

Französisches Verfassungsrecht im 21. Jahrhundert

Herausgegeben von
GERNOT SYDOW

Verfassungsentwicklung in Europa

20

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber
und Karl-Peter Sommermann

20



Französisches Verfassungsrecht im 21. Jahrhundert

Innovationen und Reformfelder

herausgegeben von
Gernot Sydow

Mohr Siebeck

Gernot Sydow, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaften sowie der Mediävistik, Neuen und Neuesten Geschichte in Freiburg und Edinburgh; 2000 Promotion; 2004 Habilitation; 2004 bis 2006 Leitung eines rechtsvergleichenden DFG-Projekts zu Frankreich und Großbritannien; 2006 bis 2015 apl. Prof. an der Universität Freiburg und Justitiar des Bistums Limburg; seit 2015 Professor an der Universität Münster; seit 2018 Vorsitzender des Datenschutzgerichts der Deutschen Bischofskonferenz im Nebenamt; 2019 Gastprofessuren in Lyon und Pamplona.

orcid.org/0000-0002-8422-4567

ISBN 978-3-16-161718-8 / eISBN 978-3-16-161719-5

DOI 10.1628/978-3-16-161719-5

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die Verfassungsentwicklung der V. Französischen Republik seit 1958 scheint auf den ersten Blick durch ein hohes Maß an Kontinuität gekennzeichnet zu sein. Doch das französische Verfassungsrecht erweist sich gerade in den letzten Jahren als besonders innovationsoffen: etwa durch die Entwicklung neuer partizipativer Verfahren als Ergänzung der repräsentativen Demokratie und des französischen Präsidialsystems, durch die Entfaltung ausdifferenzierter umweltrechtlicher Gewährleistungen auf Verfassungsebene oder, schon 2008, durch die Einführung eines neuen verfassungsgerichtlichen Vorlageverfahrens.

Die gesellschaftlichen Probleme, vor denen die französische Demokratie steht, unterscheiden sich nicht grundsätzlich von den Herausforderungen für die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Das betrifft beispielsweise eine schwindende Überzeugungs- und Bindungskraft tradierter demokratischer Verfahren und Institutionen oder religionssoziologische Umbrüche in der Gesellschaft. Die teils experimentellen französischen Erfahrungen bieten daher für die deutsche Verfassungsdiskussion wertvolle Anstöße.

Solchen Innovationen und Reformfeldern des französischen Verfassungsrechts sind die Beiträge dieses Bandes gewidmet. Sie sind zum größten Teil im Rahmen meines Doktorandenseminars an der Universität Münster entstanden und dort sowie in zwei Konferenzen der Autorinnen und Autoren diskutiert worden. Ihre Dissertationsvorhaben werden teils in Cotutelle betreut und profitieren durch verschiedene Forschungsaufenthalte in Frankreich. Für diese Zusammenarbeit danke ich allen französischen Kooperationspartnerinnen und Kooperationspartnern, insbesondere Prof. Dr. Aurore Gaillet, Toulouse.

Münster, im Januar 2022

Gernot Sydow

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis französischer Abkürzungen	IX

Teil I. Einleitung

<i>Gernot Sydow</i> Französisches Verfassungsrecht im 21. Jahrhundert	3
--	---

Teil II. Historische Verfassungsprägungen: Vergewisserungen über ihre Tragfähigkeit

<i>Madeleine Lasserre</i> Die Unteilbarkeit der V. Republik als politisches Prinzip	23
--	----

<i>Caroline Nacke</i> Das <i>droit local</i> als geltendes Partikularrecht in Alsace-Moselle	59
---	----

<i>Jan Niermann</i> Das monarchische Erbe des französischen Staatspräsidenten im System der V. Republik	91
---	----

Teil III. Demokratische Partizipation: Einwicklung neuer Institutionen und Verfahrensarrangements

<i>Thea Schlütermann</i> Die <i>Convention Citoyenne pour le Climat</i> – Der Bürgerkonvent zur Klimapolitik	123
--	-----

<i>Sina Maria Kemper</i> Die <i>États généraux</i> im Verfahren der Revision des Bioethikgesetzes	141
--	-----

Teil IV. Gesellschaftliche Herausforderungen:
Entfaltung des *bloc de constitutionnalité*

Johannes Domsgen

Die französische Umweltcharta. Normativer Befund als Teil
des *bloc de constitutionnalité*, Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel*
und Rezeption in der französischen Rechtswissenschaft 157

Alban Spielkamp

(Verfassungs-)Rechtliche Rahmenbedingungen
der Präimplantationsdiagnostik 193

Christian Popp

Religiöse Kleidung im Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit
und *laïcité* 237

Teil V. Gerichtliche Kontrollkompetenzen:
Überwindung des *légitime*

Vanessa Ritter

Das Verhältnis von *Question prioritaire de constitutionnalité* und *contrôle de*
conventionnalité. Zum Vorrang der *Question prioritaire de constitutionnalité* 283

Isabelle Neise

Implikationen der Rechtsprechung der *Cour de Cassation*
und des *Conseil d'État* zur konkreten Verhältnismäßigkeit 317

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 335

Verzeichnis französischer Abkürzungen

Für deutsche Abkürzungen wird verwiesen auf *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., 2021.

ABM	Agence de la biomédecine
art.	Article
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Convention Citoyenne du Climat
CCNE	Comité Consultatif National d'Étique pour les sciences de la vie et de la santé
CE	Conseil d'État
CE ass.	Conseil d'État, assemblée du contentieux
CES	Conseil économique et social
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CF	Constitution française (Französische Verfassung von 1958)
CJA	Code de justice administrative
Cons.	Considérant
CP	Code pénal
CPAM	Caisses Primaires d'Assurance Maladie
CPC	Code de procédure civile
CPDPN	Centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal
CSP	Code de la santé publique
DC	Décision du Conseil Constitutionnel
DCLG	Droits et libertés que la Constitution garantit (Prüfungsgegenstand der QPC)
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
ERER	Espaces de réflexion éthique régionaux
IVG	Interruption volontaire de grossesse
JO	Journal officiel
n°	numéro
OPECST	Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques
PFRLR	Principe fondamentaux reconnus par les lois de la République
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

Teil I

Einleitung

Französisches Verfassungsrecht im 21. Jahrhundert

Gernot Sydow

I. Reformfelder und Innovationen	3
II. Entwicklung partizipativer Verfahren im Kontext des präsidentiellen Regierungssystems	5
III. Entfaltung des bloc de constitutionnalité: Strukturmerkmale französischer Verfassungsdiskurse	8
IV. Etablierung des Conseil Constitutionnel als wirkmächtiges Verfassungsgericht ...	11
V. Auseinandersetzungen über den Gehalt des Laizitätsprinzips	14
Literatur	19

I. Reformfelder und Innovationen

Die französische Verfassungsentwicklung ist seit der Verabschiedung der Verfassung der V. Republik im Jahr 1958 nicht durch ein einzelnes, einschneidendes politisches Ereignis geprägt worden. Der Algerienkrieg und die Unabhängigkeit Algeriens von Frankreich fallen noch in die Entstehungszeit und die Anfangsjahre der V. Republik. Danach hat es kein punktuell Einzelereignis gegeben, das eine Parallele zur deutschen Wiedervereinigung oder zum britischen Brexit samt dessen beschleunigender Wirkung auf den Zerfall des Vereinigten Königreichs darstellen könnte. Die sechseinhalb Jahrzehnte der französischen Verfassungsentwicklung seit 1958 sind nicht nur im internationalen Vergleich durch ein hohes Maß an verfassungsrechtlicher Kontinuität gekennzeichnet, sondern insbesondere auch im Vergleich zu den zahlreichen verfassungsrechtlichen Umbrüchen in Frankreich in den ersten eineinhalb Jahrhunderten nach Verabschiedung der ersten Verfassung von 1791.

Gleichwohl unterscheidet sich das französische Verfassungsrecht des 21. Jahrhunderts grundlegend von der Verfassungsordnung des Jahres 1958. Denn in die Zeit seit 1958 fallen 24 formale Verfassungsänderungen, grundlegend zuletzt 2008. Hinzu kommt insbesondere die Überformung des Verfassungsrechts durch die Mitgliedschaft Frankreichs in der Europäischen Union – mit ähnlichen Konfliktlinien und Verfassungsvorbehalten gegenüber einem unbedingten Anwendungsvorrang des Unionsrechts wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹ Sol-

¹ Zum Verhältnis des französischen Rechts zum Unionsrecht zuletzt die Entscheidung des CE ass., Décision n° 393099 vom 21.4.2021, ECLI: FR:CEASS:2021:393099.20210421 – French Data

che langfristigen Prozesse haben in ihrer Summe Grundstrukturen der Verfassung der V. Republik nachhaltig verändert.

Ohne Anspruch darauf, das französische Verfassungsrecht vollständig abzudecken und alle relevanten Entwicklungen aufzuarbeiten,² werden aktuelle Reformen in diesem Band in vier Themengebieten analysiert:

- Vergewisserungen über die Tragfähigkeit historischer Verfassungsprägungen: das Prinzip der Unteilbarkeit der Republik (*Madeleine Lasserre*), das historisch gewachsene Partikularrecht in *Alsace-Moselle* (*Caroline Nacke*), das monarchische Erbe der Institution des Präsidenten der Republik (*Jan Niermann*);
- Entwicklung neuer Institutionen und Verfahrensarrangements, einerseits zur Stärkung demokratischer Partizipation, andererseits aber auch zur Stärkung des Präsidentenamtes: das Instrument des Bürgerrats im Bereich der Klimapolitik (*Thea Schlütermann*), das Instrument der Generalstände – *états généraux* – zur Vorbereitung der Bioethikgesetzgebung (*Sina Maria Kemper*);
- Versuche zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen durch eine Erweiterung und Entfaltung des *bloc de constitutionnalité*: dargestellt an den Beispielen der Umweltcharta (*Johannes Domsgen*), der Präimplantationsdiagnostik (*Alban Spielkamp*) und religiöser Kleidung in der Öffentlichkeit (*Christian Popp*);
- Neujustierungen gerichtlicher und verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen, die den tradierten *légitimité* modifizieren: die *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) als verfassungsprozessuales Vorabentscheidungsverfahren im Verhältnis zur *contrôle de conventionnalité*, der gerichtlichen Überprüfung der französischen Gesetzgebung am Maßstab der EMRK (*Vanessa Ritter*), und Implikationen der Rechtsprechung der *Cour de cassation* und des *Conseil d'État* zur konkreten Verhältnismäßigkeit (*Isabelle Neise*).

Die folgenden Überlegungen zielen darauf, Verbindungslinien zwischen diesen Themen aufzuzeigen und die Entwicklungen in größere Kontexte einzuordnen.

Network et autres (<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2>, 14.12.2021), in der der *Conseil d'État* zwar einleitend den grundsätzlichen Vorrang des Unionsrechts bekräftigt, dem aber die Stellung der französischen Verfassung an der Spitze der *ordre juridique interne* gegenüberstellt (Rn. 4) und daraus am nationalen Verfassungsrecht orientierte Auslegungsdirektiven und Prüfvorbehalte ableitet (Rn. 5 ff.), die ähnlich wie der Vorbehalt der Verfassungsidentität des BVerfG konstruiert sind; zu dieser Entscheidung *Stepanek*, EuZW 2021, 701 ff., zur älteren frz. Rechtsprechung zu Verfassungsvorbehalten gegenüber dem Unionsrecht *F. C. Mayer*, EuR 2004, 925 ff. (930 ff.).

² Für einen vergleichenden Gesamtüberblick sei insbesondere verwiesen auf *Marsch/Vilain/Wendel* (Hrsg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht. Ein Rechtsvergleich*, 2015, und auf die teils deutlich überarbeitete französische Version von *Gaillet/Hochmann/Marsch/Vilain/Wendel*, *Droits constitutionnels français et allemand: perspective comparée*, 2019.

II. Entwicklung partizipativer Verfahren im Kontext des präsidentiellen Regierungssystems

Die französische Verfassung von 1958 hat ein präsidentielles Regierungssystem errichtet, das die politikwissenschaftliche Regierungslehre mit Blick auf die Bildung der Regierung und ihr Verhältnis zum Parlament und zum Präsidenten³ auch als semi-präsidentiell bezeichnet. Die ursprüngliche Konzeption *de Gaulles*, den Präsidenten als *pouvoir neutre* jenseits der Parteipolitik zu konzipieren,⁴ ist im Normtext der Verfassung bis heute sichtbar: Gemäß Art. 5 I CF wacht der Präsident der Republik über die Einhaltung der Verfassung; mittels seiner Schiedsgewalt stellt er die ordnungsgemäße Ausübung der öffentlichen Gewalten sowie den Bestand des Staates sicher. Nach Art. 64 I CF ist der Präsident der Republik Garant der Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit.

Die Voraussetzungen dafür, um das Präsidentenamt in einer solchen überparteilichen Rolle auszuüben, haben sich indes verflüchtigt, sofern das zu Grunde liegende Politik- und Staatsverständnis überhaupt je überzeugend war.⁵ Denn der verfassungsrechtliche Rahmen für die Amtsausübung des Präsidenten stellt sich heute wesentlich anders dar als 1958: Die siebenjährige Amtszeit, die seit ihrer Einführung 1875 die Präsidenten jeweils über viele Jahre der Notwendigkeit einer Erneuerung demokratischer Legitimation enthoben hatte, ist seit 2002 auf fünf Jahre verkürzt.⁶ Durch diese Angleichung der Wahlrhythmen für das Parlament und das Präsidentenamt ist die Wahrscheinlichkeit einer *cohabitation* und damit derjenigen Konstellation deutlich gesunken, in der das Konzept eines Präsidenten als *pouvoir neutre* plausibel gewesen sein mag, jedenfalls weit plausibler als bei Mehrheitsverhältnissen im Parlament, die der parteipolitischen Ausrichtung des Präsidenten entsprechen. Die Verfassungswirklichkeit hat dem Konzept eines *pouvoir neutre* ohnehin nie entsprochen: Alle Präsidenten haben ihr Amt in der V. Republik als parteipolitisch geprägt aufgefasst und wahrgenommen.

Dieses präsidentielle System Frankreichs erweist sich in den letzten Jahren als erstaunlich innovationsoffen und vital. Denn die Institution des Staatspräsidenten begünstigt neue Partizipationsformen, die parlamentarische Formen der Repräsentation ergänzen, wenn nicht umgehen. Diese Vitalität ist *prima facie* erstaun-

³ Ernennung des Premierministers und der Minister durch den Präsidenten, Art. 8 I CF, und Vorsitz des Präsidenten im Ministerrat, Art. 9 CF, bei gleichzeitiger Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament nach Maßgabe von Art. 20 III, 49 und 50 CF.

⁴ Zeitgenössische Wahrnehmung aus deutscher Perspektive *Baring*, DVBl. 1961, 101 ff.

⁵ Aus den deutschen Diskussionen der Weimarer Zeit: *C. Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 1. Aufl., 1931 (Neuausgabe der 5. Aufl., 2016); *Kelsen*, in: ders., *Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, hrsg. von v Ooyen, 2008; dazu aus deutscher Perspektive *Grimm*, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heute Lage*, 2020; aus französischer Sicht *Beaud* (Hrsg.), *La controverse sur „le gardien de la constitution“ et la justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt*, 2007.

⁶ Art. 6 I CF.

lich, denn es spricht an sich wenig dafür, dass präsidentielle Regierungssysteme mit ihrer Personalisierung und Zuspitzung der Präsidentschaftswahlen auf eine Entscheidung zwischen zwei Einzelpersonen⁷ in einer pluralen, fragmentierten Gesellschaft über eine besondere Leistungsfähigkeit verfügen. Zur Komplexitätsreduktion geeignet wäre ein solches System nur dann, wenn die Gesellschaft entlang einer einzelnen großen Frage gespalten wäre. Dies mag in Frankreich teilweise im 20. Jahrhundert mit einer Links-Rechts-Polarisierung der Fall gewesen sein, die sich im Wesentlichen an Hand wirtschafts- und sozialpolitischer Weichenstellungen stabilisierte. Die gesellschaftlichen Fragmentierungen des 21. Jahrhunderts sind aber durch eine Entscheidung zwischen zwei Personen, die für zwei große Richtungen stehen und damit der Wählerschaft eine klare Alternative bieten sollen, nicht zu fassen. Denn die wirtschafts- und sozialpolitischen Divergenzen bestehen fort, werden aber durch die ökologische Krise, das Verhältnis zur europäischen Integration, zur Einwanderungspolitik, zum Umgang mit der muslimischen Bevölkerung u. a. m. überlagert. Man sollte präsidentielle Systeme daher angesichts der Herausforderungen des 21. Jahrhunderts für wenig überzeugende Regierungssysteme halten, die zudem stets der latenten Gefahr eines schleichenden Übergangs in ein autoritäres Regime ausgesetzt sind. Allemaal sind die monarchischen Reminiszenzen, die sich mit der Institution des Präsidenten der V. Republik verbinden und denen im vorliegenden Band der Beitrag von *Niermann*⁸ gewidmet ist, anachronistisch und kaum noch zeitgemäß.

Gerade vor diesem Hintergrund fallen jüngere, innovative Verfassungsentwicklungen in Frankreich besonders ins Auge, die ihre Wirksamkeit jedenfalls auch ihrer Rückbindung an das Präsidentenamt verdanken. So ist der Gesetzentwurf zur Revision des französischen Bioethikgesetzes⁹ 2018/2019 durch ein sehr breit angelegtes Partizipationsverfahren unter dem Begriff *états généraux de la bioéthique*¹⁰ vorbereitet worden – ein Novum in Frankreich und in dieser Form weltweit. Die hochgegriffene Terminologie knüpft bewusst an die Generalstände der

⁷ In der französischen V. Republik durch das Erfordernis der absoluten Mehrheit und den in aller Regel erforderlichen zweiten Wahlgang zwischen den beiden Bestplatzierten des ersten Wahlgangs; normative Grundlagen in Art. 6 I, 7 I CF.

⁸ *Niermann*, Das monarchische Erbe des französischen Staatspräsidenten im System der V. Republik, im vorliegenden Band, Teil II.

⁹ Loi relative à la bioéthique; daneben reproduktionsmedizinische Einzelregelungen im Code Civil (art. 311 CC zu den familienrechtlichen Zuordnungen) und im CSP (insb. art. 2142 CSP); ursprünglich loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, sodann loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

¹⁰ Eröffnung der Debatte mit: *Agence de la biomédecine*, Rapport sur l'application de la loi de bioéthique, Januar 2018, <https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapportloi2018.pdf> (15.12.2021), und sodann *Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé* (CCNE), Avis sur les demandes sociétales des recours à l'assistance médicale à la procréation, Konsultationspapier Nr. 126 vom 15.6.2017, <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/avis-du-ccne-du-15-juin-2017-sur-les-demandes-societales-de-recours-l'assistance> (15.12.2021).

Französischen Revolution an. Diese *états généraux de la bioéthique* umfassten etwa 150 Regionaltreffen und Expertenanhörungen und vor allem eine thematisch strukturierte Internetdebatte mit 30.000 Beiträgen und über 300.000 Abstimmungsvoten¹¹: „*un véritable exercice de démocratie*“¹². Der öffentliche Konsultationsprozess zeigte typische Zeichen der demokratischen Partizipation des Internetzeitalters: themengebunden, zeitlich begrenzt, durchaus intensiv, aber nicht institutionell gebunden oder verstetigt. Qualitativ war es eine ernsthafte Debatte auf hohem Niveau, selbst im Internet. Eine gewisse Filterung der Debatte durch staatliche oder staatlich eingesetzte Gremien – durch den französischen Ethikrat für die Initiierung und Vorstrukturierung des Konsultationsprozesses¹³ sowie durch den *Conseil d'État* für die Auswertung von dessen Ergebnissen¹⁴ – scheint ein wirksames Mittel gegen eine Verrohung der Sprache und eine Banalisierung der Argumente zu sein. Eine Analyse der *états généraux de la bioéthique* liefert in diesem Band der Beitrag von Kemper.¹⁵

Ein zweites Beispiel eines an das Präsidentenamt gekoppelten demokratischen Experiments bietet die *Convention Citoyenne du Climat*, die im vorliegenden Band im Beitrag von Schlütermann¹⁶ untersucht wird. Diese *Convention Citoyenne* hat 2019/2020 mit 150 zufällig ausgelosten Bürgerinnen und Bürgern unter unmittelbarer Beteiligung von Präsident *Macron* getagt, um gesetzgeberische Maßnahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen zu erarbeiten. Die Vorstellung einer engen Bindung zwischen Volk und Präsident bei gleichzeitiger Geringschätzung parlamentarischer Repräsentationsstrukturen, wie sie *de Gaulle* vorschwebte, hat eine eindrucksvolle bildhaft-symbolische Aktualisierung gefunden, als Präsident *Macron* inmitten dieses Bürgerrats lebhaft mit den Bürgerinnen und Bürgern diskutiert hat – und entsprechende Bilder davon verbreiten ließ. Ganz offensichtlich hatte dieses Instrument ebenso wie *états généraux de la bioéthique* sein persönliches Interesse gefunden, ging zu erheblichen Teilen auf seine Initiative und Förde-

¹¹ Eine einfache Registrierung per E-Mail genügte, Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz waren gleichgültig, das Verfahren war „ouverte à tous, sur simple inscription“: CCNE, Synthesebericht vom Juni 2018, 12 (http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/rapport_de_synthese_ccne_bat.pdf, Abruf 15.12.2021).

¹² CCNE, Synthesebericht (Fn. 11), 8.

¹³ CCNE, Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018–2019⁶ (Konsultationspapier Nr. 129), publiziert am 25.9.2019, <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/contribution-du-comite-consultatif-national-dethique-la-revision-de-la-loi-de> (15.12.2021); zum Einfluss des Ethikrates auf die französische Gesetzgebung in anderen Konstellationen: *Dagron*, Die Verwaltung 44 (2011), 1 (14 ff.).

¹⁴ CE, Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?, 28.6.2018, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bio-ethique-quelles-options-pour-demain> (15.12.2021).

¹⁵ Kemper, Die États généraux im Verfahren der Revision des Bioethikgesetzes, im vorliegenden Band Teil III.

¹⁶ Schlütermann, Die Convention Citoyenne pour le Climat – Der Bürgerkonvent zur Klimapolitik, im vorliegenden Band Teil III.

rung zurück und hat öffentliche Aufmerksamkeit gerade auch durch die persönliche Beteiligung des Präsidenten gefunden.

Durch diese Möglichkeit einer Rückbindung eines Bürgerrats an das Präsidentenamt könnte die französische Verfassung strukturell besser als das Grundgesetz oder die deutschen Landesverfassungen geeignet sein, einem solchen Instrument zu Entfaltung und Wirksamkeit zu verhelfen. Auch aus deutscher Perspektive hat das Instrument eines Bürgerrates zu einzelnen zentralen Politikthemen allerdings eine gewisse Attraktivität;¹⁷ in Nordrhein-Westfalen ist beispielsweise 2021 ein Gesetzentwurf der Opposition zur Einsetzung eines Klimabürgerrats parlamentarisch beraten worden.¹⁸ Die französischen Erfahrungen legen indes die Frage nahe, ob das Instrument wirklich einen ausgeprägten demokratischen Mehrwert bietet. Es könnte auch lediglich einen einzelnen gewählten Amtsträger, den Präsidenten der Republik, zu Lasten anderer gewählter Repräsentanten, nämlich der Parlamentsabgeordneten, stärken. Das Instrument würde dann nicht zu einer Neujustierung im Verhältnis zwischen direkter und indirekter Demokratie, sondern im Verhältnis einzelner staatlicher Institutionen untereinander führen. Diese Vermutung dürfte auch durch britische Erfahrungen gestützt werden: Dort sind die auf der Basis des *Political Parties, Elections and Referendums Act* von 2000 durchgeführten Referenden stets ein Instrument zur Absicherung der Politik der Regierung.¹⁹

III. Entfaltung des *bloc de constitutionnalité*: Strukturmerkmale französischer Verfassungsdiskurse

Die *états généraux de la bioéthique* von 2018 sind daher nicht primär als Instrument zur Stärkung demokratischer Partizipation zu konzeptualisieren.²⁰ Sie sind vielmehr im Hinblick darauf von Interesse, ob ethisch strittige Fragen – von Abtreibung über Reproduktionsmedizin hin zur Sterbehilfe – als materiell deter-

¹⁷ Z. B. Popp, Nachhaltigkeit und direkte Demokratie. Volksentscheidung und Bürgerentscheid als Instrumente der Nachhaltigkeit? Eine empirische Analyse, 2021, mit einem Vorschlag für eine Verfassungsausgestaltung, der die direkte Demokratie auf Bundesebene möglichst nachhaltigkeitswirksam implementieren würde.

¹⁸ Gesetzentwurf „Mehr politische Beteiligung beim Klimaschutz – Einsetzung eines Klimabürgerrates für NRW!“, die Stellungnahmen in der Landtagsanhörung vor dem Hauptausschuss am 2. September 2021 decken das Spektrum der Positionen recht gut ab: https://www.landtag.nrw.de/home/dokumente/dokumentensuche/parlamentsdokumente/aktuelle-dokumente.html?dokTyp=ST&wp=17&dokNum=Drs%2017/13062&_eventId_sendform=suchen (16.2.2022) bzw. unter www.landtag.nrw → Start → Der Landtag → Ausschüsse und Gremien → Fachausschüsse → A05 Hauptausschuss → Anhörungen.

¹⁹ U. a. deshalb, weil die Durchführung jedes einzelnen Referendums ein konkretes Referendumsgesetz erfordert, das die konkrete Fragestellung festlegt; wer nicht über die Parlamentsmehrheit verfügt, kann ein Referendum daher nicht initiieren; siehe Sydow, in: Feld/Huber/Jung/Lauth/Wittreck (Hrsg.), *Jahrbuch für direkte Demokratie* 2014–2016, 2018, 157 ff.

²⁰ Zum folgenden bereits Sydow, *VVDStRL* 78 (2019), 361 ff.

miniert betrachtet oder durch prozedurale Mechanismen einer Entscheidung zugeführt werden. Unter dem Grundgesetz handelt es sich letztlich um Fragen der Verfassungsinterpretation, die vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragen werden.²¹ Die Wertdebatte²² wird in Deutschland in aller Regel mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt, als Konflikt über Verfassungsnormen und deren Auslegung. Frankreich kennt demgegenüber in bioethischen Fragen kaum verfassungs- oder grundrechtsbezogene Diskurse. Eine abschließende Erklärung dafür wird man kaum finden, wenn man allein auf Unterschiede im normhierarchischen Rang der jeweiligen Grundrechtsdokumente verweist oder auf die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit und auf die verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstäbe gegenüber Parlamentsgesetzen. Man *könnte* grundsätzlich auch in Frankreich grundrechtlich argumentieren, vor allem mit Blick auf die EMRK.

Über bioethischen Fragen urteilt in Frankreich aber kein Gericht. Der *Conseil d'État* war vielmehr 2018 in das Verfahren der Überarbeitung des Bioethikgesetzes nicht als höchstes Verwaltungsgericht²³, sondern in seiner anderen Funktion als Gutachter eingebunden²⁴ mit der Folge, dass nicht die *section du contentieux*, sondern eine andere Sektion tätig wurde. Das hatte eine bemerkenswerte Veränderung im Stil, in der Diktion, nicht zuletzt im schlichten Umfang seiner Ausführungen zur Folge. In seiner gerichtlichen Funktion formuliert er stets apodiktisch kurz, wenn auch mittlerweile etwas gelöst vom tradierten Urteilsatz, der tatsächlich nur ein Satz sein durfte. Das Gutachten, das der *Conseil d'État* 2018 zur Revision des Bioethikgesetzes erstattet hat,²⁵ war demgegenüber lang: viele hundert Seiten. Es war differenziert, zeigte Handlungsoptionen auf und wägte die Argumente ausführlich ab. Es ging im gesamten Verfahren um eine „*éthique de la discussion et de l'échange*“²⁶. Das wäre in einer justiziellen Logik in Frankreich nicht denkbar.

²¹ Rechtsvergleichend am Beispiel der Sterbehilferegulungen *Sydow*, in: Uhle (Hrsg.), *Entgrenzte Autonomie?* 56. Essener Gespräche, 2021, 175 ff.

²² Instruktiv zur Unterscheidung von Wert- und Interessenkonflikten bzw. Varianten und Alternativen, z. B. teilbare/nicht teilbare Konflikte etc. (und mit historischem Überblick seit dem Begründer dieser Unterscheidung: *Aubert*, *Journal of Conflict Resolution* 7 (1963), 26 ff.); *Willems*, *Wertkonflikte als Herausforderung der Demokratie*, 2016, 11 ff. Verfassungsrechtliche Argumente gelten in Deutschland als legitime und starke Argumente. Sie werden nicht nur dort vorgetragen, wo die Entscheidungssituation einen Selektionsmechanismus – systemtheoretisch: eine entsprechende Kodierung – vorgibt, also vor dem Bundesverfassungsgericht. Dessen Maßstab wird antizipiert: Auch die Theologen im Deutschen Ethikrat sprechen von der Würde des Menschen, nicht von seiner Gottesebenbildlichkeit. Liegt es daran, dass deutsche Theologen einer genuin religiösen Begründung gesamtgesellschaftlich wenig Überzeugungskraft zutrauen – oder möchten sie sie anderen nicht zumuten? Zu konstatieren sind jedenfalls Übersetzungsleistungen in einen Diskurs, der als Verfassungsdiskurs geführt wird.

²³ Die Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung obliegt einer seiner neun Sektionen, der *section du contentieux*.

²⁴ Zur Prägungswirkung des *Conseil d'État* in dieser Doppelfunktion für europäische Rechtsentwicklungen außerhalb Frankreichs *Gaillet*, *Revue française de droit administratif* 2013, 793 ff.

²⁵ *CE*, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?* (Fn. 14).

²⁶ *CCNE*, *Synthesebericht* (Fn. 11), 9.

Der Rechtsvergleich hängt also von der richtigen Vergleichsperspektive ab: Im Vergleich zu französischen Gerichten ist der Stil des Bundesverfassungsgerichts diskursiv, auf argumentative Überzeugung angelegt. Im Vergleich zu einem solchen Gutachten des *Conseil d'État* wirkt aber plötzlich der Urteilsstil des Bundesverfassungsgerichts autoritär. Dadurch, dass über das Recht der Reproduktionsmedizin in Frankreich nicht in einem Gerichts-, sondern abschließend im Gesetzgebungsverfahren entschieden und der *Conseil d'État* dementsprechend nicht in seiner justiziellen, sondern in seiner beratenden Funktion tätig wurde, wird ein Freiraum für die diskursive Auseinandersetzung eröffnet.

Es spricht viel dafür, dass prozedurale Mechanismen in einer pluralen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft durch ihr Problemlösungs- und Konsensbildungspotential leistungsfähiger sind als ein Verfassungsverständnis, das ethisch umstrittene Fragen für materiell determiniert hält. Das Verfahren zur Vorbereitung der Revision des französischen Bioethikgesetzes von 2018 – der partizipative Konsultationsprozess im Vorfeld der parlamentarischen Beratungen, dessen Vorstrukturierung durch den Ethikrat und dessen anschließende Überführung in das parlamentarische Verfahren durch die Gutachten des *Conseil d'Etat* und des Ethikrats – ist überzeugend gelungen, gerade in einer Situation weltanschaulicher Pluralität und unter den veränderten Kommunikationsgewohnheiten durch die Digitalisierung.

An einem zweiten Beispiel – der Präimplantationsdiagnostik – diskutiert der Beitrag von *Spielkamp*²⁷, wie die französische Rechtsordnung angesichts der verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben einfachgesetzliche Regelungen für ein ethisch umstrittenes Thema entwickelt. Im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung zeigen sich dabei bemerkenswerte Unterschiede, sowohl im konzeptionellen Zugriff auf das Thema als auch im konkreten Regelungsansatz des Gesetzgebers: Während der deutsche Gesetzgeber die PID lange Zeit gar nicht geregelt hatte und bis heute die erste gesetzliche Regelung aus 2011 gilt, unterliegt die französische Gesetzgebung regelmäßigen Revisionen. Während die deutschen Regelungen im Nebenstrafrecht verortet sind, bilden die französischen Normen einen Teil des Gesundheitsrechts. Was im deutschen Recht als Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status des Embryos diskutiert wird, versucht das französische Recht durch einen Rekurs auf zivilrechtliche Rechtsbegriffe zu klären. Wie *Spielkamp* herausarbeitet, sollen auf diese Weise ganz bewusst Rückschlüsse vom einfachen Recht auf das Verfassungsrecht gezogen werden – Ausfluss der französischen *tradition légicentriste*, die dem Parlamentsgesetz als Ausdruck der *volonté générale* zentrale Bedeutung zuspricht und deshalb einer verfassungsrechtlichen Determinierung durch die Verfassungsrechtsprechung mit Zurückhaltung begegnet.

²⁷ *Spielkamp*, (Verfassungs-)Rechtliche Rahmenbedingungen der Präimplantationsdiagnostik, in diesem Band Teil IV.