Edward Schramm / Wibke Frey / Lorenz Kähler /
Sabine Müller-Mall / Friederike Wapler (Hg.)

# Konflikte im Recht – Recht der Konflikte

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Tübingen und Göttingen

ARSP Beiheft Nr. 125

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Franz Steiner Verlag

Nomos

Konflikte im Recht – Recht der Konflikte

ARSP BEIHEFT 125

**Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**

Archives for Philosophy of Law
and Social Philosophy

Archives de Philosophie du Droit
et de Philosophie Sociale

Archivo de Filosofía Jurídica y Social

Edward Schramm / Wibke Frey / Lorenz Kähler /
Sabine Müller-Mall / Friederike Wapler (Hg.)

# Konflikte im Recht – Recht der Konflikte

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Tübingen und Göttingen

Franz Steiner Verlag Stuttgart 2010

Nomos

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-515-09729-1

Zugleich: 978-3-8329-5900-5

Jede Verwertung des Werkes außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Übersetzung, Nachdruck, Mikroverfilmung oder vergleichbare Verfahren sowie für die Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen.
© 2010 Franz Steiner Verlag, Stuttgart
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier
Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim
Printed in Germany

# Vorwort

Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Konflikt ist eine nach der Funktion und der Struktur des Rechts. Denn ist die Lösung von Konflikten nicht eine ureigene Aufgabe des Rechts, und ist das Recht nicht selbst von inneren Konflikten geprägt?

Um die wesentliche Bedeutung von Konflikten für die Funktion des Rechts herauszustellen, ließe sich auf die mit der Entstehung von Recht stets einhergehende Genese von Rechtsprechungsorganen ebenso verweisen wie auf den status quo, den namentlich in Deutschland häufigen Gang zum Richter bei Streitigkeiten verschiedener Art. Allerdings, so könnte man einwenden, beschäftigt sich die Wissenschaft vom Recht zwar mit konkreten Konflikten in vielerlei Formen und Arten; auf einer allgemeinen Ebene jedoch werden in der Rechtswissenschaft – anders als etwa in der politikwissenschaftlichen Konfliktforschung – Konflikte kaum thematisiert. Die Selbstbeschreibung des Rechts handelt von Selbstbestimmung und Freiheit, von Steuerung und Optimierung, von Ordnung und Schutz oder auch von der Förderung bzw. dem Ausgleich von Interessen.

Doch der Begriff des Konflikts als Gegenstand des Rechts erfährt dabei eine vergleichsweise geringe theoretische Beachtung. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass ihm solche Beachtung gar nicht zukommen muss, etwa weil er kein eigenständiges Erklärungspotential bereithält oder weil er als Gegenstand des Rechts so selbstverständlich ist, dass es unnötig erscheint, sich näher mit ihm zu beschäftigen. Umgekehrt wäre aber auch möglich, dass hier eine Lücke in der Rechtswissenschaft besteht, die zu schließen produktiv sein könnte. Dies herauszufinden, unternimmt der vorliegende Band: Ausgehend von der Annahme, dass der Umgang mit Konflikten eine wesentliche Funktion und Aufgabe des Rechts darstellt, untersucht er das Verhältnis von Recht und Konflikt aus verschiedenen Perspektiven, um daraus Einsichten für die Theorie des Rechts zu gewinnen.

In der Sprache des Rechts tauchen Konflikte zwar auf, aber – so deuten die dafür verwendeten Bezeichnungen an – als Konflikte innerhalb des Rechts: „Kompetenzkonflikte“, „Interessenkonflikte“, „Grundrechtskollisionen“ oder „Kollisionsrecht“. Wenn das Recht der Lösung von Konflikten dient oder jedenfalls dienen soll, ist allerdings weitergehender zu fragen: Welcher Art sind diese Konflikte, in welchen Lebensbereichen tauchen sie auf, und auf welche Weise werden sie zu Konflikten im oder des Rechts? Konflikte treten in der sozialen Welt stets konkret auf, Interessen konfligieren in speziellen, definierbaren Situationen miteinander. Ihrer Anlage nach erscheinen Konflikte allerdings häufig wie Dilemmata, indem sie jedenfalls im Moment ihres Auftretens Unlösbarkeit suggerieren. Um einen Ausweg aus einer Konfliktsituation zu finden, scheint eine weitere Perspektive als die der Beteiligten und ihrer Interessen notwendig, es braucht eine neue Ebene, die entweder geeignet ist, den konfligierenden Parteien ein gemeinsames, sich von den widerstreitenden Belangen unterscheidendes Interesse aufzuzeigen und die den Konflikt produzierende Situation damit in eine neue zu überführen, die weniger problematisch ist; oder aber die neue Ebene muss die „Lösung“ des Konflikts erzwingen können, wobei dann allerdings in Frage steht, ob die juristische Beendigung des Streits als „Lösung“ des Konflikts begriffen werden kann.

Beide Möglichkeiten und Funktionen umfasst das Recht materiell, normativ und institutionell. Es kann Inhalte bereithalten, die von allgemeinerer Art sind als die Interessen in konkreten Konflikten. Denn Recht zeichnet sich dadurch aus, dass es den Anspruch der Allgemeinheit erhebt, während Konflikte gar nicht anders als konkret denkbar sind. Gleichzeitig wohnt dem Recht Normativität inne; es ist als Sollen formuliert und wird als solches behandelt. Dadurch kann es die Konfliktparteien binden und in Streitigkeiten entscheiden. Institutionell hält es alle Notwendigkeiten bereit, um seinen normativen Anspruch zu begründen (Legislative), zu explizieren (Judikative) und durchzusetzen (Exekutive). Alle drei Aspekte führen im Zusammenhang von Konflikten und ihrer Lösung zu Schwierigkeiten, die sowohl für die theoretische Auseinandersetzung mit dem Recht als auch mit Konflikten von Belang sind: Der Anspruch der Allgemeinheit des Rechts ist zwar generell in der Lage, Konflikte in eine andere Ebene zu heben oder die Perspektive der im Konflikt verflochtenen Parteien zu erweitern, aber ob ein Konflikt schon dadurch gelöst werden kann, ist fraglich. Eng damit im Zusammenhang steht die Frage, wie die Lösung eines Konfliktes überhaupt beschrieben werden kann. Gibt eine Partei ihr Interesse auf, und bleibt eines übrig, welches dann die Lösung vorgibt, ist eine Lösung immer in irgendeiner Hinsicht ein Kompromiss für beide Seiten oder stellt die Lösung ein Novum dar, in dem die Interessen anders als bislang ausbalanciert werden? Die besondere Eigenschaft des Rechts liegt allerdings darin, dass es den materiellen Anspruch der Allgemeinheit mit der Möglichkeit zur konkreten, zwingenden Entscheidung koppelt. Eine juristische Entscheidung setzt einem Konflikt zunächst einen Endpunkt, indem sie die Parteien an eine bestimmte Regelung bindet. Über eine Lösung – im Sinne eines für alle Beteiligten zufrieden stellenden Ausgangs – ist damit noch nichts gesagt.

Damit wird ein wesentlicher Aspekt des Rechts berührt, der in der Frage des Umgangs mit Konflikten vielleicht eine paradigmatische Konstellation findet: Recht muss transformieren, wenn es die Sphäre außerhalb des Rechts berühren und verändern soll. Es muss etwa einen sozialen, familiären oder politischen Konflikt in einen rechtlichen überführen, eine rechtliche ‚Lösung' finden, die ihrerseits wiederum geeignet ist, in außerrechtliche Sphären ‚rückumgewandelt' und dort umgesetzt zu werden. Darüber hinaus ist es nicht ausgeschlossen, dass der ins Recht transformierte Konflikt rechtsintern seine Konfliktqualität völlig verliert oder umgekehrt eine neue, verschärfte oder andere Konfliktqualität gewinnt. So könnte der normative Anspruch des Rechts Konflikte mit anderen normativen Ansprüchen, etwa moralischen, erst generieren. Die Transformation von Konflikten in das Recht kann vermieden werden, wenn die Lösung des Konflikts außerhalb des Rechts gesucht wird, etwa in Schlichtungsverfahren oder in der außergerichtlichen Mediation. Doch auch solche Verfahren, die nach ihrer Konzeption eine versöhnungsorientierte und den tatsächlichen Problemen vielleicht sogar angemessenere Behandlung in Aussicht stellen, werfen Probleme auf: Welchen Stellenwert hat eine außergerichtlich bzw. „außerrechtlich" verhandelte Konfliktlösung gegenüber dem juridischen Weg? Kann z. B. ein Täter-Opfer-Ausgleich eine Kriminalstrafe ersetzen oder zumindest relativieren, eine Bitte um Verzeihung in einer Wahrheitskommission die Pflicht zur materiellen Entschädigung der Opfer von Unrecht begründen oder ausschließen? Wie lässt sich in informellen Konfliktlösungsverfahren eine „Waffengleichheit" der Beteiligten und eine ausgewogene Verhandlungsführung gewährleisten – erfordert dies nicht auch wieder „Verrechtlichung" jedenfalls des Verfahrens?

Schon eine erste, kursorische Betrachtung des Verhältnisses von Recht und Konflikt wirft eine Reihe von Fragen auf, welche aus diesem Zusammenhang entstehen und die Grundbedingungen des Rechts ebenso wie wesentliche Fragen der Theorie davon betreffen. Sie zeigen, dass es durchaus sinnvoll sein kann, die wissenschaftliche Betrachtung des Gegenstands ‚Recht' auf solche Weise anzugehen. Diesen Versuch unternimmt der vorliegende Tagungsband. Er umfasst Beiträge, die auf Vorträge zweier Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie zum Titelthema auch dieses Bandes in Tübingen und Göttingen zurückgehen.

Im ersten Kapitel sind Beiträge gesammelt, die den Umgang des Rechts mit konkreten Konstellationen bzw. mit bestimmten Konfliktfeldern untersuchen. Dazu zählen etwa Fragen nach dem rechtlichen Umgang mit politischen Konflikten und dem Zusammenspiel von kulturellen Konflikten mit dem Juridischen. Dass allgemeine Beiträge zum Umgang des Rechts mit Konflikten in diesem Band fehlen, mag als Hinweis darauf gelesen werden, dass die Art und Entstehung eines Konflikts für seine rechtliche Behandlung eine erhebliche Rolle spielen könnte.

Um Konflikte anderer Art geht es im zweiten Kapitel: Es ist solchen Konflikten gewidmet, die innerhalb des Rechts und seiner Theorie erst entstehen. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass ihnen einerseits nicht zwingend konkrete Konstellationen in der außerrechtlichen Welt entsprechen, die Art ihrer Lösung aber andererseits dennoch außerrechtliche Folgen nach sich ziehen kann.

Das dritte Kapitel betrifft schließlich Konfliktlösungsmethoden, die an den Grenzen des Rechts ansetzen oder mit dem Recht konkurrieren. Dadurch sollen externe Perspektiven auf das Recht und seinen Umgang mit Konflikten geliefert werden, und durch diesen Vergleich mit anderen Methoden Einsichten in die besonderen Probleme und Möglichkeiten des Rechts bei der Bearbeitung einzelner Konfliktfelder gewonnen werden.

Wie auch immer die Antwort auf diese Fragen im Einzelnen ausgefallen und welche Diversität der Beiträge hierbei zum Vorschein gekommen ist: Die Aufgabe des Rechts, Streit zu schlichten, bleibt bestehen – und mit ihr die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Konflikt.

Göttingen und Tübingen, im März 2010

Edward Schramm, Wibke Frey, Lorenz Kähler, Sabine Müller-Mall, Friederike Wapler

## Inhalt

Vorwort . . . . . 5

I. Der Umgang des Rechts mit Konflikten – einzelne Konfliktfelder
*Wie geht das Recht mit Konflikten der sozialen, kulturellen und internationalen Welt um?*

a. Politische, soziale und moralische Konflikte

Theoretische Perspektiven auf die Verrechtlichung politischer Konflikte . . . . . 13
*Detlef von Daniels*

Das Verfassungsgericht als Schiedsrichter der Politik.
Die öffentliche Vernunft, demokratische Legitimität und „politische“
Entscheidungen des tschechischen Verfassungsgerichts im Jahre 2008 . . . . . 29
*Jan Wintr*

Hegung oder Lösung? Zur Rolle des Rechts in Konflikten . . . . . 39
*Norbert Campagna*

Freiheit als Interesse höchster Stufe . . . . . 51
*Elif Özmen*

Solidarität und soziale Ausgrenzung im Sozialstaat . . . . . 69
*Juliane Ottmann*

Das Problem der Weigerung aus Gewissensgründen und die Gewährung
von Ausnahmen im Recht – Bemerkungen zum Ansatz von John Rawls . . . . 79
*Anne Kühler*

b. Kulturelle Konflikte

Recht und Kultur in Konflikt?
Normativität und kulturelle Philosophie in der Frage der Menschenrechte . . . 97
*Daniela Kühne*

Konflikt und Konfliktlösung. Die Rechte indigener Frauen in Guatemala . . . 113
*Anja Titze*

c. Internationale Konflikte

Globale Konflikte und die Heterogenität des Rechts.
Rechtsphilosophische Anmerkungen zur kantischen
und hegelschen Tradition . . . . . 131
*Michael Reder*

Interrechtskulturelle Konflikte im Völkerstrafrecht.
Rechtssoziologische und rechtsprinzipielle Erkenntnisquellen
für die Internationalisierung des (Straf-)Rechts . . . . . 149
*Christoph Burchard*

**II. Der Umgang mit Konflikten im Recht und seiner Theorie**
*Konflikte innerhalb des Rechts und seiner Theorie*

Rechtskonflikte, Wertfolgen und Inkommensurabilität . . . . . 173
*Julia Hänni*

Rechtsprinzipien: Konsens oder Konflikt? . . . . . 187
*Ralf Seinecke*

Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie.
Eine Skizze . . . . . 207
*Andreas Maurer/Moritz Renner*

Konflikt und Prävention.
Paradoxien der Moderne und ihre Wirkungen im Recht . . . . . 225
*Benno Zabel*

Einschätzungsspielraum des Staates oder der Gesellschaft?
Zu Ladeurs Abwägungskritik . . . . . 243
*Mônica Weitzel*

**III. Konfliktlösung an den Grenzen des Rechts**
*Mit dem Recht konkurrierende Konfliktlösungsmethoden*

Juristische Mediation oder mediative Jurisprudenz? . . . . . 261
*Christian Nierhauve*

Zum Verhältnis von sozialer Anerkennung und Rechtsprinzip
im Rahmen der Bewältigung historischen Unrechts: Konkurrenz
oder Komplementarität? . . . . . 273
*Tanja Hitzel-Cassagnes und Franziska Martinsen*

Mittler, Vermittler, Fürsprecher. Rechtliche Figuren der Konfliktlösung
in der Literatur . . . . . 295
*Johanna Bergann*

# I. Der Umgang des Rechts mit Konflikten – einzelne Konfliktfelder
## Wie geht das Recht mit Konflikten der sozialen, kulturellen und internationalen Welt um?

### a. Politische, soziale und moralische Konflikte

Detlef von Daniels*

# Theoretische Perspektiven auf die Verrechtlichung politischer Konflikte†

## I. Die theoretische Debatte zwischen Schmitt und Kelsen

Wir haben uns in der Bundesrepublik daran gewöhnt, dass Gerichte im politischen Prozess eine wichtige Rolle spielen. Das betrifft nicht nur die nationale Ebene, auf der das Bundesverfassungsgericht durch Entscheidungen und Leitsätze den politischen Prozess dauerhaft mitbestimmt, sondern auch die europäische Ebene, deren heutige Bedeutung nicht zuletzt auf zielgerichtete Interventionen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zurückgeht.[1] Man könnte diese Entwicklung als Ausdruck einer fortschreitenden Konstitutionalisierung sehen, die angefangen von nationalen Verfassungen über mittlere, regionale Ebenen schließlich auch das Völkerrecht umfasst.[2] Fortschrittsgeschichten dieser Art operieren jedoch typischerweise mit analytischen Begriffen, die bereits normativ aufgeladen sind, so dass das Eigentümliche dieser Art der Verrechtlichung nicht in den Blick kommt. Um das Verhältnis von Recht und Politik grundsätzlich zu reflektieren möchte ich einen anderen Weg wählen und die klassische Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen über den Hüter der Verfassung noch einmal aufnehmen.[3] Diese Diskussion ist aus zwei Gründen interessant. Zunächst treffen in ihr zwei konträre theoretische Positionen aufeinander, die in dieser Schärfe heute nicht mehr zu finden sind.[4] Außerdem bietet das Umfeld der Weimarer Republik und der zeitgenössischen internationalen Verhältnisse reichhaltiges Anschauungsmaterial für eine Vielzahl von äußerst zugespitzten Konflikten. Ich möchte jedoch nicht die Fehler oder Versäumnisse der Weimarer Republik analysieren, sondern prüfen, ob oder unter welchen Voraussetzungen die Argumente der beiden Kontrahenten tragfähig sind. Dazu werde ich zunächst den Disput zwischen Schmitt und Kelsen im historischen Kontext präsentieren und in einem zweiten Schritt jeweils überlegen, ob die Argumente unter gegenwärtigen Umständen des

* Postdoctoral Fellow, Humanities Center at Harvard

† Für hilfreiche Anregungen und Diskussionen danke ich den Teilnehmern der Jahrestagung des Jungen Forums Rechtsphilosophie, insbesondere Isabelle Ley für ihren schriftlichen Kommentar.

1 Zur Rolle des EuGH im Prozess der europäischen Integration siehe *Weiler*, The Constitution of Europe. „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays, Cambridge 1999.

2 Siehe *Habermas*, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, in: Zwischen Naturalismus und Religion, Frankfurt am Main 2005.

3 Die Auseinandersetzung startete jeweils mit einem Zeitschriftenaufsatz, ist aber heute in zwei Büchern gut dokumentiert. Siehe *Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, hrsg. von van Ooyen, Tübingen 2008 [1931] sowie *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 4. Aufl., Berlin 1996 [1931].

4 Zu den historischen Hintergründen siehe *Korioth*, Garantie der Verfassung oder Verfassungsrecht aus der Hand der Justiz – Richterliche Normenkontrolle in der Weimarer Republik, in: *de Wall/Germann*, Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link, Tübingen 2003, S. 705–724.

europäischen Mehrebenensystems reformuliert werden können. Meine These ist, dass einzelne Elemente der Schmittschen Argumentation genutzt werden können, um Kelsens monistischen Rechtspositivismus in Richtung eines realistischen Rechtspluralismus fortzuentwickeln. Von einer solchen Position aus ist es möglich, die Mechanismen von Konfliktlösung durch Verrechtlichungen in Mehrebenensystemen zu analysieren und die Rolle politischen Handelns in solchen Umständen einzuschätzen.

## II. Der zeitgeschichtliche Hintergrund: Die Republik in der Krise

Carl Schmitt schrieb den Text „Der Hüter der Verfassung“[5] als Reaktion auf die politische Lähmung und Verfassungsstreitigkeiten während der Endphase der Weimarer Republik (1929–1933). Im Parlament gab es keine regierungsfähigen stabilen Mehrheiten, gleichzeitig lehnten die am linken und rechten Rand des politischen Spektrums erstarkenden radikalen Parteien die Staatsform der Weimarer Republik insgesamt ab. Reichspräsident Paul von Hindenburg war zwar mit einer Mehrheit von SPD und konservativen Parteien gewählt, neigte aber persönlich der Monarchie zu und wurde von vielen als Repräsentant republikfeindlicher Kreise gesehen.[6] Nachdem 1930 die letzte große Koalition aus SPD und bürgerlichen Parteien gescheitert war, ernannte Hindenburg Heinrich Brüning als Reichskanzler, der in der Folge nicht mehr gestützt auf parlamentarische Mehrheiten, sondern auf Grundlage des Notverordnungsrechts des Reichspräsidenten (Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung) regierte.

Carl Schmitt nahm diese Entwicklung vorweg. Bereits 1929 plädierte er dafür, dass aus rechts- wie verfassungstheoretischen Gründen einzig der Reichspräsident „Hüter der Verfassung“ sein könne. Er wehrte sich damit gegen die Vorstellung, dass Verordnungen der Exekutive oder Konflikte über Kompetenzstreitigkeiten gerichtlich überprüft bzw. entschieden werden. Ebenso grundsätzlich reagierte Hans Kelsen auf die Einlassung und versuchte zu zeigen, dass Schmitt sein Ergebnis lediglich durch unzulässige Vermengung von theoretischen und wertenden Begriffen erreicht, rechtstheoretisch aber ebenso ein Gericht mit der Aufgabe betreut werden könnte, als Hüter der Verfassung zu fungieren. Während Schmitt sich explizit auf die zeitgenössischen Umstände in der Weimarer Republik bezieht, ist das Modell für Kelsens Überlegungen der österreichische Verfassungsgerichtshof, an dessen rechtlicher Ausgestaltung Kelsen bei der Abfassung der österreichischen Verfassung beteiligt war. Da sich der Disput zwischen Schmitt und Kelsen anhand einer konkreten Frage entfaltet, ist er besonders dazu geeignet, die praktischen Konsequenzen der jeweiligen Theorien zu reflektieren.

## III. Schmitts Argumente gegen Verfassungsgerichtsbarkeit

Schmitt entwickelt seine Position anhand der Frage, ob ein Gericht Hüter der Verfassung sein könne. Er führt dagegen im Wesentlichen vier Argumente an, zwei rechts-

5 *Schmitt* (Fn. 3).

6 Siehe umfassend: *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte. Vierter Band: Vom Beginn des Ersten Weltkrieges bis zur Gründung der beiden deutschen Staaten 1914–1949, S. 512–541.