

Die Grenzen der Funktionalität des Rechts am Beispiel nationaler Identität

Daniel Haefke*

Der Beitrag argumentiert, dass ein funktionalistisches Verständnis von Recht an seine Grenzen stößt, wenn es das Mitwirken von Recht an der Entwicklung von Identitäten erfassen möchte. In einem ersten Schritt zeichnet der Beitrag die Erkenntnisse der *nation studies* über die Entstehung nationaler Identität nach, um sodann auf dieser Grundlage die Rolle von Recht bei der Schaffung nationaler Identität zu beschreiben. Dabei werden einerseits die Potentiale einer interdisziplinären Hinwendung zu den *nation studies* verdeutlicht, andererseits die Grenzen eines rein funktionalistischen Rechtsverständnisses aufgezeigt.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	191
II. Über das funktionalistische Rechtsverständnis und seine Grenzen	192
III. Über die Entstehung nationaler Identität	196
IV. Über die nationale Identitätsschaffung durch Recht	200
V. Ausblick: Über das Verhältnis von Recht und Identität allgemein	204

I. Einleitung

Die 65. Junge Tagung Öffentliches Recht widmet sich dem Themenkomplex „Funktion und Funktionalität des Rechts“. Um das Recht in seinem funktionalen Potential richtig erfassen, kritisieren und einsetzen zu können, ist es zunächst notwendig, die Mechanismen und auch die Begrenzung eines funktionalistischen Verständnisses von Recht zu verstehen. Dieser Beitrag verschreibt sich dieser Aufgabe: die Grenzen der Funktionalität des Rechts auszuloten und zu diskutieren. Er wendet sich interdisziplinär Erkenntnissen der *nation studies* zu, um zu zeigen, wie nationale Identität und Recht in einer wechselseitigen Wirkung stehen. Öffentliches Recht, und insbesondere Verfassungsrecht, ist gleichermaßen Produzent wie Produkt der

* Daniel Haefke, J.S.D. & LL.M. (Cornell), ist Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin und war zuvor Graduate Lecturer an der Cornell Law School.

imagined community der Nation. Wenn dieser Prozess aber zwangsläufig wechselwirkend stattfindet und (wie ebenfalls zu zeigen sein wird) stets unbewusste Momente enthält, so verkompliziert das – jedenfalls für die Identitätsschaffung durch Recht – die Hoffnung, Recht könne als bewusstes, funktionales Mittel gesellschaftlicher Steuerung gezielt geschaffen und angewandt werden.

Der Beitrag diskutiert zunächst, was ein funktionalistisches Rechtsverständnis auszeichnet, welche Verbreitung und Attraktivität ihm zukommt – und argumentiert, dass in Bezug auf das Verhältnis von Identität und Recht dieses Verständnis zu kurz greift (II.). In einem zweiten Schritt wird vorgestellt, wie die Entstehung und Entwicklung nationaler Identität in den *nation studies* beschrieben wird (III.). Diese Erkenntnisse werden sodann fruchtbar gemacht, um, bei besonderer Berücksichtigung der Rolle von Grundrechten und unter Bezugnahme auf das deutsche Grundgesetz, den Prozess der nationalen Identitätsschaffung durch Recht zu erfassen (IV.). Abschließend wird auf mögliche Schlussfolgerungen über das Verhältnis von Recht und Identität allgemein und auf die besondere Bedeutung interdisziplinärer Betrachtungsweisen zur Erforschung dieses Verhältnisses hingewiesen (V.).

II. Über das funktionalistische Rechtsverständnis und seine Grenzen

Die folgenden Ausführungen gründen auf der Annahme, dass Jurist*innen, wenn sie von der *Funktionalität des Rechts* sprechen, im Wesentlichen dabei ein ganz bestimmtes Verständnis von *Funktionen* zugrunde legen, nämlich eines, nach dem Recht eine Rolle als Element bewusster gesellschaftlicher Steuerung zukommen kann. Es geht dabei somit um *Funktionalität* im Sinne einer Instrumentalität. Dieses Begriffsverständnis unterscheidet sich davon, wie andere Wissenschaftsdisziplinen über *Funktionalität* sprechen. In der Soziologie etwa dient *Funktionalismus* als Sammelbegriff verschiedener normativer und empirischer Erklärungsmodelle, von denen einige ausdrücklich zwischen manifesten und latenten Funktionen unterscheiden. Manifeste Funktionen eines Systems sind nach Robert Merton, auf den diese Unterscheidung zurückgeht, Konsequenzen, die von Partizipierenden eines Systems intendiert und wahrgenommen werden, während latente

Funktionen weder intendiert noch wahrgenommen sind.¹ Eine in diesem Sinne verstandene Funktionalität umfasst damit begrifflich mehr als die hier benutzte Gleichsetzung von Funktionalität und Instrumentalität. Auch in der vergleichenden Rechtswissenschaft werden sehr verschiedene Funktionalitätsbegriffe herangezogen, von denen einige sehr eng (wie der hier benutzte), andere aber auch deutlich weiter sind.²

Einem Verständnis von Recht als gesellschaftliches Steuerungselement geht es zunächst nur um manifeste Funktionen im Sinne Mertons. Es geht ihm darum, dass gesetztes Recht auf eine bestimmte Art und Weise *funktioniert*. Die so verstandene Funktionalität spielt dann eine entscheidende Rolle, wenn Recht geschaffen und gezielt weiterentwickelt werden soll. Rechtsnormen verfolgen nach diesem Verständnis ein Ziel außerhalb ihrer selbst. Sie dienen einem Zweck und können evaluiert werden, indem überprüft wird, inwieweit das von ihnen verfolgte Ziel tatsächlich erreicht wird. Ein solches funktionalistisches Verständnis von Recht ist historisch in Deutschland weniger ausgeprägt als beispielsweise in der angloamerikanischen Rechtskultur. So ist bereits die US-amerikanische juristische Ausbildung davon geprägt, angehenden Rechtsanwender*innen die Fähigkeit stringenter funktionalistischer Argumentation nahezubringen. In sämtlichen Rechtsbereichen werden Rechtsnormen – gesetzes- wie richterrechtliche – in ihrem gesellschaftlichen Wirkungskontext verstanden und ausgelegt. Studierende lernen früh mit Oliver Wendell Holmes, dass das „Leben des Rechts [...] nicht Logik, sondern Erfahrung“³ sei und dass gute juristische Argumentation daher auf Begriffe zurückzugreifen habe, die das Wirken von Recht in der gesellschaftlichen Praxis benennen: *efficiency*, *efficacy*, *incentives*, *common good* oder *welfare*.

In der deutschen Rechtswissenschaft ist hingegen, viel stärker als in den USA, der Gedanke verbreitet, dass dem Recht eine gewisse Eigenrationalität zukommt. Ein solches deontologisches Verständnis verbietet es, Recht als bloßes Mittel zum Zweck zu begreifen und es auf seine funk-

-
- 1 R. K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, New York: Simon and Schuster 1968, enlarged ed., S. 43.
 - 2 Für eine Übersicht, s. R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, S. 339 (345 ff.).
 - 3 O. W. Holmes zitiert nach J. Petersen, *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*, Tübingen 2020, S. 85.

tionale Rolle herunterzurechnen.⁴ Diese historische Prägung dürfte verhindert haben, dass man in Deutschland von einem rein funktionalistischen Rechtsverständnis sprechen könnte. Sie hat aber keineswegs verhindert, dass gewisse funktionalistische Gesichtspunkte in der deutschen Rechtswissenschaft seit jeher verbreitet und wohl auch im Wachsen begriffen sind. Einerseits sind funktionalistische Betrachtungsweisen gut integrierbar in die für die deutsche Rechtsauslegung so zentralen Kategorien des teleologischen und historischen Argumentes: dass der eigentliche „Sinn“ einer Norm nicht nur durch Grammatik und Logik, sondern auch durch ihren Zweck zu bestimmen ist, hat sich schon seit langem in der deutschen Rechtswissenschaft durchgesetzt.⁵ Nicht wenige Stimmen innerhalb des deutschen Diskurses erachten das teleologische Argument gar als den „Königsweg zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse“.⁶ Andererseits hat sich die deutsche Rechtswissenschaft in ihrer Sicht auf das Recht stetig, wenn auch zögerlich, an die angloamerikanische Rechtswissenschaft angenähert, was nicht zuletzt anhand einer wachsenden internationalen akademischen Vernetzung oder der Geläufigkeit von Studien-, Forschungs- und Lehraufenthaltenden deutscher Rechtswissenschaftler*innen im angloamerikanischen Raum nachzuvollziehen ist.

Das funktionalistische Rechtsverständnis ist für Jurist*innen besonders attraktiv. Es ermöglicht ihnen eine exponierte gesellschaftliche Rolle und eröffnet vielversprechende analytische Räume. *Positiv gewendet* erlaubt ihnen ein funktionalistisches Rechtsverständnis, dass sie aktiv zur Weiterentwicklung des Rechts beitragen können. In der Politik, also in der Sphäre der primären rechtsetzenden Instanz, wird Recht ohnehin als gesellschaftliches Steuerungsinstrument aufgefasst. Schaffen es Jurist*innen daher, in einer an diese Logik angepassten (funktionalistischen) Weise zur Politik über Recht zu sprechen, ermöglicht das ihnen das Besetzen einer attraktiven Rolle: dank ihrer besonderen Expertise können sie beratend auf die

4 Vgl. D. Birnbacher, *Analytische Einführung in die Ethik*, Berlin u.a. 2003, S. 113 ff., 119 (zum Begriff deontologischer Ethik); U. Neumann, *Die Moral des Rechts: Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral*, Jahrbuch für Recht und Ethik 1994, Bd. 2, 81 (84 f.) (zur Verbreitung deontologischer Annahmen jedenfalls im deutschen Strafrecht).

5 D. Grimm, *Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinärer Forschung in der Rechtswissenschaft*, in: S. Kirste (Hrsg.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften: ein interdisziplinärer und internationaler Dialog*, Berlin 2016, S. 21 (26).

6 Vgl. R. Zimmermann, *Juristische Methodenlehre in Deutschland*, *RabelsZ* 2019, 241 (260 ff.) m.w.N.

Rechtsetzung einwirken.⁷ Dies kann unmittelbar durch Aussagen in Ausschüssen, Erstellung von Gutachten oder informelle Beratung geschehen, aber auch vermittelt durch öffentliche Äußerungen und Publikationen, die sich an einen über den innerakademischen Diskurs hinausreichenden Adressatenkreis richten. *Negativ gewendet* eröffnet ein funktionalistisches Rechtsverständnis besondere Räume der Kritik. Funktionalistische Rechtskritik findet sich etwa in dem Topos des „Rechts als Herrschaftsinstrument“.⁸ Mit ihm wird Recht seiner Funktion überführt und (vermeintlich) als bewusstes Element gesellschaftlicher Steuerung „enttarnt“.

Es gibt also gute Gründe für die Rechtswissenschaft, sich einem funktionalistischen Rechtsverständnis zuzuwenden. Dieses Verständnis hat aber – sei es positiv, sei es negativ gewendet – ein grundlegendes Problem: es vereinfacht das Verhältnis von Recht und Identität. Wird Recht als gesellschaftliches Steuerungselement verstanden, so ist nämlich die Beziehung von Recht und Subjekten stets einseitig: Subjekte produzieren („setzen“) Recht. Dabei wird analytisch eine Ebene der in Wahrheit wechselseitigen Beziehung von Recht und Subjekten unterschlagen: Recht ist nicht nur das Produkt von Subjekten, sondern produziert auch die Identität dieser Subjekte. Das Problem an der Unterschlagung dieser Kehrseite ist, dass die Identität der Subjekte, die das Recht setzen, nur als bereits bestehende imaginiert werden kann. Damit schneidet sich ein rein funktionalistisches Rechtsverständnis eine wichtige Möglichkeit analytischer Erkenntnis ab: zu verstehen, wie Recht an der Entwicklung von Identitäten mitwirkt.

Um dieses Dilemma des funktionalistischen Rechtsverständnisses genauer fassen zu können, lohnt es sich, in einem ersten Schritt, den Blick zu weiten und zunächst zu untersuchen, wie die Identität von Subjekten entsteht. Dies wird folgend anhand des Beispiels *nationaler* Identität getan. In einem zweiten Schritt ist dann zu fragen, wie Recht an der Schaffung dieser nationalen Identität mitwirkt.

7 Zum erheblichen globalen Einfluss juristischer Expertise auf Rechtsetzung, s. D. Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton: Princeton University Press 2018.

8 Zu Marx' Begriff des Rechts als „Herrschaftsinstrument der herrschenden Klasse“, s. etwa T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. Aufl., Tübingen 2007, S. 57.

III. Über die Entstehung nationaler Identität

Mit der Frage, wie nationale Identität entsteht, haben sich in den vergangenen Jahrzehnten Personen aus verschiedenen Disziplinen beschäftigt. Dadurch ist ein interdisziplinär geprägtes Feld entstanden, das als *nation studies* bezeichnet wird. Die *nation studies* definieren sich folglich nicht durch eine bestimmte Methode, sondern über ihren Forschungsgegenstand. Zu dem Feld zählten ursprünglich insbesondere Forschende aus den Geschichtswissenschaften, der Soziologie und der Anthropologie. Trotz einiger Vordenker wie Carlton J. H. Hayes oder Hans Kohn⁹ kristallisierten sich die *nation studies* als eigene Disziplin erst in dem letzten Jahrzehnt des Kalten Krieges heraus. Innerhalb eines Jahres, 1983, das der Historiker Hans-Ulrich Wehler deshalb als Wendepunkt („annus mirabilis“) der Nationalismustheorien bezeichnete,¹⁰ erschienen gleich drei grundlegende Werke, die die *nation studies* bis heute prägen: Benedict Andersons *Imagined Communities* (auf deutsch: *Die Erfindung der Nation*), Ernest Gellners *Nations and Nationalism* (auf deutsch: *Nationalismus und Moderne*) und die von Eric Hobsbawm und Terence Ranger herausgegebene Essaysammlung *The Invention of Tradition*.¹¹

Trotz fundamentaler Unterschiede sowohl methodischer Art als auch hinsichtlich der lokalen Schwerpunktsetzung verbindet diese Werke Einiges, wenn es um die Frage geht, wie nationale Identität entsteht. Leitend kann dabei folgende Definition der Nation von Benedict Anderson, dessen Konzept der *Imagined Community* mittlerweile ein *Truism* unter Forschenden in den *nation studies* geworden ist,¹² gelten: Nationen sind „eine vorgestellte politische Gemeinschaft – vorgestellt als begrenzt und souverän“.¹³

9 S. insb. C. J. H. Hayes, *Nationalism: A Religion*, New York: MacMillan 1960 und H. Kohn, *Die Idee des Nationalismus: Ursprung und Geschichte bis zur Französischen Revolution*, Frankfurt a. M. 1962.

10 H.-U. Wehler, *Nationalismus: Geschichte, Formen, Folgen*, München 2001, S. 8.

11 B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, New York: Verso Books 1983; E. Gellner, *Nations and Nationalism*, Ithaca: Cornell University Press 1983; E. J. Hobsbawm/T. O. Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge u.a.: Cambridge University Press 1983.

12 M. Wright/L. Morris, 'Solidarity' versus Values as Drivers of Support for Immigrants' Access to Social Benefits, in: G. Gustavsson/D. Miller (Hrsg.), *Liberal Nationalism and Its Critics: Normative and Empirical Questions*, Oxford: Oxford University Press 2020, S. 115 (117).

13 B. Anderson, *Die Erfindung der Nation: zur Karriere eines folgenreichen Konzepts*, erw. Ausgabe, Berlin 1998, S. 14.

Sie sind eine *Gemeinschaft*, da sie immer verstanden werden als „kameradschaftlicher‘ Verbund von Gleichen“,¹⁴ allerdings *vorge stellt*, da ein Mitglied der Nation die meisten anderen „niemals kennen, ihnen begegnen oder auch nur von ihnen hören“ wird.¹⁵ Die Einsicht der *nation studies* in die Entstehung und Wirkweise nationaler Identität lässt sich gut darin erkennen, in Ablehnung welcher verbreiteter Tropen über das vermeintliche Wesen der Nation die Theorien entwickelt wurden. Drei Abgrenzungen sind dabei besonders beachtlich.

Erstens grenzen sie sich von den weit verbreiteten Formulierungen ab, Nationen seien bloße Ideen, Narrative und Geschichten oder ließen sich erschöpfend als politische Strategien verstehen.¹⁶ Die Entstehung von Nationen beschreiben die *nation studies* vielmehr als das Resultat bestimmter materieller Voraussetzungen. Dabei setzen die Autoren durchaus andere Schwerpunkte in ihrer Erklärung, was historisch die Verbreitung der Nation als Konzept vorantrieb. Gellner betont insbesondere die Rolle der Industrialisierung und den damit einhergehenden Bedarf an Standardisierung und mobiler Arbeitsteilung,¹⁷ Anderson hebt die Bedeutung des Print-Kapitalismus hervor,¹⁸ Hobsbawm stellt vor allem auf die vor dem Hintergrund veränderter ökonomischer Rahmenbedingungen gestiegenen Anforderungen an die Integration von Individuen in den Staat ab.¹⁹ Alle drei sind sich aber im Kern einig: die *imagined community* der Nation ist, wie es der Politikwissenschaftler Kevin Olson auf den Punkt bringt, „not a disembodied linguistic phenomenon, but one that is deeply physical, mundane, and material.“²⁰

Zweitens ging es den *nation studies* in den 1980er Jahren gleichzeitig darum, die theoretische Sackgasse zu überwinden, in der sich insbesondere (orthodox-)marxistische Erklärungsmodelle der Nation befanden.²¹

14 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 16.

15 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 14.

16 In diese Richtung etwa R. M. Smith, *Stories of Peoplehood: The Politics and Morals of Political Membership*, Cambridge: Cambridge University Press 2003; oder M. C. Nussbaum, *Toward a Globally Sensitive Patriotism*, Daedalus 2008, Bd. 137, 78.

17 E. Gellner, *Nationalismus und Moderne*, Berlin 1995, S. 42, 55.

18 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 43 ff.

19 Vgl. E. J. Hobsbawm, *Nationen und Nationalismus: Mythen und Realität seit 1780*, Frankfurt a.M. 1991, S. 98 ff.

20 K. Olson, *Imagined Sovereignties: The Power of the People and Other Myths of the Modern Age*, Cambridge u.a.: Cambridge University Press 2016, S. 25.

21 Vgl. Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 11 ff. (beschreibt die Unfähigkeit marxistischer Bewegungen, das Wesen der Nation zu erfassen); Gellner, *Nationalismus* (Fn. 17),

Im Erklären jeglicher gesellschaftlicher Phänomene durch ökonomischen Determinismus verblieb wenig Raum für die Beschreibung sozialer Differenzierungen wie dem Entstehen unterschiedlicher Nationalitäten.²² Weder die Besonderheiten verschiedener nationaler Imaginationen noch ihre historische Veränderung und ihre gleichmäßige Anziehungskraft auf ideologisch völlig konträre politische Akteure konnten mit dem ökonomischen Reduktionismus hergebrachter marxistischer Theorie zufriedenstellend erklärt werden.

Drittens grenzen sich die *nation studies* von ihrem wohl größten ideengeschichtlichen Antagonisten ab: dem Primordialismus. Dieser greift auf (sozio)biologische und sogar genetische Erklärungen für Nationen zurück.²³ Die Verbindung von Ethnizität und Nation – so zentral in vielen nationalen Imaginationen – ist für Anhänger primordialer Erklärungsansätze real. Dagegen betonen die Theoretiker der *nation studies* den konstruierten Charakter der Nation. Für sie stellvertretend fasst Gellner zusammen: Nationen sind ein „Mythos“, da sie weder „in das Wesen der Dinge eingeschrieben [sind], sie bilden nicht eine politische Version der Lehre von den natürlichen Arten“, noch „waren Nationalstaaten das manifeste letzte Ziel ethnischer oder kultureller Gruppen“. ²⁴ Sind Nationen aber in diesem Sinne „unnatürlich“, nämlich konstruiert, so sind nationale Identitäten auch nicht unveränderbar.²⁵ Wie die ursprüngliche Entstehung von Nationen kann sodann auch ihre fortschreitende Perpetuierung und die Veränderung nationaler Identität nachvollzogen und studiert werden. Die Gründungs-eltern der *nation studies* waren erfolgreich darin, unter Forschenden in dem Feld primordiale Erklärungsansätze für die Entstehung von Nationen

S. 143, 169, 190 (grenzt seine Theorie – teilweise als explizite Zurückweisung – von vorherigen marxistischen Erklärungen der Nation und marxistischer Geschichtsphilosophie ab); A. D. Smith, *Nationalism and Modernism: A Critical Survey of Recent Theories of Nations and Nationalism*, London: Routledge 1998, S. 5 f. (bemerkt, dass Hobsbawm und Anderson beide versuchten, über orthodox-marxistische Annahmen hinauszukommen).

22 S. Hall, Gramscis Erneuerung des Marxismus und ihre Bedeutung für die Erforschung von „Rasse“ und Ethnizität, in: *Ideologie, Kultur, Rassismus: Ausgewählte Schriften* 1, Hamburg 1989, S. 56 (64).

23 M. Sökefeld, Problematische Begriffe: „Ethnizität“, „Rasse“, „Kultur“, „Minderheit“, in: Schmidt-Laubner (Hrsg.), *Ethnizität und Migration: Einführung in Wissenschaft und Arbeitsfelder*, Berlin 2007, S. 31 (32 f.) (grundlegend zur Bedeutung des Primordialismus und seiner Opposition zum Konstruktivismus).

24 Gellner, *Nationalismus* (Fn. 17), S. 77.

25 Vgl. Wehler, *Nationalismus* (Fn. 10), S. 10.

durch konstruktivistische zu ersetzen.²⁶ Das bedeutet aber nicht, dass primordiale Annahmen über die Nation nicht weiterhin innerhalb nationaler Imaginationen selbst von großer Bedeutung wären. Im Gegenteil: Nationalismen ziehen einen erheblichen Teil ihrer normativen Kraft daraus, dass Nationen als natürlich imaginiert werden.²⁷ Eine nationale Identität zu besitzen ist zwar kein inhärentes menschliches Attribut, aber – so konstatiert etwa Gellner – „es hat diesen Anschein erworben“.²⁸ Nationale Identität bekommt die Stellung einer biologischen Notwendigkeit: „[e]in Mensch braucht eine Nationalität, so wie er eine Nase und zwei Ohren haben muß“.²⁹

Wie entsteht nun nationale Identität, wenn man den gemeinsamen Grundannahmen der *nation studies* in ihrer Betonung der materiellen Realität der Nation bei gleichzeitiger Ablehnung von ökonomischem Determinismus und Primordialismus folgt? Nationale Identität entsteht erst in der Wechselwirkung zwischen Nationen und Individuen. Als „vorgestellte politische Gemeinschaft“³⁰ existiert die Nation erst, wenn sie parallel von einer Vielzahl an Individuen imaginiert wird. Sie braucht also zwingend das Individuum, bevor sie Realität werden kann. Gleichzeitig existieren aber ebendiese Individuen nicht *a priori* als *nationale* Subjekte. Zu solchen müssen sie erst werden. Der Prozess nationaler Subjektwerdung erinnert dabei an den der Interpellation, wie ihn Louis Althusser beschrieben hat: Individuen werden als (nationale) Subjekte angesprochen, während sie das (nationale) Bestehende anerkennen (dass es „in der Tat so ist und nicht anders“).³¹ Dieses „Anerkennen“ zeigt den paradoxen Charakter nationaler Identität: sie ist eine *choix forcé* (das Individuum muss „wählen, was ihm bereits gegeben ist“ und wird stets behandelt, als hätte es „die Wahl bereits getroffen“).³²

Hier zeigt sich die Grenze funktionalistischer Erklärungsmodelle für die Entstehung und Entwicklung nationaler Identität. Sie preisen den nicht wählbaren Charakter nationaler und nationalstaatlicher Identität nicht ein.

26 Smith, Nationalism (Fn. 21), S. 2.

27 Olson, Sovereignties (Fn. 20), S. 97.

28 Gellner, Nationalismus (Fn. 17), S. 16.

29 Gellner, Nationalismus (Fn. 17), S. 15.

30 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 14.

31 L. Althusser, Ideologie und ideologische Staatsapparate (Anmerkungen für eine Untersuchung), in: Ideologie und ideologische Staatsapparate: Aufsätze zur marxistischen Theorie, Hamburg u.a. 1977, S. 108 (148).

32 S. Žižek, Das erhabene Objekt der Ideologie, Wien: Passagen 2021, S. 229.

Weder das Vorhandensein noch der Inhalt der *imagined community* stehen in der freien, bewussten Verfügung der Individuen, die gemeinsam die Gemeinschaft imaginieren. Zwangsläufig beinhaltet der Prozess Elemente, die dem Zugriff des Individuums von vorneherein verschlossen bleiben. Gleichzeitig umfasst er stets unbewusste Elemente. Insbesondere der Akt der nationalen Interpellation als solcher, durch den die *imagined community* ja erst kontinuierlich geschaffen wird, muss vergessen werden. Anderson spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Nation notwendigerweise „erinnert/vergessen“ werden muss.³³ Dieser Effekt offenbart sich beispielsweise in dem Phänomen, dass die (ethnische) Homogenität und Natürlichkeit der eigenen Nation regelmäßig als gegeben angenommen wird, selbst wenn sie gleichzeitig für andere Nationen in Frage gestellt werden kann.³⁴ Die Schaffung nationaler Identität stellt sich somit als ein komplexer Prozess heraus, der nicht hinreichend als bewusste Manipulation durch (nationalstaatliche) Eliten beschrieben werden kann.³⁵

IV. Über die nationale Identitätsschaffung durch Recht

Was folgt aus dem Gesagten für die Schaffung nationaler Identität durch Recht? Inwiefern sind einem funktionalistischen Rechtsverständnis, das Recht als Mittel bewusster gesellschaftlicher Steuerung fasst, dadurch Grenzen gesetzt? Zur Beantwortung dieser Fragen ist die Rolle, die Recht in der nationalen Subjektwerdung spielt, in den Blick zu nehmen. In Anbetracht der Erheblichkeit dieser Rolle ist erstaunlich, wie wenig sie erforscht ist. Während Rechtswissenschaftler*innen sich fast nie mit der Frage nationaler Identitätswerdung auseinandersetzen, wenden sich Forschende der *nation studies* selten explizit der Rolle des Rechts zu. Dabei besteht ein spannender interdisziplinärer Raum zwischen beiden Disziplinen, der eine vertiefte Zuwendung verdient hätte. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf das Verfassungsrecht, dessen Rolle im Prozess nationaler Identitätsschaffung besonders augenscheinlich ist. Aber auch in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Bereich des öffentlichen Rechts, könnte die Schaffung und Entwicklung nationaler Identität nachvollzogen werden.

33 Anderson, Erfindung (Fn. 13), S. 178.

34 Vgl. Hobsbawm, Nationalismus (Fn. 19), S. 81.

35 R. Brubaker, Myths and Misconceptions in the Study of Nationalism, in: J. A. Hall (Hrsg.), *The State of the Nation*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, S. 272 (292); vgl. auch Hobsbawm, Nationalismus (Fn. 19), S. III.

Im Nationalstaat korrespondiert die Interpellation des Individuums als nationales Subjekt mit seiner Transformation in ein*e Staatsbürger*in. Im Ergebnis sind die Mitglieder der *imagined community* der Nation und die Gruppe der Staatsbürger*innen grundsätzlich identisch.³⁶ In beiden Prozessen wird ein unmittelbarer (natürlicher) Link zwischen Nation und Geburt imaginiert.³⁷ Durch den oben aufgezeigten Mechanismus der nationalen Interpellation, in dem Individuen kontinuierlich als *nationale Subjekte* angesprochen werden, wird der konstruierte Charakter der Nation verschleiert, was auch für die Empfindung des (National-)Staates als etwas vermeintlich natürlich Gegebenes nicht folgenlos bleibt:

„So enthält der Gesellschaftsvertrag, den doch jeder mit jedem abschließen soll und alle mit allen, eine vorab installierte Generalklausel, die nie und nimmer zum Gegenstand des gleichwohl unkündbaren Abkommens zu werden vermag. Die Zentralität des politischen Willens steht fest, bevor dieser überhaupt ermittelt worden ist. Nicht über die Frage also, ob überhaupt Staat sein soll, wird abgestimmt, sondern darüber, was seine jeweilige Regierung zu tun und zu lassen hat.“³⁸

In Form des Nationalstaats, dessen staatliche Verfasstheit genau wie die Kopplung an eine bestimmte, als gegeben imaginierte Nation der Disposition der *imagined community* entzogen bleibt, begegnet das Individuum regelmäßig der Nation. Die nationale Interpellation stellt sich dabei als ein kontinuierlicher Prozess dar, der in hunderten trivialen Interaktionen des Individuums erneut stattfindet. Der Nationalismus ist im etablierten Nationalstaat zu einer alltäglichen, endemischen Kondition geworden.³⁹ Dieser „banale Nationalismus“ – wie der Sozialpsychologe Michael S. Billig ausführt – zeigt sich viel eher in der Nationalfahne, die unbeachtet in der Ecke eines staatlichen Gebäudes hängt, als in der Fahne, die bewusst und inbrünstig geschwungen wird.⁴⁰ Das Individuum begegnet der Nation dabei in vielfältiger Weise auch durch das Recht: es nimmt an gerichtlichen Prozessen teil, schließt Verträge, befolgt Gesetze und beruft sich auf Rechte.

36 E. Horváth, Mandating identity: citizenship, kinship laws and plural nationality in the European Union, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, S. 4.

37 Vgl. G. Agamben, Homo sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben, Frankfurt a.M. 2002, S. 137 (über die Rolle der Geburt in der Transformation des „Untertans“ in einen „Bürger“).

38 J. Bruhn, Was Deutsch ist: Zur Kritischen Theorie der Nation, Freiburg 2019, S. 139.

39 M. S. Billig, Banal Nationalism, Los Angeles: Sage 2009, S. 6.

40 Billig, Nationalism (Fn. 39), S. 8.

Insbesondere dem Verfassungsrecht begegnet es zudem, regelmäßig vermittelt durch Kommentierungen politischer Akteure und die Berichterstattung von Massenmedien, in Form des öffentlichen Diskurses über das Verfassungsrecht und die Verfassungsrechtsprechung. Recht ist damit ein Ort, an dem auf verschiedene Weise nationale Interpellation stattfindet.

In dieser nationalen Interpellation durch das Recht spielen insbesondere auch durch die Verfassung garantierte subjektive Rechte eine zentrale Rolle. Diese Rolle hat zwei Seiten: Rechte wurden einerseits regelmäßig historisch im Kampf mit dem Staat errungen, gleichzeitig ordnen sie aber das individuelle Begehren und Leben in die staatliche Ordnung, an die sie adressiert sind, ein.⁴¹ Es zeigt sich hier besonders offen das Wesen nationaler Interpellation. Individuen werden durch den Rekurs auf subjektive Rechte durch den Nationalstaat einerseits als nationale Subjekte angesprochen, wobei gleichzeitig das Bestehende anerkannt wird. Die (nationale) Identität, in der die Individuen angesprochen werden, wird perpetuiert.⁴²

Auch jenseits von subjektiven Rechten kann Verfassungsrecht eine wichtige Rolle in der Herausbildung nationaler Identität spielen. Dabei ist insbesondere die symbolische Funktion der Verfassung nicht zu unterschätzen. Dieser Effekt ist in kaum einer nationalen Identität so sichtbar, wie in der deutschen nationalen Re-Imagination nach 1945. Aber auch hier zeigt sich, wie komplex und weitgehend unkontrolliert die Herausbildung nationaler Identität regelmäßig abläuft. Das Grundgesetz war im Angesicht der Teilung des Deutschen Reiches in mehrere Staaten, wie seine „Väter und Mütter“ betonten, zunächst als Provisorium gedacht.⁴³ Die westdeutsche Öffentlichkeit zeigte 1949 nur geringes Interesse an „ihrer“ neuen Verfassung.⁴⁴ Demgegenüber war das Grundgesetz bereits 1989 zu einem so zentralen Symbol der nationalstaatlichen Identität geworden, dass seine Geltung schlicht vertraglich auf die neuen Länder des „wiedervereinten“

41 Vgl. *Agamben*, *Homo sacer* (Fn. 37), S. 129; *W. Brown*, *Suffering the Paradoxes of Rights*, in: *W. Brown/J. Halley* (Hrsg.), *Left Legalism/Left Critique*, Durham: Duke University Press 2002, S. 420 (422).

42 s. zu dem sich daraus ergebenden Dilemma für multikulturelle Rechte, die immer auch „*racial selves*“ produzieren und perpetuieren, *W. Brown/J. Halley*, *Introduction*, in: *Legalism* (Fn. 41), S. 1 (13).

43 *V. Frick*, *Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand: Die Staats- und Verfassungsdebatten seit 1979*, Tübingen 2018, S. 13.

44 *M. F. Feldkamp*, *Der Parlamentarische Rat 1948-1949: Die Entstehung des Grundgesetzes*, Bonn 2020, S. 170.

Deutschlands erweitert wurde.⁴⁵ Mittlerweile nennen verschiedene Stimmen es einen „(partiellen) Nationen-Ersatz“.⁴⁶

Hier werden die Grenzen funktionalistischer Hoffnung, die in (Verfassungs-)Recht gesetzt wird, deutlich. Die *imagined community* der Nation wird in der Tat durch Verfassungsrecht miterschaffen oder jedenfalls perpetuiert und in ihrem konkreten Inhalt geprägt. In diesem Prozess ist aber die Identität als solche nicht frei verfügbar – nicht für verfassungsrechtliche Eliten und erst recht nicht für das Individuum, das sich auf seine durch die Verfassung garantierten Rechte beruft. Das verkompliziert die Aufgabe derer, die hoffen, durch ein bewusstes „Storytelling“ mittels des Verfassungsdiskurses das Wesen der Nation formen zu können. In diesem Zusammenhang stehen etwa Berufungen auf einen „Verfassungspatriotismus“, der sich selbst als konträres Gegenmodell zu einem ethnischen Nationalismus präsentiert.⁴⁷ Sie gehen von einer Dichotomie zwischen ethnischem und zivilem Nationalismus aus, die sich aus Sicht der *nation studies* und ihrer Einsicht in den Entstehungsprozess nationaler Identitäten so nicht aufrechterhalten lässt. Nicht nur zeigt sich empirisch, dass ethnische und zivile Elemente in allen Nationalismen zusammen auftauchen,⁴⁸ zumindest in den für viele Nationalismen konstitutiven Elementen „Nationalkultur“ und „Nationalsprache“ vermischen sich diese beiden Aspekte auch.⁴⁹ Insbesondere unterliegt diese Trennung aber – wie die *nation studies* zeigen – einem logischen Fehlschluss: auch der „Verfassungspatriotismus“, der antritt, das Wesen des Nationalismus zu ändern, ist in seiner Bezugsgrundlage auf die Imagination einer *a priori* als bereits gegeben imaginierten *imagined community* angewiesen.⁵⁰

45 M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press 2022, S. 14.

46 M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: M. Jestaedt u.a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 77 (86) (unter Hinweis auf J. Isensee).

47 Vgl. etwa zu diesem Dualismus den „Vater“ des Begriffs, D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Hannover 1982, S. 8, 10, 16.

48 Smith, *Peoplehood* (Fn. 16), S. 76 m.w.N.

49 Brubaker, *Myths* (Fn. 35), S. 229 (zur Nationalkultur); Y. Tamir, *Not So Civic: Is There a Difference Between Ethnic and Civic Nationalism?*, *Annual Review of Political Science* 22 (2019), 419 (427 f.) (zur Nationalsprache).

50 Vgl. dazu das gegenseitige Bedingen von „subjektivem“ und „objektivem“ Nationalismus bei Bruhn, *Nation* (Fn. 38), S. 50, 70.

V. Ausblick: Über das Verhältnis von Recht und Identität allgemein

Dieser Beitrag hat erste Anhaltspunkte dafür geliefert, wie die Mitwirkung des Rechts an der Schaffung und Perpetuierung nationaler Identität aussieht und wie sie theoretisch zu fassen ist. Recht als einen Ort zu verstehen, an dem nationale Interpellation stattfindet, eröffnet einen vielversprechenden interdisziplinären Raum zwischen den *nation studies* und der Rechtswissenschaft. Für Forschende der *nation studies* tut sich eine zusätzliche, bisher nicht ausreichend beachtete Quelle auf, um konkrete nationale Identitäten zu studieren und nachzuvollziehen. Rechtswissenschaftler*innen bieten sich Ansatzpunkte, um über das Wesen und die Wirkung des Rechts zu reflektieren. Die Beschäftigung mit der Frage, wie Recht an der Schaffung und Reproduktion nationaler Identität mitwirkt, erscheint gerade im Angesicht des globalen Erstarkens nationalistischer politischer Bewegungen drängender denn je. Diese Hinwendung zu dem Verhältnis von Recht und nationaler Identität kann dabei aber gerade nicht – wie dieser Beitrag versucht hat aufzuzeigen – einseitig funktionalistisch aufgelöst werden. Recht und insbesondere Verfassungsrecht können zwar in der Schaffung nationaler Identität eine bedeutende Rolle spielen, wegen der stets wechselseitigen Wirkung zwischen nationaler Identität und Recht kann aber der Inhalt nationaler Identität nicht einfach bewusst und einseitig durch die Setzung von Recht gesteuert werden.

Das in diesem Beitrag ausgelotete Verhältnis von Recht und nationaler Identität ist im Ansatz auch auf die Wechselwirkung von Recht und anderen Identitätsmerkmalen übertragbar. Der Effekt etwa, dass Rechte immer auch die Identitäten verstetigen, in denen sie Individuen ansprechen, gibt auch Einblicke in die Formung beispielsweise geschlechtlicher, sexueller oder religiöser Identitäten. Auch hier bietet es sich an, die Grenzen der Funktionalität des Rechts, soweit sich diese in der Hoffnung auf eine einseitige, bewusste gesellschaftliche Steuerung durch Rechtsetzung und Rechtsentwicklung zeigen, kritisch zu diskutieren und – insbesondere auch unter Zuhilfenahme interdisziplinärer theoretischer Erkenntnisse – auszuloten.