

# AUFSÄTZE

*Klaus Günther*

## Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft

I.

In der Debatte über die Zukunft der Europäischen Union, namentlich über ihre Konstitutionalisierung und schrittweise Transformation in eine demokratische Union, hat Jürgen Habermas den Vorschlag gemacht, das Verhältnis zwischen den Bürgern/-innen der Mitgliedstaaten und den Unionsbürgern im Sinne einer *geteilten Souveränität* zu verstehen.<sup>1</sup> Dieser Vorschlag zielt darauf, ein Dilemma zu bewältigen, das sich gegenwärtig bei nahezu allen auch nur halbwegs realistischen Projekten einer fortschreitenden Demokratisierung der EU stellt. Anders als bei historischen Vorbildern wie den USA liegt eine Föderation aus Bundesstaaten mit einer Bundesregierung an der Spitze derzeit weit abseits möglicher Pfade, gleichwohl soll es zwischen den Mitgliedstaaten mehr geben als nur eine lockere Verbindung zu einer vor allem wirtschaftlichen Zusammenarbeit. Das Risiko der aktuellen Entwicklung, wie es sich unter dem Druck der Wirtschafts- und Währungs-krise sowie sich verstärkender nationalistischer Bewegungen in vielen Mitgliedstaaten abzeichnet, besteht darin, dass Formen der intergouvernementalen Kooperation etabliert werden, deren demokratische Legitimität in hohem Maße zweifelhaft ist. Gleichzeitig gibt es mit dem Europäischen Parlament bereits eine Institution demokratischer Repräsentation, deren Kompetenzen jedoch nicht so weit reichen, wie man es nach historischen Vorbildern von einem Bundesparlament gegenüber einem Staatenhaus erwarten könnte. Gleichzeitig können die Mitgliedstaaten für sich in Anspruch nehmen, *selbst* und *für sich* den demokratisch erzeugten Willen ihrer jeweiligen Bevölkerungen zu repräsentieren und in ihren jeweils eigenen nationalen Rechts- und Verfassungsordnungen auch verwirklicht zu haben. Inzwischen scheint sich das Interesse der Bevölkerungen vermehrt darauf zu richten, ihre rechtlich ausgestaltete nationale Identität gegenüber der zunehmenden Regelungsintensität der EU-Legislative in Schutz zu nehmen.

Habermas' Vorschlag, den Bürgern der Europäischen Union eine geteilte Souveränität zuzuschreiben, soll sowohl die legitimen Ansprüche der Staatsbürger der Mitgliedstaaten auf Bewahrung ihrer jeweiligen nationalen normativen Errungenschaften anerkennen als auch derjenigen Rolle gerecht werden, die den EU-Bürgern als solchen zukommt, unabhängig von ihrer je verschiedenen nationalen Zugehörigkeit. Legitim sind die Ansprüche der Staatsbürger der Mitgliedstaaten insofern, als diese sich ihrerseits auf das jeweilige Niveau einer Rechts- und Verfassungsordnung gründen, das in den pluralistischen nor-

1 Jürgen Habermas, Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen, *Der Staat* 53 (2014), 167-192.

DOI: 10.5771/0023-4834-2016-3-321

mativen Lernprozessen demokratischer Kämpfe erreicht worden ist – das jeweilige, bei allen Unterschieden relativ hohe Niveau an Freiheitsrechten, Gleichheit und sozialstaatlichen Leistungen. Insofern erscheinen „besondere normative Ansprüche auf Achtung des demokratischen Willens zur Selbstbehauptung von Staatsbürgern“<sup>2</sup> legitim. Das Motiv, diese Errungenschaften als Ergebnis demokratischer Prozesse der Meinungs- und Willensbildung zu bewahren, konkurriert nun aber mit dem Ziel einer „kompromisslosen Transnationalisierung der Demokratie“. Wie diese beiden konkurrierenden Ziele miteinander vereinbart werden können, soll durch das von Habermas vorgeschlagene Gedankenexperiment aufgezeigt werden, sich eine entwickelte Europäische Union so vorzustellen, als ob deren Verfassung „von einem doppelten Souverän ins Leben gerufen worden“ sei.<sup>3</sup>

Diesen doppelten Souverän erläutert Habermas folgendermaßen: „Die konstituierende Gewalt soll sich derart aus der Gesamtheit der europäischen Bürger einerseits, der Summe der Bürger der beteiligten Nationalstaaten andererseits zusammensetzen, dass schon während des verfassungsgebenden Prozesses die eine Seite der anderen mit dem Ziel des Ausgleichs der entsprechenden Interessenlagen ins Wort fallen kann.“<sup>4</sup> Damit erlangen die EU-Bürger erst in dieser doppelten Rolle und nicht schon in einer allein ihre volle Souveränität; sie können daher „weder allein in der Rolle europäischer Bürger noch allein in der Rolle von Bürgern ihrer jeweiligen Nationalstaaten als Subjekte der Gesamtrechtsordnung betrachtet werden (...)“.

Der Vorschlag einer geteilten oder, in anderer Hinsicht, doppelten Souveränität erscheint zwar als eine konstruktive Lösung des Problems konkurrierender Ziele. Allerdings steht er unter dem Verdacht, dass die Unionsbürger sich in ihrer Rolle als Souverän eines Mitgliedstaates im Zweifel eher an ihrer jeweiligen nationalstaatlichen Identität orientieren, weil diese in den lebensweltlichen Narrativen von Herkunft, Tradition und Zugehörigkeit zu einer sich nach außen abgrenzenden, sittlich integrierten Gemeinschaft eingebettet ist. Auch wenn man mit Habermas nur diejenigen Bestandteile eines nationalen Ethos für demokratisch legitim hält, die sich als Erfolge im Kampf um die Ausgestaltung eines Systems gleicher Rechte unter den jeweils spezifischen historischen, sozialen und ökonomischen Bedingungen einer situierten und von anderen unterschiedenen Gemeinschaft verstehen lassen, bleiben sie in die nationalen Rechtfertigungsnarrative eingebettet. Gegenüber dieser Verwurzelung in historischen, biographischen und narrativ strukturierten Erfahrungsräumen und Erwartungshorizonten erscheint die andere Hälfte ihrer Souveränität, die Rolle des Unionsbürgers als solchem, abstrakt, künstlich, konstruiert und daher weniger attraktiv.

Im Folgenden möchte ich zeigen, dass diese Entgegensetzung von „künstlich“ versus „naturwüchsig“, „konstruiert/gemacht“ versus „vorgegeben“ schon im Hinblick auf die nationale Souveränität der Mitgliedstaaten und infolgedessen auch für die EU-Mitgliedschaft unzutreffend ist. Das Ergebnis wird lauten, dass beide Souveränitäten künstlich und nur konstruktivistisch zu verstehen sind. In dem Maße, wie die EU-Bürger der Künstlichkeit auch ihrer nationalstaatlichen Souveränität innwerden, verliert der artifizielle Charakter der EU-bürgerschaftlichen Souveränität seine Fremdheit und Bedrohlichkeit. Es wird dann möglich, den Lernprozess der Aneignung normativer Errungen-

2 Ebd., 169.

3 Ebd., 180.

4 Ebd., 180.

schaften in der Form einer nationalstaatlichen Souveränität auf die Form der EU-Souveränität zu übertragen.

## II.

Zu diesem Zweck bietet es sich an, einen Gedanken aufzugreifen, den Jürgen Habermas bereits im 3. Kapitel von *Faktizität und Geltung* formuliert hat. In diesem Kapitel geht es um die rationale Rekonstruktion des Selbstverständnisses moderner Rechtsordnungen. Dabei setzt Habermas eine aufschlussreiche Prämisse: „Dabei gehe ich von den Rechten aus, die Bürger einander zuerkennen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen.“<sup>5</sup>

Diese Formulierung lässt bereits erkennen, dass moderne Rechtsordnungen von ihren Subjekten nicht als etwas Naturwüchsiges verstanden werden, sondern als eine herzustellende Ordnung, die nur aus einem von ihnen selbst gefassten Entschluss hervorgehen kann. Zwar finden sie die moderne Rechtsform überhaupt (subjektive Rechte, das allgemeine und gleiche Gesetz, Recht als Befugnis zu zwingen, Recht als System von Verpflichtungs- und Ermächtigungsnormen) in einem kontingenten Sinne als Resultat der historischen Entwicklung moderner Gesellschaften vor. Aber sowohl ihre Aneignung als auch der Prozess ihrer Institutionalisierung und Ausgestaltung ergeben sich nicht von selbst, sondern müssen intentional durch einen Entschluss in Gang gesetzt und durch weitere intentionale Handlungen fortgeführt werden.

Die weitere Argumentation dieses Kapitels zielt primär darauf zu zeigen, dass die Rechte, die sich die Bürger infolge ihres Entschlusses wechselseitig zuerkennen, nicht auf beliebige Weise in die Form des objektiven Rechts gebracht werden dürfen, sondern auf eine demokratische Legitimation angewiesen sind, die ihrerseits nur rechtsförmig institutionalisiert werden kann. Die für das moderne Recht zentrale Figur des subjektiven Rechts ist bereits in der modernen Rechtsform enthalten, allerdings nur als subjektives Recht auf Freiheit im Sinne der Willkürfreiheit oder Privatautonomie. Als solches sperrt es sich zunächst gegen den Anspruch auf demokratische Legitimation, der sich schon daraus ergibt, dass dieses Recht wechselseitig zuerkannt, also intersubjektiv anerkannt und in der Form eines allgemeinen und gleichen Gesetzes, also eines objektiven Rechts gewährt werden muss. Die Notwendigkeit, subjektive Rechte in der Form allgemeiner und gleicher Gesetze zu gewähren, kollidiert mit dem individualistischen und instrumentellen Verständnis dieser subjektiven Rechte und der Rechtsform überhaupt. In dieser Kollision liegt das *Paradox der Entstehung von Legitimität aus Legalität*: Wie kann die Allgemeinheit und Gleichheit sowie die Intersubjektivität der Verfassungsgebung ebenso wie der Gesetzgebung ermöglicht werden, wenn die Rechte der Staatsbürger kraft ihrer Rechtsform selbst nur als subjektive Rechte auf Privatautonomie auftreten, wie kann öffentliche, politische Autonomie in der Form subjektiver Rechte institutionalisiert werden?

Dieser problematische Zusammenhang zwischen den mit der modernen Rechtsform gegebenen subjektiv-privaten Freiheitsrechten und der allgemeine Gesetze gebenden staatsbürgerlichen Autonomie lässt sich auf demokratischem Wege nur so auflösen, dass das Demokratieprinzip seinerseits in die Form des Rechts gebracht wird und infolgedessen die Figur des subjektiven Rechts internalisiert. Das Demokratieprinzip ergibt sich aus einer Verschränkung des Diskursprinzips mit der Rechtsform. Das Diskursprinzip

5 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, 109.

artikuliert die intersubjektive Dimension normativer Geltung überhaupt, indem es als gültig nur diejenigen Handlungsnormen zulässt, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten. Erst durch seine Verschränkung mit der Rechtsform wird das Diskursprinzip zum Demokratieprinzip, das ein rechtsförmiges Verfahren legitimer Rechtsetzung festlegt. Politische Fragen der Gesetzgebung können nun diskursiv und rechtsförmig zugleich bearbeitet werden. Die Verschränkung beider generiert ein System von Rechten, das mit den bereits durch die Rechtsform vorgegebenen subjektiven Freiheitsrechten und ihren Korollar-Rechten (vor allem Justizgrundrechte) beginnt und mit dem Recht auf gleiche politische Teilnahme an politischen Meinungs- und Willensbildungsprozessen der Gesetzgebung dasjenige demokratische Verfahren erzeugt, das bis jetzt nur vorläufige System von Freiheitsrechten demokratisch legitimiert. Das damit jedem Einzelnen in der Form des subjektiven Rechts zuerkannte politische Teilnahmerecht an der intersubjektiven politischen Gesetzgebung wird schließlich durch soziale Teilhaberechte auch faktisch handlungswirksam.

Dieser Argumentationsgang artikuliert letztlich nichts anderes als „den performativen Sinn der Selbstbestimmungspraxis von Rechtsgenossen, die einander als freie und gleiche Mitglieder einer freiwillig eingegangenen Assoziation anerkennen.“<sup>6</sup> Dies ist jedoch nur der eine Aspekt jener eingangs erwähnten Prämisse der rationalen Rekonstruktion des Selbstverständnisses des modernen Rechts. Der zweite Aspekt wird im 3. Kapitel eher beiläufig behandelt, ist jedoch nicht weniger relevant. Der freiwillige Entschluss zu einer Assoziation von Rechtsgenossen, die sich wechselseitig ein System subjektiver Rechte zuerkennen und den performativen Sinn dieses Entschlusses mit Hilfe des Demokratieprinzips ausbuchstabieren, ist nur möglich, weil die Rechtsform selbst einen *artifiziellen* und *instrumentellen* Charakter hat. Erst aufgrund ihres artifiziellen Charakters wird es möglich, die Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen als den Sinn und das Ergebnis *eines Entschlusses* zu verstehen und damit die Assoziation selbst als eine künstliche, intentional und instrumentell erzeugte Rechtsgemeinschaft. Das ist der Kern des Rechtsprojekts der Moderne: die Emanzipation des Rechts von allen religiösen, traditionellen, sittlichen, ethnischen, der Verfügungsmacht der Subjekte entzogenen Bindungen, so dass „der Mensch sich auf den Kopf, das ist, auf den Gedanken stellt und die Wirklichkeit nach diesem erbaut.“<sup>7</sup>

Habermas selbst akzentuiert den artifiziellen Charakter der Rechtsform insbesondere dort, wo er das moderne Recht als Folge der Modernisierung, der Ausdifferenzierung aus einer traditionellen, holistischen, integrativen Sittlichkeit beschreibt. Es löst sich damit aus dem integrierenden Zusammenhang mit Religion, Moral, Ethik der Lebensführung und ethisch-politischer Identität einer Gemeinschaft. In dem Maße, wie sich diese anderen Elemente, insbesondere die Ethik der Lebensführung, das ethisch-politische Selbstverständnis einer Gemeinschaft und die Moral ihrerseits ausdifferenzieren, übernimmt das Recht seinerseits eine spezifische soziale Integrationsfunktion. Es tritt insbesondere in ein funktionales Ergänzungsverhältnis zu einer universalistisch gewordenen Moral. Von den ethisch-existentialen, ethisch-politischen und moralischen Normen unterscheidet sich die Rechtsform vor allem dadurch, dass sie nicht aus naturwüchsigen Interaktionsprozessen hervorgeht. Sie ist nicht auf eine motivationale Verankerung bei den Adres-

<sup>6</sup> Ebd., 141.

<sup>7</sup> G.W.F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte (Ausg. F. Brunstädt), Stuttgart 1961, 593.

saten angewiesen, kann also mit Zwang durchgesetzt werden, und verfügt mit den Ermächtigungsnormen über einen Typus von Normen, mit dem sich künstlich Kompetenzen erzeugen und Organisationen mit entsprechenden Zurechnungen herstellen lassen. Rechtsnormen bilden insofern „eine intentional erzeugte und reflexive, nämlich auf sich selbst anwendbare Schicht von Handlungsnormen.“<sup>8</sup> Als ein Typus von artifiziellen, intentional erzeugten Normen ist das Recht auch auf einen spezifischen Erzeugungsmechanismus angewiesen – daher „muss das Demokratieprinzip die *Erzeugung des Rechtsmediums selber steuern*.“<sup>9</sup> Mit dem System der Rechte muss „zugleich die Sprache geschaffen werden, in der sich eine Gemeinschaft als eine freiwillige Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen verstehen kann.“<sup>10</sup>

### III.

Dieser artifizielle und konventionelle Charakter des modernen Rechts, der für den Entschluss zentral ist, eine Assoziation von gleichen und freien Rechtsgenossen zu gründen, soll im Folgenden eingehender erläutert werden.

Habermas führt die moderne Rechtsform als das Ergebnis eines gesellschaftlichen Differenzierungsprozesses ein. Aus religiös und sittlich integrierten, kosmologisch *fundierten* normativen Ordnungen werden in langfristigen Prozessen der Säkularisierung, Differenzierung und Modernisierung solche, die aus *komplexen Wechselbeziehungen* moralischer, sittlicher, ethisch-existentieller und ethisch-politischer, religiöser, rechtlicher und anderer Normen bestehen, die weniger in ihren normativen Gehalten, als vielmehr in ihrer jeweiligen Geltungsbegründung weitgehend unabhängig voneinander sind. Ohne diese langwierigen und komplizierten Prozesse hier im Einzelnen nachzeichnen zu können, soll im Folgenden nur die spezifische Rolle der normativen Ordnung *des Rechts* kurz dargestellt werden.

Der Rechtspositivismus hat diese spezifische Rolle am klarsten, wenn auch in einseitiger Weise expliziert. Diese Theorie akzentuiert am stärksten den explizit *artifiziellen* und *konventionellen* Charakter des Rechts, weil sie auf der Trennung der Rechtsgeltung von der Moral insistiert.<sup>11</sup> „The most fundamental of positivism’s core commitments is the Social Fact Thesis, which asserts that law is, in essence, a social creation or artefact.“<sup>12</sup> Rechtsordnungen verfügen im Unterschied zu anderen normativen Ordnungen außer über primäre Normen (Verhaltensgebote), wie sie in der Form einfacher Gesetze und Verordnungen bis hin zu Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen auftreten, auch über sekundäre Normen der Setzung, Änderung und Anwendung primärer Normen. Dadurch nehmen die primären Normen einen explizit artifiziellen Charakter an, weil sie erst durch die in den sekundären Normen vorgesehenen Verfahren erzeugt werden müssen, um Geltung zu erlangen. Zudem sind auch die sekundären Normen in dem Maße, wie sie ihrerseits reflexiv aufgestuft werden (z.B. in der Form von Kompetenz-Kompetenzen), artifizielle Gebilde.

8 Habermas (Fn. 5), 142.

9 Ebd., 142 f.

10 Ebd., 143.

11 Habermas (Fn. 5), 149.

12 Kenneth Himma, Inclusive Legal Positivism, in: Jules Coleman/Scott Shapiro, The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford 2002, 125-165 (126).

Vor allem gilt dies jedoch für diejenige sekundäre Regel, aus der die Geltung aller anderen zu einem Rechtssystem gehörenden Regeln folgt, die Grundnorm oder Erkenntnisregel (rule of recognition). Diese entscheidet darüber, welche Normen als geltendes Recht anerkannt werden, indem Konventionen für die Setzung, Änderung, Anwendung und überhaupt für die Identifikation einer zum Recht gehörenden Norm etabliert werden. Es handelt sich dabei um eine, wie Andrei Marmor es definiert hat, „conventionally established social practice.“ Entscheidend ist dabei, dass es sich um eine künstlich geschaffene Praxis handelt: „And this is precisely what rules of recognition do: they constitute practices of making law, changing it, applying it to novel cases, and the like.“<sup>13</sup> Mit dieser durch die sekundäre Norm der Erkenntnisregel herbeigeführten *Konventionalisierung* der gesamten normativen Ordnung differenziert sich das Recht von normativen Ordnungen anderer Art.

Freilich unterscheiden sich die verschiedenen Varianten des Rechtspositivismus darin, wie das Recht als eine soziale Tatsache zu interpretieren sei, insbesondere, ob die Erkenntnisregel – nicht notwendig, kontingent – die Moral (z.B. Fairness, Due process) einschließen kann oder nicht. Einigkeit scheint jedoch darin zu bestehen, dass die Erkenntnisregel als soziales Faktum nur in einer *Gewohnheit* derjenigen bestehen kann, die diese Regel praktizieren, nicht als eine intentional gesetzte Regel. Wie bei Habermas lässt sich das Recht – die Rechtsform – als eine historisch tradierte Gewohnheit interpretieren, als ein soziales Faktum mit bestimmten Formeigenschaften, wie sie dem Selbstverständnis des modernen Rechts entsprechen. Auch in dem Sinne, dass damit ein soziales Koordinationsproblem (Überbrückung der Kluft zwischen Einsicht und Motivation bei der Normbefolgung, Errichtung einer legitimen Autorität zur Kompensation epistemischer und organisationaler Defizite) gelöst wird.

Allerdings gibt es einen entscheidenden Unterschied. Während der Rechtspositivismus die Gewohnheit ausreichend sein lässt und dann nur die Frage der Inklusion oder Exklusion der Moral diskutiert, geht Habermas einen Schritt weiter. Die bisher nur als eingewohnte soziale Praxis bestehende rechtsförmige Regelung des Zusammenlebens wird unter den spezifischen Bedingungen der Moderne gleichsam rekonstruktiv auf einen gemeinsamen und freiwilligen Entschluss zurückgeführt. Erst dadurch verwandelt sich die rechtsförmige soziale Praxis in eine freiwillige Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen. Man mag die seltenen historischen Augenblicke revolutionärer Verfassungsgründungen, namentlich die Nacht vom 4. August 1789 in der französischen Assemblée Nationale, als Ereignisse in diesem Sinne deuten.<sup>14</sup> Entscheidend ist dabei, dass sich die Teilnehmer an einer Rechtspraxis durch einen solchen tatsächlichen oder retrospektiv nachgeholt Entschluss bewusst machen, mit der rechtsförmigen Regelung ihres Zusammenlebens nicht nur einer Gewohnheit zu folgen, sondern sich diese *zu eigen zu machen* und künftig die Regeln ihres Zusammenlebens intentional zu gestalten.<sup>15</sup> Dies entspricht nicht nur dem historisch kontingenten Selbstverständnis der Moderne, das alle überlieferten, vor allem sakrale Legitimationsformeln des Rechts in Frage stellt oder verwirft, um

13 Andrei Marmor, Exclusive Legal Positivism, in: Jules Coleman/Scott Shapiro, The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford 2002, 104-124 (106 f.). S. auch Andrei Marmor, Social Conventions, Princeton 2014.

14 S. dazu unten, V.

15 Selbst bei Savigny (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1828, 12) sind die „still wirkenden Kräfte des Volksgeistes“ des gemeinen Rechts auf die explizite Artikulation durch die Gruppe der gelehrten Juristen angewiesen.

nur noch den gemeinsamen Entschluss der Rechtsgenossen übrig zu lassen. Vielmehr bedarf es dieses Entschlusses auch deshalb, weil die historisch vorgefundene Rechtsform nur so das Zusammenleben von *sich selbst bestimmenden* Personen regeln kann, die sich in ihrem Handeln an kritisierbaren Gründen orientieren sowie Gründe geben und verlangen können. Nur so wird sie zur Rechtsform autonomer Personen. Die Rechtsform (mit der Figur des subjektiven Rechts) wird also historisch vorgefunden, als kontingente rechtsförmige soziale Praxis zunächst gewohnheitsförmig tradiert und mehr oder weniger bewusst befolgt, aber erst durch den gemeinsamen Entschluss wird sie als eine autonome Praxis autonomer Rechtspersonen konstituiert. Es handelt sich um einen „Akt der Selbstkonstituierung“<sup>16</sup>. Nicht zuletzt deshalb wird dieser Akt historisch häufig auf subjektive Rechte in der Form der Menschenrechte gestützt. Erst dadurch wird aus der Gewohnheit ein intentionaler Akt, für den die Beteiligten Verantwortung übernehmen. Erst dadurch kommt die vom Positivismus akzentuierte Eigenschaft des modernen Rechts, ein Artefakt zu sein, in vollem Umfang zur Geltung.

Wie der konventionelle Charakter von den Angehörigen einer Assoziation von Rechtsgenossen jeweils interpretiert wird, hängt von variierenden historischen Bedingungen und dem kollektiven Selbstverständnis dieser Assoziation ab. Spätestens jedoch mit der Idee eines *souveränen* Gesetzgebers, wie sie seit Bodin in verschiedenen Varianten auftritt und schließlich von Rousseau als *Volkssouveränität* demokratisiert wird, liegt der konventionelle Charakter auf der Hand. Unter den säkularen und post-metaphysischen Bedingungen der Moderne lässt sich die letzte oder höchste Kompetenz-Norm der Rechtsetzung nur noch auf diejenigen zurückführen, die sich explizit oder implizit *entschließen*, eine künstliche normative Ordnung des Rechts zu errichten und sich in ihrem Verhalten wechselseitig daran zu orientieren, also sich, wie Lon Fuller es formuliert hatte, auf das Projekt einlassen, ihr Verhalten rechtlichen Normen zu unterwerfen.<sup>17</sup>

Nur das Recht ist daher eine normative Ordnung, die anders als andere eines solchen *Entschlusses* bedarf, während dies z.B. bei der Moral nicht der Fall ist. Dieser Entschluss wird in einem performativen Akt realisiert, der die Konvention des Rechts etabliert, zunächst in der Form der Erkenntnisregel. Damit wird eine Kompetenz-Konvention geschaffen, die für das Recht konstitutiv ist. Wie auch immer man diese (sekundäre) Ermächtigungsnorm interpretiert, als transzendente Bedingung (*Kelsens* Grundnorm) oder als soziales Faktum (*H.L.A. Harts* Anerkennungsregel), letztlich ist sie in jenem gemeinschaftlichen Entschluss enthalten, eine Assoziation von Rechtsgenossen zu gründen. Und wie alle performativen Akte setzt auch dieser Personen voraus, die diesen Akt vollziehen und sich damit zu solchen Personen machen, die Autoren und Adressaten sekundärer und primärer Normen sind. Zumindest diejenigen Rechtspersonen, die an der konventionellen Praxis der Erkenntnisregel teilnehmen, aber auch solche, die sich das Projekt zu eigen machen, ihr Zusammenleben in der Form des Rechts zu regeln, beziehen sich in kritisch-reflektierender Einstellung auf Ermächtigungs-, Verhaltens-, Sanktions-, Verfahrens- und Organisationsnormen. Auch wenn eine Rechtsordnung vom externen Standpunkt aus befolgt werden kann, setzen zumindest der Vollzug des Entschlusses und die Teilnahme an der Praxis der Erkenntnisregel einen internen Standpunkt bei den Beteiligten voraus.

16 Habermas (Fn. 5), 668.

17 Vgl. dazu Habermas (Fn. 5), 141 u. 163.

Nur vom internen Standpunkt aus können sich die zu einer Assoziation zusammenschließenden Personen den performativen Akt so zurechnen und für diesen in der Weise einstehen, dass er auf sie selbst, das heißt auf ihren je individuellen Entschluss zurückgeführt werden kann – sowohl gegenüber sich selbst als auch allen übrigen assoziierten Rechtsgenossen. Sie legen sich damit auf die Folgen ihres Entschlusses so fest, dass diese für sie verbindlich werden. Dies setzt sich in der künstlich erzeugten normativen Ordnung des Rechts mit einer weiteren Konvention fort: Die Rechtspersonen, zu denen sich die Beteiligten durch ihren Entschluss machen, eine Assoziation von Rechtsgenossen zu gründen, müssen sich als Adressaten des Rechts zugleich auch als verantwortliche Personen verstehen. Lon Fuller hat bereits die Vermutung geäußert, dass das ganze Unternehmen, menschliches Verhalten einer Regierung durch Regeln zu unterwerfen, notwendigerweise voraussetze, dass die Adressaten der Regeln als Personen konzipiert würden, die Regeln zu verstehen und zu befolgen in der Lage sind sowie für Regelverletzungen verantwortlich gemacht werden können.<sup>18</sup> Am deutlichsten wird dies im Falle der Kompetenz-Normen oder sekundären Regeln, da hier Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit nur die Kehrseite der Kompetenz zur Normsetzung, -änderung und -anwendung sind. Auch die Forderung nach Normkonformität und die Kritik an normabweichendem Verhalten richtet sich an Adressaten, die sich als verantwortliche Personen verstehen. Die Kehrseite dieser Verantwortlichkeit ist freilich die Selbstermächtigung der sich zu einer Assoziation von Rechtsgenossen zusammenschließenden Personen. Ihr Entschluss erlangt seine Verantwortlichkeit begründende Verbindlichkeit nur dadurch, dass die Assoziierten sich wechselseitig die Ermächtigung zusprechen, eine Assoziation zu gründen zu können.

#### IV.

Vorweggenommen hatten die Einsicht in den artifiziellen und instrumentellen Charakter des Rechts bereits die Theorien des Sozialvertrages. Hier wird der Zusammenschluss zu einer politischen Gemeinschaft unter einer gemeinsamen Gesetzgebung explizit auf einen wechselseitigen Vertrag eines jeden mit einem jeden gegründet, der von jedem Einzelnen auch performativ explizit geschlossen werden muss. Erforderlich wird dieser Vertragschluss deswegen, weil die Vertragspartner durch ihre *natürlichen Rechte*, namentlich das Recht auf subjektive Freiheit, bereits rechtlich individuiert sind, so dass die mit dem Zusammenschluss einhergehende Einschränkung eines ursprünglich unendlichen Rechts auf subjektive Freiheit nur unter der Bedingung rechtlich möglich wird, dass jeder Einzelne zustimmt. Freilich verkennen diese Theorien weitgehend, dass mit dem performativen Akt des Zusammenschlusses durch das Erfordernis der zustimmenden Willenserklärung eines jeden Einzelnen bereits implizit das Demokratieprinzip in Anspruch genommen wird. Zumindest Hobbes und Locke meinen jedoch, die durch den Vertrag geschaffene souveräne Gesetzgebung im Gesellschaftszustand dann nicht mehr entsprechend durch eine demokratische Meinungs- und Willensbildung fortsetzen zu müssen. Den performativen Sinn des gemeinsamen, aber durch jeden Einzelnen vollzogenen Entschlusses, eine Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen zu gründen, wird erst Rousseau mit dem Konzept der Volkssouveränität und Kant mit der öffentlichen republikanischen Gesetzgebung ausbuchstabieren.

18 Lon Fuller, *The Morality of Law*, Oxford 1964, 162.

Ebenso rudimentär lassen die Sozialvertragstheorien auch den Zusammenhang zwischen dem künstlichen Charakter der Erzeugung einer Rechtsgemeinschaft und der Individualisierung in einzelne Menschenrechtssubjekte erkennen. Denn nur dann, wenn eine politische und rechtlich integrierte Gemeinschaft nicht mehr naturwüchsig entsteht, wenn sie nicht, wie Aristoteles es noch behauptet hatte, aus einer politischen Natur des Menschen hervorgeht, nur dann, wenn Menschen als individuierte Personen mit je eigenen Rechten anerkannt werden, nur dann lässt sich eine politisch und rechtlich integrierte Gemeinschaft als künstlicher Zusammenschluss, als Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen verstehen, die sich ausdrücklich dazu *entschließen* müssen, ihr Zusammenleben mit Mitteln des Rechts zu regeln. In der Idee natürlicher subjektiver Rechte kommt dieser Gedanke der Selbstermächtigung zur Selbstbestimmung bereits rudimentär zum Ausdruck, der dann später in den Menschenrechten explizit artikuliert wird. Unter individuierten Menschenrechtssubjekten ist eine politische und rechtlich integrierte Gemeinschaft nur als ein Zusammenschluss eines jeden mit einem jeden möglich. Mit den Menschenrechten werden die sich Assoziierenden zu den sich selbst ermächtigenden Subjekten, die sich den Entschluss zur Bildung einer Assoziation dann auch zur je eigenen Verantwortlichkeit zurechnen können. Die Erfahrung, selbst ermächtigt zu sein, eine Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen zu gründen, lässt sich historisch wiederum vor allem in den Gründungsakten der amerikanischen und der französischen Revolution wiederfinden, auch wenn diese sich teilweise nicht als Neuanfang, sondern als Wiederherstellung eines alten, aber korrumpierten Rechts dargestellt haben. So deutet Marcel Gauchet die Erklärung der Menschenrechte als Lösung des Legitimationsproblems, das die Assemblée Nationale in dem Augenblick lösen musste, da sie sich mit der Aufgabe konfrontiert sah, eine verfassunggebende Gewalt auszuüben.<sup>19</sup> Die Nationalversammlung versteht sich selbst nur als „Übermittler“ der Menschenrechte und sieht sich gezwungen, diese allgemeingültig zu formulieren: „Denn nur eine – wie Dupret es am 18. August ausdrückt – *Erklärung der Rechte für alle Menschen, für alle Zeiten und für alle Länder* besitzt die unanfechtbare und unwiderstehliche Autorität, die die Mitglieder der Verfassunggebenden Versammlung brauchten, um ihr Vorhaben abzusichern.“<sup>20</sup>

Es ist daher kein Zufall, dass sich zumindest mit den revolutionären Gründungsakten der amerikanischen und französischen Revolutionen die Gründer einer Assoziation von Rechtsgenossen zugleich immer auch als *Bürger zweier Welten* verstanden haben. Chronologisch werden *erst* die allgemeinen und universalen Menschenrechte erklärt, *anschließend* eine Verfassung für ein bestimmtes Volk unter kontingenten und spezifischen Umständen gegeben. Oft geschieht dies auch in ein- und demselben Setzungsakt, indem die Menschenrechte der Verfassung vorangestellt werden. Immer hat dies jedoch den Sinn, dass die Menschenrechte jenseits ihres spezifischen normativen Gehalts jene Selbstermächtigung zum Ausdruck bringen. Mit der Erklärung der Menschenrechte war den Assoziierten bewusst, dass sie mit den Menschenrechten auch zugleich einer *universalen oder kosmopolitischen Assoziation* angehören, die sich aber nur unter den überkommenen Bedingungen territorial begrenzter Herrschaft völkerrechtlich souveräner Staaten verwirklichen ließ. Ihre revolutionäre Verwirklichung war nur in einer Pluralität von Nationen möglich, die je für sich die Menschenrechte unter den kontingenten Bedingungen

19 Marcel Gauchet, Menschenrechte, in: Francaois Furet/Mona Ozouf (Hrsg.), Kritisches Wörterbuch der Französischen Revolution, Bd. 2, Frankfurt am Main 1996, 1180 ff. (1186).

20 Ebd., 1186.

ihrer jeweiligen historischen Situation interpretieren, ausgestalten und in Kraft setzen mussten. Aber bereits in diesen Gründungsakten kommt zumindest eine schwach ausgeprägte geteilte Souveränität zum Ausdruck. Denn bereits hier treten die verfassungsgebenden Bürger sich selbst in der doppelten Rolle als assoziierte Menschenrechtssubjekte und als Bürger einer Nation gegenüber. Sie geben sich ihre Verfassung nicht nur im Lichte der Menschenrechte, sondern auch in einer Rechtsform, in der der Status jedes Einzelnen als Subjekt dieser Menschenrechte bereits vor der Verfassunggebung so schwach wie auch immer institutionalisiert ist. Erst die Menschenrechte lassen sie jener ungeheuren Selbstermächtigung zur Erzeugung einer Assoziation von Rechtsgenossen innwerden, die sowohl von den christlichen Kirchen als auch von den konservativen politischen Parteien nur als Ausdruck einer gottlosen Selbstüberheblichkeit verstanden werden konnte.

## V.

Der konventionelle und artifizielle Charakter einer Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen scheint nun im Widerspruch zu stehen zu der Erfahrung von Angehörigen einer Nation, die ihr Selbstverständnis auf lokale und regionale Überlieferungen, Traditionen und ethnische Zugehörigkeit gründen. Den aus diesen Narrativen hervorgegangenen Normen, oftmals in langwierigen und heftigen sozialen Kämpfen durchgesetzt, scheint größeres Vertrauen entgegengebracht zu werden als den abstrakten und universalen Rechten.

Diese Argumentation übersieht freilich, dass die Nation selbst ursprünglich eine artifizielle Organisationsform war, die häufig noch nicht einmal an eine gemeinsame Sprache anknüpfen konnte. „Keine Nation ist, wenn man das Wort im modernen Sinne versteht, ohne eine politische Mobilisierung der Massen entstanden; Nationen bestehen aus Staatsbürgern und bilden *politisch und rechtlich*, in diesem Sinne nicht mehr naturwüchsig, sondern *intentional* und *künstlich* integrierte Gemeinschaften.“<sup>21</sup> Verschiedene Ethnien, Kulturen, Stämme, Regionen mit ihren jeweiligen Mentalitäten und sittlichen Besonderheiten lassen sich unter dem gemeinsamen Dach einer Nation zusammenführen. Oftmals geht die Nationenbildung historisch einher oder ist das Resultat langwieriger Kämpfe und Auseinandersetzungen mit lokalen Herrschaften. Deren Konkurrenzverhältnis wird nach und nach neutralisiert, indem sich eine zentrale Herrschaft etabliert, die jene eigenständigen lokalen Gewalten entwaffnet und selbst zu einem Gewaltmonopolisten wird. Zu einer Nation zu gehören, bedeutet daher zunächst nichts anderes als unter gemeinsamen Gesetzen und einer gemeinsamen Gesetzgebung zusammenzuleben, ungeachtet der vielfältigen lokalen und regionalen Traditionen mit ihren je eigenen Werten, Identitäten und Ethnien. Deren normative Geltung wird für den Fall, dass sie mit dem gemeinsamen Gesetz der Nation kollidiert, als nachrangig behandelt. Entscheidend ist, dass das gemeinsame Gesetz und die gemeinsame Gesetzgebung inklusiv und gleich sind, d.h., dass niemand von der Geltung des gemeinsamen Gesetzes ausgeschlossen und jeder Staatsbürger vor dem Gesetz gleich ist. Es ist diese Gleichheit vor dem Gesetz, die zunächst die Einheit der Nation stiftet und allen Staatsbürgern den gleichen Status verleiht, so dass sich die Staatsbürgerrolle *im Medium der Nation* differenziert von den sonstigen Rollen, die eine Person kraft ihrer Zugehörigkeit zu und ihrer Mitgliedschaft in weiteren besonderen Kontexten hat. Die Nation ist zunächst also nur eine Chiffre für eine besondere

21 Habermas (Fn. 1), 177.

Art von Gemeinsamkeit, die in nichts anderem besteht als in einer inklusiven staatsbürgerlichen Gleichheit. Zugleich ist sie ein Code für den Staatsbürgerstatus, indem die staatsbürgerlichen Rechte an die (nationale) Staatsbürgerschaft gebunden werden.

Eine wichtige Funktion hat in diesem Kontext der Begriff der *Assoziation*. Er bringt den performativen Akt des Zusammenschlusses Einzelner zu einer Nation zum Ausdruck. Der Entschluss, sich zu einer Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen zusammenzuschließen, fällt insofern mit dem Entschluss, eine Nation zu bilden, zusammen, als die eine ohne die andere nicht möglich ist. Eine Nation ist nämlich ursprünglich nichts anderes als eine Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen *in einem individuellen Fall* – dem individuellen Fall einer Bevölkerung auf einem äußerlich begrenzten Territorium unter kontingenten und spezifischen historischen, geographischen, sozialen, ökonomischen und kulturellen Bedingungen.

Es ist der *Abbé Sieyes*, der diesen Zusammenhang zwischen der Assoziation von Rechtsgenossen und Nation in seiner berühmten Schrift *Was ist der Dritte Stand?* aus dem Jahre 1789 aufzeigt: „Was ist eine Nation? Eine Körperschaft von Gesellschaftern, die unter einem gemeinschaftlichen Gesetz leben und durch dieselbe gesetzgebende Versammlung repräsentiert werden usw.“<sup>22</sup> („Qu'est-ce qu'une nation? Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représenté par la meme legislature, etc.“).

Der entscheidende historische Vorgang, in dem diese Assoziation geschaffen wird, ist die Verabschiedung der Dekrete in der Nacht des 4. auf den 5. August 1789 in der *Assemblée Nationale*. Auf Vorschlag des *Vicomte de Noailles* werden alle grundherrlichen Rechte, die Ämterkäufligkeit, der Kirchenzehnte, die Zünfte und Innungen sowie die Privilegien von Provinzen und Einzelpersonen abgeschafft. Francois Furet interpretiert die Ereignisse dieser Nacht so: „In dieser Nacht zerbricht gewissermaßen eine durch viele Jahrhunderte geformte Rechts- und Gesellschaftsordnung, die sich aus einer Hierarchie voneinander isolierter und durch ihre Privilegien definierter Stände, Körperschaften und Gemeinwesen zusammensetzte. An ihre Stelle tritt ein Gesellschaftsgefüge, das als ein Zusammenschluss freier und gleicher Individuen aufgefasst wurde, die nur der allseitigen Autorität der Gesetze unterliegen.“<sup>23</sup> Vor allem die Abschaffung der Ämterkäufligkeit und die damit einhergehende Gleichheit des Zugangs zu allen Ämtern sind nach Furet die entscheidenden Schritte: „Die Zulassung aller Bürger zu allen Ämtern besiegelt die Gleichheit der Individuen vor dem Gesetz – die Vorbedingung für ihren Zusammenschluss in einer Nation.“<sup>24</sup>

Damit wird deutlich, dass der Zusammenschluss zu einer Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen eine Vorbedingung für den Zusammenschluss zu einer Nation ist – eine individuierte Gemeinschaft unter einer gemeinsamen Gesetzgebung. In der Selbstkonstituierung der *Assemblée Nationale* als *Assemblée Constituante* und mit dem allgemeinen Wahlrecht wird dann der performative Sinn dieses Zusammenschlusses in Gestalt der Souveränität des einen Volkes institutionalisiert. Die Nation ist dann eigentlich nichts anderes als der Träger der Assoziation von Rechtsgenossen auf dem äußerlich abgegrenzten Territorium einer Bevölkerung und fungiert solcherart als Zurechnungs-

22 Abbé Sieyes, *Was ist der Dritte Stand?* (1789), in: ders., *Politische Schriften 1788-1790*, übers. v. E. Schmitt u. R. Reichardt, 2. Aufl. München Wien 1991, 124.

23 Francois Furet, *Die Nacht des 4. August*, in: F. Furet/M. Ozouf (Hrsg.), *Kritisches Wörterbuch der französischen Revolution*, Bd. 1, Frankfurt am Main 1996, 146.

24 Furet (Fn. 23), 151.

subjekt für die Aufgabe, eine Verfassung mit einer republikanisch-demokratischen Gesetzgebung zu schaffen.

## VI.

Wie konnte nun aber aus diesem ursprünglichen Verständnis der Nation als einer *besonderen* Assoziation, die aus einer *allgemeinen* Assoziation von freien und gleichen Rechtsgenossen hervorgeht, jenes ethno-nationalistische Verständnis werden, das in den Imperialismus des späten 19. Jahrhunderts und die Menschheitskatastrophen des 20. führte – und das sich heute gegen die Idee einer geteilten Souveränität zwischen Nationalstaat und EU hartnäckig zu sperren scheint?

Ein Grund für diese fatale Entwicklung scheint darin zu liegen, dass die Konzeption des *Abbé Sieyès* im Augenblick ihrer revolutionären Verwirklichung auf das überkommene westfälische System der Konkurrenz äußerlich souveräner Staaten traf. Dieses zum Zweck der Friedenserhaltung geschaffene System zwang die Staaten, sich nach außen abzugrenzen und gegeneinander zu behaupten. In dem Maße, wie die Selbstbehauptung zum dominierenden politischen Imperativ wurde, drohte die mit den universalen Menschenrechten und der Volkssouveränität in Gang gesetzte Dynamik abgebremst zu werden. Die Staaten wurden zu Monaden, zu Kampf- und Schicksalsgemeinschaften. Kant war der einzige, der bereits 1795 in seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“ das Spannungsverhältnis zwischen unfriedlicher Staatenkonkurrenz und der Bewahrung der Errungenschaften der bürgerlichen Revolutionen erkannte. Deshalb setzte er in den drei Definitivartikeln diesem sich zunehmend verschärfenden Dilemma das Projekt einer schwachen Konstitutionalisierung des Verhältnisses der Staaten entgegen. Demnach sollten alle Staaten für sich das Prinzip der republikanischen Gesetzgebung realisieren, sich also als Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen gleichsam selbst rekonstruieren, ihr Verhältnis untereinander durch ein Völkerrecht friedlich regeln und mit dem Weltbürgerrecht der Hospitalität den Keim zu einem Weltbürgerrecht legen, das nicht zu einer Weltrepublik gehört, sondern unter Wahrung der einzelstaatlichen Souveränität minimale Ansprüche eines jeden Einzelnen an die fremden Staaten anerkennt. Bereits hier zeichnet sich konstruktiv der einzig aussichtsreiche Weg zur Vermeidung des ethno-nationalistischen Selbstmissverständnisses ab, indem die Zugehörigkeit des Menschen zu mehreren Rechtssystemen gleichzeitig anvisiert wird.

Die Nation, die für die Gründung einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen zunächst nur als Träger und Zurechnungssubjekt fungierte, verdunkelte nun in dem Maße, wie die Staatenkonkurrenz virulenter und konflikträchtiger wurde, den künstlichen, voluntaristischen Erzeugungscharakter einer Rechtsgemeinschaft. Dies lässt sich bereits innerhalb der Französischen Revolution selbst erkennen, wenn mit Beginn der Koalitionskriege die Anrufung der Nation dazu dient, sich gegenüber dem äußeren Feind – den revolutionsfeindlichen Monarchien – wehrhaft zusammenzuschließen. Auf der Gegenseite werden später im Zuge und Gefolge der napoleonischen Kriege nationale Codierungen verwendet, um sich von Fremdherrschaft zu befreien – dokumentiert in zahllosen „Ausrufen an die Nation.“<sup>25</sup> Auch wenn hier zumindest in der ersten Hälfte des 19. Jahrhun-

25 S. z.B. J.G. Fichtes „Reden an die deutsche Nation“, Berlin 1807. Obwohl Fichte an der Idee einer auf Vernunft gegründeten Rechtsgemeinschaft festhält, sucht er gleichzeitig nach einem vorgegebenen, unverfügbaren Grund in einer besonderen kollektiven Identität, die er in der deutschen Sprache gefunden zu haben glaubt. Ihre Sprache sei ein besonderer Vorzug und Vorteil der Deutschen,

derts das Prinzip einer menschenrechtlich interpretierten Volkssouveränität noch präsent war, drängte sich die Nation als Schicksals- und Kampfgemeinschaft zunehmend in den Vordergrund. Das Volk hatte vermeintlich *zuerst* eine Nation zu sein oder zu werden, notfalls im blutigen Kampf gegen andere Staaten, um sich *erst dann* als eine agonal und vorrechtlich hervorgebrachte Nation eine Verfassung zu geben. Sich zu einer Nation zusammenzuschließen, erscheint dann als ein vorpolitischer und vorrechtlicher, gleichsam ethisch-existentieller Akt, der eine vermeintliche ethnische, oftmals an die gemeinsame Sprache oder Herkunft anknüpfende ethnische Identität manifestiert und als Vollzug von geschichtsteologischen Ideen präsentiert wird, die in historischen Narrativen überliefert wurden. An die Stelle der konstruierten Einheit einer Assoziation gleicher und freier Rechtsgenossen tritt die vermeintlich vorgefundene Homogenität einer aus vorrechtlichen sittlichen Normen gewachsenen, sich nach außen abgrenzenden Nation. Wie sich am Beispiel der deutschen Geschichte des 19. Jahrhunderts nachvollziehen lässt, blieben die politischen Forderungen nach nationaler Einheit den Fürsten nur so lange suspekt, wie sie mit den Forderungen nach Volkssouveränität und Menschenrechten einhergingen. Von dem Augenblick an, da sich die Bestrebungen nach nationaler Einheit mit historischen Narrativen einer geschichtsteologisch angelegten nationalen Identität identifiziert hatten, konnten sie problemlos für eine autoritäre und hegemoniale borussische Machtpolitik instrumentalisiert werden und verloren somit ihren Schrecken für die Fürsten. Das erfolgreiche Bestehen in der Staatenkonkurrenz durch eine gefestigte nationale Identität gewann Vorrang vor Menschenrechten und Volkssouveränität.

In der Folge davon verflüchtigte sich auch die durch Menschenrechte begründete universale Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen zu einer *moralischen Idee* – die Konstruktion einer zweiten, menschenrechtlichen Assoziation neben der nationalstaatlichen Rechtsgemeinschaft erschien so nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich unmöglich. Dieser Wandel wurde zusätzlich beglaubigt durch einen staats- und völkerrechtlichen Souveränitätsbegriff, der sich auf das äußere Verhältnis der Staaten als Völkerrechtssubjekte fixierte und in dem friedenserhaltenden Prinzip der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates seinen prägnanten Ausdruck fand. Erst aktuell verändert sich dieses einseitige Verständnis von Souveränität durch die Erinnerung daran, dass jeder Staat eine Schutzverantwortung für die Menschenrechte seiner Bevölkerung trägt, die notfalls die Staatengemeinschaft zu einer humanitären Intervention verpflichtet. Hier wird der ursprüngliche Zusammenhang zwischen nationalstaatlicher Souveränität und kosmopolitischer Assoziation aller Menschenrechtssubjekte wieder hergestellt. Die nationalstaatliche Souveränität steht und fällt damit, dass sie die Menschenrechte auf dem abgegrenzten Territorium für die Staatsbürgerinnen und Staatsbürger verwirklicht. Die Staatengemeinschaft tritt insofern als Träger und Zurechnungsobjekt der kosmopolitischen Assoziation der Menschenrechtssubjekte auf.<sup>26</sup>

Komplementär dazu setzt das Völkerstrafrecht, wie es im Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofes und in den nationalen Völkerstrafgesetzbüchern positiviert worden ist, eine zumindest antizipierte universelle Assoziation von Menschenrechtssubjek-

mit dem sie sich nicht nur von allen anderen Nationen unterscheiden, sondern auch eine Vorrangstellung einnehmen würden.

26 Zu den damit einhergehenden Problemen s. Klaus Günther, Responsibility to Protect and Preventive Justice, in: Andrew Ashworth/Lucia Zedner/Patrick Tomlin (Hrsg.), Prevention and the Limits of the Criminal Law, Oxford (Oxford UP 2013), 69-90.

ten voraus. Es spricht seine Adressaten in der Doppelrolle als Staatsbürger einer nationalen Rechtsordnung und als Menschenrechtssubjekte an. Damit mutet es ihnen zu, das Gebot der Rechtstreue gegenüber der je eigenen nationalen Rechtsordnung an die kritisch-reflektierende Einstellung eines Mitglieds der universellen Assoziation der Menschenrechtssubjekte zu binden. Wenn im Kollisionsfall die Befolgung einer Rechtsnorm zugleich fundamentale Menschenrechte in so massiver Weise verletzt, dass dadurch Tatbestände des Völkerstrafrechts erfüllt werden, verlangt das Völkerstrafrecht, der Rechtstreue gegenüber den Menschenrechten Vorrang zu geben, also Rechtstreue gegenüber der je eigenen Rechtsordnung zu verweigern.<sup>27</sup> Sekundiert wird der Zweck, Vertrauen in die Geltung der Menschenrechte zu stabilisieren, durch die Bestrafung der Träger nationaler öffentlicher Gewalt, die menschenrechtswidriges Recht gesetzt (und durchgesetzt) haben. Ihre Autorität wird für illegitim erklärt, sodass ihre Gesetzgebung als Rechtsquelle unwirksam ist.<sup>28</sup> Dass die universelle Assoziation der Menschenrechtssubjekte die gleichmäßige, nicht selektive Anwendung ihres Völkerstrafrechts erst noch lernen muss, steht freilich auf einem anderen Blatt – das aber nur deshalb (selbst-)kritisch geschrieben werden kann, weil niemand und erst recht kein Nationalstaat auf Dauer sich dem Rechtfertigungsverlangen des Weltbürgers gegenüber dem (National-)Staatsbürger (bzw. dem Träger nationaler öffentlicher Gewalt) entziehen kann.

Allerdings darf auch nicht übersehen werden, dass die kosmopolitische Assoziation aller Menschenrechtssubjekte nicht nur durch das Faktum der Konkurrenz souveräner Nationalstaaten nahezu zum Verschwinden gebracht wurde, sondern dass sie sich in ihrer eigenen historischen Praxis gleichsam auch von innen aushöhlte. Auch hier lassen sich die Ursprünge bis zu den revolutionären Gründungsakten zurückführen, so namentlich im widersprüchlichen Verhältnis zur Sklaverei. Evident ist dies in den USA. In Frankreich wird 1794 die Sklaverei zwar per Gesetz abgeschafft, doch bleibt dies weitgehend unwirksam, mit der Ausnahme von St. Domingo, wo die afrikanischen Sklaven jedoch erst durch mehrere Aufstände die Geltung der Menschenrechte für sich selbst durchsetzen mussten. Napoleon führt die Sklaverei dann 1802 wieder ein, bereits angetrieben von dem Bestreben, Frankreich im internationalen wirtschaftlichen Konkurrenzkampf zu stärken. 1804 führen die Sklaven auf St. Domingo einen Befreiungskrieg, an dessen Ende Haiti als erste unabhängige Nation ehemaliger afrikanischer Sklaven gegründet wird.<sup>29</sup> Freilich dauert es weltweit noch fast ein weiteres Jahrhundert bis zur endgültigen Abschaffung der Sklaverei. Doch beginnt sich daraufhin sogleich ein „post-emanzipatorischer Rassismus“<sup>30</sup> durchzusetzen, der mithilfe vermeintlich biologisch begründeter Diskriminierungen ethnische Minderheiten (und darunter vor allem die Nachkommen der vormals versklavten Afrikaner) aus der kosmopolitischen Assoziation der Menschenrechtssubjekte ausschließt. Das Los der Bevölkerungen in den Kolonien ist zumeist nicht besser, und je mehr sie der westlichen *mission civilisatrice* unterworfen werden, desto selbstverständlicher scheint es gerechtfertigt, ihnen die Menschenrechte vorzuenthalten –

27 Vasco Reuss, Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts. Was bedeutet positive Generalprävention in der globalen Zivilgesellschaft?, Münster 2012.

28 Klaus Günther/Vasco Reuss, Legitimation des Völkerstrafrechts in Deutschland – Völkerstrafrecht als Bürgerstrafrecht, in: Christoph Safferling/Stefan Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik – Praxis des Völkerstrafrechts, Berlin/Heidelberg 2014, 127-163.

29 S. dazu sowie zur zeitgenössischen und zur späteren Rezeption, aber auch zum kommunikativen Beschweigen dieses Ereignisses, Susan Buck-Morss, Hegel und Haiti, Berlin 2011, 58 ff. u. 129 ff.

30 Jürgen Osterhammel, Sklaverei und die Zivilisation des Westens, München 2000, 35.

und sei es auch nur vorerst, aber auf unbestimmte Zeit, bis sie sich der einseitigen, okzidentalen Interpretation der Menschenrechte angepasst haben. Es dauert auch nicht lange, bis Rassismus und Nationalismus eine unheilvolle Mischung eingehen, die auf jede beliebige ethnische Minderheit innerhalb einer Nation oder im Zuge von Eroberungskriegen auf Minderheiten unterworfenen Nationen angewendet werden kann, um deren Exklusion oder Vernichtung zu rechtfertigen.

Ebenfalls evident ist der Widerspruch zwischen der kosmopolitischen Assoziation aller Menschenrechtssubjekte und der Exklusion der Frau. Olympe de Gouges Versuch im Jahre 1791, der Menschenrechtserklärung von 1789 eine Erklärung der Rechte der Frau und der Bürgerin zur Seite zu stellen, indem sie nichts anderes tat, als die universelle Erklärung folgerichtig auf das Verhältnis zwischen Frauen und Männern anzuwenden, verhalte folgenlos. Dafür wurden Frauen in der Folgezeit aber umso mehr in ethno-nationalistische Narrative inkludiert, vor allem unter bio-politischen Aspekten. Sie hatten zur Steigerung der Fertilitätsrate der Nation und damit zum demographischen Konkurrenzkampf zwischen den Nationen beizutragen. Die Nation als Schicksals- und Kampfgemeinschaft war auf den stetigen Nachwuchs und dessen Erziehung zu produktiven Arbeitskräften und wehrfähigen Männern existentiell angewiesen.

In dem Maße, wie ethno-nationalistische Narrative das Selbstverständnis einer Assoziation von Rechtsgenossen dominieren, verstehen die Staatsbürger die Interpretation und Ausgestaltung ihres Systems der Rechte ausschließlich als Teil eines ethisch-politischen Diskurses über die jeweilige nationale Identität. Der nationalistisch gesinnte Staatsbürger fällt sich in diesem Diskurs gleichsam selbst ins Wort und bringt sich in seiner Rolle als Weltbürger und Menschenrechtssubjekt selbst zum Schweigen. Er wird sich seiner Doppelrolle nicht bewusst, das nationalstaatsbürgerliche Selbstbewusstsein verwandelt sich in eine von sich selbst entfremdete Gestalt, abgetrennt vom weltbürgerlichen *status constituens*. Nur in seltenen revolutionären Augenblicken erwacht die Erinnerung daran, dass er/sie im Kampf um Freiheitsrechte, politische Mitwirkungsrechte und soziale Teilhaberechte<sup>31</sup> auf normative Ressourcen zurückgreift, die in dem versunkenen, fast schon vergessenen und fremd gewordenen Land der kosmopolitischen Assoziation aller Menschenrechtssubjekte liegen. Ansonsten sind es die Ausgeschlossenen, die Diskriminierten und Benachteiligten, die sich auf diese Assoziation berufen, wenn sie unter Berufung auf die Menschenrechte die Tür zu dem nationalen Raum des Diskurses über die Grund- und Bürgerrechte aufstoßen. Nur aus der universellen Assoziation können sie gegenüber der nationalen Assoziation die Autorität beziehen, neue Rechte einzufordern. Denn die Assoziation zu einer nationalen Rechtsgemeinschaft ist ja nichts anderes als das Ergebnis des Entschlusses, die universelle Assoziation der Menschenrechtssubjekte auf dem umgrenzten Territorium unter einem gemeinsamen Gesetz zu verwirklichen. Die Kämpfe um das System der Rechte, um Freiheit, soziale Gerechtigkeit und politische Teilnahme werden zwar national geführt, aber nur deshalb, weil die Menschenrechte sich zunächst nur als Grund- und Bürgerrechte nationaler Verfassungen realisieren lassen. Mindestens drei Umstände sind es, aus denen sich die vorherrschende nationalhistorische Deutung des errungenen Niveaus der Grund- und Bürgerrechte erklären lässt: Die Verbundenheit dieser Kämpfe mit den jeweils verschiedenen historischen, sittlichen und lokalen normativen Kontexten ebenso wie mit den jeweiligen sozialen, ökonomischen und ökologischen Umständen, sowie schließlich das jeweilige – ebenso umkämpfte – nationa-

31 S. statt vieler nur: Thomas Marshall, Bürgerrechte und soziale Klassen, Frankfurt am Main 1992.

le Arrangement von Verfassungsordnung, Rechtsstaat und Demokratie, das den institutionellen Kontext einer Grundrechte ausschöpfenden Verfassungsdynamik bildet. Das ändert jedoch nichts daran, dass Struktur und Dynamik dieses Kampfes um das System der Rechte eine Folge des Entschlusses sind, sich zu einer Assoziation von Rechtspersonen zusammenzuschließen, mit der die universelle Assoziation auf einem bestimmten Territorium und unter kontingenten Umständen realisiert wird. In dem Maße, wie die Staatsbürger/-innen mit ihrer nationalgeschichtlichen Deutung ihrer eigenen Kämpfe sich dieses Zusammenhangs wieder bewusst werden, werden sie sich auch ihrer Doppelrolle wieder inne.

## VII.

Nicht nur die Erfahrungen mit den durch einen ethnisch geprägten Nationalismus ausgelösten Menschheitskatastrophen, sondern vor allem die gegenwärtige Notwendigkeit einer transnationalen Koordination und Kooperation, zunächst innerhalb Europas unter den Staaten der EU, lassen den konstruktiven Charakter der Gründung einer Assoziation von Rechtsgenossen wieder bewusst werden. Dieses Bewusstsein affiziert auch die Erfahrung der Staatsbürger einer Nation mit ihrer eigenen Geschichte. Erst in dem Maße, wie der artifizielle und konstruktive Charakter des Projekts der demokratischen Verwirklichung der Rechte auf Freiheit und Gleichheit wieder hervortritt, erscheint auch die eigene Nationalgeschichte in einem anderen Licht. Sie lässt sich nunmehr als die jeweils historisch und sozial bedingte, spezifische und individuelle Verwirklichungsgeschichte dieses Projekts verstehen, die man nicht ohne Weiteres preisgeben will. „In Europa ist heute unter selbstbewussten Bürgern die Überzeugung verbreitet, dass sie den demokratisch und rechtsstaatlich verfassten Praktiken und Institutionen ihres Staates das fragile Gut freier und relativ gerechter, sozialstaatlich halbwegs gesicherter Lebensverhältnisse verdanken. (...) Ihre Nationalstaaten sollen auch in der Rolle von künftigen Mitgliedstaaten *als Garanten des schon erreichten Niveaus von Recht und Freiheit* erhalten bleiben.“<sup>32</sup> In dem Maße, wie diese Überzeugung zu dem legitimierenden Grund für die Bewahrung der nationalen Souveränität wird, tritt aber auch der artifizielle und konstruktive Charakter dieser Praktiken und Institutionen wieder hervor.

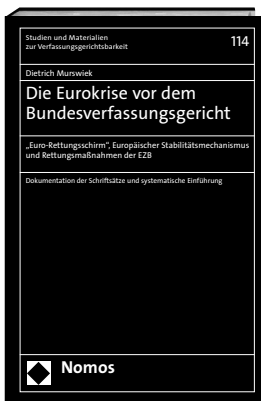
Dieser Charakter tritt nun endlich aus dem Schatten des Ethno-Nationalismus heraus und lässt damit konstruktiv den Gedanken einer geteilten Souveränität zu. Er nimmt nur eine Einsicht wieder auf, die mit der modernen Rechtsform und ihrem Gebrauch durch die Gründer einer Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen schon präsent war. Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Beteiligten mit dieser Einsicht zugleich in Distanz zu einem nationalstaatlichen, vorrechtlichen Selbstverständnis setzen.

Dabei ist es ironischerweise jener ursprüngliche interne Zusammenhang zwischen der Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen und einer Nation, dessen erinnernder Nachvollzug dazu beitragen könnte, sich heute gegenüber einem ethnisch-partikularen Verständnis der Nation abzusetzen. Am konstruktiven und artifiziellen Charakter der Nation als einer Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen lässt sich wie an einem Modell ablesen, was mit der geteilten Souveränität heute zu institutionalisieren ist. Als Unionsbürger treten wir in Distanz zu unserer national-staatsbürgerlichen Identität, so wie in den Revolutionen Ende des 18. Jahrhunderts die Staatsbürger einer Nation in Dis-

32 Habermas (Fn. 1), 177.

tanz zu ihren herkömmlichen Rechten und Privilegien, ihren ethnischen Zugehörigkeiten und lokalen Identitäten getreten sind. Wird der konstruktive Charakter dieser geteilten Souveränität erst einmal für alle Beteiligten durchsichtig, dann wird uns schließlich auch bewusst, dass wir diese beiden Rollen nur übernehmen können, weil wir dabei immer auch noch, wie schon in den bürgerlichen Revolutionen, zugleich Rechtsgenossen in der weltbürgerlichen Assoziation der Menschenrechte sind. Deshalb ist die geteilte Souveränität der Unionsbürgerschaft nur ein Zwischenschritt auf dem Wege zur kosmopolitischen Rechtsgenossenschaft. Gegenwärtig sind es die Flüchtlinge und Asylsuchenden, die diese Trias wieder in Erinnerung rufen, indem sie an unser aller kosmopolitische Rechtsgenossenschaft appellieren.

## Die „Euro-Rettung“ als Demokratieproblem



### Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht

„Euro-Rettungsschirm“,  
Europäischer Stabilitätsmechanismus und  
Rettungsmaßnahmen der EZB

Dokumentation der Schriftsätze  
und systematische Einführung

Von Prof. Dr. Dietrich Murswiek

2016, 726 S., geb., 78,- €

ISBN 978-3-8487-1964-8

eISBN 978-3-8452-6109-6

(Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 114)

[nomos-shop.de/24084](http://nomos-shop.de/24084)

Gefährdet die „Euro-Rettung“ die Demokratie? Dietrich Murswiek präsentiert seine Schriftsätze aus den Prozessen gegen die Rettungspolitik. Das ist Staats- und Europarecht in Schriftsatzform, Argumente zu aktuellen Grundsatzfragen der demokratischen Legitimation im europäischen Staatenverbund.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar  
unter: [www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**