

Samantha Besson\*

## Die Tugend des Konflikts

*„La fragmentation des idéaux politiques, celle des sphères de justice et, jusque dans le domaine juridique, la multiplication des sources de droit et le foisonnement des codes de juridiction nous invitent à prendre avec le plus grand sérieux cette idée de désaccord raisonnable“<sup>1</sup>*

### Einleitung

In Einklang mit Paul Ricoeurs Analyse geht es in diesem Aufsatz um die Beziehung zwischen *beharrlichem und weit verbreitetem rationalem Dissens* („désaccord raisonnable“, „reasonable disagreement“<sup>2</sup>) über *Gerechtigkeit und Recht* in pluralistischen und multikulturellen Gesellschaften<sup>3</sup>. Insbesondere beschäftigt er sich mit der Schwierigkeit, die sich für das Recht daraus ergibt, dass es traditionell als Lösungsinstrument moralischer Konflikte betrachtet wird und deshalb im Prinzip selbst nicht Objekt und Forum des Dissenses sein soll und kann. Der Aufsatz bietet ein Argument dafür, dass Juristen und Rechtsphilosophen die zentrale moralische Rolle und schöpferische Kraft des rationalen Dissenses für das Recht vernachlässigt haben und sie deshalb anerkennen oder zumindest wiederentdecken sollten.

Menschen befinden sich in einem rationalen Dissens oder Konflikt<sup>4</sup>, wenn sie über eine Konzeption der Gerechtigkeit nicht konvergieren, obwohl sie gutgläubig überlegen und deliberieren und sich bemühen, ihre rationalen Fähigkeiten im betroffenen Feld so gut als möglich einzusetzen. Es geht um Fälle, in denen Menschen nicht aus denselben moralischen Gründen konvergieren können („Konsens“), obwohl sie eine gegenseitige Akkommodation, einen Kompromiss oder einen blossen *modus vivendi* erreichen können („Konsensus“). Im Folgenden werde ich den beharrlichen und verbreiteten Dissens über Gerechtigkeit zwischen rationalen Personen als „Dissens“ bezeichnen. Die Struktur des Aufsatzes ist

die Folgende. Zunächst werden die *Konturen des Dissenses* kurz vorgestellt und abgegrenzt. Anschließend wird die *Bedeutung des Dissenses* über das Recht und im Recht diskutiert. Schließlich wird die *Rekonstruktion der Idee des Rechts* und des Rechtssystems durch Dissens vorgestellt.

### I. Die Konturen des Dissenses

Dissens erscheint in sehr verschiedenen Formen und Größen. Dieser Aufsatz beschäftigt sich nur mit besonderen Quellen und Arten des Dissenses.

Im Hinblick auf die Quellen geht es erstens um *moralische Dissense, die politisch relevant sind*. Die Art moralisch-politischer Dissense, mit denen sich dieser Aufsatz primär beschäftigt, ist der rechtlich relevante moralisch-politische Dissens. Die meisten unserer Rechtskonflikte sind in Wirklichkeit moralisch-politisch, da das Recht das Gerechtigkeitsstreben der Gemeinschaft realisiert<sup>5</sup>. Themen der politischen Moralität, die Objekt eines moralisch-politischen Dissenses sein können, schließen Gerechtigkeitsprinzipien und Fragen des Rechts ein. Im Prinzip sollten sie nicht umfassende moralische Themen wie Fragen der Tugend, des Charakters, der Gefühle und der Beurteilung einschließen, die nicht in politischen Debatten erscheinen. Die Trennung dieser Themen von der politischen Moralität ist jedoch unangemessen und knüpft an der künstlichen neokantianischen Unterscheidung zwischen dem Ethischen und dem Moralischen oder dem Guten und dem Rechten an<sup>6</sup>. Fragen der Gerechtigkeit treten in die private Sphäre, genau so wie umfassende moralische Fragen in die öffentliche Sphäre gerückt werden. In Wirklichkeit sind die Grenzen der politischen Moralität auch Gegenstand politischer Entscheidungen<sup>7</sup>.

Angesichts der Art des Dissenses konzentriert sich der Aufsatz zweitens auf den *normativen Dissens* unter *rationalen Personen*. Es geht um Dissens über das, was wir im Hinblick auf die Gerechtigkeit tun sollten. Solcher Dissens kann verschiedene Ursprünge haben, die entweder konzeptuell, epistemisch oder metaphysisch sind. Diese Fokussierung der Diskussion auf rationalen Dissens und rationale Motive und Rechtfertigung statt auf nichtrationalen Dissens bedeutet aber nicht, dass man nichtrationalen Widerstand gegenüber bindenden Rechtsnormen<sup>8</sup> oder die Rolle nichtrationaler Motive in der Politik ignorieren sollte<sup>9</sup>. Es ist wichtig, die parallele und ergänzende Rolle der rationalen und nichtrationalen Erklärungen politischer Konvergenz und politischer Legitimität in Umständen rationalen Dissenses über Gerechtigkeit zu betonen<sup>10</sup>. Im Rahmen des rationalen normativen Dissenses über moralisch-politische Themen konzentriert sich der Aufsatz auf Dissens im engeren Sinne.

Erstens geht es um einen *intersubjektiven* Dissens und nicht um ein moralisches Dilemma. Im Rahmen dieses Dissenses müssen sich mindestens zwei Personen gegenüberstehen; er kann also nicht nur ihr inneres individuelles Bewusstsein betreffen. Die Konzentration auf den intersubjektiven Dissens

\* Prof. Dr. Samantha Besson ist Inhaber des Lehrstuhls für Völkerrecht und Europarecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Fribourg, Schweiz.

Dieser Aufsatz fasst einige der Hauptargumente und Ideen ihrer Habilitationsschrift zusammen, die in November 2005 unter dem Titel *The Morality of Conflict – Reasonable Disagreement and the Law* im Verlag Hart Publishing in Oxford veröffentlicht wurde (591 S.). Das Argument wird deshalb auf eine sehr allgemeine Weise und ohne umfassende Fußnoten und Hinweise außer in der Darstellung des Kontexts und Problems dargelegt. Die Autorin möchte Herrn Prof. Dr. Jörg Paul Müller für seinen freundlichen Rat und konstruktive Kritik und Frau Dr. Anne-Catherine Hahn, LL.M. und Frau Lic.iur. Verena Seiler, LL.M. für ihre unschätzbare Hilfe mit der deutschen Sprache danken.

<sup>1</sup> RICOEUR, 1995, 220 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

<sup>2</sup> Die anglo-amerikanische Unterscheidung zwischen „rational“ und „reasonable“ entspricht der von Jürgen Habermas aufgestellten Unterscheidung zwischen „instrumentaler“ und „kommunikativer“ Rationalität. „Reasonable disagreement“ auf Englisch entspricht auf Deutsch (kommunikativ) „rationalem Dissens“.

<sup>3</sup> Vgl. auch WALDRON, 1999A; HAMPSHIRE, 1999; RANCIÈRE, 1995; LUKES, 1991, 20.

<sup>4</sup> Die Terminologie ist flexibel und es wird hier indifferent von „Dissens“ und „Konflikt“ gesprochen.

<sup>5</sup> Vgl. WILLIAMS, 1993, 135.

<sup>6</sup> Vgl. HABERMAS, 1998 und RAWLS, 1971.

<sup>7</sup> Vgl. ARENDT, 1973.

<sup>8</sup> Vgl. AUDARD, 1994, 269 und RAZ, 1998A, 33.

<sup>9</sup> Vgl. WINGO, 2003, 35 ff.; FREEDEN, 2003, 120-121.

<sup>10</sup> Vgl. PASCAL, 1966, 85: „Two excesses: to exclude reason, to admit nothing but reason.“ Vgl. auch WINGO, 2003, 34 ff.

folgt nicht aus der verbreiteten, aber fehlerhaften Annahme, dass ein intrasubjektiver Dissens leichter lösbar sei. Beide sind eng verbunden und die Lösung intersubjektiver Konflikte hängt von derjenigen intrasubjektiver Konflikte ab<sup>11</sup>. Einige intrasubjektive Konflikte drücken komplexe individuelle Wertkonstellationen aus und manche interne Konflikte widerspiegeln Konflikte, die zuerst intersubjektiv ausgedrückt worden sind oder werden könnten.

Zweitens betrifft rationaler Dissens echte *Beurteilungsunterschiede*. Es geht um die Meinungsvielfalt in einer politischen Gemeinschaft und nicht um einen blossen Interessenkonflikt. Er stellt Gerechtigkeitskonzeptionen und nicht bloss eigeninteressierte Präferenzen gegenüber. Natürlich sind die Ursprünge unserer moralischen Meinungen nicht immer so klar, aber es ist möglich, Fälle zu isolieren, in denen nichtinteressierte Meinungen entstehen können. Es ist allerdings wichtig zu betonen, dass politische Konflikte nicht immer beharrliche normative Konflikte sind und dass wichtige soziale und politische Unterschiede nicht immer Wertunterschiede widerspiegeln<sup>12</sup>.

Schließlich geht es um *ausgedrückte Meinungen* über Gerechtigkeit und nicht um reine moralische Unterschiede, die noch nicht formuliert worden sind. Menschen können konträre Lebensstile pflegen, ohne einander ihre Meinungen auszudrücken. Moralische Unterschiede oder Wertkonflikte führen nicht notwendig zu intersubjektivem politischem Dissens. Es ist wahr, dass moralische Konzeptionen normativ sind und deshalb unsere Handlungen leiten. Es kann aber Gründe dagegen geben, alle unseren Konzeptionen politisch umzusetzen. Elemente der politischen Kultur wie Zivilität oder Höflichkeit begrenzen die Entstehung intersubjektiver moralisch-politischer Konflikte<sup>13</sup>. Außerdem hängt die Konfliktfähigkeit einer moralischen Differenz von der Natur des Objekts und dem Grad der Differenz ab. Schließlich gibt es nichtrationale Gründe für politische Handlungen, die erklären, warum gewisse Personen nicht in Konflikt treten; dazu gehören insbesondere die Geschichte<sup>14</sup>, materielle Umstände und andere Faktoren wie Rhetorik, Mythen, Symbole oder Traditionen<sup>15</sup>.

## II. Die Bedeutung des Dissenses über das Recht und im Recht

### 1. Die Bedeutung moralisch-politischen Dissenses

*Moralische Konflikte*, die sich rationalen Lösungen verschließen, sind eine unvermeidliche Dimension der postmetaphysischen Welt<sup>16</sup>. Diese Realität erschöpft sich nicht in der blossen Feststellung des sozialen und moralischen Pluralismus, sondern wirft grundlegendere Fragen als jene auf. Sie entspringt dem Bewusstsein, dass unsere gemeinsame Vernunft Konvergenz über Grundfragen des öffentlichen Interesses und der Gerechtigkeit nicht gewährleistet und uns sogar trennt<sup>17</sup>. Diese Tatsache ist zu einem grossen Teil auf histori-

sche Ereignisse zurückzuführen, aber sie wurde auch von der liberalen Praxis der Toleranz und der öffentlichen Deliberation verstärkt, die, indem sie die soziale und kulturelle Heterogenität unserer Gesellschaften ermutigt, zu dem Umstand teilweise beigetragen hat, den sie bekämpfen sollte<sup>18</sup>. Dieses Bewusstsein des rationalen Dissenses war in der antiken und mittelalterlichen Ethik noch nicht gegeben, erschien aber im frühen modernen Denken unter dem Einfluss der Skeptiker und widersprach mehreren rationalistischen Hoffnungen auf Einheit; seine Bedeutung wurde von mehr als einem Jahrhundert von Religionskriegen bestätigt und hatte einen grossen Einfluss auf die moderne moralische Philosophie<sup>19</sup>.

Moralische Konflikte über Gerechtigkeit, Prinzipien, Rechte und andere normative Themen erscheinen nicht nur intrasubjektiv oder intersubjektiv in rein privaten Kontexten, sondern auch und am dringendsten in politischen Debatten. Politische Strukturen müssen sich also mit Dissens befassen. Diese Frage wird deshalb schon seit langem in der modernen *politischen Theorie* diskutiert<sup>20</sup>. Oft zielen diesbezügliche Diskussionen allerdings primär auf die Herstellung von *Konsens* ab<sup>21</sup> und vernachlässigen die Frage, was *Dissens* ist, warum er entsteht und wie wir mit diesem unvermeidlichen aber möglicherweise nützlichen Zustand umgehen sollten. Statt Dissens allein im Bereich der Metaphysik und im Rahmen allgemeiner Gerechtigkeitstheorien zu analysieren<sup>22</sup>, ist es jedoch auch wichtig, die soziale und politische Bedeutung des Dissenses unter rationalen Personen in täglichen und normalen<sup>23</sup> politischen Umständen zu untersuchen. Diesen ist nämlich bewusst, dass ihre kollektiven Gerechtigkeitskonzeptionen und damit der Inhalt des werdenden Rechts nicht notwendig korrekt sind<sup>24</sup> oder dass ihre politischen und rechtlichen Entscheidungen den Konzeptionen einiger entsprechen, die rational, aber nicht notwendig besser als die Alternativen sind, die sie kollektiv durch eine andere Mehrheitsabstimmung wählen könnten<sup>25</sup>.

Neben dem Dissens über Gerechtigkeitsprinzipien sind wir auch über Prinzipien der Kooperation, Toleranz und Akkommodation im Dissens, die unsere Gerechtigkeitskonflikte dadurch lösen sollten, dass sie eine Einigung herbeiführen<sup>26</sup>. Diese zweite Ebene des Dissenses hat in neuerer Zeit zur Kritik an den traditionellen liberalen Grundprinzipien und Antworten auf das Problem des rationalen Pluralismus geführt<sup>27</sup>. Herkömmliche Lösungen, wie etwa die Rawlsische Idee einer Rechtfertigung durch öffentliche Vernunft und eines überlappenden Konsenses über minimale Prinzipien der Gerechtigkeit<sup>28</sup> oder die Idee der diskursiven Konvergenz über Gerechtigkeit<sup>29</sup> laufen nämlich oft auf einen dissensbezogenen Zirkelschluss hinaus und sind denn auch umstritten.

<sup>11</sup> Vgl. WILLIAMS, 1993, 72-73.

<sup>12</sup> Vgl. GREEN, 2001; RAZ, 1998A, 26.

<sup>13</sup> Vgl. GREEN, 2001, 96.

<sup>14</sup> Vgl. MÜLLER, 2002, 36 ff.

<sup>15</sup> Vgl. WINGO, 2003.

<sup>16</sup> Vgl. HABERMAS, 1998.

<sup>17</sup> Vgl. den Austausch zwischen PIPPIN, 2003, 101 und RAZ, 2003, 154-156.

<sup>18</sup> Vgl. LARMORE, 1999, 600-601 über Montaigne. Vgl. auch KNIGHT/JOHNSON, 1994.

<sup>19</sup> Vgl. HABERMAS, 1998. Vgl. auch HUNYADI, 1995.

<sup>20</sup> Vgl. aber WALDRON, 1999B, 154-156.

<sup>21</sup> Vgl. RANCIÈRE, 1995, 15, 91, 112; ARENDT, 1998, 222; CONNOLLY, 1993, 243. Vgl. auch BERLIN, 1969.

<sup>22</sup> Vgl. auch GUTMANN/THOMPSON, 1996, 4.

<sup>23</sup> Vgl. dazu GAUS, 1996.

<sup>24</sup> Vgl. WALDRON, 1999A, 3.

<sup>25</sup> Vgl. RAZ, 2003, 156.

<sup>26</sup> Vgl. BOLTANSKI/THEVENOT, 1991, 169.

<sup>27</sup> Vgl. LARMORE, 1996, 152 ff.; BERLIN/WILLIAMS, 1994.

<sup>28</sup> Vgl. RAWLS, 1971. Siehe WALDRON, 1999A für dieselbe Kritik.

<sup>29</sup> Vgl. HABERMAS, 1998. Vgl. MCCARTHY, 1994, 1995 und 1996; LAFONT, 2003 und 2004.

In Reaktion auf rationalen Pluralismus ist die liberale Hauptidee immer gewesen, dass politische und rechtliche Entscheidungen rational transparent sein und gerechtfertigt werden müssen und können. Nur so könnten diejenigen, die von diesen Entscheidungen gebunden werden, als eigene Personen respektiert werden<sup>30</sup>. Kurzgefasst ist also die *Idee der öffentlichen Vernunft*, die als Antwort zum rationalen Dissens und Pluralismus entwickelt wurde, selbst rational umstritten<sup>31</sup>. Indem sie rationalen Pluralismus und Toleranz beschworen haben, haben liberale Theoretiker unterschätzt, wie weit und tief der rationale Dissens sich ausdehnen würde<sup>32</sup>.

Moralische und politische Konflikte sind heute unvermeidbar und sind in einer Demokratie noch stärker ausgeprägt, da diejenigen, die Rechtsnormen schaffen, zugleich auch ihre Subjekte sind<sup>33</sup>. Unsere politisch-theoretische Auseinandersetzung mit Dissens würde deshalb von einem tieferen Verständnis des Ursprungs und der Modalitäten unserer Dissense profitieren, bevor wir versuchen, sie auf alle Kosten zu lösen<sup>34</sup>. Diese neue Art des politischen Denkens stellt den Dissens in den *Mittelpunkt der politischen Philosophie* und der Untersuchung kollektiver Handlungen, wo er vor einigen Jahrhunderten denn auch seinen Platz hatte<sup>35</sup>. Dieses Bewusstsein ist wesentlich im Hinblick auf politische Wahrhaftigkeit und Öffentlichkeit<sup>36</sup>. Die Legitimität politischer Institutionen sollte auf die Realität des Dissenses und das Bedürfnis nach einer kollektiven Entscheidung gestützt werden, weil nur sie den Gehorsam gegenüber dem Recht wirklich rechtfertigen<sup>37</sup> und den Dissens in kreative Richtungen lenken können.

## 2. Die rechtlichen Implikationen moralisch-politischen Dissenses

Diese Kritik des liberalen Vertrauens in den rationalen Konsens und der liberalen Abhängigkeit von ihm wurde schon vor mehreren Jahren entwickelt. Alternative Modelle der politischen Legitimität wurden seitdem mit unterschiedlichem Erfolg vorgestellt. Das Problem besteht jedoch darin, dass die *juristischen Implikationen* dieser Kritik noch kaum diskutiert wurden. Dissens spielt im Recht jedoch eine zentrale Rolle und wirft tiefe und schwierige Fragen auf<sup>38</sup>. Das Recht kann im Grund als *Methode des Konsenses zum Dissens* verstanden werden<sup>39</sup>. Angesichts verbreiteter moralischer und politischer Konflikte in unseren Gesellschaften sollte man allerdings nicht nur fragen, wie man diese Konflikte legitim lösen könnte, sondern auch ob sie gelöst werden können und wie man über das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Lösung und über diese gemeinsame Lösung Einigkeit erreichen

kann, d.h. wie man *Konsens zum Dissens oder Konsens zum Konsens* erreichen kann<sup>40</sup>.

Hierzu ist es zunächst wesentlich, die herrschende und meist apolitische Annäherung des Rechts zu revidieren, um Rechtsphilosophie als politische Philosophie und das *Recht als politische Institution* genau wie in der antiken und modernen politischen Philosophie zu verstehen<sup>41</sup>. Es ergibt sich aus dem Kontext des rationalen moralischen Dissenses, dass die politischen Implikationen des Dissenses für die Gesetzgebung und die juristische Argumentation ernst genommen werden sollten. Der Widerstand gegenüber der Anerkennung der politischen Konturen des Rechts und des Dissenses über das Recht und im Recht kann dadurch erklärt werden, dass die Rechtsphilosophie weithin mit Gerechtigkeits-theorie statt mit der Theorie kollektiven Handelns zwischen Personen verbunden ist, die über Gerechtigkeit nachdenken, aber verschiedene Konzeptionen von Gerechtigkeit vertreten<sup>42</sup>. Es ist Zeit zu erkennen, dass juristische Deliberation wesentlich politisch ist, ohne dadurch jedoch die Spezifität des Rechts als Ensemble vermittelnder moralischer Gründe zu beseitigen und ohne die spezifische rechtliche Grammatik des Politischen und die rechtlichen Rahmenbedingungen unserer politischen Entscheidungen zu ignorieren<sup>43</sup>. Das ist besonders nötig im Hinblick auf die demokratische Rechtssetzung<sup>44</sup>; wenn man sich die demokratischen Quellen des Rechts und die Institutionen der Rechtssetzung näher anschaut, wird rasch klar, dass Dissens im Herzen der rechtlichen Praxis liegt und dass diese angesichts der zeitgenössischen Umstände notwendigerweise vielfältig und pluralistisch ist.

Neben einer besseren Auseinandersetzung zwischen Recht und Politik ist es wichtig, die inhärente *Beziehung zwischen Dissens und Konsens* im Detail zu verstehen, um die Zentralität des Dissenses im Recht zu enthüllen. Wie sich aus Ricoeurs Gegenüberstellung der politischen Theorie als Kriegstheorie und der Rechtsphilosophie als Friedentheorie ergibt<sup>45</sup>, wird das Recht meistens als kollektive Konfliktlösungsmethode betrachtet<sup>46</sup>. Obwohl die Mitglieder der politischen Gemeinschaft oft im tiefen Dissens über Gerechtigkeitsprinzipien sind, sind sie zeitlich unter Druck und müssen in den meisten Fällen eine Entscheidung treffen. Juristische Argumentation und Deliberation können mit reinen moralischen Debatten daher nicht verglichen werden, sondern sind zusätzlich mit der Lösung politischer Konflikte beauftragt. Der Dissens wäre allerdings nicht so wichtig, wenn die Menschen eine gemeinsame Lösung nicht vorzögen; und das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Lösung entstünde nicht, wenn es nicht zumindest das Potential eines Dissenses über

<sup>30</sup> Vgl. WALDRON, 1993, 35 ff.

<sup>31</sup> Vgl. VEITCH, 1999, 110.

<sup>32</sup> Vgl. WINGO, 2003, 39 ff.

<sup>33</sup> Vgl. WALDRON, 1999A und 1999B.

<sup>34</sup> Vgl. LYOTARD, 1983, xi; RICOEUR, 1995, 10-11; SHKLAR, 1986, 100; LORAUX, 1997, 53.

<sup>35</sup> Vgl. RANCIÈRE, 1995, 15, 91, 112 über Hobbes und Rousseau.

<sup>36</sup> Vgl. HOBBS, 1999, Kap. 30. Vgl. WALDRON, 1998C.

<sup>37</sup> Vgl. HOBBS, 1999, Ch. 30, 231-232. Vgl. WALDRON, 2002B; FLATHMAN, 1993, 3, 99.

<sup>38</sup> Vgl. zur „Ideologie des Konsenses“ im Recht, SHKLAR, 1986, 105.

<sup>39</sup> Vgl. in Bezug auf diesen *Grundkonsens*, MÜLLER, 1993, 20 ff.; MÜLLER, 2002, 13-18, 88. Vgl. auch HAVERKATE, 1992, 143: „Die Verfassung ist konsentierter Dissensgrundlage“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

<sup>40</sup> Vgl. LORAUX, 1997, 90 ff.

<sup>41</sup> Vgl. SHKLAR, 1986, 222; WALDRON, 1999A und 1999B; CAMPBELL, 1996; RICOEUR, 1995.

<sup>42</sup> Vgl. WALDRON, 1999A, 6. Vgl. auch ARENDT, 1973.

<sup>43</sup> Vgl. WALDRON, 1999A, Introduction.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. die Essays in WINTGENS, 2002 und WINTGENS, 2004.

<sup>45</sup> Vgl. RICOEUR, 1995, 10-11: „Pour donner un tour dramatique à l'opposition que je fais ici entre une philosophie politique où la question du droit est occultée par la hantise de la présence incoercible du mal à l'histoire, et une philosophie où le droit serait reconnu dans sa spécificité non violente, je propose de dire que la guerre est le thème lancinant de la philosophie politique et la paix celui de la philosophie du droit“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

<sup>46</sup> Vgl. WALDRON, 1996, 1538 ff.; WALDRON, 1999B, 36 ff.

diese gemeinsame Lösung gäbe<sup>47</sup>. Da Konsens und Dissens zwei Seiten derselben Medaille sind, führt ein besseres Verständnis des Dissenses auch zum tieferen Verständnis der Natur und Arten des Konsenses und beide Dimensionen sollten deshalb untersucht werden<sup>48</sup>.

Es bleibt zu prüfen, wie alle politischen Teilnehmer Einklang über das Bedürfnis nach Koordination und Recht erreichen können. Die Beziehung des Rechts zum Dissens erscheint insofern als doppelt: Das Recht kann nicht nur als *Hauptantwort auf moralischen Dissens* verstanden werden, sondern es leidet selbst am Dissens über seine eigene *Rechtfertigung und ihre Modalitäten*<sup>49</sup>. Es sollte deshalb seine eigenen Dissense und Unbestimmtheiten nicht unterschätzen<sup>50</sup>. Folglich kann die Diskussion der Beziehung zwischen Recht und Dissens nicht zunächst auf die Existenz und den Umfang des Dissenses und anschließend auf die Entstehung des Rechtsstaates als vollkommene Antwort auf Dissens beschränkt werden<sup>51</sup>. Die Ausdehnung des Dissenses über das Recht und im Recht verlangt eine Analyse der konzeptuellen, institutionellen, verfahrensbezogenen und funktionalen Elemente des Rechts im Licht der Beharrlichkeit des rationalen Dissenses. Angesichts der Tatsache, dass Dissens über das Recht und im Recht derart verbreitet ist, sollte es schließlich keine Überraschung sein, dass Dissens Vorteile und Nachteile für das Recht mit sich bringt. Es gibt nicht nur Vorteile, wenn man das Recht als Hauptantwort auf Dissens versteht und Dissens rasch ignoriert oder im Namen rechtlicher Kohärenz und Einheit<sup>52</sup> oder demokratischer Konkordanz<sup>53</sup> unterdrückt<sup>54</sup>. Das Recht spielt eine Rolle für die Beseitigung und Lösung des Dissenses, aber Dissens hat auch seinen Platz im Recht und spielt darin eine kreative und rechtsschöpferische Rolle<sup>55</sup>. Die Folgen des Dissenses über das Recht und im Recht bestehen deshalb nicht notwendig in einem allgemeinen Kriegszustand<sup>56</sup>. Die Übertreibung in der politischen Theorisierung und Entwicklung einer Moralität der Politik kann diese Unterschätzung der positiven Rolle des Dissenses erklären. Das Recht sollte seine eigenen Dissense und Konflikte lösen, aber sie in einigen Fällen auch ermutigen und das *Paradox des rationalen Dissenses* so gut als möglich nutzen<sup>57</sup>.

Künftige rechtsphilosophische Theorien sollten deshalb die Beharrlichkeit des Dissenses über das Recht und im Recht und die Art der Konfliktlösung und Koordination einerseits und die kreative Rolle des Dissenses im Recht andererseits

in Kauf nehmen. Insbesondere sollte man sich die folgende Frage stellen: Wie sollte angesichts der Existenz und Beharrlichkeit rationalen Dissenses die Beziehung zwischen Dissens und der Natur, Institutionen, Verfahren, Funktionen sowie der Autorität des Rechts aussehen? Dissens wurde früher meist mit Skeptizismus oder ontologischen Implikationen identifiziert. Die Diskussion der adäquaten Antworten auf rationalen Dissens hat aber in neuerer Zeit zur Entstehung sehr verschiedener neuer Ideen und Prinzipien der Konfliktbeilegung geführt<sup>58</sup>. Obwohl die Literatur über den moralischen und politischen Dissens ziemlich entwickelt ist<sup>59</sup>, sind nur wenige Artikel<sup>60</sup> und Bücher zu den Implikationen der Beziehung zwischen Dissens und Recht veröffentlicht worden. Die meisten beschränken sich dabei auf bestimmte Aspekte dieser Beziehung<sup>61</sup> und lassen mit einigen Ausnahmen<sup>62</sup> die Quellen und Arten des Dissenses<sup>63</sup> oder seine Bedeutung aus. In dieser Hinsicht stellt Jeremy Waldrons Buch *Law and Disagreement* einen Meilenstein dar<sup>64</sup>. Das Thema verlangt jedoch eine *systematischere und umfassendere* Studie, die Waldrons Konklusionen weiterentwickelt und Dissens in allen wichtigen rechtlichen Gebieten untersucht.

### III. Die Rekonstruktion des Rechts durch Dissens

In Anlehnung an die Tradition früher moderner politischer Theorien, insbesondere der Sozialvertragstheorien, beabsichtigt diese Arbeit eine umfassende und systematische Annäherung an die Beziehung des Rechtes zum Dissens. Dieses Rekonstruktionsunternehmen<sup>65</sup> eines Rechtsverständnisses, das rationalen Dissens ernst nimmt, ist dreistufig und folgt der Einteilung, die von Bernard Williams entwickelt wurde<sup>66</sup>: Es erklärt zunächst die Entstehung, Natur und Verbreitung des Dissenses, geht anschließend auf seine Beharrlichkeit und Bedeutung ein und stellt schließlich die politischen Antworten auf Dissens, insbesondere die rechtliche Antwort, vor.

<sup>47</sup> Vgl. WALDRON, 1999A, 101. Vgl. auch HUME, 1975, II, 191-192. Vgl. auch BOLTANSKI/THÉVENOT, 1991, 26, 39.

<sup>48</sup> Vgl. VEITCH, 1999, 1.

<sup>49</sup> Vgl. HALPIN, 2001, 1 und 177. Vgl. auch RICOEUR, 1990, 324-333; RICOEUR, 1995, 126, 134; ABEL, 1996, 82-83.

<sup>50</sup> Vgl. VEITCH, 1999, 182 ff.

<sup>51</sup> Vgl. LYOTARD, 1983, 213.

<sup>52</sup> Vgl. LYOTARD, 1983. Vgl. auch LORAUX, 1997, 67.

<sup>53</sup> Vgl. z.B. im schweizerischen Kontext, RHINOW, 1984, 31-32, 38: „Und doch scheint es, dass wir in der Schweiz kein zulängliches Verhältnis zum Konflikt- und Protestbedarf in unserer Demokratie entwickelt haben.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin). Vgl. auch LENDI, 1981.

<sup>54</sup> Vgl. über diese „jurispathische“ Funktion des rechtlichen Denkens, COVER, 1984, 40 ff.

<sup>55</sup> Vgl. über Konstruktion und Destruktion durch Dissens, HUME, 1978, xvi; BAIER, 1988.

<sup>56</sup> Vgl. HOBBS, 1999, Kap. 13, 88-89. Vgl. auch NEVES, 2000.

<sup>57</sup> Vgl. KUTZ, 1994 über die Ambiguität der Rolle des Konflikts im Recht. Vgl. LUHMANN, 1988, 153 ff. über den „creative use of paradox in law“.

<sup>58</sup> RAZ, 1998A, 50. Vgl. z.B. BOLTANSKI/THÉVENOT, 1991; BOHMAN, 1996; GUTMANN/THOMPSON, 1996; GAUS, 1996; SUNSTEIN, 1997; SUNSTEIN, 1999; WALDRON, 1999A; DRYZEK, 2000; COLEMAN, 2001; KUTZ, 2001; WINGO, 2003.

<sup>59</sup> Vgl. z.B. LUKES, 1991; MASON, 1993; TULLY, 1995; LARMORE, 1996; GAUS, 1996; SUNSTEIN, 1996; GUTMANN/THOMPSON, 1996; die Essays in MACEDO, 1999; HAMPSHIRE, 1999; GOWANS, 2000; KLOSKO, 2000; SUNSTEIN, 2001.

<sup>60</sup> Vgl. KUTZ, 1994; BOYER, 1995; GEORGE, 1997; RAZ, 1998A; MICHELMAN, 2002; MICHELMAN, 2003A; BESSON, 2003A; BESSON, 2003B; MICHELMAN, 2003B; BESSON, 2005A; BESSON, 2005B. Vgl. auch verschiedene Rezensionen und Reaktionen auf WALDRON, 1999A: CHRISTIANO, 1999; ESKRIDGE, 2000; POSNER, 2000; CHRISTIANO, 2000; ESTLUND, 2000; LUCY, 2000; GOLDSWORTHY, 2001; EISGRUBER, 2002; HABERMAS, 2003; KAVANAGH, 2003; BOHMAN, 2003. Vgl. auch WALDRON, 1999C; WALDRON, 2000A; WALDRON, 2000B; WALDRON, 2002A; WALDRON, 2003A; WALDRON, 2003B.

<sup>61</sup> Vgl. SUNSTEIN, 1996 über Rechtsbeurteilung und Dissens; VEITCH, 1999 über moralischen Konflikt und Dissens.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. DWORKIN, 1986; MASON, 1993; EISGRUBER, 1990, 279.

<sup>63</sup> Vgl. MORAWETZ, 1992, 403.

<sup>64</sup> Vgl. WALDRON, 1999A. Vgl. auch WALDRON, 1999B.

<sup>65</sup> Vgl. über *postskeptisches* Denken im Kontext des Pluralismus, HUME, 1978, xvi; FATE-NORTON, 1993A, 7. Vgl. auch MACCORMICK, 1990 über die Rekonstruktion nach der Dekonstruktion, sowohl *im* Recht als auch *über* das Recht. Vgl. auch BENHABIB, 1994; RANCIÈRE, 1995; CONNOLLY, 1993, 243.

<sup>66</sup> Vgl. WILLIAMS, 1993, 134.

## 1. Die Natur und Verbreitung des Dissenses

Zunächst ist es erforderlich, die Entstehung, Natur und Verbreitung von Dissens einzuschätzen. Kurzgefasst wird in diesem Teil argumentiert, dass der moralisch-politische sowie rationale Dissens ein *tiefer* Dissens ist, der den Kern rechtlicher Konzepte beschlägt, dass es sich dabei um einen *verbreiteten* Dissens handelt, der Grundbereiche der sozialen und politischen Organisation betrifft, und dass dieser Dissens *beharrlich* ist, da er nicht rational gelöst werden kann. Dieser erste Teil des Arguments gliedert sich in drei Unterpunkte. Zunächst werden Arten und Quellen des Dissenses vorgestellt. Im Anschluss wird mit den wesentlich bestreitbaren Konzepten eine besondere Quelle des Dissenses vorgestellt, und schließlich wird die Rationalität des Dissenses behandelt.

### a) Die Arten und Quellen des Dissenses

Angesichts der *Arten* des moralisch-politischen Dissenses ist es wichtig zu bemerken, dass rechtlich relevanter Dissens vom Gebrauch moralischer Konzepte im Recht herrührt. Dabei können drei Arten des rechtlichen Dissenses unterschieden werden: empirischer, theoretischer und normativer Dissens. Während empirischer Dissens eine Folge von Konflikten über rechtlich relevante Tatsachen ist, besteht im Fall eines normativen Dissenses Konflikt über das, was das Recht sein sollte. Der theoretische Dissens ist die interessanteste Form des rechtlichen Dissenses: Er betrifft einen *normativen* moralisch-politischen Dissens über das, was das Recht *ist*.

In Hinsicht auf die *Quellen* des normativen moralisch-politischen Dissenses ist es wichtig, drei Ebenen von Konsens und Dissens zu unterscheiden. Erstens muss der Dissens von verbalen Missverständnissen unterschieden werden, denn damit ein normativer Dissens festgestellt werden kann, muss zunächst ein verbaler Konsens bestehen. Zweitens kann moralisch-politischer Dissens rein konzeptuell sein. Dies ist der Fall, wenn der Dissens von der unbestimmten Bedeutung oder der unklaren Abgrenzung eines Konzepts herrührt. Konzeptueller Dissens kann entweder zentral oder peripher sein, je nachdem ob er eine Folge entweder von Vagheit, Abstraktheit oder Ambiguität oder von kriterialer Unsicherheit ist. Drittens ist moralisch-politischer Dissens in den meisten Fällen normativ, da er eine Konsequenz des Konflikts über moralische Werte ist, die in klaren Rechtskonzepten verankert sind. Normativer Dissens kann epistemisch sein, wenn er sozialen und kulturellen Pluralismus und andere „Bürden der Vernunft“ („burdens of reason“) reflektiert; hingegen ist er metaphysisch, wenn er die Folge von moralischem Pluralismus und der Heterogenität moralischer Werte ist.

Schließlich ist zu beachten, dass die Existenz von moralisch-politischem Dissens *keine ontologische Konklusionen* und insbesondere keine skeptischen oder anti-realistischen Deduktionen gestattet. Konsens über moralische Themen erfordert ein Verständnis der Entstehung von Dissens, genau so wie dies für Dissens gilt. Wenn Konsens kein Grund der Wahrheit und Richtigkeit unserer Entscheidungen ist, gibt es keinen Grund, Dissens als Ausdruck fehlender Wahrheit und Richtigkeit zu verstehen. Wer von rationalem Dissens spricht, schliesst automatisch auch einen potentialen rationalen Konsens mit ein. Während der rationale Dissens unseren Glauben an richtige Antworten und an die Vernunft nicht

in Abrede stellen sollte, sollte er Zweifel an der Annahme wecken, dass die richtigen Antworten immer kollektiv anerkannt und dementsprechend politisch vollkommen umgesetzt werden können.

### b) Wesentlich bestreitbare Konzepte und normativ-konzeptueller Dissens

Dissens über normative Konzepte, die einen Wert verkörpern und schützen, kann sowohl *normativ* als auch *konzeptuell* sein. Er berührt den Kern des Konzepts und bestreitet seine richtige Anwendung, auch wenn die Parteien das Konzept teilen und nicht über verschiedene Konzepte argumentieren. In diesem Fall ist es nicht möglich, Dissens auf normativen Dissens zu beschränken, doch ist dieser Dissens auch nicht bloss konzeptuell. Zum Beispiel ist Dissens über den Inhalt von Gerechtigkeit oder Demokratie kein reiner Dissens darüber, was Gerechtigkeit und Demokratie sein sollte, denn er schliesst zum Beispiel Fragen über die Dimensionen einer Praxis ein, die gerecht oder demokratisch sein könnten. Er besteht jedoch somit aus mehr als einem bloss konzeptuellen Dissens darüber, was diese Konzepte grundsätzlich bedeuten.

Solche Konzepte werden als wesentlich bestreitbare Konzepte beschrieben. Es handelt sich dabei um Konzepte, die einen normativen Standard oder Wert verkörpern, dessen Inhalt den richtigen Gebrauch des Konzepts determiniert, der von den verschiedenen Benutzern jedoch bestritten wird. Diese Konzepte zeichnen sich dadurch aus, dass ihr richtiger Gebrauch darin besteht, ihren richtigen Gebrauch zu bestreiten. Kurzgefasst ist ein wesentlich bestreitbares Konzept *normativ, komplex und akriterial*, indem es keine unbestreitbaren und unabänderlichen Kriterien für seinen richtigen Gebrauch zulässt. Natürlich muss es Konsens über Paradigmen oder zentrale Beispiele des Konzepts geben, bevor eine Diskussion stattfinden und Dissens überhaupt entstehen kann. Diese Paradigmen können aber allmählich aufgegeben und durch neue ersetzt werden. Die minimale Übereinstimmung über das Konzept, die für Diskussion und Dissens nötig ist, sollte aber nicht mit der Bedingung des vollen Verständnisses und des Glaubens an die Wahrheit des Konzeptes verwechselt werden.

Dissens über derartige normative Konzepte, deren richtige Bedeutung nicht ohne Evaluation bestimmt werden kann, ist folglich ein wesentlicher Teil ihres Minimalverständnisses. Die wesentliche Bestreitbarkeit normativer Konzepte ist denn auch entgegen verbreiteter Meinung etwas Wünschbares in einem Rechtssystem. Zunächst werden Fälle wesentlicher Bestreitbarkeit leicht übertrieben. Außerdem ist es oft nützlicher, nicht genau zu wissen, was die richtige Antwort ist und dadurch Debatten auszulösen. Verfassungsrechtliche Garantien illustrieren dies; sie begrenzen die Rechtssetzung, ohne aber Konflikte endgültig zu lösen, indem sie im Gegenteil den Verfassungsnarrativ und die Auslegungssiteration weiterführen. Die Einführung wesentlich bestreitbarer Konzepte ins Recht kann mit einem *Konsens zum Dissens* verglichen werden und bringt das Bedürfnis, Rechtsnormen als koordinative Antwort auf Dissens zu schaffen, in Einklang mit dem Bedürfnis, diese Normen vor einer starren und möglicherweise willkürlichen Garantie zu schützen.

## c) Die Rationalität des Dissenses

Dissens ist nicht nur tief und verbreitet, sondern in Bezug auf seine Rationalität auch beharrlich. Das Konzept der Rationalität ist ein wesentlich bestreitbares Konzept, das von den Werten abhängt, die man mit Rationalität assoziiert. Zum Beispiel wird das Rawlssche Konzept der öffentlichen Vernunft so definiert, dass es dem Wert und der Rolle entspricht, die es in der Rawlsschen Theorie hat; wer einen solchen konsensfähigen Begriff der Rationalität sucht, wird deshalb einen inhaltsbezogenen statt einen personenbezogenen Begriff der Rationalität verteidigen.

Der Begriff der Rationalität, der hier vertreten wird, ist *personenbezogen* und probabilistisch. Er entspricht damit dem Respekt, den wir anderen rationalen Personen als autonomen moralischen Agenten in den epistemisch begrenzten Umständen der Politik schulden. In diesem Sinne bedeutet Rationalität die Fähigkeit, gutgläubig zu denken und zu deliberieren und sich anzustrengen, seine rationalen Fähigkeiten im betroffenen Feld so gut als möglich anzuwenden. Nach diesem Modell kann eine Person auch dann als rational betrachtet werden, wenn ihre Überzeugungen fehlerhaft sind, solange sie diese Überzeugungen durch die gutgläubige Ausübung ihrer Vernunft erlangt hat. Der Grund, warum Rationalität in der Politik wichtig ist und öffentliche Rationalisierung wesentlich ist, besteht natürlich vor allem in der Gemeinsamkeit der Vernunft. Stabilität und das Prinzip der gegenseitigen Rechtfertigung sind weitere Gründe dafür. Das Bedürfnis nach einer *gegenseitigen öffentlichen Rechtfertigung* folgt aus der interpersonellen Natur individueller Überzeugungen und ihrer Intelligibilität; Respekt für individuelle Überzeugungen und die Autorität des Rechts und politischer Entscheidung verlangen deshalb eine gegenseitige rationale Rechtfertigung. Dies erfordert einen rationalen Konsens und nicht nur Konvergenz oder einen blossen *modus vivendi*.

Personenbezogene Rationalität sieht sich mit verschiedenen *Bürden der Vernunft* konfrontiert, und diese erklären die Beharrlichkeit des rationalen Dissenses. Diese Bürden schließen epistemologische und metaphysische Grenzen der Vernunft ein, die normativen Dissens über Gerechtigkeit verursachen. Es ist zu beachten, dass diese Bürden nicht nur die Debatte über das Gute, sondern auch über das Rechte betreffen; dies folgt einerseits aus der Schwierigkeit, diese Fragen voneinander zu trennen, und andererseits aus der Anwendung epistemologischer Beschränkungen auf Fragen des Guten sowie des Rechten. Aus diesem Grund ist es in diesen Fällen unmöglich, eine rationale Rechtfertigung politischer und rechtlicher Entscheidungen zu geben und deshalb das liberale Prinzip der rationalen Rechtfertigung zu respektieren. Das *Ideal der öffentlichen Vernunft* und der gegenseitigen öffentlichen Rechtfertigung ist in einer multikulturellen Gesellschaft unerreichbar. Wir sollten deshalb nicht unbedingt versuchen, rationalen Dissens zu beseitigen, sondern ihn vielmehr wertschätzen. Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen. Erstens sollten *alternative Formen der politischen Legitimation* vorgeschlagen werden. Dabei kommen drei alternative Richtungen in Betracht. Manche Autoren stellen Entscheidungsmethoden wie Toleranz und gegenseitige Akkommodation vor. Andere, die das liberale Prinzip der öffentlichen Rechtfertigung beibehalten möchten, schlagen eine interessenbezogene Konzeption der politischen Rechtfertigung

vor, die die Gefahren des rationalen Pluralismus vermeidet. Wieder andere Autoren schließlich betrachten politische und rechtliche Rechtfertigung als etwas ganz anderes als individuelle Rechtfertigung, indem sie einen unpersönlichen Begriff der politischen Legitimation oder einen multipersonalen Begriff der Rechtfertigung in Umständen rationalen Dissenses entwickeln. Dieser Aufsatz folgt dieser dritten Richtung. Zweitens sollte man die *Rolle der Vernunft* für politische Motivation und Legitimation nicht übertreiben. Das Ziel einer Theorie des politischen Gebrauchs der Vernunft sollte auch sein, die Gebiete zu bestimmen, auf die die Macht der Vernunft keine Anwendung findet. Politisch entscheidend ist, dass wir Wege finden können, um rationale distributive Entscheidungen zu treffen, wenn deren Inhalt im Vergleich zu Alternativen rational nicht besser ist.

## 2. Die Bedeutung des Dissenses

Die nächste Frage ist diejenige der Beharrlichkeit und Bedeutung des Dissenses. Die Sektion fängt damit an, dass sie die *Verbreitung* des rationalen Dissenses feststellt und bestimmt, wie wichtig dieser in der politischen und sozialen Realität ist. Nur wenn man die genaue Verbreitung des Dissenses bestimmt hat, ist es möglich, seine *Bedeutung* zu diskutieren. Die Bedeutung des rationalen Dissenses ist komplex und hat eine positive und eine negative Dimension, die die verschiedenen Antworten beeinflussen, die man auf den Dissens geben sollte.

## a) Die Fiktion des Naturzustands und die Verbreitung des Dissenses

Verschiedene Behauptungen für und gegen die genaue Verbreitung des Dissenses müssen untersucht werden, damit der genaue Umfang des Dissenses bestimmt werden kann. Ein selbstverständliches Hauptargument für die Verbreitung des Dissenses ist die *Fiktion des Naturzustands*. Diese Fiktion ist zentral für die Vertreter von Sozialvertragstheorien wie Hobbes, Rousseau und Kant, aber auch für spätere Theoretiker wie Hume. Sie wurde entwickelt, um den genauen Umfang des Dissenses zu bestimmen und damit eine Antwort auf Dissens und eine ganze Rechts-theorie abzuleiten. Naturzustandstheorien liefern deshalb nützliche Indikatoren für die Ausdehnung des rationalen Dissenses über Gerechtigkeit, die man braucht, bevor man die Koordination entgegengesetzter Gerechtigkeitskonzeptionen rechtfertigen kann.

Auch wenn die Vertreter von Naturzustandstheorien verschiedene metaethische Standpunkte und Methoden haben, stimmen sie im Hinblick auf ein Grundelement des menschlichen Benehmens überein: menschliche Soziabilität und die *Soziogenese des Dissenses* und der Instabilität. Nach ihren Theorien entsteht rationaler Dissens über Gerechtigkeit, sobald Menschen Gesellschaften bilden, was unvermeidlich ist und nicht von ihrer inhärent guten oder schlechten Natur abhängt. Weil es im Naturzustand keinen Schiedsrichter gibt, verbreitet sich Dissens rasch, und soziale Beziehungen werden unbeständig und sogar gewaltsam, unabhängig davon, ob die Gewalt ein Überlebensreflex oder eine Bedingung der Gerechtigkeit ist. Hume ist allerdings der erste, der die Beziehung zwischen der Soziogenese des Dissenses und dem Bedürfnis nach Konvergenz als Grund des Dissenses deutlich gemacht und damit das Paradox des Dissenses enthüllt hat. Dieses Paradox besteht zusammengefasst darin, dass die



Verbreitung und Bedeutung des Dissenses in engem Zusammenhang stehen; je mehr Dissens es gibt, desto wichtiger ist er angesichts des Bedürfnisses nach Konvergenz, je größer aber dieses Bedürfnis nach Konvergenz wird, desto mehr Dissens wird es geben.

Neben der Naturzustandsfiktion ist es wichtig, *nichtfiktive und empirische Einwände* gegen die Verbreitung des rationalen Dissenses zu entkräften. Wie wir am Anfang schon betont haben, sollten moralische Unterschiede nicht übertrieben werden, denn politische Konflikte sind meist empirischer Natur. Auch wenn rationaler Dissens nicht notwendigerweise überall besteht, ist er jedoch eine Folge wachsender sozialer und kultureller Diversität sowie der verschiedenen Bürden der Vernunft. Erstens braucht Dissens nicht überragend zu sein und sich auf alle Fragen und Umstände zu beziehen, um bedeutend zu sein. Zweitens ist Dissens nicht nur eine Tatsache, sondern auch eine *konzeptuelle Wahrheit* des ethischen Lebens. Man sollte deshalb vorsichtig sein, wenn man empirische Argumente über praktische Konvergenz benützt; praktische Konvergenz spiegelt nicht unbedingt moralische Konvergenz wider. Im Übrigen ist Konvergenz oft eine Reaktion auf vorige Divergenz.

b) Die Vorteile des Dissenses – Das Arendtsche Vermächtnis  
Bevor man die negativen Folgen des Dissenses bewertet, sollte man seine Vorteile kurz mit Hilfe von Arendts Theorie des politischen Pluralismus erwähnen. Diese Theorie war einer der ersten modernen Ansätze, der die wesentliche und konstitutive Rolle des Dissenses im Bereich der Politik und des Rechts betonte.

Eine der Lehren Arendts ist, dass die politische und rechtliche Philosophie Pluralität und Dissens ernster nehmen sollte und die Suche nach theoretischen Prinzipien verlassen sollte, die rational alle nichtgeborenen Generationen verpflichten könnten. Rechtliche und politische Entscheidungen sind kontingente Antworten auf Dissens und müssen als solche anerkannt und geschätzt werden. Ihre Theorie besteht aus zwei teilweise paradoxen Argumenten: Einerseits erinnert sie uns an die wesentliche Bedeutung der Politik und unserer politischen Fähigkeit und insbesondere an die inhärente Pluralität unseres Zusammenlebens, andererseits macht sie uns im Hinblick auf die Grenzen der menschlichen Urteilskraft auf die Gefahren dieser Pluralität aufmerksam. So erwähnt Arendt unter den *Vorteilen* des Dissenses, dass politische Meinungen nur vor dem Hintergrund einer Vielfalt von Meinungen entwickelt werden können. Gleichzeitig betont Arendt aber auch die *Gefahren* des Dissenses und insbesondere die unbeschränkte Natur der Politik und die Schwierigkeit, politische und rechtliche Entscheidungen vorherzusehen. Lösungen können in der Struktur, Formalität und in den Verfahren des Rechts gefunden werden. Arendt empfiehlt jedoch, dass das Recht Individuen miteinander in Beziehung bringen und nicht zu streng trennen sollte.

Diese zwei Dimensionen von Arendts politischer Konzeption sind keine Alternativen, sondern stehen in einer dialektischen Beziehung zueinander; institutionelle Strukturen und Verfassungsmodelle zielen darauf ab, politische Instabilität und die Gefahren rationalen Dissenses zu beseitigen, aber zugleich tragen agonistische Impulse und Dissens dazu bei, diese Institutionen vor der Gefahr der administrativen Bürokratie zu schützen. Kurzgefasst versteht Arendt das Recht als Antwort

auf die Gefahren des Dissenses, zugleich aber auch als etwas, das in seiner Entwicklung und seinem Prozess vom Dissens abhängt. Es gibt verschiedene Wege, den Rechtsstaat nicht nur als Antwort auf Dissens, sondern auch als eine *dissensbewusste Antwort auf Dissens* zu verstehen. Diese Anerkennung der Bedeutung des Dissenses *im* Recht verlangt eine Revision der rein koordinativen Funktion des Rechts und seiner bestimmtheitssuchenden Rolle in Umständen rationalen Dissenses. Unbestimmtheit und Dissens im Recht sind nicht nur unvermeidbar, sondern auch wertvoll in einer selbstkritischen moralischen und politischen Kultur. Dissens ist ein Zeichen der Lebhaftigkeit der politischen Vernunft und der Argumentationskultur. Die ambivalente Beziehung zwischen dem Rechtsstaat und der Rechtsunbestimmtheit widerspiegelt das *Paradox des Dissenses* als Kraft der Konvergenz und der Divergenz. Der Rechtsstaat kann als Antwort auf Dissens betrachtet werden, aber die Beziehung ist weitaus komplexer: Dissens stört den Rechtsstaat und seine koordinativen Funktionen, während er damit das Bedürfnis nach Recht noch erhöht. Dank dem Dissens streben wir nach dem Recht, während wir es auch konstant in Frage stellen und damit unser Bedürfnis nach Recht und seiner Legitimität verstärken.

c) Die Nachteile des Dissenses – Dissens als Quelle von Koordinationsproblemen

Die ambivalente Natur des rationalen Dissenses, der sowohl Vor- als Nachteile mit sich bringt, verlangt eine Bewertung dieser Nachteile und insbesondere der sich daraus ergebenden Koordinationsprobleme, die durch das Rechtssystem gelöst oder zumindest entschärft werden müssen. In Fällen des *Dissenses* gibt es zwar ein Bedürfnis nach Koordination, aber es ergeben sich zugleich *Koordinationsprobleme* daraus, dass über die Art und Weise dieser Koordination Dissens herrscht. Dissens und Koordination sind zwei Seiten derselben Realität, nämlich der „Umstände der Politik“ („the circumstances of politics“). Weil wir im rationalen Dissens über Gerechtigkeit sind, brauchen wir Koordination, aber zunächst befinden wir uns im Dissens, weil wir Koordination brauchen, und anschließend im weiteren Dissens, weil wir ein Koordinationsproblem haben. Es sind also drei Stufen, die in diesem komplexen Verhältnis zwischen Dissens, Koordination und Recht erklärungsbedürftig sind.

Zunächst muss man die Existenz der *Koordinationsprobleme* über Gerechtigkeitsfragen erklären und begründen, warum sie einer Lösung bedürfen. Menschliche Abhängigkeit und Soziabilität führen dazu, dass Menschen über Fragen des gemeinsamen Interesses im Dissens sind und sich koordinieren müssen. Das Problem ist, dass sie auch im Dissens darüber sind, wie sie diesen Dissens lösen sollten. Politik kann deshalb als Modell eines partiellen *Konfliktkoordinationsproblems* verstanden werden. In solchen Koordinationsproblemen stehen eigentliche Gerechtigkeitsvorstellungen im Konflikt miteinander und nicht nur bloße Interessen, wie dies im Gefangenendilemma oder in einem reinen Koordinationsproblem der Fall ist. In einem reinen Koordinationsproblem ist es den Parteien egal, welche Option gewählt wird, während dies für ein partielles Konfliktkoordinationsproblem nicht zutrifft. Hier haben alle Parteien eine bestimmte Meinung darüber, was sie kollektiv tun sollten, aber sie ziehen es vor, eine andere Meinung anzunehmen, statt allein zu bleiben und sich nicht zu koordinieren. Das Bedürfnis nach Koordi-

nation kann einerseits durch moralische Gründe und die Anforderungen der Gerechtigkeit, andererseits aber auch durch psychologische Gründe und die Anforderungen der Stabilität *gerechtfertigt* werden. Natürlich muss man die *Möglichkeit* der Koordination in Umständen des Dissenses erklären. Diese Möglichkeit liegt paradoxerweise in der Grundbedingung des Dissenses, der menschlichen Soziabilität. Auch in Umständen beharrlichen und verbreiteten rationalen Dissenses gibt es deshalb eine minimale Konvergenz über das Bedürfnis nach Konvergenz („Grundkonvergenz“ und nicht „Grundkonsens“), und hier liegt denn auch der Schlüssel der Koordination trotz Dissenses.

Außerdem ist es wichtig, die verschiedenen *Arten und Ebenen der Koordination* und insbesondere die Koordinationsfähigkeit des Rechts zu bestimmen. Aufgrund des Dissenses können partielle Konfliktkoordinationsprobleme nur durch kollektive und formale Mittel gelöst werden. Unter diesen Mitteln steht natürlich die Entwicklung eines Rechtssystems als effizientestes und flexibelstes Mittel im Vordergrund. Die Öffentlichkeit und Verantwortlichkeit, die für die Lösung derartiger Probleme erforderlich sind, werden am ehesten durch den Rechtsstaat gewährleistet. Das Recht *löst* diese Probleme zwar nicht; es trägt aber dazu bei, ihre Lösung durch drei komplexe Hauptebenen der Koordination zu *erleichtern*. Auf der ersten Koordinationsebene wird eine Hauptkonvention oder Anerkennungsregel angenommen, die das politische und rechtliche System schafft. Die zweite Koordinationsebene betrifft die Verabschiedung einer Verfahrensregel und führt zu politischen und rechtlichen Entscheidungen. Auf der dritten Koordinationsebene werden rechtliche Regeln und Sanktionen verabschiedet beziehungsweise angewandt, so dass Koordinationsfälle effektiv gelöst werden können.

Schließlich ist zu zeigen, dass Koordination die *Hauptfunktion des Rechts* ist. Auch wenn das Recht das beste Koordinationsinstrument ist, heisst das noch nicht, dass Koordination seine Hauptfunktion sein muss. Selbstverständlich ist Koordination nicht die einzige Funktion des Rechts. Politische und rechtliche Autorität zeichnen sich allerdings durch die zentrale Eigenschaft aus, dass sie Kenntnis und Sicherheit der Koordinationsinstrumente verschaffen. Dabei ist rechtliche Koordination zunächst in einem adverbialen Sinne zu verstehen; was wichtig ist, ist nicht, dass die rechtliche koordinierte Aktivität selbst koordinativ und kollektiv ist, sondern dass das Recht verschiedene Konzeptionen der Gerechtigkeit entweder im individuellen oder kollektiven Bereich koordiniert. Außerdem kann das Recht eine wichtige koordinative Rolle in den Fällen spielen, in denen die Betroffenen sich allein koordinieren wollen und können, aber über die Einzelheiten einer Regel oder ihre Sanktionen streiten.

### 3. Die Antwort auf Dissens

Der dritte Teil dieser Sektion behandelt die verschiedenen Antworten, die in rechtlicher Hinsicht auf den verbreiteten und beharrlichen rationalen Dissens über Gerechtigkeit und die Schwierigkeit der rationalen Rechtfertigung kollektiver moralischer Entscheidungen gegeben werden können. Die Beharrlichkeit des Dissenses verlangt eine politische Reaktion, insbesondere in Form der Entwicklung eines Rechtssystems. Zugleich macht die Beharrlichkeit des Dissenses es

nötig, diese rechtlichen Antworten auf die negativen und positiven Dimensionen des Dissenses anzupassen. Dissens erfordert nicht nur die Wahl des Rechts als Koordinationsmethode, sondern Dissens über das Recht und im Recht beeinflusst auch die Methode der Koordination. Rechtliche Anpassungen an den Dissens sind insbesondere in prozeduraler, institutioneller, materieller und normativer Hinsicht zu treffen.

#### a) Die Rechtssetzungsverfahren

Wenn auch nach Deliberation noch ein rationaler Dissens besteht, stellt sich die wichtige Frage, wie die Betroffenen ihre intersubjektive Beziehungen ausgestalten sollten. Im Fall eines solchen „deliberativen Dissenses“ können sie nicht auf ihre gemeinsame Vernunft zählen und müssen eine Art Ausgleich finden, um einen einzigen Entscheid zu treffen. Es gibt verschiedene alternative Rechtssetzungsverfahren, die man beim Fehlen von rationalem Konsens zum Einsatz bringen kann. Es sind unter anderem die Mechanismen der Toleranz, der gegenseitigen Akkommodation der Differenz, des Kompromisses und der Abstimmung. Alle vier Mechanismen stellen keine konkurrierenden Methoden der Konfliktlösung dar, sondern gehören zu einer Sequenz oder einem *Krescendo von Entscheidungsmodi im umfassenden deliberativen Prozess*.

#### i. Von Toleranz zur gegenseitigen Akkommodation

Toleranz und gegenseitige Akkommodation sind die ersten Alternativen zum rationalen Konsens, die man erwähnen muss. Sie betonen wichtige Dimensionen eines dissensbewussten politischen Verhaltens und einer *Ökonomie des Dissenses*.

*Toleranz* bedeutet zunächst, dass man die Meinungen oder Handlungen anderer Personen *als moralisch inkorrekt ablehnt*, dass man zugleich aber darauf verzichtet, die verfügbaren Interventions- und Zwangsmittel einzusetzen, um diese Meinungen oder Handlungen zu unterbinden. Es handelt sich deshalb um eine *erste Ebene des Konsenses zum Dissens*. In der Anwendung auf politischen Dissens und sozialen Konflikt erfährt das Argument des gegenseitigen Respekts eine neue Dimension. Toleranz besteht in der Anerkennung, dass die Betroffenen einer gemeinsamen Gruppe angehören, vor der der konkrete Konflikt zurücktritt, und in der Einsicht, dass andere Bürger ebenso wie wir selbst berechtigt sind, die Organisation unserer Gesellschaft nach ihren Vorstellungen zu definieren. Indem der Grundsatz der Toleranz den *Konflikt als Tugend* betrachtet, erkennt dieser den rationalen Dissens als ein wesentliches Element der öffentlichen Deliberation und der Demokratie im Allgemeinen an. In dieser positiven Dimension erfordert Toleranz mehr als moralische Indifferenz, aber weniger als pragmatischer Kompromiss. Toleranz verlangt aktive und respektvolle Kommunikation und Deliberation, auch wenn manche Kommunikationsarten für andere störend erscheinen. Sie kann aber keine echte Antwort in Umständen des rationalen Dissenses liefern, da Deliberation uns nicht immer zum natürlichen Konsens führt. Der Grundsatz der Toleranz stellt deshalb nur *den ersten Schritt einer Antwort auf Dissens* dar. Sehr oft brauchen wir jedoch eine einzige gemeinsame Antwort auf umstrittene politische Fragen. Wenn Toleranz verlangt wird, können moralische Spaltungen in der Gesellschaft verfestigt werden.



Das Prinzip der *gegenseitigen Akkommodation* erfordert außerdem, dass Personen auch dann faire Kooperation suchen, wenn sie in einem deliberativen Dissens stehen, statt an ihren eigenen dogmatischen Positionen festzuhalten. Gegenseitige Akkommodation erfordert mehr als Toleranz, aber nicht notwendig einen Kompromiss, sondern zumindest eine Anstrengung, die Tiefe des Dissenses zu verkleinern und Konvergenz durch verbessertes Verständnis zu suchen. Ziel ist dabei, ein Gleichgewicht zu erreichen, indem einerseits feste Meinungen beibehalten werden und andererseits die Bereitschaft besteht, sie aufgrund von Einwänden umfassend abzuändern und einen Mittelweg einzuschlagen. Genau wie Toleranz leidet die gegenseitige Akkommodation entgegengesetzter Meinungen an *wichtigen Einschränkungen* in Umständen, in denen die Betroffenen eine einzige kollektive Entscheidung treffen sollten, es jedoch vorziehen, eine rationale selbständige Meinung zu wählen, statt ihre Meinungen zu verändern, um einen Kompromiss zu erreichen. Außerdem kann der Druck zur Herstellung von Konsensus zur übereilten Aufgabe des Dissenses und der Deliberation und damit zur Verminderung der politischen Verantwortung führen. In gewissen Fällen ist es also empfehlenswert, die Deliberation bis zur Abstimmung weiterzuführen und die Teilnehmer dadurch mit der vollen Verantwortung ihrer politischen Meinungsausübung zu beauftragen.

#### ii. Von gegenseitiger Akkommodation zum Kompromiss

Kompromiss ist eine spezifische Art der gegenseitigen Akkommodation. Gewisse Kompromisse können aber als mehr als bloße Akkommodation verstanden werden, und manche fallen sogar außerhalb der respektbezogenen Rechtfertigung gegenseitiger Akkommodation. Daher sollten verschiedene Arten des Kompromisses unterschieden werden, um die Fälle der gerechtfertigten Kompromisse in Umständen rationalen Dissenses über Gerechtigkeit ausfindig zu machen.

Kompromiss als *Ergebnis* besteht in einem Zustand, in dem es einen gewissen Gewinn und Verlust für alle Teilnehmer gibt, während Kompromiss als *Prozess* ein Verfahren ist, in dem jeder Teilnehmer seinen Gewinn und Verlust verhandelt. In der Regel vereint ein Kompromiss beide Aspekte in sich. Kompromiss entspricht der Annahme einer Lösung ohne Billigung ihrer Gründe und ohne echten Konsens. Der Kompromiss ist *extern* in Umständen, in denen er aufgrund eines oder mehrerer Prinzipien getroffen wird, und *intern*, wenn der Kompromiss ein Prinzip betrifft, aber aufgrund keines anderen Prinzip getroffen wird. Externe Kompromisse können distributiv sein, wenn sie den Unterschied synchronisch oder diachronisch aufteilen. Sie können aber auch integrativ sein, wenn sie Prinzipien oder Konzeptionen in einer komplexeren und grundsatzgeleiteten Konzeption in Einklang bringen.

*Interne* Kompromisse der Gerechtigkeitsprinzipien in Umständen des rationalen Dissenses bestehen meist in einer *zweitbesten Alternative*. Erstens sind interne Kompromisse oft impraktikabel. Zweitens können interne Kompromisse die Gerechtigkeit bedrohen, wenn sie abhängige Konzeptionen desselben Prinzips oder ein Prinzip mit etwas Anderem kombinieren. Drittens verletzen interne Kompromisse den Sinn einer adäquaten Bestimmung des Konzepts, indem sie den ursprünglichen Prinzipien widersprechen und im bestehenden konzeptuellen Bedeutungsnetz keinen Sinn machen. Schließlich fehlt es internen Kompromissen an Kohärenz,

wodurch die moralische Rechtfertigung politischer Integrität beeinträchtigt wird. Diese Konklusion gilt allerdings nicht für alle Kompromisse über Prinzipien. *Externe* Kompromisse sind gerechtfertigt, wenn sie zwei oder mehr moralische Prinzipien oder Konzeptionen desselben Prinzips kombinieren, solange diese rational, unabhängig und konsistent sind. Kompromiss als *Prozess* in Verbindung mit dem demokratischen Verfahren und dem Mehrheitsprinzip kann eine gute Alternative zum Kompromiss als *Ergebnis* darstellen. Ein solcher Kompromiss wählt eine der rationalen Meinungen aus, über die deliberiert wurde und die die gleiche Chance hatten, repräsentiert und diskutiert zu werden. Das Mehrheitsprinzip als Kompromiss zu verstehen heisst aber nicht, dass man weitere externe oder interne Kompromisse als *Ergebnis* innerhalb der Mehrheitsentscheidung treffen sollte. Solche Kompromisse können im demokratischen Prozess angenommen werden, aber sie sind weder eine Bedingung noch eine Folge des Mehrheitsprinzips. Wenn das der Fall wäre, würde das Mehrheitsprinzip in eine künstliche Konvergenz verwandelt und damit die politische Gleichbehandlung unterminiert, die Teil der Rechtfertigung der demokratischen Lösung rationalen Dissenses ist.

#### iii. Deliberative Abstimmungsethik

Der letzte Schritt in der deliberativen Sequenz von Toleranz, gegenseitiger Akkommodation und Kompromiss besteht in der Durchführung von Abstimmungen und Mehrheitsentscheidungen. Für sich allein kann die demokratische Deliberation nicht rechtfertigen, dass die Mehrheit das Recht hat, im Fall des deliberativen Dissenses für alle anderen zu entscheiden. Außerdem ist die Abstimmung in diesen Umständen viel zu verbreitet und wesentlich, um als reine Notbremse oder als pragmatische Lösung betrachtet zu werden. Es ist also wesentlich, eine vollständige Rechtfertigung der Mehrheitsentscheidung in einer deliberativen Demokratietheorie zu entwickeln. Nachdem die Vertreter der deliberativen Theorien allmählich von der wichtigen Rolle der Abstimmung abgerückt sind, ist nun die Zeit gekommen, zur Abstimmung zurückzukehren, um eine echte *deliberative Abstimmungsethik* vorzustellen. Nur so kann die deliberative Demokratie sich zu einer vollkommenen Demokratietheorie statt zu einem blossen Ideal der Legitimation entwickeln.

Zunächst ist es wichtig, die *Legitimität der prozeduralen Legitimität* zu betonen. In Umständen des rationalen Dissenses über den materiellen Inhalt der Gerechtigkeit kann nämlich materielle Legitimität keine Alternative liefern. Prozedurale Legitimität muss aber als prozedural im weiteren Sinn bezeichnet werden, indem Legitimität nicht ohne Bezug auf materielle Legitimität bestimmt werden kann. Prozeduralismus in diesem weiten Sinn ist leichter als Substantivismus im weiteren Sinn und insbesondere als epistemischer Populismus zu rechtfertigen, weil der Zirkelschluss des rationalen Dissenses nicht anders als prozedural durchbrochen werden kann. Es muss jedoch betont werden, dass Prozeduralismus im weiteren Sinn nur die am wenigsten bestrittene legitime Form der Legitimität politischer und rechtlicher Entscheidungen verkörpert, wenn seine Legitimität aufgrund eines minimalen und geringstmöglich umstrittenen Prinzips wie des Prinzips der Gleichbehandlung gegeben ist und wenn die Beteiligten diese Legitimation durch ihre Teilnahme am Verfahren bestätigen. Diese Art der Legitimation ist die *mi-*

*minimale materielle Legitimation der prozeduralen Legitimität.* Sie sollte nicht mit der Idee der Gleichursprünglichkeit der materiellen und prozeduralen Legitimation verwechselt werden, die die Bedingung der vorigen Anerkennung des Prinzips minimaler politischer Gleichheit paradoxerweise nicht anerkennt. Das Argument für die Legitimität des Mehrheitsprinzips, und im Allgemeinen das Argument für eine echte deliberative Abstimmungsethik ist vierstufig.

Erstens wird das *regulative Ideal des rationalen Konsenses* durch den verbreiteten deliberativen Dissens unterminiert, der der Deliberation widersteht. Aus diesem Grund sind Institutionen und Verfahren erforderlich, die die Deliberation einschränken und sie damit zu einer Entscheidung führen können. Selbstverständlich beeinflusst die Deliberation die Meinungen der Teilnehmer, aber oft akzentuiert sie auch ihre Unterschiede. Außerdem scheitern die Strategien der öffentlichen Vernunft, die die Deliberation auf bestimmte Gründe beschränken, indem sie den Konsens vermuten, den sie suchen, und damit Dissens in der Öffentlichkeit verschweigen. Die Ablehnung der unrealistischen Erwartung rationalen Konsenses bedeutet aber nicht, dass rationaler Konsens nicht als *interne Logik der Deliberation* beibehalten werden kann. Ohne die Annahme, dass rationaler Konsens und rationaler Dissens möglich sind, werden Teilnehmer nicht in Deliberation treten. Es gibt allerdings einen Unterschied zwischen der Möglichkeit, einen rationalen Konsens als Disziplin anzunehmen und diese interne Vermutung in der Deliberationslogik einzuschließen, und der Möglichkeit, rationalen Konsens als das einzige korrekte politische Ergebnis einer erfolgreichen Deliberation zu betrachten.

Da Deliberation und gegenseitige Akkommodation unsere moralischen Konflikte nicht immer lösen können, stellen Abstimmungsverfahren unvermeidlich den *Kern* und den *Höhepunkt des Entscheidungsprozesses* dar. Die meisten Theorien der deliberativen Demokratie anerkennen heute die Verbreitung und Beharrlichkeit des Dissenses und versuchen, das Sperrungsbedürfnis des demokratischen Prozesses zu berücksichtigen. Es besteht jedoch weiterhin die Versuchung, Abstimmungen zu marginalisieren und alternative Mittel der Bildung der öffentlichen Meinung zu entwickeln. Diese institutionellen und nichtinstitutionellen Mittel sind wesentlich für eine lebhaftere Öffentlichkeit. Sie können aber die zentrale Rolle von Abstimmungen nicht ganz beseitigen und machen es erforderlich, das Abstimmungsbedürfnis nach öffentlicher Deliberation detailliert zu rechtfertigen.

Aus diesen Gründen muss man eine echte deliberative Rechtfertigung von Abstimmungen entwickeln, die ihren Ausgangspunkt *innerhalb der Deliberation* findet. Die deliberative Rechtfertigung der politischen Abstimmung und insbesondere des Mehrheitsprinzips ist in der politischen Praxis nicht nur vorherrschend, sondern entspricht auch dem minimalen und engen Sinn der politischen Gleichheit und Fairness. Das Mehrheitsprinzip ist ein faires Verfahren, wobei seine Fairness in dem geringstmöglichen Opfer zur Erreichung von Konvergenz oder in der maximalen Bestimmungsfähigkeit besteht, die mit der Gleichbehandlung und den minimalen demokratischen Rechten der anderen Teilnehmer kompatibel ist. Nur Deliberation in Umständen der Schlussgleichheit in der Entscheidungsautorität, d.h. Deliberation im Schatten der Abstimmung, kann die Qualitäten

besitzen, die die Deliberation für ihre Rechtfertigung beansprucht. Und umgekehrt ist es nur die Abstimmung im Anschluss an die vorausgehende Deliberation, die mit der beanspruchten Legitimität übertragen werden kann. So kann das Mehrheitsprinzip das klassische Argument der „Tyrannei der Mehrheit“ vermeiden, denn in diesem Modell der Deliberation *cum* Abstimmung hat jede Meinung die Möglichkeit gehabt, ausgedrückt zu werden und damit zu einer informierten, grundsatzgeleiteten und respektvollen Abstimmung zu führen. Nur wenn Mehrheitsentscheide minimale materielle Legitimitätsanforderungen und insbesondere den Grundsatz der politischen Gleichheit sowie minimale demokratische Rechte respektieren, können sie damit als politisch legitim betrachtet werden.

#### b) Die Rechtssetzungsinstitutionen

Angesichts der Bedeutung und Verbreitung des Dissenses ist es wichtig, auch die Auswirkungen des Dissenses auf die rechtlichen Institutionen und die Kompetenzverteilung zu bestimmen. Damit sind namentlich die Beziehungen zwischen Verfassungsversammlungen und legislativen Versammlungen, zwischen legislativen Versammlungen und Verfassungsgerichten und schließlich zwischen breiten und diversen legislativen Versammlungen und dem *Demos* zu untersuchen. Das Leitmotiv, das diesen Abschnitt durchzieht, ist der partnerschaftliche *Dialog* zwischen Institutionen und Gewalten über umstrittene Fragen der Gerechtigkeit. In allen drei Problemkreisen zeigt sich die kreative Kraft des Dissenses innerhalb jeder Institution, aber auch in ihrem Verhältnis zueinander.

#### i. Verfassungsrechte als Vorverpflichtung

Die Beziehung zwischen Verfassungsversammlungen und legislativen Versammlungen wird meist unter dem Stichwort der demokratischen Legitimität der Verfassungsverwurzelung der Grundrechte und der demokratischen Legitimität der Entscheidungskompetenz einer spezifischen Verfassungsversammlung über spätere Generationen und Mehrheiten diskutiert. Das Hauptargument für die Verfassungsverwurzelung ist jedoch in der Idee der demokratischen Vorverpflichtung des Volkes zu finden. Es ist daher wichtig zu verstehen, inwiefern der rationale Dissens und die Tatsache, dass die Verfassungsverwurzelung die rekursiven Qualitäten der Demokratie und die Rolle des Dissenses für den demokratischen Fortschritt nicht ernst nehmen, dieses Argument untergraben.

Die Analogie mit dem Konzept der *Vorverpflichtung* stammt aus dem Bereich der persönlichen Ethik. Die Idee der Vorverpflichtung eignet sich aber nicht gut für die Anwendung auf pluralistische Gruppen wie Parlamente oder Verfassungsversammlungen. Erstens ist es schwer, die Idee eines Volkes anzunehmen, das sich gegenüber künftigen politischen und rechtlichen Entscheidungen vorverpflichtet, wenn dieses Volk selbst im tiefen *Dissens* über das Bedürfnis nach solchen Vorverpflichtungen oder über ihren Inhalt ist. Zweitens kann sich dieser Dissens über Grundrechte nicht nur aus der Schwäche des Volkswillens und aus kollektiver Akrasia, sondern auch *aus rationalen Gründen* ergeben. Drittens ist es schwer, sich die Vorverpflichtung eines Volkes als solches vorzustellen, wenn es außer durch das Volk selbst keine äussere menschliche *Kontrolle* gibt, die die Einhaltung der Vor-

verpflichtung sicherstellen kann. Schließlich ist der Träger der Vorverpflichtung eine kollektive Gruppe (z.B. ein Verfassungsgericht), die sich ebenso wie die Verfassungsversammlung selbst im Dissens befinden und deshalb nur schwer dafür sorgen kann, dass der Inhalt der Vorverpflichtung genau eingehalten wird.

Allerdings gibt es einen Gegeneinwand, der in der *demokratieermöglichenden* und *demokratiekonstitutiven Funktion* der Verfassungsvorverpflichtung begründet ist. Anders als nach dem Hauptargument der Vorverpflichtung geht es dabei nicht bloss um Vorverpflichtung als ein demokratiebehinderndes Instrument. Dieser Gegeneinwand hat jedoch nur eine sehr beschränkte Tragweite. Meist rechtfertigt er bloss einen koordinativen Vorentscheid über konstitutive Regeln und nicht notwendigerweise einen verwurzelten Entscheid oder eine eigentliche Vorverpflichtung. Trotzdem kann die begrenzte Verwurzelung konstitutiver demokratischer und verfahrensbezogener Rechte und Prinzipien auf dieser Grundlage gerechtfertigt werden, wenn diese Rechte und Prinzipien in Umständen grosser Instabilität durch den gewöhnlichen Gesetzgebungsprozess bedroht werden. Diese begrenzte demokratische Vorverpflichtung gehört zur *Ökonomie des verfassungsrechtlichen Dissenses*.

Wenn die Vorbedingungen der Demokratie verwurzelt und von der demokratischen Agenda entfernt werden müssen, besteht jedoch die Gefahr, dass zentrale Fragen vom demokratischen Prozess ausgenommen werden, obwohl sie nur so behandelt und verbessert werden könnten, und obwohl sie nur auf diesem Weg demokratische Legitimität erlangen könnten. Angesichts dieses Dilemmas kann man ein *Modell des weichen Konstitutionalismus* vorschlagen, das *differenzierte Ebenen der Verwurzelung* für verschiedene Rechte und Prinzipien nach ihrer konstitutiven Natur in einer Demokratie gestattet. In diesem Modell wären zivile und sozialwirtschaftliche Rechte leicht abzuändern, obwohl sie nicht genau so leicht wie gewöhnliche Gesetze geändert werden könnten. Demokratische Rechte und demokratiekonstitutive Verfahrensregeln wären hingegen fester verwurzelt, obwohl sie weniger unabänderlich wären, als dies in den meisten europäischen Verfassungen der Fall ist.

Die etwaige Rigidität dieses Multiebenensystems der Verfassungsverwurzelung kann durch Mechanismen korrigiert werden, die im System selbst begründet sind. Erstens sollte die Abänderbarkeit der verschiedenen Verfassungsklauseln flexibel ausgestaltet werden, so dass sie keine Ewigkeitsklauseln beinhalten, sondern periodisch revidiert werden können. Zweitens wird diese Flexibilität durch den Gebrauch wesentlich bestreitbarer Konzepte in Verfassungsklauseln geschützt. Wie erwähnt gestatten diese Konzepte minimale konzeptuelle Stabilität der Verfassungsrechte, erlauben zugleich aber auch die konstante Infragestellung und Neuauslegung dieser Verfassungsrechte. Auf diese Weise gewährleisten sie den Dialog zwischen Verfassungs- und Gesetzgebungsversammlungen, die nie ganz von einander getrennt werden, sondern in derselben demokratischen Auslegungssituation vereinigt sind. Drittens ist es wichtig, ein begrenztes Modell der Verfassungenauslegung anstelle der Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen, das dem Volk das letzte Wort über die Auslegung seiner Verfassungsrechte und Vorverpflichtungen belässt, wie dies in der Schweiz oder Grossbri-

tannien mit ihren Inkompatibilitätserklärungen der Fall ist. Ein begrenztes System der *Checks and Balances* sollte also dieses Modell der Verfassungenauslegung und der Gewaltentrennung vervollständigen. Es ist zu erwarten, dass dieser komplexe Dialog und die kooperative Partnerschaft zwischen Verfassungsversammlungen, Gesetzgebungsversammlungen und Verfassungsgerichten die Qualität des Grundrechtsschutzes und den Grad des politischen Interesses sowie der Partizipation im Bereich der Grundrechte erhöhen werden.

## ii. Partizipation und das Paradox der demokratischen Repräsentation

Die zweite Art der institutionellen Beziehung, die in Umständen des rationalen Dissenses wesentlich ist, ist diejenige zwischen Repräsentanten und Repräsentierten, und insbesondere zwischen legislativen Versammlungen und dem Volk in der Öffentlichkeit. Demokratische Repräsentation wird oft als pragmatische Lösung auf die Schwierigkeiten verstanden, mit denen demokratisches Regieren sich in der Praxis konfrontiert sieht. In Umständen des Dissenses ist es aber schwer, fraglos ein nichtinklusive Modell der Repräsentation als legitimes und autoritatives Entscheidungsverfahren anzunehmen. Die Frage ist also, wie man dafür sorgen kann, dass institutionelle Entscheidungsverfahren stärker inklusiv sind und die Dissense und Vielfalt der dahinter stehenden Meinungen besser repräsentieren. Das ist die *Herausforderung des rationalen Dissenses*.

Repräsentation besteht in einem *Prozess, in dem einige Personen, die Repräsentanten, für alle anderen, die Repräsentierten, handeln, so dass sie diese durch ihre Entscheidungen und Handlungen binden*. Kurzgefasst geht es um den Prozess, in dem die Repräsentierten die Repräsentanten zunächst – meist durch eine Wahl – ermächtigen, in dem die Repräsentanten dann im Namen der Repräsentierten handeln und in dem die Repräsentierten schließlich die Repräsentanten durch eine Wahl oder auch durch andere institutionelle oder nichtinstitutionelle und periodische oder konstante Kontrollmittel zur Rechenschaft ziehen. Die *Repräsentationsbeziehung* besteht also in einem *konstanten Dialog* über die aufgeschobene Entscheidung, der vom Moment der Ermächtigung bis zum Moment der Verantwortung stattfindet. Dies erklärt die Bedeutung politischer Partizipation und die Rolle einer starken Öffentlichkeit für eine gesunde Repräsentationsbeziehung. Mit Iris Marion Young kann Repräsentation insofern als *aufgeschobene Demokratie* bezeichnet werden, denn der Moment und der Standort der Deliberation (zwischen den Repräsentanten) fallen mit dem Zeitpunkt und dem Standort der Austragung der Entscheidung oder der Wahl (zwischen den Repräsentierten) nicht zusammen.

Um die Herausforderung des Dissenses wahrzunehmen, müssen der Dissens und die Vielfalt unserer moralischen Meinungen repräsentiert werden. Dies wird am besten durch *deskriptive Gruppenrepräsentation* erreicht. Es geht nicht nur um die Präsenz und Sichtbarkeit der Diversität der Perspektiven, sondern auch um die effektive Kommunikation und Deliberation zwischen den Repräsentanten untereinander und zwischen den Repräsentanten und den Repräsentierten. Natürlich kann aber Gruppenrepräsentation nicht alle Dissense und die gesamten Identitäten aller Repräsentierten vertreten. Erstens wäre es in pluralistischen Umständen nicht möglich, alle Elemente des Dissenses deskriptiv zu repräsen-

tieren. Zweitens beschränkt die Konzeption der Repräsentation als verschobene Beziehung der Ermächtigung, Partizipation und Verantwortung die Wirksamkeit der Art und Weise, in der die Meinungen der Repräsentierten von den Repräsentanten widerspiegelt werden: Repräsentation sollte zur Konstitution und Differenzierung des Wahlkreises beitragen und dieser Dialog ist nur möglich, wenn Repräsentanten und Repräsentierte hinreichend verschieden sind.

Hier kommt also das *Paradox der demokratischen Repräsentation* ins Spiel: Während Dissens und die Möglichkeit der Deliberation die Repräsentation durch *einige wenige* Repräsentanten rechtfertigen, erfordern der Grundsatz der politischen Gleichheit und die Demokratie paradoxerweise, dass diese Repräsentanten hinreichend inklusiv sind und auch den Dissens unter den Repräsentierten widerspiegeln. Es ist allerdings wichtig zu verstehen, dass die Repräsentation des Dissenses und diverser Perspektiven auf dem Weg der deskriptiven Gruppenrepräsentation nicht nur eine Forderung der Demokratie, sondern auch der Repräsentation selbst ist. Ohne Diversität und Konflikt kann die Repräsentationsbeziehung die Partizipation und den Dialog nicht stimulieren, die ihr wesentlich sind. Um diese entgegengesetzten Forderungen zu respektieren, kann ein *gemischtes Modell der Repräsentation des Dissenses* entwickelt werden, das deskriptive und reflexive Elemente in Einklang bringt und eine halbunabhängige Form der Repräsentation einführt. Was in diesem Fall vertreten wird, ist die reine *Tatsache des Dissenses* und vor allem einige der Hauptgruppenperspektiven, die den Dissens verursacht haben.

Die Herausforderung des Dissenses in der Repräsentationsbeziehung liefert die Gelegenheit, die *demokratische Legitimation der Repräsentation* zu vertiefen. Da die deskriptive Repräsentation einiger Dimensionen des Dissenses Partizipation und Deliberation stimuliert, gewährleistet die vorgeschlagene Konzeption der Repräsentation in gewissen Fällen einen besseren Schutz politischer Gleichheit und Deliberation als die rein direkte partizipatorische Demokratie. Deliberation besteht in einem wesentlichen Element der Repräsentationsbeziehung und, wenn sie von deskriptiver Dissensrepräsentation stimuliert wird, löst sie weitere Deliberation zwischen Repräsentanten und Repräsentierten innerhalb und außerhalb institutioneller Fora aus. Nur so kann die Öffentlichkeit ihre Rolle für die Entstehung gegenseitiger Responsivität spielen. Partizipation und Repräsentation sind nicht als Gegensätze zu betrachten; die indirekte Natur der Repräsentation folgt nicht aus der Abwesenheit der Partizipation, sondern aus den räumlichen und zeitlichen Lücken, die die Repräsentation zwischen Deliberation und Entscheidung schafft, um Dissens und damit politische Partizipation auszulösen.

### c) Der Rechtsinhalt

Beharrlicher und verbreiteter rationaler Dissens über Gerechtigkeit im Recht hat auch Implikationen für den Inhalt und die Umsetzung des Rechts. Dies kann insbesondere im Bereich der Rechtskohärenz und der Grundrechtskonflikte erprobt werden.

#### i. Kohärenz als wertvolle Heuristik

Eine Frage, die sich angesichts des rationalen Dissenses im Recht stellt, ist die Frage der innerlichen Kohärenz oder Inte-

grität des Rechts, wenn es von verschiedenen Mehrheiten zu verschiedenen Zeitpunkten konstituiert wird. Kohärenz wirkt als *Heuristik des Rechts*, das in Umständen des Dissenses in Kraft getreten ist; sie versucht, soweit wie möglich und trotz der Launen der Politik ein kohärentes Recht zu rekonstruieren.

Das *Ideal der Rechtskohärenz* wurde von Ronald Dworkin durch sein Postulat der Tugend der Integrität entwickelt und von Jeremy Waldron in seiner Konzeption der Umstände der Integrität („circumstances of integrity“) weiterentwickelt. In Umständen des verbreiteten und beharrlichen rationalen Dissenses über Gerechtigkeit sollten rechtliche Entscheide von verschiedenen Beamten und Institutionen getroffen werden, so dass sie Respekt für die divergierenden Meinungen zeigen, die in vergangenen Gesetzen und Entscheidungen (diachronische Kohärenz) oder aktuellen Deliberationen (synchronische Kohärenz) ausgedrückt worden sind. Und dies kann am besten durch das Prinzip oder die Tugend der Kohärenz oder Konsistenz im Prinzip getan werden; Kohärenz verlangt, dass das Recht mit einer einzigen Stimme spricht und dass die Entscheidungen so getroffen werden, als ob sie die Entscheidungen einer einzigen Person wären und eine einzige Ansicht der Gerechtigkeit vertreten. Was diese Konzeptionen der Rechtskohärenz jedoch nicht vermögen, ist die Formen und Implikationen des Prinzips umfassend zu beschreiben und Kohärenz als unabhängiges Prinzip zu rechtfertigen. Neben externen Argumenten für die Respektierung des Kohärenzprinzips braucht man auch *interne Argumente für die Gründe einer solchen Konsistenz im Prinzip* in wechselnden Umständen des Dissenses.

Das Prinzip der Rechtskohärenz ist von den Prinzipien der Gerechtigkeit und Fairness unabhängig, obwohl es ihnen verbunden ist. Es sollte als ein parasitisches Prinzip oder *Meta-gerechtigkeitsprinzip* verstanden werden, das nur im Fall des Dissenses über Gerechtigkeit und Fairness zur Anwendung kommt. Das Prinzip der Rechtskohärenz kann in Umständen rationalen Dissenses im Wesentlichen mit drei Argumenten gerechtfertigt werden, die allein oder zusammen vorgebracht werden können. Erstens kann es aufgrund der öffentlichen Moralität und des Respekts für andere rationale Meinungen gerechtfertigt werden. Zweitens kann es auch aufgrund kollektiver Handlungen und gemeinsamer Verantwortung gerechtfertigt werden. Schließlich können auch Gründe der Rechtsautorität und insbesondere Joseph Raz' „normale Rechtfertigungsthese“ („normal justification thesis“) erwähnt werden. Nur relativ kohärentes Recht kann in Umständen des rationalen Dissenses mit Legitimität und Autorität ausgestattet werden, da die synchronisch und diachronisch koordinative Funktion des Rechts im Gleichgewicht von Respekt und Fortschritt besteht.

Selbstverständlich können öffentliche Kohärenzpflichten mit privaten Gerechtigkeitspflichten in *Konflikt* geraten. So könnte ein Beamter zu dem Schluss kommen, dass Kohärenz mit vergangenen Entscheiden sein Gerechtigkeitsverständnis verletzen würde. Er müsste dann entscheiden, ob er seine öffentliche Kohärenzpflicht im Namen seiner privaten Gerechtigkeitskonzeption beschränken sollte. Die Antwort auf diese Frage hängt von der privaten Moralität des Einzelnen ab. Weder öffentliche noch private Moralitäten sind endgültig und es wäre falsch, solche individuelle Dilemmata zwischen

öffentlicher Verantwortung und privatem Gerechtigkeitssinn als nebensächlich zu betrachten. Nur weil solche Entscheidungen in extremen Fällen möglich sind, kann Integrität in der Mehrzahl der Fälle eine Tugend darstellen. Wie Max Weber es völlig zutreffend beschreibt, sind „Gesinnungsethik und Verantwortungsethik nicht absolute Gegensätze, sondern Ergänzungen, die zusammen erst den echten Menschen ausmachen, den, der den ‚Beruf zur Politik‘ haben kann“<sup>67</sup>.

## ii. Grundrechtskonflikte – Natur, Typologie und Lösung

Eine andere Implikation rationalen Dissenses im Recht ist die Verbreitung der Grundrechtskonflikte, die moralische Konflikte zwischen Grundwerten und Grundinteressen ins Recht einschleusen. Solche Konflikte sollten nicht unterschätzt werden, wie dies zu oft hinter dem Vorwand der Rechteinheit geschieht. Rechtliche Grundrechtskonflikte sind moralische Grundrechtskonflikte in dem Sinne, dass rechtliche Rechte moralische Rechte sind. Ihre Natur, Typologie und Lösung widerspiegeln also moralischer Rechtskonflikte, wobei infolge der dissensbewussten Perspektive des Rechts gewisse Besonderheiten dazu kommen.

Erstens besteht die *Natur* der Grundrechtskonflikte darin, dass ein oder mehrere Rechte gleichzeitig nicht vollkommen respektiert werden können. Wegen der Zwitterstellung der Grundrechte zwischen Interessen und Pflichten können Grundrechtskonflikte entweder auf der Ebene der Grundinteressen, der Grundrechte oder der Grundpflichten entstehen. Skeptische Argumente gegen Grundrechtskonflikte, die solche Konflikte als bloße *prima facie* Konflikte betrachten, scheitern daran, dass sie die komplexe Sachlage und unsere Intuitionen über moralische Relikte im Fall eines Grundrechtskonflikts nicht ernst genug nehmen. Zweitens wäre bezüglich der *Typologie* der Grundrechtskonflikte viel zu sagen. Es wird hier aber genügen, ein paar Unterscheidungen zu erwähnen. Meistens sind Grundrechtskonflikte Pflichtenkonflikte, aber es gibt auch Fälle, in denen die Rechte allein in Konflikt sind. Konflikte können interrechtlich oder intrarechtlich sein und können mehrere Rechte derselben Art oder verschiedene Rechte betreffen. Sie können individuelle oder auch institutionelle Rechtsträger betreffen und können interpersonal oder intrapersonal sein. Grundrechtskonflikte nehmen weiter auf gegenseitige Rechten und Pflichten, aber auch auf unabhängige Rechte und Pflichten. Sie können aufgrund einer logischen Entgegensetzung, aber auch eines praktischen Konflikts entstehen. Sie können in jedem Fall aus internen oder externen Gründen stammen. Rechte können im totalen oder nur partiellen Konflikt stehen und ihre Konflikte können unilateral oder bilateral sein. Schließlich können Grundrechtskonflikte allgemein sein, wenn sie alle rechtsbezogenen Pflichten betreffen, aber sie können auch auf spezifische Pflichten beschränkt sein.

Die *Lösung* der Grundrechtskonflikte stellt eine unvermeidbare, jedoch ungelöste Frage dar. Wenn Grundrechtskonflikte gelöst werden müssen, ist klar, dass es unmöglich ist, alle Rechte gleich zu behandeln und sie dadurch in Einklang zu bringen, dass man gleiche Opfer von jedem Recht verlangt. Gewisse Rechte sind gewichtiger als andere. Einige Autoren behaupten, dass gewisse Rechte lexikale und qualitative Priorität über andere Rechte sowie über Betrachtun-

gen haben sollten, während andere Autoren die Bestimmung dieses relativen Gewichts durch eine quantitative Einschätzung der verschiedenen geschützten Interessen empfehlen. Auch wenn gewisse Grundrechte eine qualitative Schwelle der Verletzung haben, wird die Abwägung meist durch eine *quantitative Einschätzung der Interessen im Konflikt* durchgeführt. Verschiedene Interessen werden in verschiedenen Umständen von denselben Rechten geschützt und verschiedene Pflichten werden deshalb von denselben Rechten abgeleitet. Das relative Gewicht eines bestimmten Rechts wird oft an den konkreten Teilinteressen gemessen, die es schützt. Ein gemeinsamer Massstab ist dafür notwendig, obwohl es nicht immer leicht ist, ihn zu finden. Gewisse Korrektive wie die Zahl der betroffenen Rechte auf jeder Seite und die Art und der Grad der Rechtsverletzung müssen natürlich auch in Betracht gezogen werden.

Wenn wir die relativen Gewichte der Rechte bestimmt haben, müssen wir noch entscheiden, ob die gewichtigeren Rechte die *Priorität* haben sollten oder ob sie mit den weniger gewichtigen Rechten im Verhältnis zu ihrem Gewicht in *Einklang* gebracht werden sollten. Oft wird gesagt, dass wenn ein Recht gewichtiger als das andere ist, es die Priorität haben sollte und dass, wenn sie gleichgewichtig sind, die größere Zahl Priorität haben sollte. Im Fall ungleich gewichtiger Rechte rechtfertigt sich jedoch eher eine partielle Konformität mit entgegengesetzten moralischen Gründen und Rechten statt einer absoluten Priorität, außer wenn die Natur eines Rechts partielle Konformität ausschließt. Im Fall gleichgewichtiger Rechte gilt dasselbe, außer wenn die Natur des Rechts es ausschließt, in welchem Fall der Konflikt nur rein pragmatisch gelöst werden kann. Im *verfassungsrechtlichen Bereich* wirkt die Lösung der Grundrechtskonflikte sehr ähnlich. Vergleichendes Verfassungsrecht gibt nur sehr wenige Hinweise darauf, wie Rechte außerhalb des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Einklang gebracht werden können. Auch wenn das Recht über seine eigenen Ressourcen verfügt, um Konflikte zwischen Rechtsnormen zu lösen, kann es nicht alle Grundrechtskonflikte durch eine rechtliche formelle oder sogar materielle Normenhierarchie erledigen. Außerhalb einiger seltener Fälle der qualitativen Priorität mancher Rechte wegen ihrer Form oder ihres Inhalts sollten die meisten Grundrechtskonflikte durch eine quantitative Abwägung der verschiedenen Interessen und eine partielle Harmonisierung der betroffenen Rechte gelöst werden. Grundrechtskonflikte müssen deshalb auch im Recht nach der Methode der moralischen Grundrechtskonflikte gelöst werden.

## d) Die Autorität des Rechts

Angesichts der vorgeschlagenen Konzeption der Entstehung und Rechtfertigung des Rechts und des Rechtsstaates in Umständen rationalen Dissenses und der angebotenen Konzeption der prozeduralen Legitimität des demokratisch angenommenen Rechts, kann das Recht nicht vermeiden, Handlungen einzufordern, die den Gerechtigkeitssinn einzelner Adressaten verletzen. Dies erfordert eine Revision unserer materiellen Konzeptionen der Rechtfertigung politischer und rechtlicher Autorität in einer Demokratie, und damit auch der Rechtfertigungsgründe zivilen Ungehorsams in Umständen rationalen Dissenses.

<sup>67</sup> WEBER, 1968.

## i. Von Koordination zur Autorität

Rechtsautorität in Umständen rationalen Dissenses kann aufgrund des Prinzips der Koordination gerechtfertigt werden. Angesichts des Bedürfnisses nach Koordination und der wesentlichen Rolle und Funktion des Rechts in der Erleichterung politischer Koordination kann man die Rechtfertigung einer *prima facie* Pflicht zum Rechtsgehorsam auf die Koordinationsfunktion des Rechts stützen. Es geht nicht um eine allgemeine Pflicht zum Rechtsgehorsam, sondern um die wichtige Koordinationsfunktion des Rechts und die bedeutenden Pflichten zum Rechtsgehorsam, die *die meisten* Menschen daraus für sich ableiten. Außerdem werden Koordinationspflichten besser als komplexe Pflichten verstanden, die auf mehreren Ebenen angesiedelt sind. Sie enthalten *Wurzelgründe* („root reasons“) zur allgemeinen Koordination sowie *Zusatzgründe* („additional reasons“), das Ergebnis dieses Koordinationsprozesses zu respektieren. Das Argument für die Anerkennung solcher Koordinationspflichten ist zweistufig.

Erstens ist diese komplexe Koordinationspflicht zum Rechtsgehorsam weder eine rein natürliche Gerechtigkeitspflicht noch eine rein freiwillige Pflicht, sondern eine gemischte Pflicht, die die Vorteile beider in sich vereint, ihre Nachteile jedoch nicht teilt. Sie wird am besten als eine *halbfreiwillige assoziative Fairnesspflicht* verstanden. Die freiwillige Entscheidung, an der Rechtspraxis teilzunehmen und ihre Vorteile anzunehmen, verpflichtet die Teilnehmer das zu tun, was von ihnen im Austausch dieser Vorteile im Rahmen dieser kooperativen Praxis verlangt wird, auch wenn diese weiteren Pflichten nicht direkt freiwillig sind oder individuell angenommen wurden. Auch wenn es ein starkes gerechtigkeitsbezogenes *Bedürfnis nach* und *Interesse* an rechtlicher Koordinierung und Rechtsautorität gibt, gibt es keine *Wurzelpflicht* zur Koordination und zum Rechtsgehorsam, bevor man an der Rechtspraxis freiwillig teilgenommen und ihre Vorteile angenommen hat. Diese Wurzelpflicht und die *Zusatzpflicht*, dem Ergebnis dieses Koordinierungsprojekts zu gehorchen, sind aber keine rein freiwilligen Pflichten, sondern halbfreiwillige assoziative Fairnesspflichten. Der Vorteil dieser Konzeption liegt darin, dass die Normativität institutioneller Gerechtigkeitsentscheidungen unabhängig vom Konsens bestimmt wird, während der Konsens seine Rolle behält, indem er bestimmt, ob eine Institution diese Entscheidungen überhaupt treffen darf.

Zweitens kann diese Konzeption der Rechtsautorität mit Joseph Raz' *drei Bedingungen für die Rechtfertigung von Autorität* in Einklang gebracht werden. Erstens sind die Gehorsamsgründe, die koordinatives Recht liefert, nichtinstrumentale und nichtoberflächliche Gründe, die einen Unterschied in der individuellen Gründeabwägung und im individuellen Denken machen. Koordinationspflichten sind deshalb mit der *Abhängigkeitsthese* („dependence thesis“) kompatibel. Zweitens ist auch die *Zuvorkommensthese* („preemption thesis“) respektiert, sofern sie breit genug ausgelegt wird, um das Bewusstsein der Existenz eines Koordinationsprojekts als Bedingung der Koordinationspflichten einzuschließen. Drittens könnte die *normale Rechtfertigungsthese* („normal justification thesis“) geändert werden, um rationalen Dissens und das Koordinationsbedürfnis mitzuberücksichtigen. Dies bedeutet zunächst, dass die normale Rechtfertigungs-

these mit der öffentlichen Dimension der Rechtsautorität insbesondere in Umständen kollektiver Koordination zu harmonisieren ist, wenn uns die Existenz eines Koordinationsprojekts und die Teilnahme anderer bewusst sein müssen. Außerdem sollte die materielle Dimension der Rechtfertigung in der normalen Rechtfertigungsthese nuanciert werden, indem man ein Element prozeduraler koordinativer Rechtfertigung einführt, das in Fällen des Dissenses über die Gerechtigkeit des Koordinationsergebnisses aber ohnehin auch schon über die materielle normale Rechtfertigungsthese zur Anwendung kommt.

## ii. Demokratie, Dissens und Ungehorsam

Rationaler Dissens über Gerechtigkeit muss zu einer neuen Konzeption der Rechtsautorität in einer *Demokratie* führen. Es ist deshalb wichtig, diese Konzeption der Rechtsautorität und der Koordinationspflichten mit der demokratischen Natur der Rechtssetzungsmechanismen in Beziehung zu setzen. Die koordinative Natur eines Entscheidungsverfahrens sowie deliberativer Mehrheitsentscheidungen, in denen gleiche Partizipation gewährleistet wird, begründet eine fairnessbezogene Koordinationspflicht für alle freiwilligen Teilnehmer, dem Ergebnis des Verfahrens zu gehorchen. Diese fairnessbezogene Konzeption der Autorität demokratischen Rechts kann mit der minimalen materiellen Konzeption der demokratischen Legitimität verbunden werden, die eben vorgestellt wurde und die die Legitimität der Mehrheitsentscheidungen mit dem Respekt politischer Gleichheit und minimaler demokratischer Rechte verbindet.

Diese neue Konzeption der Rechtsautorität in einer Demokratie muss auch zu einer Revision der Konzeption, Rechtfertigung und Grenzen des zivilen Ungehorsams im demokratischen Rechtssetzungsprozess führen. Diese neue *Konzeption* des Rechtsungehorsams muss die koordinationsbezogene und dissensbewusste Natur der *prima facie* Rechtsgehorsamspflicht berücksichtigen. Rein rationaler Dissens genügt nicht, um Ungehorsam gegenüber einem Gesetz zu rechtfertigen, das gerade im Hinblick auf ein Koordinationsziel geschaffen wurde. Um die Beziehung zwischen zivilem Ungehorsam und rationalem Dissens außerhalb des Legalitätsbereichs zu erklären, ist eine zusätzliche Rechtfertigung erforderlich. Worüber die politischen Teilnehmer tatsächlich im Dissens sind, ist das demokratische Verfahren, das angenommen worden ist, um ihren Dissens zu beseitigen.

Eine plausible Theorie des zivilen Ungehorsams kann ihre *Rechtfertigung* nicht davon abhängen lassen, welche Seite in einer Kontroverse objektiv Recht hat. Man sollte sich im Gegenteil auf das konzentrieren, was einer konkreten Person in ihren Umständen als recht scheint. Ziviler Ungehorsam ist ein zentrales Element des demokratischen Tests der Rechtslegitimität und, wenn er angemessenen Einschränkungen unterliegt, ein wesentlicher Teil einer gesunden Demokratie. Da der Dissens nicht bloss den Gerechtigkeitsinhalt sondern das demokratische Verfahren selbst betrifft, ist in diesem Zusammenhang eine gewisse Selbstbeschränkung geboten. In Umständen rationalen Dissenses muss ziviler Ungehorsam deshalb als *selbstbeschränkende Kontrolle über die demokratischen Rechtssetzungsverfahren und den Rechtsstaat* verstanden werden. Dissens *rechtfertigt* zivilen Ungehorsam durch den Grundsatz der Rechtslegitimität und *beschränkt* ihn durch den Grundsatz der Rechtssicherheit.



Der rationale Dissens stellt die *wertneutrale Beschränkung des gerechtfertigten zivilen Ungehorsams* dar, der in anderen Konzeptionen fehlt und der sowohl in rein pluralistischen als auch in rein objektivistischen Modellen der Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams fehlt. Verschiedene wertneutrale Kriterien für die Beschränkung dissensbezogenen Ungehorsams zum dissensbewussten Recht können vorgestellt werden. Erstens kann die Rechtfertigung zivilen Ungehorsams nur *prima facie* sein. Zweitens ist ziviler Ungehorsam für die Mehrheit ein Appell, die eigenen Überzeugungen zu überdenken. Wenn es jedoch klar ist, dass die Mehrheit nicht bereit ist, ihren Entscheid zu überdenken, muss ziviler Ungehorsam aufgegeben werden. Schließlich kann ziviler Ungehorsam mit der Toleranz des Intoleranten verglichen werden. In diesem Fall wird er durch den Schutz der Öffentlichkeit und den Respekt für die Bedingungen der demokratischen Deliberation beschränkt.

### Schlussfolgerung

Da Konsens und Dissens die beiden Seiten derselben Medaille sind, haben das Recht und die Rechtsphilosophie ein Doppelgesicht, das ernst genommen werden sollte; wenn wir konvergieren möchten, ist es wegen Dissens und wenn wir im Dissens sind, ist es wegen des Bedürfnisses nach Konsens. Nach Ricoeurs Metapher würde die Rechtsphilosophie wesentlich bereichert, wenn sie nicht nur als Friedentheorie, sondern zugleich auch als Kriegstheorie im Hegelianischen Sinne verstanden würde<sup>68</sup>. Friede und Konflikt sind unentbehrliche Tugenden im demokratischen Rechtsstaat.

Die Frage des rationalen Dissenses wurde in diesem Aufsatz in ihrer ganzen Bandbreite dargestellt und es bleibt zu sehen, ob sie in Zukunft eine zentralere Rolle in der Rechtsphilosophie spielen wird. Die Rolle des rationalen Dissenses sollte auch in der täglichen Rechts- und politischen Praxis ernst genommen werden. Ideale des deliberativen Konsenses und die Vorteile der Konkordanzdemokratie mit ihren Werten des Konsensus und des Kompromisses sollten uns nicht den Blick auf die für eine Demokratie existentielle – und gerade in der Schweiz vermehrt wahrzunehmende – Konflikthaftigkeit politischer Grundprobleme verstellen. Ein angemessenes Bewusstsein für diese Konflikte sollte jedoch nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf post-nationaler Ebene entwickelt werden. Der zeitgenössische Nationalstaat als Hauptquelle der Legalität wird heute nicht nur als Ensemble, sondern auch als Teil betrachtet. Rechtspluralismus besteht deshalb sowohl innerhalb als auch außerhalb des Nationalstaates. Das Problem ist, dass die Fragen des post-nationalen Rechtspluralismus theoretisch noch kaum berührt worden sind. Manche Argumente in diesem Aufsatz wie etwa das der deliberativen Abstimmungsethik, das der begrenzten Verfassungsverwurzelung von Grundrechten oder das der demokratischen deskriptiven Repräsentation könnten *mutatis mutandis* auf die post-nationale Ebene angewendet werden. Was noch fehlt ist aber eine vollkommene Theorie des globalen Rechtspluralismus und insbesondere des europäischen Rechtspluralismus. Konflikte sollten als Grundlage einer globalen Konzeption post-nationalen Rechts betrachtet werden, das als Konfliktbeilegung sowie als schöpferische Legali-

tätsquelle verstanden werden sollte. Zeitgenössische Themen der „global governance“, und insbesondere Themen wie Souveränität, Rechtskohärenz und Bürgerschaft, könnten damit in einem neuen Licht betrachtet werden.

### Bibliographie

- ABEL, O. 1996, *Paul Ricoeur, La Promesse et la Règle*, Paris.
- ARENDT, H. 1973, *On Revolution*, London.
- ARENDT, H. 1998, *The Human Condition*, 2. Aufl., Chicago.
- AUDARD, C. 1994, 'Consensus and Democracy. An Anglo-French Conference on John Rawls', 7 *Ratio Juris* 267.
- BAIER, A. 1988, 'Hume's account of social artifice – Its origins and originality', 98 *Ethics* 757.
- BENHABIB, S. 1994, 'Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy', 1 *Constellations* 26.
- BERLIN, I. 1969, 'Does Political Theory Still Exist?', in LASLETT/RUNCIMAN (Hrsg.), *Philosophy, Politics and Society*, 2. Aufl., Oxford.
- BERLIN/WILLIAMS 1994, 'Pluralism and Liberalism: A Reply', 42 *Political Studies* 306.
- BESSON, S. 2003A, 'Four Arguments against Compromising Justice Internally', (2003) 23:2 *Oxford Journal of Legal Studies* 211.
- BESSON, S. 2003B, 'Democracy and Disagreement – From Deliberation to Vote and Back Again. The Move towards Deliberative Voting Ethics', in IGLESIAS/FERRER (Hrsg.), *Globalization, Democracy and Citizenship*, Berlin, 101.
- BESSON, S. 2005A, 'The Paradox of Democratic Representation', in WINTGENS, L. (Hrsg.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Aldershot 125.
- BESSON, S. 2005B, 'Authority and Democracy', Rezension von Meyer/Paulson/Pogge (Hrsg.), *Rights, Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford 2003, 2 *Journal of Moral Philosophy* 89.
- BOHMAN, J. 1996, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge Mass.
- BOHMAN, J. 2003, 'Deliberative Toleration', 31:6 *Political Theory* 757.
- BOLTANSKI/THÉVENOT 1991, *De la Justification, Les économies de la grandeur*, Paris.
- BOURDIEU, P. 1987, 'The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field', 38 *The Hastings Law Journal* 814.
- BOYER, A. 1995, 'Democracy and Disagreement', 8 *Ratio Juris* 1.
- CAMPBELL, T.D. 1996, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot.
- CHRISTIANO, T. 1999, 'Justice and Disagreement at the Foundations of Political Authority', 110 *Ethics* 165.
- CHRISTIANO, T. 2000, 'Waldron on Law and Disagreement', 19 *Law and Philosophy* 513.
- COLEMAN, J. 2001, *The Practice of Principle*, Oxford.
- CONNOLLY, W. 1993, *The Terms of Political Discourse*, 3. Aufl., Oxford.
- COVER, R.M. 1984, 'The Supreme Court 1982, Foreword: Nomos and Narrative', 97 *Harvard Law Review* 4.
- DRYZEK, J.S. 2000, *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford.
- DWORKIN, R. 1986, *Law's Empire*, London.
- EISGRUBER, C.L. 1990, 'Disagreeable People', 43 *Stanford Law Review* 275.
- EISGRUBER, C.L. 2002, 'Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's *Law and Disagreement*', 6:5 *Legislation and Public Policy* 35.
- ESKRIDGE, W.N. 2000, 'The Circumstances of Politics and the Application of Statutes', 100 *Columbia Law Review* 558.

<sup>68</sup> Vgl. HEGEL, 1996, § 324.

- ESTLUND, D. 2000, 'Jeremy Waldron on Law and Disagreement', 99 *Philosophical Studies* 111.
- FATE NORTON, D. 1993, 'An Introduction to Hume's Thought', in FATE NORTON, D. (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Hume*, Cambridge.
- FLATHMAN, R. 1993, *Thomas Hobbes: Skepticism, Individuality and Chastened Politics*, London.
- FRANK, J. 1949, *Law and the Modern Mind*, London.
- FREEDEN, M. 2003, *Ideology, A very short introduction*, Oxford.
- FROHOCK, F. 1994, 'Explaining Political Disagreement. Review', 88 *American Political Science Review* 979.
- GAUS, G. 1996, *Justificatory Liberalism: An Essay in Epistemology and Political Theory*, Oxford.
- GEORGE, R. 1997, 'Book Review: Law, Democracy and Moral Disagreement', 110 *Harvard Law Review* 1388.
- GOLDSWORTHY, G. 2001, 'Legislation, Interpretation and Judicial Review', 52 *University of Toronto Law Journal* 75.
- GOWANS, C. (Hrsg.) 2000, *Moral disagreements: Classic and Contemporary Readings*, London.
- GREEN, L. 2001, 'Pluralism, Social Conflict and Tolerance', in SOETEMAN, A. (Hrsg.), *Pluralism and Law*, Amsterdam.
- GUTMANN/THOMPSON 1996, *Democracy and Disagreement*, Cambridge Mass.
- HABERMAS, J. 1998, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main.
- HABERMAS, J. 2003, 'On Law and Disagreement. Some Comments on „Interpretive Pluralism“', 16:2 *Ratio Juris* 187.
- HALPIN, A. 2001, *Reasoning with Law*, Oxford.
- HAMPSHIRE, S. 1999, *Justice is Conflict*, London.
- HAVERKATE, G. 1992, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München.
- HEGEL, F. 1996, *The Philosophy of Right*, Amherst NY.
- HOBBS, T. 1999, in TUCK, R. (Hrsg.), *Leviathan*, 2. Aufl., Cambridge.
- HUME, D. 1975, in NIDDITCH, P.H. (Hrsg.), *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, 3. Aufl., Cambridge.
- HUME, D. 1978, in NIDDITCH, P.H. (Hrsg.), *A Treatise of Human Nature*, 2. Aufl., Cambridge.
- HUNYADI, M. 1995, *La vertu du conflit*, Paris.
- KAVANAGH, A. 2003, 'Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron', 22 *Law and Philosophy* 451.
- KLOSKO, G. 2000, *Democratic Procedures and Liberal Consensus*, Oxford.
- KNIGHT/JOHNSON 1994, 'Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy', 22:2 *Political Theory* 277.
- KUTZ, C. 1994, 'Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law', 103 *Yale Law Journal* 997.
- KUTZ, C. 2001, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge.
- LAFONT, C. 2003, 'Procedural Justice? Implications of the Habermas-Rawls Debate for Discourse Ethics', 29:2 *Philosophy and Social Criticism* 167.
- LAFONT, C. 2004, 'Moral Objectivity and Reasonable Agreement: Can Realism be reconciled with Kantian Constructivism', 17:1 *Ratio Juris* 27.
- LARMORE, C. 1996, *The morals of modernity*, Cambridge.
- LARMORE, C. 1999, 'The moral basis of political liberalism', 12 *Journal of Philosophy* 599.
- LENDI, M. 1981, 'Konsens – Fähigkeit zum Dissens', in *Recht als Prozess, Festschrift Hans Huber*, Bern, 487.
- LORAUX, N. 1997, *La cité divisée*, Lausanne.
- LUCY, W. 2000, 'Review of Law and Disagreement', 63 *Modern Law Review* 936.
- LUHMANN, N. 1988, 'The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History', 15 *Journal of Law and Society* 153.
- LUKES, S. 1991, *Moral Conflict and Politics*, Oxford.
- LYOTARD, J.-F. 1983, *Le différend*, Paris.
- MACCORMICK, N. (1990), 'Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS', 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 539.
- MACEDO, S. (Hrsg.) 1999, *Deliberative politics, Essays on Democracy and Disagreement*, New York.
- MASON, A. 1993, *Explaining political disagreement*, Cambridge.
- MCCARTHY, T. 1994, 'Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue', 105 *Ethics* 44.
- MCCARTHY, T. 1995, 'Practical Discourse and the Relation between Morality and Politics', 40 *Revue Internationale de Philosophie* 461.
- MCCARTHY, T. 1996, 'Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions', 17 *Cardozo Law Review* 1083.
- MICHELMAN, F.J. 2002, 'The problem of constitutional interpretive disagreement: can discourses of application help', in ABOULAFIA/BOOKMAN/KEMP (Hrsg.), *Habermas and Pragmatism*, London.
- MICHELMAN, F.J. 2003A, 'Constitutional Legitimation for Political Acts', 66:1 *Modern Law Review* 15.
- MICHELMAN, F.J. 2003B, 'The Constitution as Legitimation Contract', 8 *Review of Constitutional Studies*, 101.
- MORAWETZ, T. 1992, 'Understanding Disagreement, the root issue of jurisprudence: applying Wittgenstein to positivism, critical theory and judging', 141 *University of Pennsylvania Law Review* 371.
- MÜLLER, J.P. 1992, *Demokratische Gerechtigkeit*, München.
- MÜLLER, J.P. 2002, *Die demokratische Verfassung*, Zürich.
- NEVES, M. 2000, *Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige Beziehung*, Baden-Baden.
- PASCAL, B. 1966, *Pensées*, übersetzt von. A. J. Krailshammer, London.
- PIPPIN, R. 2003, 'The Conditions of Value', in WALLACE, J. (Hrsg.), *The Practice of Value*, Oxford, 86.
- POSNER, R. 2000, 'Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement', 100 *Columbia Law Review* 582.
- RANCIÈRE, J. 1995, *La Mésentente*, Paris.
- RAWLS, J. 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass.
- RAZ, J. 1998A, 'Disagreement in Politics', 43 *American Journal of Jurisprudence* 25.
- RAZ, J. 1998B, 'Two views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison', 4 *Legal Theory* 249.
- RAZ, J. 2003, 'More on Explaining Value: Replies and Comparison', in WALLACE, J. (Hrsg.), *The Practice of Value*, Oxford, 121.
- RHINOW, R. 1984, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat?*, Bern.
- RICOEUR, P. 1990, *Soi-même comme un autre*, Paris.
- RICOEUR, P. 1994, 'The Plurality of Sources of Law', 7 *Ratio Juris* 272.
- RICOEUR, P. 1995, *Le Juste*, Paris.
- SHKLAR, J. 1986, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Cambridge Mass.
- SINGER, P. 1972, *Democracy and Disobedience*, Oxford.
- SUNSTEIN, C.R. 1996, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York.
- SUNSTEIN, C.R. 1997, 'Deliberation, Democracy, Disagreement', in BONTEKOE/STEPANIANTS (Hrsg.), *Justice and Democracy: Cross-cultural Perspectives*, Honolulu.
- SUNSTEIN, C.R. 1999, 'Agreement without theory', in MACEDO, S. (Hrsg.), *Deliberative politics, Essays on Democracy and Disagreement*, New York, 123.

- SUNSTEIN, C.R. 2001, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford.
- TULLY, J. 1995, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge.
- VEITCH, S. 1999, *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Oxford.
- WALDRON, J. 1993, *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, in *Liberal Rights: Collected Papers, 1981-1991*, Oxford.
- WALDRON, J. 1996, 'Kant's Legal Positivism', 109 *Harvard Law Review* 1535.
- WALDRON, J. 1998, 'Hobbes on Truth and Civil Doctrine', in RORTY, A. (Hrsg.), *Philosophers on Education*, London.
- WALDRON, J. 1999A, *Law and Disagreement*, Oxford.
- WALDRON, J. 1999B, *The Dignity of Legislation*, Cambridge.
- WALDRON, J. 1999C, 'Deliberation, Disagreement and Voting', in KOH/SLYE (Hrsg.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven.
- WALDRON, J. 2000A, 'Lex Satis Justa', 75 *Notre Dame Law Review* 1829.
- WALDRON, J. 2000B, 'Legislation by Assembly', 46/3 *Loyola Law Review* 507.
- WALDRON, J. 2002A, 'Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?', 21 *Law and Philosophy* 137.
- WALDRON, J. 2002B, 'Hobbes and the Principles of Publicity', in HONIG/MAPEL (Hrsg.), *Scepticism, Individuality and Freedom: The Reluctant Liberalism of Richard Flathman*, Cambridge Mass.
- WALDRON, J. 2003A, 'Authority for Officials', in MEYER/PAULSON/POGGE (Hrsg.), *Rights, Culture, and the Law – Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, 45.
- WALDRON, J. 2003B, 'Legislating with Integrity', (2003) 72 *Fordham Law Review* 373.
- WEBER, M. 1968, 'Politik als Beruf' (1919). Auszug unter dem Titel: 'Der Beruf zur Politik', in M. WEBER, *Soziologie. Weltgeschichtliche Analysen*, Stuttgart, 167.
- WILLIAMS, B. 1993, 'Knowledge, Science, Convergence', in *Ethics and the Limits of Philosophy*, 3. Aufl., London.
- WINGO, A. 2003, *Veil Politics in Liberal Democratic States*, Oxford.
- WINTGENS, L. (Hrsg.) 2002, *Legisprudence: A new approach to legal theory*, Oxford.
- WINTGENS, L. (Hrsg.) 2004, *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Aldershot.

Hans-Martin Pawlowski\*

## Zum Verhältnis der verschiedenen Rechtsordnungen, die unser Recht bestimmen

### Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte im Zusammenhang der „ausbalancierten Teilsystemen des nationalen Rechts“.

#### I.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> hat in einem Beschluss über die Verfassungsbeschwerde eines türkischen Staatsangehörigen in einer Sorgerechtsache kürzlich ausführlich beschrieben, wie sich das Verhältnis der Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den „ausbalancierten Teilsystemen des nationalen, innerstaatlichen (deutschen) Rechts“ darstellt. Die Feststellungen dieser Entscheidung schildern sehr anschaulich die Probleme, die sich im Verhältnis unseres Rechts zu der Rechtsordnung stellen, die sich (allein) aus der Menschenrechtskonvention ergibt. In der Öffentlichkeit<sup>2</sup> wurde dieser Beschluss allerdings als „Antwort“ des Bundesverfassungsgerichts auf die Entscheidung des Straßburger Menschenrechts-Gerichtshofs verstanden, die einer Beschwerde der Prinzessin Caroline von Hannover bzw. Monaco<sup>3</sup> gegen die vorangehende Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts<sup>4</sup> stattgab, obwohl diese dem Persönlichkeitsrecht der Prinzessin und ihrer Kinder bereits einen stärkeren Vorrang gegenüber der Pressefreiheit eingeräumt hatte, als die vorangehende Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>5</sup>. Diese Interpretation des erwähnten Beschlusses des Zweiten Senats hängt augenscheinlich damit zusammen, dass das Bundesverfassungsgericht in ihm ausführlich dargestellt hat, dass die deutschen Gerichte die Auslegung der Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zwar zu beachten haben<sup>6</sup>, dass sie dessen Entscheidungen aber nur fol-

\* Prof. em. Dr. Hans-Martin Pawlowski, Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre an der Universität Mannheim.

<sup>1</sup> Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BVR 1481/04.

<sup>2</sup> Und insbesondere in der Presse.

<sup>3</sup> Urteil des EMGR (III. Sektion) vom 24. Juni 2004, 59320100 – Caroline von Hannover/Deutschland, NJW 2004, S. 2667 ff.

<sup>4</sup> Urteil vom 15. Dezember 1999 in dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde der Prinzessin Caroline von Monaco – 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, S. 361 ff.

<sup>5</sup> Urteil vom 19. Dezember 1995, BGHZ 131, S. 332 ff. – Caroline von Monaco III –, in dem der BGH dem Persönlichkeitsrecht der Prinzessin bereits mehr Gewicht gegenüber der Pressefreiheit zugesprochen hatte als die Vorinstanzen.

<sup>6</sup> Weshalb das BVerfG in seinem Beschluss v. 14. Oktober 2004 (2 BVR 1481/04) einen der angefochtenen Beschlüsse des OLG Naumburg wegen Verstoßes gegen Art. 6 GG i.Vbdg. mit dem Rechtsstaatsprinzip aufhob, weil dieser „das im Fall des Beschwerdeführers ergangene Ur-