

RZE – Prof. Dubarry über Rechtsvergleichung, Verhältnismäßigkeitsprüfung und die rechtliche Grundlage Europas

RZE: Sie schreiben auf der Website Ihres Lehrstuhls, dass die Rechtssysteme der europäischen Mitgliedsstaaten nicht isoliert voneinander betrachtet werden können. Was meinen Sie damit?

Dubarry: Wenn Sie sich umschauen, sehen Sie viele Lehrbücher zum französischen, belgischen, österreichischen und schweizerischen Recht. Heute macht es keinen Sinn mehr, das nationale Recht als autonome Erscheinung zu betrachten. Das gilt meines Erachtens sowohl für die Ausbildung unserer Studierenden und für uns als Dozenten, als auch für die Praxis, sei es für Anwälte oder Richterinnen. Unsere jeweiligen Rechtsordnungen haben sich zwar auf Grundlage von verschiedenen nationalen Geschichten entwickelt, welche aber ihrerseits sehr eng mit der Geschichte anderer Länder verknüpft sind. Dabei können auch die gemeinsame Sprache oder der gemeinsame Ursprung, ich meine das Römische Recht, von maßgeblicher Bedeutung sein. So weist zum Beispiel das französische Recht enge Verbindungen mit dem belgischen, oder mit dem italienischen Recht auf. Ganz konkret diente das Französische Recht lange als Modell für das belgische Recht. Das ging so weit, dass im belgischen *Code civil* viele Vorschriften wortwörtlich mit dem französischen *Code civil* übereinstimmen. Nun ist es heute so, dass das belgische Recht, insbesondere im Sachenrecht, völlig neu reformiert wurde und viel dynamischer als das französische Sachenrecht ist. Nun stellt sich die Frage, ob heute das belgische Sachenrecht ein Modell für das französische Sachenrecht wird. Das könnte passieren, aber Voraussetzung dafür ist natürlich, dass die Franzosen auch die belgischen Regelungen kennen, um sie zu übernehmen, sei es durch gesetzgeberische Vorhaben oder auch durch richterliche Rechtsfortbildungen.

Nun habe ich von zwei Rechtsordnungen gesprochen, die einander im Grundsatz sehr ähnlich sind und einander auch historisch nahe liegen, aber die Notwendigkeit der Betrachtung kann sich auch ergeben für Rechtsordnungen wie das deutsche und das französische Recht. Diese beiden haben, zumindest im Zivilrecht, sehr wenig gemeinsam und deutsche und französische Juristen sind auch sehr unterschiedlich. Aber trotzdem, auch weil Rechtsordnungen in einem gewissen Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen, hat das französische Recht bereits Institutionen aus dem deutschen Recht übernommen. Ich denke hier an den Eigentumsvorbehalt. Der Eigentumsvorbehalt ist in jedem Warenkauf im Handel üblich und das hat das französische Recht aus dem deutschen Recht übernommen, jedoch ohne die

theoretischen Grundlagen des Eigentumsvorbehalts im deutschen Recht zu kennen und das heißt, wir haben im französischen Recht eine Institution, die eigentlich bis heute noch nicht so gut funktioniert wie im deutschen Recht. Hier ist es wichtig, auch immer die verschiedenen Rechtsordnungen im Auge zu behalten. Manchmal hat man auch Überraschungen. Das habe ich selbst in meinen verschiedenen Forschungsprojekten, insbesondere mit dem österreichischen Recht gehabt. Also ich bin während meiner Studienzeit nicht auf das österreichische Recht gestoßen, sondern erst später und habe da gemerkt, dass das ABGB vieles mit dem *Code civil* gemeinsam hat, was man eigentlich vergisst, weil das österreichische Recht deutschsprachig ist. Und jetzt, im Zuge der Reform, sagen die Österreicher: „Unser ABGB ist im Jahr 1810 entstanden und es liegt eigentlich näher am *Code civil* als am BGB 1900 und das würde uns interessieren, was die Franzosen zu diesem ABGB sagen, damit wir vielleicht zu den Wurzeln zurückkehren.“ Ich glaube, das ist sehr wichtig in jedem Fall, unabhängig von der mehr oder weniger großen Nähe der Rechtsordnung, das zusammen zu betrachten. Das eigene Recht ist an sich heute etwas armes, vor allem im europäischen Kontext.

RZE Sie sprachen davon, dass das französische Recht den Eigentumsvorbehalt aus dem deutschen Recht übernommen hat.

Dubarry: Der Eigentumsvorbehalt ist eine kleine Figur, vereinfacht ausgedrückt, die besagt, dass Sie nur Eigentümer werden, wenn der Kaufpreis vollständig bezahlt wird. Diese Figur hat das Deutsche Recht aufgrund des sogenannten Trennungsprinzips im Sachenrecht ganz reibungslos entwickeln können, sogar ursprünglich ohne gesetzliche Regelung. Das Französische Recht kennt nach herrschender Auffassung dieses Trennungsprinzip nicht und hat den Eigentumsvorbehalt aber übernommen. So hat man eine Figur bekommen, die eigentlich nicht in die Struktur des französischen Rechts passte, aber irgendwie musste das wirtschaftlich funktionieren, denn man konnte es sich nicht leisten, eine Rechtsordnung ohne Eigentumsvorbehalt, der so gängig und effizient war, wie insbesondere in Deutschland, zu haben. Deswegen hat man gesagt, das wird irgendwie funktionieren, aber halt auch nur irgendwie, das heißt auch schlecht.

RZE: Wie kam das? Da hat jemand gemerkt: Wir haben da eine Gesetzeslücke, die müssen wir schließen, und dann?

Dubarry: Nicht eine Gesetzeslücke. Da hat jemand gemerkt, dass es anders besser funktioniert und dass das deutsche Recht diesbezüglich attraktiver war und hat gesagt: Wenn wir auch so attraktiv sein wollen, müssen wir auch so eine Rechtsfigur haben. Aber, man kann so eine

Kleinigkeit aus einem anderen Recht nicht so einfach übernehmen und den Fehler hat man gemacht.

RZE: Wir haben ja jetzt auch gerade wieder eine Situation in Europa, in der die Rechte in Europa voneinander lernen könnten, oder müssten. Sowohl in Frankreich, als auch in Deutschland, gab es Beschränkungen des öffentlichen Lebens im Zuge des Infektionsschutzes. Diese sind in Frankreich sehr viel strenger als in Deutschland, obwohl die Fallzahlen positiv auf Corona getesteter Bürger*innen in Deutschland zwischenzeitlich höher sind als in Frankreich. Wie kommt es zu diesem Unterschied?

Dubarry: Das hat politische und juristische Gründe, die aufgrund der Verfassung Frankreichs eigentlich nicht zu trennen sind. Die deutsche Verfassung, also das Grundgesetz, ist auch eine objektive Werteordnung. Das heißt, es gibt einen Grundrechtskatalog in der Verfassung selbst. Die französische Verfassung ist eigentlich nur eine politische Verfassung, also eine Verfassung, die die politische Organisation des Landes bestimmt, aber ursprünglich eigentlich keine Werteordnung beinhaltet. Erst im Jahr 1971, also relativ spät, ist der Verfassungsrat dazu gekommen, zu sagen, naja, es gibt andere Texte und andere Normen, um die Verfassung herum, die vielleicht auch verfassungsrang haben könnten und dazu zählt insbesondere die *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789, die eigentlich Grundrechte beinhaltet, aber eigentlich gibt es keine Grundrechte in der Verfassung und dieser Grundrechtsschutz ist eigentlich nichts natürliches in Frankreich. Wenn man sagt, der Verfassungsrat (*Conseil Constitutionnel*) ist Hüter der Verfassung – Er ist Hüter der Verfassung, aber der politischen Verfassung, nicht der Grundrechte. Das ist er eigentlich geworden, ab 1971, aber nicht in einem so großen Maße wie das BVerfG in Deutschland und andererseits – das ist das juristische Argument – erlaubt diese Verfassung eben, dass das Parlament die Exekutive ermächtigen kann, freiheitseinschränkende Maßnahmen zu treffen, das heißt auch, wenn es einen Gesetzesvorbehalt gibt, der nicht in der Verfassung begründet ist, aber anerkannt wird, dann kann das Parlament sagen, dass der Premierminister, oder irgendein Minister, freiheitseinschränkende Maßnahmen trifft, ohne Einschaltung des Parlaments, und dass das Parlament das eigentlich erst im Nachhinein, sehr viel später, bewilligt, mit der Folge, dass die einschränkenden Maßnahmen nicht vom Verfassungsrat, also vom *Conseil Constitutionnel* zu überprüfen sind, sondern nur jede Anwendungsmaßnahme, also jede kleine Maßnahme, vom Verwaltungsrichter zu überprüfen ist. Und so ist es auch dazu gekommen, dass das Ermächtigungsgesetz nicht effizient zu überprüfen ist, sondern dass diese Überprüfung auf die Anwendungsmaßnahmen verlagert wird. Das heißt, die politische Entscheidung ist also nicht

überprüft und kontrolliert worden, weder auf politischer Ebene, weil das Parlament ausgeschaltet wurde, noch auf rechtlicher Ebene, zumindest beim *Conseil Constitutionnel*, weil das auf die Anwendungsmaßnahmen verlagert wurde. Was wichtig ist, ist wie das ursprünglich angefangen hat, und zwar – und da ist der Unterschied zwischen Deutschland und Frankreich absolut eklatant – wie es dazu gekommen ist und wie es zur gesellschaftlichen Akzeptanz solcher freiheitseinschränkenden Maßnahmen gekommen ist. Der Staatspräsident Macron hat in einer öffentlichen Ansage verlauten lassen, dass wir uns in einem Krieg befinden. Deshalb ist das gesamte Parlament und die gesamte Bevölkerung hinter dem „Kriegsführer“ gelaufen und jeder kritische Geist war unzulässig. Wenige Tage später hat Bundespräsident Steinmeier seine öffentliche Ansage mit den Worten beendet: „Das ist kein Krieg“. Ich meine, da sehen wir wirklich zwei gegensätzliche Auffassungen der Problematik und das hat eigentlich die gesamte Situation danach bestimmt.

Was er da im Anschluss getan hat, insbesondere die Einsetzung eines sogenannten *Conseil de Défense* (Verteidigungsrat), ist eigentlich nur etwas militärisches für Kriegszeiten. Also ich meine die Kommunikation ist sehr wichtig in dieser Geschichte und die hat die Folgen bestimmt, auch in der Einstellung der Bevölkerung und des Parlaments. Wenn Staatspräsident Macron nicht gesagt hätte, dass wir in einem Krieg sind, dann hätte das Parlament auch nicht so ohne weiteres die Exekutive ermächtigt, solche gravierenden Maßnahmen zu treffen.

RZE: Das waren jetzt also die politischen und sozialen Aspekte. Nun ist es ja so, dass das was in Frankreich abgelaufen ist, juristisch in Deutschland nicht durchzusetzen gewesen wäre. In Deutschland gibt es ja das Prinzip des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Was bedeutet das?

Dubarry: Zu diesem Thema ist es in Frankreich so, wenn es Gesetzesvorbehalt gibt, dass das Parlament das durch diese Verordnung delegieren kann, und dann ist natürlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung der einzelnen Maßnahmen auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit verlagert und dann hat das Verwaltungsgericht die Aufgabe zu überprüfen, ob die in diesem Fall angeordnete Quarantänemaßnahme oder Ausgangssperre geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist und da ist auch zu bemerken, dass der *Conseil d'État*, also das Äquivalent zum BVerfG, das höchste Verwaltungsgericht ist, dass es 2 Rollen hat. Eine der Rollen des *Conseil d'État* ist die Beratung der Exekutive. Die andere Rolle ist die gerichtliche Kontrolle. Beide Rollen sind ja in der Theorie vollständig getrennt, aber immerhin kann die Institution, die die Exekutive berät und Verordnungen für in Ordnung erklärt im Nachhinein sagen, dass das unverhältnismäßig ist. Das ist schwierig und das konnte man auch in dieser Phase merken. Das *Conseil d'État* hat eigentlich die Überprüfung nur oberflächlich vorgenommen.

Wenn man sich da wirklich dieser Frage widmet, kann man nur erstaunt sein, wenn man sieht, wie die deutschen Gerichte die Verhältnismäßigkeitsprüfung ganz streng durchführen, manchmal vielleicht zu streng, und wie in Frankreich dagegen das Conseil d'État nur 3 Zeilen schreibt, und zwar: „Das ist geeignet, das politisch verfolgte Ziel zu erreichen, von daher ist es verhältnismäßig.“ Die Frage, ob es mildere Mittel geben könnte, ob die Maßnahme kohärent mit anderen Maßnahmen ist, das sind Kriterien, die von der deutschen Rechtsprechung genutzt werden, die man eigentlich in Frankreich nicht benutzt. Die erste Entscheidung dort, die auf einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung basiert, die haben wir vor einigen Tagen bekommen bei der Begrenzung von Teilnehmern an Gottesdiensten. Obwohl die Infektionszahlen runtergehen, hat die Regierung trotzdem beschlossen, die Teilnehmer an Gottesdiensten auf 30 zu beschränken und dann wurde eine Klage eingereicht und dann hat das Conseil d'État beschlossen, dass man nicht zugleich den Lockdown mildern kann, während gleichzeitig nur 30 Menschen in die Kirche gehen dürfen. Das ist nicht kohärent, das ist nicht verhältnismäßig. Das ist die erste Entscheidung, die die Verhältnismäßigkeitskontrolle sozusagen in deutscher Weise durchgeführt hat und das viele Monate nach Beginn der Krise.

In Deutschland ist es auch so, dass die Verhältnismäßigkeitskontrolle sich mit der Zeit intensiviert. Sie wird in der ersten Zeit ein bisschen zurückhaltender sein und dann, je mehr Zeit vergeht, immer strenger werden. So müsste es eigentlich sein, in Frankreich tut man sich aber schwer mit der Verhältnismäßigkeit. Das ist aber nicht intuitiv und es ist nicht so systematisiert worden, wie es in Deutschland ist. Hier lernt jeder Student im zweiten Semester, wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechten zu erfolgen hat, aber in Frankreich ist das etwas Neues. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist keine natürliche Aufgabe des Richters.

RZE: Inzwischen ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung aber auch in Frankreich rechtlich festgelegt

Dubarry: Sie ist festgelegt, aber nicht so streng durchgeführt und nicht so systematisiert, weil die politische Rolle und Nähe der Richter die sie durchführen müssen, zu einer gewissen Zurückhaltung bei dieser Kontrolle führt. Es ist ganz interessant zu merken, beim Verfassungsrichter sehr zurückhaltend, beim Verfassungsrat, *Conseil Constitutionnel*, wo die Richter eigentlich ehemalige Politiker sind, so gut wie keine Kontrolle und beim ordentlichen Richter, also Strafrichter oder Zivilrichter, dann sehr strenge Kontrolle der Verhältnismäßigkeit. Das liegt auch an der Besetzung der Gerichte und insbesondere der Verwaltungsgerichte und des Verfassungsrates, der eigentlich kein Gericht in Frankreich ist.

RZE: Ist rechtlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit demselben Wortlaut festgelegt?

Dubarry: Das ist derselbe Wortlaut. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sind die drei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die auch wirklich so formell in den beiden Ländern in den Urteilen zu finden sind. Aber die Praxis ist wesentlich unterschiedlich.

RZE: Nehmen wir an, Sie müssten als Richter auf Verhältnismäßigkeit prüfen. Würden Sie eher vorgehen wie ein deutscher, oder wie ein französischer Richter?

Dubarry: Ich würde wahrscheinlich eher agieren wie die Deutschen, aber das hat zwei Gründe. Der erste Grund, das sollte man nicht unterschlagen, ist, dass ich zunächst in Deutschland studiert habe und der zweite Grund ist, dass ich glaube, dass der *Conseil Constitutionnel* überhaupt kein Gericht ist. Er ist eigentlich Gericht geworden im Jahr 2010, als man die prioritäre Verfassungsfrage, also eine Art konkrete Normenkontrolle, in Frankreich eingeführt hat. Seitdem kann man durch eine Instanz in der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine Verfassungsfrage stellen und dann muss der Verfassungsrat am Ende des Verfahrens sagen, ob ein Gesetz verfassungswidrig ist, obwohl das Gesetz schon in Kraft getreten ist.

Wie funktioniert der Verfassungsrat in Frankreich: Es gibt keine, oder fast keine, Minderheit an Berufsrichtern. Das sind alles alte Abgeordnete oder alte Senatoren und auch alte Staatspräsidenten, die auch von Rechts wegen Mitglieder des Verfassungsrates sind. Das heißt, das ist alles stark politisiert und Entscheidungen des Verfassungsrates haben eigentlich nichts juristisches. Wenn ich Entscheidungen des Verfassungsrates lese, frage ich mich zunächst: Welchen politischen Zweck verfolgt er hier? Ich stelle mir nicht die Frage, ob die Entscheidung juristisch begründet ist, oder nicht. Der französische Verfassungsrat kann eigentlich Juristerei nicht. Die haben zwar Juristen im Hintergrund, die Entscheidungen formell verfassen und als juristisch mehr oder weniger tragfähig erscheinen lassen, aber die Gründe sind Opportunitätsgründe, das sind politische Gründe, aber das sind keine juristischen Gründe. Deswegen muss der Verfassungsrat auch wegen des EGMR oder anderer Gerichtsbarkeiten so tun, als ob er die Entscheidung juristisch begründen wolle, also mit juristischem Gewandt. Die Worte müssen da also irgendwie auftreten, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt ist, aber wenn man das eigentlich ein bisschen erforscht, so ist die tatsächliche Prüfung etwas scheu. Und da ich mich eigentlich nicht als Politiker sehen würde, sondern als Richter, würde ich das anders durchführen

RZE: Bedeutet das dann, dass es vor 2010 überhaupt kein Gericht gab, das die Verfassungsmäßigkeit neuer Gesetze geprüft hat?

Dubarry: Es gab schon ein Gericht, also eben diesen Verfassungsrat. Er konnte aber die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nur überprüfen vor Inkrafttreten des Gesetzes und zwar, wenn er von 60 Senatoren oder 60 Abgeordneten oder vom Premierminister oder Staatspräsidenten berufen wurde. Das heißt, es gab und gibt in der französischen Rechtsordnung verfassungswidrige Gesetze, die in Kraft getreten sind, und vor 2010 konnte man eigentlich nichts dagegen tun. Erst seit 2010 kann derjenige, der von einem solchen Gesetz betroffen ist, vor dem Gericht sagen: die Grundlage dieses Gesetzes ist verfassungswidrig, dann erhebe ich Verfassungsklage und dann geht es weiter.

RZE: Prof. Giegerich sprach in unserem letzten Interview darüber, dass Europa vor allem eine Gemeinschaft des Rechts ist. Jetzt sehen wir, dass die Rechtssysteme der Staaten sehr unterschiedlich sind. Wie passt das zusammen?

Dubarry: Das ist eine gute Frage. Die stelle ich mir auch und ich glaube, meine Antwort wäre nicht die gleiche wie von Herrn Giegerich. Ich glaube, die Vielfalt der Rechte ist eine Bereicherung und dass die Angleichung nicht so viele Vorteile bringen würde, wie man denkt. Besser gesagt, die generelle Angleichung, denn man muss ja eines sehen: in einer Rechtsordnung gibt es schematisch gesehen zwei Regelungsarten. Die eine Regelungsart sind die sogenannten kollisionsrechtlichen Vorschriften, also das internationale Privatrecht. Diese Regeln besagen, in einer internationalen Situation, in der möglicherweise mehrere Rechte oder Gesetze zur Anwendung kommen sollten, dass in dieser Situation das französische Recht, oder das deutsche Recht, angewendet werden müssen. Andererseits gibt es materielle Regelungen. Also das materielle Recht legt die Ordnungen für eine wirksame Eheschließung, oder die Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss, fest. Man muss schon sagen, die Angleichung auf europäischer Ebene ist im Bereich des internationalen Privatrechts, also der kollisionsrechtlichen Regelungen, schon weit gelungen. Es gibt europäische Regelungen im Vertragsrecht, im Deliktrecht, im Unterhaltsrecht, im Insolvenzrecht und so weiter. Das heißt, diese kollisionsrechtlichen Regelungen sind die gleichen in allen EU Ländern. Wo wir eigentlich mehr Schwierigkeiten haben, in diesem Harmonisierungsprozess, das ist im materiellen Recht, also bei den Vorschriften zum Familien- oder Vertragsrecht. Das liegt daran, dass diese Vorschriften nicht nur Koordinationsvorschriften sind, wie das internationale Privatrecht, sondern wirklich die rechtliche Identität der jeweiligen Länder widerspiegeln. Die sind ja nicht gleich verfasst, das sind auch nicht die gleichen politischen Entscheidungen als deren Grundlage und da wird es schwieriger. Man darf in diesem Kontext nicht vergessen, dass Europa versucht hat, mit dem Kaufrecht das Zivilrecht anzugleichen, mit dem Hintergrund,

dass der Kauf ein gängiges Geschäft ist. Das hat man mit einer europäischen Verordnung versucht, das ist gescheitert. Dann hat man gesagt: Vielleicht ein optionales Recht. Auch das konnten wir nicht tun.

RZE: Woran ist das gescheitert?

Dubarry: Es ist auch gescheitert, weil in bestimmtem Maße, zum Beispiel bei technischen Fragen des Verbraucherrechts, also Käufe zwischen Verbraucher und Unternehmer. Das war schon durch Richtlinien in einem bestimmten Maße harmonisiert. Aber bei anderen Fragen, zum Beispiel Eigentumsübertragung oder Gefahrenübergang – wenn die Sache untergeht, wer trägt die Gefahr? Muss man den Kaufpreis zahlen oder nicht – muss man entweder die Sache aus dem Anwendungsbereich lassen und sagen „das regeln die Länder“, aber wozu dient dann die Angleichung? Oder man muss es harmonisieren, aber dann wollen die Länder nicht auf ihre rechtliche Identität verzichten. Aus diesem Grund ist es gescheitert.

Es ist auch zu einem Erfolg gekommen. Nicht im Kaufrecht, aber die Instanzen haben beschlossen, was sie über das Kaufrecht nicht durchsetzen konnten, über das Ehegüterrecht zu versuchen, denn das Ehegüterrecht interessiert sowieso niemanden. Dann haben Deutschland und Frankreich sich zusammengeschlossen und beschlossen, das als Motor Europas vorzuschlagen. Dann ist es zu einem Abkommen über eine deutsch-französische Zugewinnngemeinschaft gekommen und das ist tatsächlich jetzt geltendes Recht. Das Problem ist: Was bringt es eigentlich? Rechtlich, rein juristisch gesehen, nichts. Alles was in diesem Abkommen steht, kann man auch auf Grundlage des geltenden französischen oder deutschen Ehegüterrechts tun. Das heißt, ganz konkret, warum sollte ein Notar auf dieses deutsch-französische Abkommen zurückgreifen, wenn er das Gleiche auf Grundlage der Regeln, nach denen er seit Jahrzehnten praktiziert, tun kann. Das ist eher als Symbol gedacht. Es gibt auch eine Beitrittsklausel für andere EU-Länder in diesem Abkommen, aber das bringt eigentlich wenig.

Ich komme zurück zu Ihrer Frage: Heute wird das Recht in der EU auch stark als Symbol genutzt, das sieht man auch in diesem Beispiel des deutsch-französischen Abkommens, und auch als Machtinstrument. Die Frage ist folgende: Warum ist das Kaufrecht gescheitert? Weil die Länder nicht auf ihre Rechtsidentität verzichten wollen. Warum wollen die Länder nicht auf ihre Rechtsidentität verzichten? Weil die politische Integration Europas zu schwach ist. Sonst gäbe es eine europäische Identität und dann würde man diese Identität wählen und sagen, wir machen europäisches Recht. Das ist, meines Erachtens, der Kernpunkt. Muss das Recht das

Instrument der Integration sein? Und kann man sagen, wo die Politik scheitert, werden wir das durch das Recht nachholen und wir Juristen werden sagen: „Die Integration schaffen wir.“ Oder wir sagen: Das Recht kann nicht Mittel zum Zweck sein, weil es an der gesellschaftlichen Akzeptanz fehlen würde, sondern das Recht kann nur den Stand der politischen Integration widerspiegeln. Und dann ist es umgekehrt. Dann müssen wir sagen: Die Politik muss die Integration schaffen und wenn die Integration weit genug ist, dann können wir uns die Frage der Angleichung oder Harmonisierung stellen. Und diese Frage ist wirklich eine Kernfrage. Die erklärt, warum es zu dem EZB-Urteil, das von Herrn Kollegen Giegerich in seinem Interview besprochen worden ist, so viele Auffassungen und auch so viele extreme Auffassungen gibt. Wenn man sagt, das Recht ist Mittel zum Zweck der Integration, dann muss man sagen: Das BVerfG-Urteil ist eigentlich eine Schande. Es muss sich das EU Recht durchsetzen. Der EuGH muss über allem stehen, es muss Autoritarismus herrschen und dann müssen die kleinen Länder unterworfen sein. Wenn man sagt, das Recht muss nur den Stand der politischen Organisation widerspiegeln, dann muss man sagen, die EU ist kein Staat, auch kein föderaler Staat, und das heißt, es gibt keine strukturelle Hierarchie zwischen Gerichten der EU und Gerichten der Länder. Wo es keine Hierarchie gibt, gibt es Konkurrenz, wo es Konkurrenz gibt, gibt es Kampf und wo es Kampf gibt, gibt es Krach und da kann man sagen, das BVerfG übt politische Macht durch Recht aus und das finde ich eigentlich nicht illegitim, aber da muss jeder seine Verantwortung tragen.

RZE: Also ist die EU für Sie keine Gemeinschaft des Rechts, sondern eine Gemeinschaft mit vielen Rechten.

Dubarry: Ja, ich glaube die EU ist, im aktuellen Stand, eine koordinierte Rechtsvielfalt und das kann auch viele Vorteile haben. Die Koordination ist hochwichtig, aber auch sehr schwierig. Im Moment gibt es Überlegungen zu einem europäischen Wirtschaftsgesetzbuch und da ist meine Auffassung, man solle besser auf die Koordination von Sicherungsinstrumenten, Kreditsicherungsinstrumenten, gegenseitige Anerkennung von Sicherungsinstrumenten in den verschiedenen Ländern sich konzentrieren und nicht auf eine Angleichung.

RZE: Aber wie kann diese Koordination funktionieren, wenn nicht durch den EuGH

Dubarry: Auch durch das Parlament. Ich bin ja nicht gegen EU Recht, sondern ich habe auch gesagt, dass kollisionsrechtliche Vorschriften sehr einfach zu harmonisieren sind. Das sind reine Formvorschriften, in denen es keine Frage der Identität gibt. Das heißt, ich erkenne an, was du tust, oder in dieser Situation ist dieses oder jenes Recht anzuwenden. Es gibt also keinen

Verzicht auf Identität. Das ist machbar, entweder durch den EuGH oder durch das europäische Parlament, also durch Verordnungen. Diese Koordination ist sehr anstrengend und das ist eigentlich politisch schlecht zu verkaufen, also die technische Koordination interessiert ja niemanden. Also wenn wir sagen, wir können ein europäisches Wirtschaftsgesetzbuch machen, ist das natürlich ein Symbol und das sollte etwas bedeuten. Mein Problem ist, dass das Wirtschaftsgesetzbuch, falls es zustande kommt, auch ein relativ leeres Gesetzbuch werden könnte. Zumindest nach heutigem Stand der politischen Integration. Ich glaube, Europa ist heute nicht reif genug, was den Stand der Integration angeht, um ein harmonisiertes europäisches Zivilrecht zu haben. Deswegen würde ich es eher befürworten, uns zuerst auf eine Angleichung und Harmonisierung der kollisionsrechtlichen Vorschriften, aus mehr Anerkennungsvorschriften, also gegenseitige Anerkennung von Rechtsinstituten, das halte ich für gut und notwendig. Danach kann vielleicht, darauf aufbauend, die Politik versuchen, eine bessere Integration zu verlangen und dann kann zu einem dritten Zeitpunkt eine Angleichung des Rechtes erfolgen. Aber ich glaube, es ist jetzt zu früh. Und die Tatsache, dass man sagt: Wir wissen, wie das geht und das muss durch Recht erfolgen und der EuGH muss über allem stehen – das kombiniert mit dem demokratischen Defizit der EU, das eigentlich von allen geteilt wird, das macht den Bau schwach.

RZE: Was meinen Sie mit dem demokratischen Defizit der EU

Dubarry: Wir haben in Deutschland und Frankreich das Prinzip der Demokratischen Legitimationskette. Das heißt, dass die, die Entscheidungen treffen, unmittelbar gewählt werden müssen. Der Entscheidungsprozess in Europa ist aber etwas nebelig. Beim EuGH ist es auch so, dass die Richter von den Ländern vorgeschlagen sind. Welche Legitimität sie haben, um eine Rechtsordnung fortzuentwickeln, ist zumindest in bestimmten Aspekten fragwürdig. An eines sollte man sich auch erinnern, nämlich an die Frage der europäischen Verfassung. Es wurde vorgeschlagen, eine europäische Verfassung zu haben und das ist gescheitert. Vielleicht war die Zeit nicht gekommen, aber wenn die Verfassung gescheitert ist, heißt das auch, dass wir vielleicht kein europäisches Volk sind und wenn es kein Volk gibt, gibt es keine Grundnorm. Wir können uns ja nicht auf eine Grundnorm einigen, deshalb ist es ja auch gescheitert. Und im Prinzip ziehen ja alle Vorschriften und Normen ihre Legitimität aus diesen Grundnormen und wenn eine Grundnorm fehlt, kann es auch an der Legitimität anderer Normen fehlen. Ich sage nicht, dass diese Normen schlecht sind, aber als wir Europa gegründet haben, haben wir einen Freiheitsraum geschaffen, aber Freiheit ist noch kein Recht, sondern Freiheit ist die Voraussetzung für das Recht. Das heißt, man schafft einen freien Raum, damit die

Gesellschaft sich entwickeln kann, und dann wird man diese Freiheit durch einschränkende Regelungen organisieren. Und wenn es dazu kommt, gemeinsame einschränkende Regelungen zu haben, dann betrachtet man das mit Skepsis von Ferne. Und das pointiert eben die Frage der Integration und die Frage, wer für diese Integration verantwortlich ist. Entweder wir Juristen oder die Richter – das wäre eine schöne Aufgabe auch für uns, aber ich weiß nicht, welche Legitimität wir da hätten – oder für die Politik, die sich vielleicht auch ein bisschen mehr Mühe geben könnte.