

# Andreas Fischer-Lescano

## Kritik der praktischen Konkordanz\*

*»Praktische Konkordanz« ist en vogue. Realgesellschaftliche Grundwidersprüche fasst das Recht regelmäßig in eine Werte- bzw. Prinzipiensemantik, entfremdet sie bis zur Unkenntlichkeit und entscheidet im Ergebnis an den sozialstrukturellen Problemen vorbei. Die Figur der »praktischen Konkordanz« ist die Krönung dieses als Abwägungspragmatismus weitgehend kritisch betrachteten Modells. Um dieses zu überwinden, wird – so die Grundthese des Beitrages – eine neuartige Form der rechtlichen Bearbeitung gesellschaftlicher Strukturkonflikte notwendig. Mit der Methode des 12. sind die Rechtsprobleme des 21. Jahrhunderts nicht zu lösen. Die ausdifferenzierte Gesellschaft erfordert anstelle autoritärer Werte- und Prinzipienarrangements ausdifferenzierte Techniken zur Sicherung gesellschaftlicher Autonomieräume.*

Es gehört zu den Grundannahmen aktueller Grundrechtstheorie und -praxis, dass Grundrechte mehr sind als Abwehrrechte gegen den Staat, dass aus ihnen auch Leistungsgarantien, Partizipationsansprüche und Verfahrensrechte erwachsen und der grundrechtliche Garantiegehalt sich bisweilen zu umfangreichen staatlichen Schutzpflichten verdichten kann. Indem die Grundrechte zu »obersten Prinzipien« erhoben wurden, die auf Optimierung dringen, sollen sie in ihrer Tendenz die Richtung der gesamten Rechtsbildung bereits enthalten.<sup>1</sup> Die grundrechtlichen Garantien werden durch diese Prinzipientechnik abhängig von »einzelfallbezogener Abwägung wie gesetzgeberischer Kollisionslösung im Sinne »praktischer Konkordanz«.<sup>2</sup> Grundrechtliche Schranken und Schranken-Schranken sind so kaum noch konzipierbar. Über die Wechselwirkung der Grundrechte und der sie einschränkenden Gesetze werden gerade die Grundrechtsschranken zu Einfallstoren für repressive Abwägungsmechanismen. So hat bereits Helmut Ridder kritisiert, dass gerade diese Abwägungsprozesse die besondere Bedeutung der Grundrechte für die Autonomiesicherung nivellieren und zugleich die sonstigen Rechtsgüter »mit all den hinter ihnen stehenden oder in sie hineininterpretierbaren »Werten« auf dieselbe Ebene wie das Grundrecht katapultiert, und [...] so mit dem Grundrecht ranggleich werden.«<sup>3</sup> Auf diese Weise werden die (vorgeblich konsentierten) Ziele des Staates zu objektiven Verfassungswerten. Die Zuordnung der verschiedenen Grundrechtspositionen in multipolaren Konfliktlagen kann dann – wie in der zweiten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch<sup>4</sup> – gar dazu führen, dass den Grundrechten (zumindest mittelbar) Pönalisierungspflichten entnommen werden. Die ursprünglich autonomiesichernde Funktion der Grundrechte wird in ihr Gegenteil verkehrt.

\* Überarbeitete Fassung meiner Antrittsvorlesung, 5. Dezember 2007, J.W. Goethe-Universität, Frankfurt am Main. Die Vortragsform habe ich im Wesentlichen beibehalten. Ich danke Günter Frankenberg, Timo Kost, Soo-Hyun Oh und Joachim Perels für ihre konstruktive Kritik an einer früheren Fassung des Textes.

<sup>1</sup> Zu Recht kritisch Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004, S. 9 f. und passim.

<sup>2</sup> Dreier, Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993, S. 22 f.

<sup>3</sup> Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 80.

<sup>4</sup> BVerfGE 88, 203 ff.

Von ganz besonderer Bedeutung ist in diesen multipolaren, jedoch über den Kniff der Schutzpflichtenlehre immer zugleich auch staatsbezogenen Spannungslagen die Argumentationsfigur der »praktischen Konkordanz«. Ein Abriss der Erfolgsgeschichte ebendieser »praktischen Konkordanz« muss mit Konrad Hesse beginnen. Es ist sein Name, der die Standardreferenz bildet, es sind seine »Grundzüge des Verfassungsrechts«, die als das Standardwerk zur Grundrechtskonkordanz gelten. Hesse formuliert die Hegelianische Synthesemaschine der praktischen Konkordanz wie folgt: »[V]erfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt.«<sup>5</sup>

Auch Robert Alexy hat sich dem im Prinzip angeschlossen, wenn er schreibt: »Schon aus dem Begriff des Prinzips ergibt sich, dass es bei der Abwägung nicht um eine Alles-oder-Nichts-Frage, sondern um eine Optimierungsaufgabe geht. Insofern entspricht das hier vertretene Abwägungsmodell dem sog. Prinzip der praktischen Konkordanz.«<sup>6</sup>

### 1.1. Praxis der praktischen Konkordanz

Es mangelt nicht an praktischen Beispielen der Bezugnahmen auf die praktische Konkordanz.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich beispielsweise in der Mutzenbacher-Entscheidung 1990 der Formel bedient, als es feststellte, dass die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit aus Gesichtspunkten des Jugendschutzes eingeschränkt werden könnte, dass also eine Indizierung aus Gründen des Jugendschutzes nicht grundrechtlich ausgeschlossen sei.<sup>7</sup> Jüngst hat das Gericht bei der Legitimierung der Schulpflicht auf die Formel rekurriert und das Ansinnen der Paderborner Baptisten, ihre Kinder per Homeschooling zu unterrichten, zurückgewiesen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert hier im Hinblick auf die Einschränkung der Religionsfreiheit, dass dieses Grundrecht zwar keinem Gesetzesvorbehalt unterliege. Dennoch sei es Einschränkungen zugänglich, die sich aus der Verfassung selbst ergäben. Hierzu gehöre der dem Staat in Art. 7 Abs. 1 GG erteilte Erziehungsauftrag. »Infolge dessen«, so das Gericht, »erfährt das elterliche Erziehungsrecht durch die zur Konkretisierung dieses staatlichen Auftrags erlassene allgemeine Schulpflicht in grundsätzlich zulässiger Weise eine Beschränkung [...] Im Einzelfall sind Konflikte zwischen dem Erziehungsrecht der Eltern und dem Erziehungsauftrag des Staates im Wege einer Abwägung nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz zu lösen [...]«.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rdn. 72.

<sup>6</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1985, 152; ferner ders., Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVdStRL 61 (2002), S. 7 ff.

<sup>7</sup> »Gerät die Kunstfreiheit mit einem anderen Recht von Verfassungsrang in Widerstreit, müssen vielmehr beide mit dem Ziel der Optimierung zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu [...]. Bei Herstellung der geforderten Konkordanz ist daher zu beachten, daß die Kunstfreiheit Ausübung und Geltungsbereich des konkurrierenden Verfassungsrechtsgutes ihrerseits Schranken zieht (vgl. BVerfGE 77, 240 [253]). All dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Belange und verbietet es, einem davon generell – und sei es auch nur für eine bestimmte Art von Schriften – Vorrang einzuräumen«. BVerfGE 83, 130 [143].

<sup>8</sup> BVerfG, Ents. vom 31.5.2006 – 2 BvR 1693/04 –, Rdn. 9.

Auch beim Gesetzgeber erfreut sich die Formel großer Beliebtheit. So wurde im Bundesrat (März 2007) die Einschränkung der Grundrechte bei Online-Durchsuchungen als praktisch konkordant gerechtfertigt. Justizminister Schliemann (CDU) aus Thüringen meinte, dass bei der Terrorismusbekämpfung »zwischen dem Verfolgungs- und Bekämpfungsinteresse einerseits und dem grundgesetzlich normierten Schutz andererseits nach dem gesucht werden [muss], was »praktische Konkordanz« genannt wird.«<sup>9</sup> Und natürlich darf die gegensätzvereinigende Zauberformel auch im Bundestag ihre betörende Wirkung entfalten. Anlässlich der Debatte um verdeckte Ermittlungen nach den §§ 100a ff. StPO hat beispielsweise der Abgeordnete Gehb (CDU) formuliert, dass eine weitere Intensivierung der Eingriffe gerechtfertigt sei: »Selbstbestimmung auf der einen Seite und Schutz des Lebens auf der anderen Seite. Die Frage ist immer, welchen Ausgleich man zwischen den verschiedenen Interessen findet. Man spricht in diesem Zusammenhang vom Prinzip der praktischen Konkordanz. Man muss diese sich widerstreitenden Prinzipien, die alle im Grundgesetz stehen, irgendwie sinnvoll zum Ausgleich bringen.«<sup>10</sup>

Und noch ein letztes Beispiel für dieses »Irgendwie-sinnvoll-zum-Ausgleich-bringen«: Die internationale Sicherheitsdienstleistung grassiert. Deutschlands Sicherheit wird (gar höchstrichterlich dignisiert)<sup>11</sup> am Hindukusch verteidigt, die Ausweitung des Sicherheitsbegriffs erfreut sich breiter Beliebtheit. Im Bericht der vom UN-Generalsekretär einberufenen Hocharangigen Gruppe für Bedrohungen, Herausforderungen und Wandel aus dem Jahr 2004 wird für eine Neudefinition des Sicherheitsbegriffs plädiert: »Jedes Ereignis oder jeder Prozess, der zu einer großen Zahl von Todesfällen führt oder die Lebenschancen verringert und so die Staaten als Basiseinheiten des internationalen Systems unterminiert, ist eine Bedrohung der Weltsicherheit. So definiert, gibt es sechs Cluster von Bedrohungen, mit denen die Welt sich wird beschäftigen müssen: (1) Wirtschaftliche und soziale Bedrohungen, inklusive Armut, Infektionen und Umwelterstörung, (2) Zwischenstaatliche Konflikte, (3) Innerstaatliche Konflikte, Bürgerkriege, (4) Nukleare, radiologische, chemische und biologische Waffen, (5) Terrorismus, (6) Transnationales organisiertes Verbrechen.«<sup>12</sup>

Das Problem ist hierbei nicht der erweiterte Sicherheitsbegriff als solcher, sondern die Tatsache, dass das Prinzip der Sicherheitsvorsorge als Ausfluss fundamentaler Menschenrechte mit präventiven Schutzpflichten versehen wird. Das Weißbuch der Bundeswehr formuliert eindeutig: »Sicherheitsvorsorge kann daher am wirksamsten durch Frühwarnung und präventives Handeln gewährleistet werden und muss dabei das gesamte sicherheitspolitische Instrumentarium einbeziehen.«<sup>13</sup> Nicht anders liest sich dies in US-amerikanischen Stellungnahmen zur Versichertheitlichung.<sup>14</sup> Lee Feinstein und Anne-Marie Slaughter wollen gar eine umfassende völkerrechtliche Schutzpflicht begründen. Sie schreiben:

<sup>9</sup> Schliemann, Bundesrat – 831. Sitzung – 9. März 2007, S. 78

<sup>10</sup> Gehb (CDU/CSU), Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode – 92. Sitzung. Berlin, 30. März 2007, S. 9362.

<sup>11</sup> BVerfG, Urteil vom 3. Juli 2007 – 2 BvE 2/07 –, Rdn. 59: »Eine solche Lösung der NATO von ihrem regionalen Bezugsrahmen kann in dem ISAF-Einsatz in Afghanistan nicht gesehen werden. Denn dieser Einsatz ist ersichtlich darauf ausgerichtet, nicht allein der Sicherheit Afghanistans, sondern auch und gerade der Sicherheit des euro-atlantischen Raums auch vor künftigen Angriffen zu dienen.«

<sup>12</sup> UN, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A more secure world: Our shared responsibility, S. 23; abrufbar unter: <http://www.un.org/secureworld/report3.pdf>.

<sup>13</sup> Bundesministerium der Verteidigung, Weissbuch zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr, 2006, Ziff. 1.3, S. 25, abrufbar unter [www.weissbuch.de](http://www.weissbuch.de).

<sup>14</sup> In Skandinavien hat sich eine ganze Forschungslinie zur sog. *Securitization* etabliert: siehe bspw. Buzan/Waever/de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, London 1998.

»Dieses weitreichende Prinzip bedeutet, dass heute den UN-Mitgliedstaaten die Verantwortung zukommt, das Leben, die Freiheit und die Menschenrechte ihrer Bürger zu schützen und dass dann, wenn sie in der Erfüllung dieser Mission versagen, der Internationalen Gemeinschaft die Verantwortung zu intervenieren zukommt.«<sup>15</sup>

Im Weg steht eigentlich nur die völkergewohnheitsrechtlich geltende Regel des Gewaltverbotes.<sup>16</sup> Wie kriegt man diese aus der Interventionsbahn?

Hier kommt der Vorschlag von Dieter Blumenwitz anlässlich der Kosovointervention: »Kollidieren beide Rechtsgüter [also: Gewaltverbot und Menschenrechte resp. Sicherheitsvorsorgepflichten, A.F.-L.], so hat sich der Rechtsanwender um einen Interessenausgleich, mithin – wie im innerstaatlichen Verfassungsrecht – um die Herstellung praktischer Konkordanz zu bemühen. [...] Es darf nicht in einer vorschnellen Güterabwägung das eine Rechtsgut auf Kosten des anderen realisiert werden. Gewaltverbot und Menschen- bzw. Minderheitenschutz müssen, z.B. auch im Extremfall der ethnischen Säuberung, Grenzen gezogen werden, damit beide Rechtsgüter zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Die Grenzziehung muss im konkreten Einzelfall verhältnismäßig sein: Sie darf nicht weiter gehen, als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen.«<sup>17</sup>

### 1.2. Grundrechte als Interventionstitel?

Menschen- und Grundrechte werden auf diese Weise, um eine Formulierung von Ingeborg Maus aufzunehmen,<sup>18</sup> zu Ermächtigungsnormen für den Interventionsstaat. Wie aber konnte es dazu kommen, dass Abwehrrechte über die Figur der praktischen Konkordanz ihrer autonomiesichernden Funktion beraubt wurden und nunmehr als Interventionstitel dienen? Wie ist es möglich, dass Grund- und Menschenrechte zu Mitteln ihrer eigenen Selbstaufhebung umfunktioniert wurden? Ich will im Folgenden kurz die bundesdeutsche Erfolgsgeschichte der in der Smend-Schule entwickelten Figur der »praktischen Konkordanz« nachzeichnen (hierzu 2.), um sodann zwei prominente Kritiken zu fokussieren (hierzu 3.). Abschließend sollen zwei eigene Thesen (unter 4.) plausibilisiert werden.

## 2. *Concordia discordantium canonum*

Zunächst zur bundesdeutschen Erfolgsgeschichte. Die praktische Konkordanz ist eine Erfindung der beiden Smend-Schüler Richard Bäumlin und Konrad Hesse.<sup>19</sup> Bäumlin hat den Begriff »praktische Konkordanz« zum ersten Mal

15 Feinstein/Slaughter, A Duty to Prevent, *Foreign Affairs* 2004, S. 136 (Übersetzung des Verfassers).

16 Hierzu Bothe, *Der Irakkrieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot*, AVR 2003, S. 255 ff.

17 Blumenwitz, *Souveränität – Gewaltverbot – Menschenrechte. Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme nach Abschluß des nicht mandatierten NATO-Einsatzes in Ex-Jugoslawien*, in: *Politische Studien, Sonderheft 4/1999*, S. 19 ff. (30); siehe hingegen die Bestandsaufnahme bei Bothe/Martenczuk, *Die NATO und die Vereinten Nationen nach dem Kosovo-Konflikt*, in: *Vereinte Nationen* 47 (1999), S. 125 ff.

18 Maus, *Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik*, in: Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann (Hrsg.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt am Main 1999, S. 276 ff.

19 Genau genommen ist Bäumlin als Schüler Hans Hubers Teil des bis in die Schweiz erweiterten Einflusskreises der Smend-Schule; Bäumlins Kontakt zur Smend-Schule war besonders intensiv, im Rahmen seiner staatskirchenrechtlichen Habilitation verbrachte er 1956 ein Studienjahr am Lehrstuhl von Smend in Göttingen, siehe Günther, *Denken vom Staat her*, München 2004, S. 161, und Kundert, *Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Schweizer Staatsrecht*, in: Acham/Nörr/Schefold (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren*, Stuttgart 1998, S. 481 ff. (497).

1961 in der kleinen Schrift »Staat, Recht und Geschichte« verwendet. In Anknüpfung an topische Arbeiten hatte er den kontingenten Verlauf eines Normanwendungsprozesses hervorgehoben und bemerkt, dass die Verfassung fortwährender Konkretisierung bedürfe; einer Konkretisierung, die »nicht bloß ›anwendet‹ oder ›ausführt‹, sondern in topisch vorgehender Problementwicklung die Teilantworten im geschichtlichen Handeln zu praktischer Konkordanz bringt.«<sup>20</sup>

Begriffsgeschichtlich, darauf hat Friedrich Müller schon 1979 hingewiesen,<sup>21</sup> evoziert die Formel der praktischen Konkordanz Gratians Dekret »Concordia discordantium canonum« aus dem 12. Jahrhundert, aber auch Nikolaus von Kues »De concordantia catholica« aus dem Jahr 1433.<sup>22</sup> Das Zitierkartell der Smend-Schule<sup>23</sup> legt die Fährte hierbei eher gen Gratian denn gen Nikolaus von Kues. In einer Rezension zu Bäumlins Schrift »Staat, Recht und Geschichte« in der Juristenzeitung schreibt Konrad Hesse 1963 (also vier Jahre vor Erscheinen der Erstaufgabe seiner »Grundzüge des Verfassungsrechts«): »Es kommt darauf an, die Maßstäbe beim Vollzug des Rechts, in der Rechtswirklichkeit in praktische Konkordanz zu bringen, ›concordantia discordantium‹ zu betreiben.«<sup>24</sup> Gratians Leistung bei der Kompilation des Dekrets »concordia discordantium canonum« bestand darin, widersprüchliche Einzelregeln in einem dialektischen Prozess im Blick auf die kirchliche Gesamtordnung zu kompatibilisieren. Auch Bäumlin, wie er in einem Vortrag vor der deutschen Staatsrechtslehrervereinigung 1970 klarstellt, versteht die Grundrechte »als Teile einer verfassungsrechtlichen Gesamtordnung«.<sup>25</sup> Das erlaubt es ihm, in die Herstellung optimaler praktischer Konkordanz auch solche Verfassungswerte einzubeziehen, die verfassungsmäßige Gemeinschaftsaufgaben betreffen. Ludwig Buissons Beschreibung der Konkordanzmethode Gratians zeichnet vor, was Bäumlin für die verfassungsrechtliche Konkordanzmethode prägte: »Zur Lösung einer strittigen Frage ordnete er [Gratian, A.F.-L.] zunächst die Auslegungen der Autoritäten, wie der Kirchenväter, Päpste und Konzilien, in eine Gruppe des ›pro‹ und des ›contra‹ und löste dann in einem paragraphus, auch dictum genannt, die Widersprüche. In diesen paragraphi griff er, wo dies möglich war, auf die exempla der Bibel zurück. Die Konkordanz der sich scheinbar widersprechenden auctoritates ergab sich im exemplum selbst und in den verschiedenen causae seiner Handlungsweise. Mit solchem betonten Rückgriff auf die exempla caritatis des Alten und Neuen Testaments stützte er die verschiedenen auctoritates, führte aber damit zugleich die Ordnung der Kirche Gottes unmittelbar auf die Heilige Schrift zurück.«<sup>26</sup>

An diese fallorientierte Konkordanzmethode Gratians, die die Einzelentscheidung immer an die tragende und verbindende caritas rückbindet, schließt Bäuml-

20 Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961, S. 30.

21 Müller, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979, S. 76, Fn. 170.

22 Nikolaus von Kues, De concordantia catholica (1433), Bd. 1–3, Hamburg 1959–1963 (hierzu: Lücking-Michel, Konkordanz und Konsens. Zur Gesellschaftstheorie in der Schrift ›concordantia catholica‹ des Nikolaus von Kues, Würzburg 1994, S. 63 ff.); zu Gratians um 1140 erarbeitetes Dekret »concordia discordantium canonum« siehe: Winroth, The Making of Gratian's Decretum, Cambridge 2000, S. 146 ff., und Kuttner, Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law, Latrobe 1960, S. 9 ff.

23 Siehe Günther (Fn. 19), S. 164.

24 Hesse, Besprechung, Juristenzeitung 18 (1963), S. 485 ff. (486); siehe auch Scheuner, Rezension zu Bäumlins »Recht, Staat und Geschichte«, AöR 1963, S. 114 ff.; Kritik aus der Schmitt-Schule an Bäumlins Schrift beispielsweise von Jesch, Rezension, DVBl. 1962, S. 458 f.

25 Bäumlin, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVdStRL 28 (1970), S. 3 ff. (18).

26 Buisson, Potestas und Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter, Köln 1958, S. 47.

lin an<sup>27</sup> und führt die Lösung der Konflikte des 20. Jahrhunderts unmittelbar auf den »heiligen Text« des Grundgesetzes zurück.

Allerdings haben die Smend-Schule und noch deutlicher Alexys Optimierungsmodell<sup>28</sup> den Rechtspluralismus von unten durch Prinzipien- und Staatsfunktionsarrangements von oben ersetzt. Die vertikal holistische Struktur wird dadurch das Grundmuster für Bäumlins Modell der, so nennt er es selbst, »repressiven Toleranz«.<sup>29</sup>

In seinem Vortrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1970 hat Bäumlin für den Bereich der Gewissensfreiheit vorgeführt, wie man diese Technik der »praktischen Konkordanz« als funktionales Äquivalent zum »besonderen Gewaltverhältnis«<sup>30</sup> operationalisieren kann. »Es gibt«, so Bäumlin, »keine unbedingte Vorordnung der Grundrechte im Verhältnis zu den Gemeinschaftsaufgaben.«<sup>31</sup> Das ermöglicht es, »zwischen den einzelnen Momenten der Verfassung, namentlich dem Grundrechtsteil einerseits und den verfassungsrechtlich angeordneten oder vorausgesetzten staatlichen Gemeinschaftsaufgaben wie Schule, Militär, öffentliche Verwaltung andererseits, optimale praktische Konkordanz herzustellen.«<sup>32</sup>

### 3. Zwei Kritiken

Es gibt in der Folge reichlich Kritik an diesem Modell - zwei der kritisierenden Denktraditionen seien kurz genannt.

#### 3.1. Dezisionismus

Die wohl schärfste Ablehnung erfuhr die Figur der praktischen Konkordanz als Kompatibilisierung von Werten durch die Schmitt-Schule. So formuliert Ernst-Wolfgang Böckenförde, dass die Berufung auf eine einheitliche Ordnung der Werte eine »Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus« sei.<sup>33</sup>

Natürlich hat man in der Schmitt-Schule nicht plötzlich gegen den Dezisionismus opponiert. Aber wie Carl Schmitt und Ernst Forsthoff sorgt sich auch Ernst-Wolfgang Böckenförde darum, wer denn nun entscheidet.<sup>34</sup> Böckenfördes Diktum eines »richterlichen Dezisionismus« zielt denn auch auf das *quid iudicis*

<sup>27</sup> Insbesondere bezieht er sich auf die *caritas*, siehe Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte (Fn. 20), S. 30.

<sup>28</sup> Alexy (Fn. 6), S. 75 f.: »Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt.«

<sup>29</sup> Bäumlin (Fn. 25), S. 3 ff. (19). Kritik an solchen Formen der Toleranz schon bei Herbert Marcuse, ders., *Repressive Toleranz*, in: Wolff/Moore/Marcuse, *Kritik der reinen Toleranz*, Frankfurt am Main 1966, S. 91 ff. (126): »Mit dem faktischen Niedergang abweichender Kräfte in der Gesellschaft wird die Opposition in kleine und häufig einander widerstrebende Gruppen isoliert, die selbst dort, wo sie innerhalb der engen Grenzen toleriert werden, wie die hierarchische Struktur der Gesellschaft sie setzt, ohnmächtig sind, weil sie innerhalb dieser Grenzen verbleiben. Aber die ihnen erwiesene Toleranz ist trügerisch und fördert Gleichschaltung. Und auf den festen Grundlagen einer gleichgeschalteten Gesellschaft, die sich gegen qualitative Änderung nahezu abriegelt hat, dient selbst die Toleranz eher dazu, eine solche Änderung zu unterbinden, als dazu, sie zu befördern.«

<sup>30</sup> Hierzu: Jellinek, *Verwaltungsrecht* (3. Aufl., 1931), Bad Homburg 1966, S. 122 und 134.

<sup>31</sup> Bäumlin (Fn. 25), S. 3 ff. (19).

<sup>32</sup> Bäumlin, ebd., S. 18.

<sup>33</sup> Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, 1529 ff. (1534).

<sup>34</sup> Siehe insbesondere Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, in: Buve (Hrsg.), *Säkularisation und Utopie. Ebraucher Studien*. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1967, S. 37 ff., und Forsthoff, *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre* (1968), in: ders., *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2. Aufl., München 1976, S. 202 ff.

bit: Das Arrangement der Normkonkretisierung im Rechtsstaat habe sich zugunsten der Judikative verschoben.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber werde zu einem Verordnungsgeber, ein gleitender Übergang »vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat« sei die Folge.<sup>36</sup>

### 3.2. *Ökonomische Analyse des Rechts*

Die zweite wirkmächtig vorgebrachte Kritik entstammt der ökonomischen Analyse des Rechts. Eine 2007 bei Mohr & Siebeck erschienene Habilitation mit dem Titel »Abwägung im Recht« bringt den Beitrag aus dieser Denktradition schon im Klappentext auf den Punkt. Dort wird auf die Grenzen der »natürlich-sprachlichen Darstellungsweise« verwiesen. Der Kompatibilisierungsvorgang würde »natürlich-sprachlich« ständig durch sprachliche Unwägbarkeiten verfälscht. Was helfe, sei ein klares numerisches System, die Umrechnung der Welt in Punkt- und Geldwerte: »Zahlen [lassen sich] auch ohne weiteres aggregieren, wodurch dem Erfordernis einer bilanzierenden Betrachtungsweise zum Zwecke einer Gesamtabwägung in hervorragender Weise entsprochen werden könnte [...] Schon die Möglichkeit der Summenbildung bei der Verwendung von Zahlen lässt erkennen, dass numerische Methoden für die eindeutige, logisch konsistente und transparente Aggregation der Belange besser geeignet sind.«<sup>37</sup>

Es ist aber auffällig, dass solche Vorgehensweisen gerade an der sensiblen Stelle der Zuweisung numerischer Werte einen Reflexionsstopp einziehen. Die Festlegung des Punktwertes ist nicht objektivierbar. Wird er (wenn überhaupt) vom Markt ermittelt, beinhaltet er nur solche Wertfaktoren, die im Blickfeld der Märkte liegen. Auch eine richterliche Simulation marktförmiger Entscheidungen (also: eine Rechtsfiktion des Marktwertes)<sup>38</sup> liefere darauf hinaus, dass der Richter genau das Wissen haben müsste, das er nach Hayek gar nicht haben kann, weswegen es gerade des Prozesses spontaner Ordnungsbildung bedürfe.<sup>39</sup>

### 4. *Praktische Konkordanz als Kollisionsrecht*

Beide Kritiken, sowohl die ökonomie- als auch die politikzentrierten Einwände, hat die Figur der »praktischen Konkordanz« unbeschadet überlebt. Das liegt vor allem daran, dass beide Modelle in die allgemeine Abwägungseuphorie des Smend'schen Denkkollektivs viel zu tief verstrickt sind. Die Gemeinsamkeiten im Breisgauer Abwägungskartell überwogen die Differenzen: Während die Freiburger Dependance der Smend-Schule von Horst Ehmke und Konrad Hesse<sup>40</sup> die Idee der praktischen Konkordanz weiterverfolgte, wurde die Idee der grundrechtlichen Schutzpflichten – größter Posten in der Abwägungsbilanz – maßgeblich in Böckenfördes Freiburg geboren. Und auch der Freiburger Ordolibe-

<sup>35</sup> Kritik an diesem Modell bei Christensen/Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlin 2007, S. 30 ff.

<sup>36</sup> Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, *Der Staat* 29 (1990), S. 1 ff. (25 ff.); unter Hinweis auf dens., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl., Berlin 1981, S. 402.

<sup>37</sup> Hoffmann, *Abwägung im Recht*, Tübingen 2007, S. 377.

<sup>38</sup> So die Forderung von Coase, *The Problem of Social Cost*, in: *Journal of Law and Economics* 3 (1960), S. 1 ff.

<sup>39</sup> Das ist auch eines der Probleme von Eidenmüllers Versuch, den Gesetzgeber auf das Programm der ökonomischen Analyse des Rechts einzuschwören, siehe beispielsweise ders., *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, *JZ* 1999, 53 ff.

<sup>40</sup> Zur »Freiburger Schule« als Dependance der Smend-Schule, Günther (Fn. 19), S. 183.

ralismus hat – anders als der Neoliberalismus der Chicago School – im Grunde nichts gegen die nutzenabwägende Rahmensetzung durch Staatsapparate.<sup>41</sup> Die Immunitisierung der Figur der praktischen Konkordanz gegen ökonomistische und politzentrierte Kritik hat noch einen weiteren Grund: Beide Lösungsvorschläge greifen zu kurz. Das Problem praktischer Konkordanz kann nicht durch ein politisches oder wirtschaftliches Entscheidungs- bzw. Berechnungsprimat gelöst werden. Denn die Polykontextualität der Konfliktsituationen bringt es mit sich, dass die Welt immer zugleich universal-ökonomisch, universal-politisch, universal-religiös, universal-wissenschaftlich und – wie von Joseph Beuys formuliert – universal-künstlerisch betrachtet werden kann. Man kann Konfliktlösungen nicht systemisch monopolisieren, das würde im extremsten Fall von der Pluralität zur gesellschaftstotalisierenden Gleichschaltung der Systeme führen.

Den genannten politischen und ökonomistischen Reduktionismen widersprechend, möchte ich im Folgenden zwei Thesen formulieren, die sich auf (1) die kollidierenden Einheiten und (2) die Form der Bearbeitung dieser Kollisionslagen beziehen:

1. These: Die Beschreibung der gesellschaftlichen Realwidersprüche als Kollisionen von Universalprinzipien und die Suche nach der Optimierung unscharfer Prinzipienoptimierungsverfahren hat in eben diesen Prinzipien und Höchstwerten den falschen Ansatzpunkt: Nicht Prinzipien, sondern gesellschaftliche Autonomiebereiche sind die kollidierenden Einheiten.<sup>42</sup>

2. These: Nicht eine in Stein meißelbare Skalierung verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter wird die Kompatibilisierung der Realwidersprüche bringen. Die Regulierung gesellschaftlicher Grenzbeziehungen wird vielmehr konfliktreich erfolgen, durch Normen, die Inkompatibilitäten von Autonomiebereichen, Kopplungen gesellschaftlicher Systeme, Prozeduralisierungen und bisweilen auch Externalisierungen von Entscheidungen anordnen.

#### 4.1. Kollisionslagen

Zunächst zur ersten These. Die kollidierenden Einheiten im Recht sind nicht die universal konsentierten Höchstwerte in einer globalen Werte- oder Prinzipiengemeinschaft.<sup>43</sup> Diese technizistische Prinzipiensprache des Rechtssystems verhindert, dass die gesellschaftlichen Realwidersprüche angemessen in die *quaestio iuris* übersetzt werden können. Sie bleibt, anders gesagt, blind für den gesellschaftlichen Konflikt.

Man kann das an einem einfachen Beispiel sehen: dem Arbeitskampf der Gewerkschaft Deutscher Lokführer (GDL) mit der Deutschen Bahn AG. In der maßgeblichen (und im Ergebnis begrüßenswerten) Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 22.11.2007 rekonstruiert das Gericht die vorinstanzliche Entscheidung, in der das Chemnitzer Arbeitsgericht Streiks im Fernverkehr für unzulässig gehalten hat, hinsichtlich der relevanten Kollisionslage wie folgt: »Soweit es im Arbeitskampf zu einem Grundrechtskonflikt zwischen der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und anderen grundsätzlich geschützten Rechtsgütern unbeteiligter Dritter, wie z.B. Leben, körperliche

<sup>41</sup> Zur Kritik am Freiburger Ordoliberalismus Foucault, *Geschichte der Gouvernementalität II: Die Geburt der Biopolitik*. Vorlesung am Collège de France 1978-1979, Frankfurt am Main 2004, S. 168 ff.

<sup>42</sup> Hier setzt Karl-Heinz Ladeur an, siehe ders., *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2004, S. 12 ff.

<sup>43</sup> So aber Paulus, *The Legitimacy of International Law and the Role of the State*, *Mich J Int'l L* 2004, S. 1047 ff.

Unversehrtheit, Eigentum und Berufsfreiheit komme, müsse der Konflikt im Wege der praktischen Grundrechtskonkordanz gelöst werden. Die Beeinträchtigung des einen Rechtsguts müsse dem legitimen Zweck der Verwirklichung des mit ihm kollidierenden Grundrechts dienen; sie müsse hierzu geeignet, erforderlich und angemessen sein [...]«<sup>44</sup>

Die deutsche Rechtssprache fasst den relevanten Konflikt als einen solchen von Grundrechtsgütern unter repressivem Gemeinwohlvorbehalt: Rechtspositionen, die der Gewerkschaft GDL einerseits und der Deutschen Bahn AG bzw. den jeweiligen Reisewilligen andererseits zustehen, sind gegeneinander abzuwägen. So weist das Chemnitzer Arbeitsgericht auf die Bindung der Koalitionen an die allgemeine Sozialpflichtigkeit hin (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG analog) und hält hinsichtlich dieser Bindungen der Tarifparteien fest: »Als soziale Ordnungsträger bzw. Aufgabenträger [sind] auch sie insbesondere zur Rücksichtnahme auf sozialstaatlich bedeutsame Drittinteressen verpflichtet.«<sup>45</sup>

Eine solche individualbezogene Sicht geht an den gesellschaftlichen Realkonflikten vorbei. Bereits Marx' Bemerkung zur Rechtsgewalt verweist hier auf Kollisionslagen, die durchaus anspruchsvoller sind: »Es findet hier also ein unversöhnlicher Gegensatz statt, Recht wider Recht, beide gleichmäßig durch das Gesetz des Warenaustausches besiegt. Zwischen gleichen Rechten entscheidet die Gewalt. Und so stellt sich in der Geschichte der kapitalistischen Produktion die Normierung des Arbeitstags als Kampf um die Schranken des Arbeitstags dar – ein Kampf zwischen dem Gesamtkapitalisten, d.h. der Klasse der Kapitalisten, und dem Gesamtarbeiter, oder der Arbeiterklasse.«<sup>46</sup>

Anders aber als in der Interessenjurisprudenz und auch im Marxismus konzipiert, kann man die gesellschaftlichen Kollisionen aktuell nicht ausschließlich mit korporatistisch organisierten Gruppen in der Weltgesellschaft identifizieren, sondern muss eine Vielzahl von Grenzbeziehungen in den Blick nehmen. Nancy Fraser meint genau das, wenn sie sagt, dass die Individuen so etwas sind »wie Schnittpunkte, an denen sich die mannigfaltigen und zueinander quer liegenden Achsen der Benachteiligung kreuzen. In der Regel auf einigen Achsen benachteiligt und zugleich auf anderen bevorzugt, führen sie im modernen Regime ihre Kämpfe um Anerkennung«.<sup>47</sup>

In diesem Sinne gibt es durchaus Unterschiede zwischen Kapitalisten und Arbeitern, aber die korporatistischen Repräsentationsformen stoßen in der ausdifferenzierten Gesellschaft an ihre immanenten Grenzen. Es ist das der Hintergrund um Forderungen der Einbeziehung der Alterität hinsichtlich prekärer, nicht gewerkschaftlich organisierter Arbeitsformen. Motiv dieser (berechtigten) Forderungen, beispielsweise den politischen Streik zu ermöglichen, ist gerade die Beobachtung, dass es neuartige Formen von Anerkennungs- und Inklusionskämpfen rechtlich zu ermöglichen gilt.<sup>48</sup> Diese Kämpfe finden nicht allein im Verhältnis zur Politik, auch nicht exklusiv im Verhältnis zur Ökonomie statt, sondern eben polykontextual: Wirtschaft, Politik, Technik, Religion, Kunst, Wissenschaft – aus allen hochgezüchteten Rationalitätsbereichen resultiert eine je eigene, je spezifisch codierte Gefährdung. Leitprinzipien der Ökonomie, der Wissenschaft, der Medi-

44 LAG Sachsen, 7 SaGa 19/07, 22.11.2007.

45 AG Chemnitz, 7 Ga 26/07, 05.10.2007, unter Berufung auf Rupert Scholz.

46 Marx, Kapital I, MEW 23, S. 249.

47 Fraser, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung?, Frankfurt am Main, 2003, S. 13 ff. (80).

48 Hierzu: Buckel/Fischer-Lescano, Democrazia operaia? Hegemonietheoretische Überlegungen für ein aktualisiertes Recht auf politischen Streik, in: Bung/Valerius/Ziemann (Hrsg.), Normativität und Rechtskritik, ARSP-Beiheft 114, Stuttgart 2007, S. 238 ff.

zin, der Kultur und der Religion streiten um die Universalisierung ihrer jeweiligen Partiallogik. Der Ausgleich dieser Partialinteressen ist nicht durch eine übergeordnete Instanz, sondern nur aus der jeweiligen Perspektive möglich.

Argumentationen, die auf Werte- und Prinzipiensystemen aufgebaut sind, sind in diesen Konstellationen blind gegenüber der eigentlichen Konfliktsituation. Sie projizieren den Menschen und seine subjektiven Rechtsgüter auf eine Folie von Freiheit und Sozialbindung. Doch die polykontexturale Gesellschaft gestattet es nicht mehr, den Menschen als solchen zu identifizieren. Eine Vielzahl von Homo-Formeln deutet dies an: homo oecologicus, homo oeconomicus, homo politicus, homo sociologicus, um nur einige zu nennen.<sup>49</sup>

Und, um zu dem Beispiel des Bahnstreiks zurückzukommen: Nicht die Frage der praktischen Konkordanz von Individualrechtsgütern steht hier zur Debatte, auch nicht der Klassenkompromiss zwischen Gesamtkapitalisten und Gesamtarbeiter, sondern die Frage der sozialen Responsivität des Wirtschaftssystems. Oder genauer: Unter welchen Umständen sind Teilnahmen an kommunikativen Auseinandersetzungen als rechtswidrige Behinderungen des Wirtschaftssystems anzusehen?

#### 4.2. Kollisionsregeln

Das führt zur zweiten These. Für die Kompatibilisierung dieser Kollisionslagen ist es nicht hinreichend, die ewige Frage von Freiheit und Sozialbindung zu variieren und für multipolare Individualrechtsgüterkonflikte unter staatlich administriertem repressivem Gemeinwohlvorbehalt zu modellieren.

Wenn man diese Rahmung der *quaestio iuris* verlässt, öffnet sich der Blick für eine ganze Reihe von Kompatibilisierungstechniken für gesellschaftliche Autonomieräume. Eine solche Neurahmung macht aus einer antagonistischen noch lange keine mit sich selbst versöhnte Gesellschaft, ermöglicht aber das »Irgendwie-sinnvoll-zum-Ausgleich-Bringen« sowohl hinsichtlich der Beschreibung der kollidierenden Einheiten als auch hinsichtlich der Kompatibilisierungstechniken zu systematisieren.

Die bedeutsamsten Kollisionsbearbeitungstechniken sind Inkompatibilitätsnormen; aber auch an Kopplungsnormen, Prozeduralisierungen oder Externalisierungen von Konfliktlösungsformen ist zu denken. Während es in der ersten Fallgruppe darum geht, Usurpationstendenzen von Systemen rechtlich entgegenzuwirken, um zu verhindern, dass diese Systeme ihren Umwelten Schaden zufügen,<sup>50</sup> dienen Kopplungsnormen der Eröffnung von Zugangsmöglichkeiten; klassisches Beispiel stellen hier die Kontrahierungszwänge dar.<sup>51</sup> Neben diese beiden inhaltlichen Formen der Kollisionsentscheidung treten mit der Prozeduralisierung Entscheidungsmöglichkeiten, die innerhalb der gesellschaftlichen Rationalitätsbereiche »regulierte Selbstregulierungsformen« etablieren.<sup>52</sup> Eine andere Form der Konfliktlösung liegt in der Externalisierung gesellschaftlicher Konflikte aus einem Rationalitätsbereich heraus in einen anderen. Ein Beispiel hierfür ist die Rückgabe (unter Auflagen – insbesondere hinsichtlich der

49 Fuchs, *Der Eigen-Sinn des Bewusstseins*, Weilerswist 2003, S. 16 und 47.

50 Ein Beispiel wären die Bürgerschaftsentscheidungen, hierzu Teubner, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften* 2000, S. 388 ff.

51 Hierzu die Fallanalyse von Abegg/Amstutz/Karavas, *Soziales Vertragsrecht. Eine rechtsevolutorische Studie*, Basel 2006.

52 Hierzu aus dem Bereich des Telekommunikationsrechtes Vesting, *Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten und die Umstellung der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf ein »Informationsverwaltungsrecht«*, in: *Die Verwaltung* 2002, 433 ff.; siehe auch ders., *Rechtstheorie*, München 2007, S. 119 ff.

Nichtdiskriminierung unterschiedlicher Religionen –) einer Konfliktlösung in den politischen Deliberationsprozess, wie er in der Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt.<sup>53</sup>

Für die Suche nach der Kollisionsregel im konkreten Fall bedeutet das: Der Konflikt von Streik- bzw. Demonstrationsrechten und Wirtschaftsrecht ist ein gesellschaftlicher Konflikt, in dem es darum geht zu verhindern, dass die Eigenrationalitätsmaximierung der Wirtschaftsrationalität alle anderen Sektoren der Gesellschaft usurpiert. Es bedarf darum der Anwendung einer Kollisionsnorm, die eine Inkompatibilität formuliert und die kommunikativen Grundrechte als Möglichkeitsbedingung für die Selbstkonstituierung des Individuums und eine demokratische Öffentlichkeit zugleich begreift. Gerade die Versammlungs- und Koalitionsfreiheitsrechte verhindern, dass Individuen auf einen homo oeconomicus reduziert werden. Sie schreiben soziale Responsivitätspflichten in die Wirtschaftsverfassungen<sup>54</sup> ein und formulieren bei Verletzung der Kommunikationsfreiheiten justiziable gestaltete Rechtsgrenzen für die wirtschaftsrationalen Matrix, um die öffentlichen Kommunikationsräume für einen Meinungskampf zugänglich zu halten.<sup>55</sup>

Diese Ausgestaltungen von Meinungs-, Versammlungs- und Koalitionsfreiheiten wirken Tendenzen entgegen, die Grundrechte und -freiheiten als starre Garantie der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung misszuverstehen.<sup>56</sup> Sie ermöglichen, dass die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung zur Disposition des demokratischen Prozesses stehen, und vermeiden eine rechtlich erzwungene Tabuisierung der Lebens- und Umweltbedingungen der von diesen Wirtschaftsprozessen Betroffenen.

Bei der Gewährleistung des Streikrechts, der Demonstrationsfreiheit, der Kommunikationsfreiheiten insgesamt, im konkreten Konflikt zwischen GDL und Deutsche Bahn AG, geht es folglich um weit mehr als die Auflösung eines Konfliktes widerstreitender Individualrechtsgüter. Es geht auch um mehr als um die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Angelegenheiten der Deutschen Bahn AG, so wie sie in Art. 87e GG zum Ausdruck kommt.

Denn es geht um die Demokratisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, um die Demokratisierung der prekären Arbeit, um Streik und Demonstration als Mittel sozialer Veränderung – und zwar im doppelten Sinne. Zum einen enthalten diese Kommunikationsformen das Reflexionspotential, um mit der Beschränkung des Demokratieprinzips auf den politisch-staatlichen Bereich zu brechen. Zum anderen aber birgt gerade der Streik das Potential der Wiederaneignung der gemeinsamen Angelegenheiten, »gemeinsam«, um es mit Antonio Negri zu sagen, »wie alle Produkte der Kooperation: von der Sprache bis zur demokratischen Verwaltung. Das wäre eine Bestimmung der ›Öffentlichkeit‹, die nichts mehr mit ihrer ›etatistischen‹ Definition zu tun hat.«<sup>57</sup>

53 BVerfGE 108, 282 ff. Zu einem Beispiel aus der lex finanziaria Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006, S. 127 ff.

54 Zur europäischen Wirtschaftsverfassung siehe Joerges/Rödl, ›Social Market Economy‹ as Europe's Social Model?, in: Magnusson/Stråth (Hrsg.), A European Social Citizenship?, Brüssel 2007, S. 125 ff.

55 »Daß Individuen ihre Rechte im Rechtswege durchsetzen und staatliche Eingriffe wirksam bekämpfen können, ist vielmehr ein wesentlicher rechtstechnischer Behelf für die Aufrechterhaltung der institutionellen Trennung von öffentlicher Meinung und politischem System« (Luhmann, Meinungsfreiheit, öffentliche Meinung, Demokratie, in: Lampe [Hrsg.], Meinungsfreiheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1998, S. 99 ff. [102]).

56 I.d.S. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Herrmann (Hrsg.), Aus Geschichte und Politik, Festschrift für Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff.

57 Negri, Die Wiederaneignung des öffentlichen Raumes. Metropolenstreik und gesellschaftliche Emanzipation, in: Die Beute. Politik und Verbrechen Nr. 12, 1995, S. 85.

»Praktische Konkordanz« ist dann nicht in Form der staatlich administrierten »repressiven Toleranz«<sup>58</sup> à la Bäumlín und Hesse zu suchen. Sie kann auch nicht durch die Optimierung widerstreitender Höchstwerte erzielt werden. Konkordanz bedarf vielmehr der Prozesse öffentlicher Diskussion darüber, in welcher Gesellschaft wir als die »Ensemble[s] der gesellschaftlichen Verhältnisse«<sup>59</sup> leben wollen. Konkordanz ist nur denkbar, wenn man den Irrglauben aufgibt, dass die tektonischen Gesellschaftsplatten über die Gipfel schneebedeckter Höchstwerte und Prinzipien administriert werden könnten. Konkordanz wird so zu einem permanenten Prozess der Bearbeitung des Widerstreits,<sup>60</sup> zu einer Konkordanz im ständigen Werden, die wie die dekonstruktive Gerechtigkeit »im Kommen«<sup>61</sup> ist; im Kommen – doch nie erreichbar.<sup>62</sup>

Concordia discordantium setzt der Form nach voraus, dass das Ständische und Stehende, das Heilige und Verknöcherte des Hochadels der Prinzipien verdampft.<sup>63</sup> Die inhaltliche Aufgabe ist es, Rudolf Wiethölder hat es zeitlos treffend formuliert, »den sozialen Kampf um homogene Interessen, um verallgemeinerungsfähige Interessen zumindest, unter Bedingungen zu bringen und zu halten, in denen nicht die selbsternannten Schiedsrichter von gestern bestimmen, welche Spiele wie stattzufinden haben.«<sup>64</sup>

### Summary

*Der Beitrag kritisiert die Anwendung der Figur der »praktischen Konkordanz«. Nach einer exemplarischen Verdeutlichung der Aktualität der Figur als Legitimationsressource zeichnet der Beitrag die historischen Bezüge der in der Smend-Schule entwickelten »praktischen Konkordanz« bis zu Gratians Dekret »concordia discordantium canonum« aus dem 12. Jahrhundert nach. Abschließend schlägt der Verfasser die Ablösung der Konkordanzmethode durch Techniken der wechselseitigen Zuordnung gesellschaftlicher Autonomieräume vor.*

<sup>58</sup> Bäumlín (Fn. 25), S. 3 ff. (19).

<sup>59</sup> Marx, Thesen über Feuerbach, 6. These, MEW 3, S. 7: »Aber das menschliche Wesen ist kein dem einzelnen Individuum innewohnendes Abstraktum. In seiner Wirklichkeit ist es das Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse.«

<sup>60</sup> Hierzu: Fischer-Lescano/Christensen, Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, in: Der Staat 2005, 213 ff.

<sup>61</sup> »Die Gerechtigkeit bleibt im Kommen, sie muß noch kommen, sie hat, sie ist Zukunft« (Derrida, Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«, Frankfurt am Main, 1991, S. 56).

<sup>62</sup> Siehe auch die Konkordanz in der Transzendenz bei Nikolaus von Kues, generell: Stallmach, Immanenz und Transzendenz im Denken des Cusanus, in: Honnefelder/Schüßler (Hrsg.), Transzendenz. Zu einem Grundwort der klassischen Metaphysik, Paderborn 1992, 183 ff.

<sup>63</sup> Vgl. Marx/Engels, Kommunistisches Manifest, MEW 4, S. 465.

<sup>64</sup> Wiethölder, Begriffs- und Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in: Lüderitz/Schröder (Hrsg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt am Main 1977, S. 213 ff. (232).