesichts der Aufnahme von Flüchtlingen und Asylsuchenden und der Verweigerung einer gemeinsamen europäischen Lösung durch einige Mitgliedstaaten unter Berufung auf staatliche Souveränität gerade wieder virulent geworden. Jedoch auch zuvor zeigte sich, dass zwar jeder eine Vorstellung von „Menschenwürde“ oder „Rechtsstaat“ hat, aber jeder, zumindest jede Rechtskultur, eine eigene. Wie kann dann aber noch ein Verstoß gegen europäische Grundwerte festgestellt werden? Selbst wenn man davon ausgeht, dass es sich bei Art. 2 EUV nur um den gemeineuropäische Mindeststandard handelt – was weder der Idee noch der Entstehungsge-

41 COM(2014) 158 final vom 11.3.2014 „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit“.

42 COM(2014) 158 final, S. 3.

schichte dieser Norm entspricht<sup>43</sup> – und auch wenn die Kommission beispielsweise in ihrer Mitteilung Kernelemente der Rechtsstaatlichkeit benennt, so bleibt die Frage offen, wer den Mindeststandard definieren kann und inwieweit hierbei ein autonomes unionales Verständnis unter Einbeziehung der in den übrigen Vertragsvorschriften, insbesondere der EU-Grundrechtecharta zum Ausdruck gebrachten Grundannahmen maßgeblich sein soll oder ein durch rechtsvergleichende Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen gewonnenes Verständnis.

In Betracht kommen als verbindliche Letztentscheidungsbefugte die üblichen Verdächtigen: der EuGH, dem nach Art. 19 Abs. 1 EUV die Kompetenz zur Auslegung der Verträge zukommt, der aber, außer im seltenen Fall eines Vertragsverletzungsverfahrens, kaum die Gelegenheit zur umfassenden „autonomen“ Konkretisierung solcher allgemeiner Normen hat. Die Kommission, die zwar befugt ist darüber zu wachen, dass die Verträge angewendet werden (Art. 17 EUV),<sup>44</sup> darüber hinaus aber kaum die Kompetenz hat, nicht von ihr oder unter ihrer Ägide erlassene Rechtsakte, wozu die Verträge nun einmal zählen, durch informale Mitteilungen zu konkretisieren und so das „Rechtsstaatsverständnis“ der Kommission als Maßstab für Sanktionen gegen einzelne Mitgliedstaaten zu etablieren. Auf dieses „Denken in Kategorien der Wertesicherung am Rand der Kompetenzüberschreitung“ wies auch *Schorckopf* in seinem Vortrag hin. Schließlich die Mitgliedstaaten selbst als „Herren der Verträge“, auf die die Vorschriften letztlich zurückgehen und die sich teilweise beim Beitritt im *Acquis Communautaire* nach Art. 49 EUV zur Achtung dieser Werte verpflichtet haben, die sie kulturell und historisch bedingt recht unterschiedlich verstehen. Schon unter den „alten“ Mitgliedstaaten wie Deutschland, Frankreich und England gibt es über die genaue Ausgestaltung von „Rechtsstaat“, „rule of law“ oder „Etat du droit“ kein Einvernehmen, vor allem dann nicht, wenn es um das Verhältnis mit anderen Grundwerten wie der Demokratie geht.<sup>45</sup> So findet sich im Unionsrecht ein klar „schwarzer“ Bereich desjenigen, was jedenfalls einen Verstoß darstellt,

43 S. aber *Ch. Callies*, in: Ch. Callies/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl., München 2011, Art. 2, Rn. 8 ff.

44 So jedenfalls auch das Selbstverständnis der Kommission, s. COM(2014) 158 final, S. 2.

45 So ist bereits die Gewaltenteilung im englischen Recht vollkommen anders ausgestaltet als etwa im französischen oder deutschen Recht und wird den Richtern im Common Law eine eigene Rechtssetzungsbefugnis zugesprochen, gleichzeitig aber – abgesehen mittlerweile vom Human Rights Act – wegen der Souveränität des Parlaments keine Normenkontrollbefugnis. Während in Frankreich die Macht der Exekutive traditionell stark ausgestaltet ist, versteht die deutsche Rechtsstaatlichkeit unter Vorrang der Gesetze und der Verfassung das Volk als höchsten Souverän und bindet alle staatliche Gewalt – selbst die gesetzgebende – an positiviertes Recht. S. unter anderem J. Jowell, *The Rule of Law and its underlying values*, in: J. Jowell/D. Oliver (Hrsg.), *The Changing Constitution*, Oxford: OUP 7. Aufl. 2011, S. 11 ff.; E.C.S. Wade, *Introduction to A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10. Aufl., London: MacMillan&Co. 1964, S. xxiv; G. Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford: OUP 1971, S. 97; I. Harden/N. Lewis, *The Noble Lie: The British Constitution and the rule of law*, London: Hutchinson Education 1986, Vorwort, S. IX; J. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford: Clarendon Press 1996, S. 16-17.

ebenso wie ein eindeutig „weißer“ Bereich des Erlaubten. Doch in der großen Grauzone dazwischen, die ja das Hauptfeld staatlichen Handelns ausmacht, bleibt die Konkretisierung von Verstößen unklar, abhängig von anderen innerstaatlichen Kompensationsmechanismen und rechtskulturell geprägten Vorstellungen über die Machtverteilung im Staat, die Freiheit der Bürger und das Sicherheitsempfinden der jeweiligen Regierung. Nicht umsonst möchte auch die Kommission nur schwere, systembedingte Verstöße verhindern. Sie sieht auch selbst den rechtsvergleichenden Aspekt, indem sie darauf hinweist, dass sie beispielsweise über die Agentur der Menschenrechte Expertise einholen wird, wie das Prinzip im betroffenen Mitgliedstaat und in anderen Mitgliedstaaten verstanden wird, auch um eine Gleichbehandlung zu gewährleisten.<sup>46</sup> Ohne eine klare gesetzliche Legitimation des Letztentscheiders, die auch auf der Akzeptanz aller an diesem Maßstab zu Messenden trifft, ist der Verweis auf gemeinsame Grundwerte problematisch. „Akzeptanz“ ist die „positive Stellungnahme zu einer Norm oder Entscheidung“,<sup>47</sup> ein „Für-Richtig-Halten“.<sup>48</sup> In Bezug auf gemeineuropäische Werte bedeutet dies die Annahme der Grundprinzipien durch die Mitgliedstaaten. Es besteht ein Zusammenhang zur normativen Legitimität einer Entscheidung, also ihrer Zustimmungsfähigkeit, die sich beispielsweise aus formalen normativen Aspekten der Legalität oder auch aus materiellen (Gerechtigkeits-)Überlegungen ergibt.<sup>49</sup> So gesehen bleibt die Akzeptabilität und damit politische Wirkung von Verfahren wie denen der Kommission zumindest fraglich.

Zu Recht wies *Schorkopf* noch auf ein weiteres Problem hin: durch die Betonung der Rechtsstaatlichkeit in der Mitteilung der Kommission werden die vom Wortlaut her gleichwertigen Prinzipien in Art. 2 EUV hierarchisiert. Demokratie – egal ob formal als Legitimation alles staatlichen Handelns durch das Volk oder eher materiell im Zusammenhang mit der Achtung von Grundrechten verstanden – ist nur noch aus der Rechtsstaatlichkeit abgeleitet, was insbesondere dann Fragen aufwirft, wenn die Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat mit der Verwirklichung des Demokratieprinzips kollidiert oder wenn umgekehrt formal demokratische (parlamentarische) Entscheidungen dazu eingesetzt werden, die Rechtsstaatlichkeit oder Kontrollmechanismen für gesetz- und verfassungskonformes Verhalten von Staatsorganen, wie eine Verfassungsgerichtsbarkeit, auszuhebeln.

46 COM(2014) 158 final, S. 9.

47 J. *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, S. 7.

48 E. *Benda*, Akzeptanz als Bedingung demokratischer Legitimität, Bonn 1988, S. 4. Zum wichtigen Aspekt der Akzeptanz vgl. U. *Karpen*, The Norm Enforcement Process, in: U. Karpen/P. Delnoy (Hrsg.), The Creation of Written Law, Baden-Baden 1996, S. 51 (56); R. *Schmidt*, Anmerkungen zur Akzeptanz von Gesetzen, in: D. Heckmann/R.P.Schenke/G. Sydow (Hrsg.), FS Würtenberger, Berlin 2013, S. 397 (399); U. *Rommelfanger*, Akzeptanz und Legitimität parlamentarischer Entscheidungen, *ibid.*, S. 377 (385).

49 J. *Heidorn*, Legitimität und Regierbarkeit, Berlin 1982, S. 19 ff.; *Benda*, Akzeptanz (Fn. 48), S. 14; P. *Koller*, Überlegungen zur Legitimität politischer Gemeinschaften im Allgemeinen und der Europäischen Union im Besonderen, in: J.-Ch. Merle (Hrsg.), Legitimität supranationaler Institutionen, Berlin, Münster 2012, S. 87 (89 u. 94).

Ein völlig anderer Aspekt ist der, inwieweit Art. 2 EUV als intraunionaler Maßstab die EU zur wertkonformen Auslegung von Unionsrechtsakten verpflichtet: Auf das Primärrecht bezogen, soll dies nach *Potacs* bedeuten, dass die übrigen Normen der Verträge nicht im Widerspruch zu den genannten Werten angewandt werden dürfen, Art. 2 EUV also zu einer systematisch-teleologischen Auslegung der übrigen Primärrechtsnormen herangezogen werden muss. Zieht man allerdings Parallelen zur verfassungskonformen Auslegung, so stellt sich die Frage, ob Art. 2 EUV hierarchisch über dem übrigen Primärrecht steht, also beispielsweise ähnlich wie Art. 1 GG eine – jedenfalls für den Kernbereich der Prinzipien – absolute Abwägungsschranke darstellt. Sieht man die Vorschrift als „Grundnorm“ der Union, ist das naheliegend.<sup>50</sup> Auch *Potacs* zieht diese Parallele, indem er im Kollisionsfall den Werten der EU den Vorrang einräumen möchte. Andererseits erfordert dies zum einen einen Selbststand der Vorschrift und der dort genannten Werte, der zumindest angezweifelt wird (s.o.). Zum anderen lassen sich die genannten wenigen Beispiele aus der Judikatur des EuGH, insbesondere der Kadi-Fall,<sup>51</sup> eher als Herstellung praktischer Konkordanz zwischen gleichrangigen kollidierenden Normen (konkret der Bindung an völkerrechtliche Normen und der Achtung der Menschenrechte) lesen. Auch soll eine wertkonforme Auslegung des Primärrechts insbesondere bei einer offenkundigen Verletzung möglich sein, was ebenfalls gegen einen generellen – eine Auslegung in diesem Sinne erst ermöglichenden – Vorrang des Art. 2 EUV spricht.

Auch bei der wertkonformen Auslegung des Sekundärrechts stellt sich die Frage nach dem Mehrwert einer solchen Auslegung. Klar ist, dass sich das Sekundärrecht am höherrangigen Primärrecht messen lassen muss und bei einem Verstoß gegen eine konkrete Primärrechtsvorschrift nichtig ist. Ob dies wirklich nur bei der Berührung des Kernbereichs der Fall ist, ist fraglich. Darüber hinaus wird, ähnlich wie jedenfalls im deutschen Recht, damit argumentiert, dass sich der Unionsgesetzgeber an die höherrangigen Werte des Art. 2 EUV halten wolle und deshalb Sekundärrechtsakte im Einklang mit diesen Werten ausgelegt und angewendet werden müssen, wenn eine solche Auslegung möglich ist. Das entspricht, auch zur Vermeidung einer Nichtigkeit der Norm, die sicher nicht gewollt war, der Intuition des deutschen oder österreichischen Juristen – ob sich hierfür ein unionsweiter Konsens in der Methodenlehre finden lässt, blieb offen. Auch, ob sich hierüber in Verbindung mit dem „Homogenitätsprinzip“ des Art. 2 EUV ein Gebot wertekonformer Auslegung mitgliedstaatlicher Umsetzungsakte ableiten lässt, muss wohl Gegenstand weiterer Forschung sein.

50 Heteronome Auslegung wie die „Konformauslegung“ erfordert einen ranghöheren Maßstab, s. *M. Jestaedt*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HBSrR, 3. Aufl., Heidelberg 2014, Bd. XII, § 264 Rn. 48.

51 EuGH, Rs. C-402/05, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 282 ff.