

ABHANDLUNGEN

Internationales Verfassungsrecht?

Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende

ULRICH HALTERN

Inhalt

I. Die „Postnationale“ als kopernikanische Wende	512
II. Der diametrale Pol: Kollektiver Essentialismus	517
III. Postnationale Entzauberung als Projekt der Moderne	520
IV. Grundlage der Kritik: Recht als Imagination	523
1. Entzauberte Welt und Welt der Bedeutungen	523
2. Recht als Imagination	526
3. Recht und Revolution – Loyalität und Verantwortung	528
4. Recht als Erscheinung	530
V. Verfassungssinn	532
1. Revolutionsmythos: Von der Handlung zum Gedächtnis	532
2. Verfassung als Gedächtnis	535
VI. Sinnfragen an die Moderne	536
VII. Sinnfragen an die „Postnationale“	539
1. Völkerrecht	539
a) Völkerrecht und Liberalismus	539
b) Ablösung des staatlichen Letztwertes?	542
2. Europarecht	545
a) Die Konstitutionalisierung des Europarechts	545
b) Europarechtliche Imaginationen des Politischen	547
c) Fazit	553
VIII. Schluß	554
Summary	556

In der ersten Hälfte der neunziger Jahre ist das deutsche Verfassungsrecht aus seinem nationalen Dornröschenschlaf¹ erwacht. Wachgeküßt wurde es von einer Reihe wichtiger Entwicklungen auf zwischenstaatlicher Ebene. Der Maastricht-Vertrag wurde unterzeichnet und verfassungsgerichtlich überprüft², die Uruguay-Runde abgeschlossen und mit ihr eine neue organisatorische und Streitschlichtungsstruktur der WTO errichtet³, und das 11. Zusatzprotokoll zur EMRK mit neuen Möglichkeiten zur gerichtlichen Durchsetzung der Menschenrechte vereinbart⁴. Mit dem Eifer des Konvertiten wendet sich das deutsche Verfassungsrecht nun Europa und der Welt zu. Während dies im Grundsatz zu begrüßen ist, wird dabei jedoch häufig übersehen, daß das nationale Recht eine symbolisch-ästhetische Dimension besitzt, die das Völker- und das Europarecht vermissen lassen. Dies will der vorliegende Beitrag in Erinnerung rufen und ein *caveat* gegenüber der These von der postnationalen Konstitutionalisierung anbringen.

I. Die „Postnationale“ als kopernikanische Wende

Ohne Stichworte zur Europäisierung oder Globalisierung kommt kaum noch ein ernsthafter Beitrag zur Theorie und Praxis des öffentlichen Rechts aus. Die postnationale Konstellation ruft eine Publikationsflut hervor, die den „integrierten Verfassungsstaat“⁵, den „supranationalen Nationalstaat“⁶, „grenzüberschreitende Konstitutionalisierungsprozesse“⁷, „offene Staaten“⁸ oder „kooperationsoffene Verfassungsstaaten“⁹ endgültig vor die Haustür des Grundgesetzes gespült hat. Die „Welt jenseits des Staates“¹⁰ hat

¹ Dies ist das bekannte Wort von *Fritz Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz – Eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl. 1993, 629 ff. (637).

² Unterzeichnung am 7. 2. 1992; BGBl. II, 1251. BVerfGE 89, 155.

³ Abschluß am 15. 4. 1994, BGBl. II, 1438, 1625.

⁴ Vom 11. 5. 1994, BGBl. 1995 II, 578, in Kraft seit dem 1. 11. 1998.

⁵ *Rolf Grawert*, Der integrierte Verfassungsstaat, in: Roland Lhotta/Janbernd Oebbecke/Werner Reh (Hrsg.), Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte. Symposium zum 65. Geburtstag von Hans Boldt, 1997, 133 ff.

⁶ *Rolf Grawert*, Der Deutschen supranationaler Nationalstaat, in: FS Böckenförde, 1995, 125 ff.

⁷ Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Jochen Abr. Frowein, ZaöRV 59 (1999), 899 ff.; *Jo Shaw*, Postnational Constitutionalism in the European Union, in: Thomas Christiansen/Knud Erik Jørgensen/Antje Wiener (Hrsg.), The Social Construction of Europe, 2001, 66 ff.

⁸ *Udo Di Fabio*, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998.

⁹ *Stephan Hobe*, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), 521 ff.; *ders.*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998.

¹⁰ *Rainer Wahl*, Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates, Der Staat 40 (2001), 45 ff.

das „Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa“¹¹ eingeläutet. Verfassungen sind europäisiert¹² und internationalisiert¹³, die internationale Gemeinschaft – Europa ohnehin längst¹⁴ – konstitutionalisiert.¹⁵ Mehrebenensysteme und Politikverflechtungsfallen gehen Juristen nun so leicht über die Lippen wie einstmals Souveränität und Staatsräson. Introvertiertheit des öffentlichen Rechts ist von gestern; Regieren jenseits des Nationalstaats¹⁶, gar sein Abschied¹⁷, sind von heute. Die Zeitschrift DER STAAT hat ihren Untertitel erweitert („Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht“) und den Europarechtler von Bogdandy in das Herausbergremium aufgenommen.¹⁸ Wir haben eine „tektonische Verschiebung von kaum überschätzbaren Ausmaßen“¹⁹, eine „kopernikanische Wende“²⁰ zu einem „internationalen Verfassungsrecht“.²¹

Dem engen nationalen Gesichtskreis wird der Fehdehandschuh aus verschiedenen Richtungen hingeworfen. Aus dem Völkerrecht dringen unter dem Topos der „internationalen Gemeinschaft“²² Konzepte wie „völker-

¹¹ Erhard Denninger, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, 1121 ff.

¹² Jochen Abr. Frowein, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 209 ff.; Ingolf Pernice/Peter M. Huber/Gertrude Lübbe-Wolff/Christoph Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 ff., 194 ff., 246 ff., 290 ff.; Hartmut Bauer, Europäisierung des Verfassungsrechts, JBl. 122 (2000), 750 ff.; Eckart Klein, Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, FS Stern, 1997, 1301 ff.; Karl-E. Hain, Zur Frage der Europäisierung des Grundgesetzes, DVBl. 2002, 148 ff. Zu einem „gemeineuropäischen Verfassungsrecht“: Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 ff.; Markus Heintzen, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 32 (1997), 1 ff.

¹³ Rainer Wahl, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Der Staat 39 (2000), 495 ff.

¹⁴ Statt vieler J. H. H. Weiler, The Constitution of Europe, 1999; Ingolf Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, CMLRev. 36 (1999), 703 ff.; Ernst-Ulrich Petersmann, Proposals for a New Constitution for the European Union, CMLRev. 32 (1995), 1123 ff.; Stefan Oeter, Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 901 ff., alle m. w. Nachw.

¹⁵ Jochen Abr. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 39 (1999), 427 ff.; Bardo Faßbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998; ders., The United Nations Charter as Constitution of the International Community, Colum. J. Transn'l L. 36 (1998), 529 ff.

¹⁶ Michael Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaates, 1998.

¹⁷ Martin Albrow, Abschied vom Nationalstaat, 1998.

¹⁸ Seit Heft 1 des 40. Bandes (2001); vgl. dort Redaktionelle Mitteilung (1 f.).

¹⁹ Di Fabio, Recht offener Staaten (Anm. 8), 2.

²⁰ Wahl, Zweite Phase (Anm. 13), 496, mit Verweis auf Thomas v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, 1.

²¹ Robert Uerpman, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565 ff.

²² Christian Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1 ff.

rechtliche Nebenverfassung“²³, „fortschreitende Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ und „internationales Verfassungsrecht“²⁴ in den gewohnten Gebrauch des Verfassungsbegriffs ein. Verfassungsrechtliche Gehalte seien im Organisationsvölkerrecht und im materiellen Völkerrecht, dort insbesondere bei den Menschenrechten²⁵ und dem internationalen Wirtschaftsrecht²⁶ vorhanden. Daneben sei eine neue normenhierarchische Stufenordnung im Völkerrecht zu beobachten, insbesondere aufgrund der Konzepte des *ius cogens* und der *erga-omnes*-Pflichten. Schließlich zeige die rasch anwachsende Kooperation in Form von Internationalen Organisationen mit z.T. eigener Rechtssetzungsbefugnis, daß sich das Völkerrecht auf eine qualitativ höhere Stufe verdichteten gemeinschaftlichen Handelns hin entwickle, welche „die Grenzen zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht reduziert“.²⁷

Das *Europarecht* trägt wohl die stärksten Zumutungen und Neuerungen an das nationale Rechtsdenken heran. Zum einen fordert es bereits überkommene Begrifflichkeiten heraus, da die Union Konzeptionalisierungen bedarf, die mit den Mitteln des alten nationalstaatlichen Begriffsinstrumentariums nicht mehr faßbar sind.²⁸ Zum anderen fügt es der nationalen Rechtsordnung eine europäische Dimension hinzu, wobei dies für das Verfassungsrecht ebenso wie für andere Bereiche (Verwaltungsrecht, Familienrecht, Prozeßrecht usw.) gilt. Hier finden Verschiebungen von kaum zu überschätzender Qualität statt (etwa im Kompetenzgefüge von Parlament und Regierung²⁹, im Verwaltungsverfahren- und Prozeßrecht, und der

²³ Christian Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7 ff. (51 f.).

²⁴ Beide bei Uerpmann, JZ 2000 (Anm. 21).

²⁵ Christian Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 961 ff.

²⁶ Stefan Langer, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995; Joseph H. H. Weiler (Hrsg.), The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade, 2000; Peter-Tobias Stoll, Freihandel und Verfassung. Einzelstaatliche Gewährleistung und die konstitutionelle Funktion der Welthandelsordnung (GATT/WTO), ZaöRV 57 (1997), 83 ff.; bereits Ernst-Ulrich Petersmann, Wie kann Handelspolitik konstitutionalisiert werden?, Europa-Archiv 1989, 55 ff.; ders., Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law, 1991.

²⁷ Wahl, Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates (Anm. 10), 50 in Anm. 28. Grundlegend hierzu Christian Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, in: Recueil des Cours 281 (1999), 9 ff. (v.a. 72 ff.); Andreas L. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001; Faßbender, UN Security Council Reform (Anm. 15), 122 ff., alle m. w. Nachw.

²⁸ Statt vieler Jo Shaw/Antje Wiener, The Paradox of the 'European Polity', in: Maria Green Cowles/Michael Smith (Hrsg.), The State of the European Union, Vol. 5, 2000, 64 ff.

²⁹ Michael Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, 28 ff., 263 ff.; Andrew Moravcsik, Why the European Community Strengthens the State: Domestic Politics and International Cooperation, Harvard University Center for European Studies, Paper No. 52.

Staatshaftung).³⁰ Stellenweise kann nicht einmal mehr von zwei sich gegenüberstehenden Rechtsordnungen gesprochen werden, sondern nur noch von einer komplizierten Symbiose, die sowohl das Europa- als auch das nationale Recht in seinem Wesen, seiner Substanz verändert.³¹

Die *Rechtsvergleichung* etabliert sich als Disziplin, die ebenfalls den nationalen Dunstkreis herausfordert. *Wahl* etwa schlägt zum einen einen rechtspolitischen Dialog zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen als Vorgang der Praxis, zum anderen ein „Mehrebenenmodell der Rechtsvergleichung“ vor. Dabei soll auf der ersten Ebene eine Basis-Analyse der Unterschiede und Gemeinsamkeiten vorgenommen werden; auf einer zweiten Ebene werden die Gründe hierfür analysiert, also die Rechtsinstitute mittlerer Reichweite. Die dritte Ebene schließlich ist die des Verfassungstraditionsvergleichs.³² Das Denken in (auch kulturellen) Alternativen relativiert jedes staatliche Selbstverständnis.

Während diese Disziplinen das nationale Recht beeinflussen, überlagern und umformen³³ – eine Art “reach-in” –, öffnet sich das *nationale Recht* zugleich nach außen – eine Art “reach-out”. Das Grundgesetz hat sich für internationale Offenheit entschieden³⁴ und diese Entscheidung wiederholt, wenn auch nicht immer glücklich (wie in Art. 23 GG n. F.), bestätigt.

³⁰ Dies ist nur ein kleiner Teil. Zu den Auswirkungen allein im Verwaltungsrecht ist die Literatur bereits Legion, vgl. statt vieler *v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System (Anm. 20), *Stefan Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999; die Beiträge von *Claus D. Classen*, *Juliane Kokott* und *Georg Hermes* in Die Verwaltung 31 (1998), 307 ff., 335 ff. und 371 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999; *Friedrich Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109 ff. Stellvertretend für das Privatrecht vgl. *Ernst Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, *Marcus Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 1998; *Stefan Grundmann*, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000; *Irene Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 1998.

³¹ Bahnbrechend *Neil McCormick*, Beyond the Sovereign State, Mod. L. Rev. 56 (1993), 1 ff. Allerdings hat sich die Entwicklung seitdem auch hierüber bereits hinwegbewegt. Vgl. zu neuen Konzeptionen etwa *Christopher Harding*, The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space, Eur. L. J. 6 (2000), 128 ff.; *Zenon Bankowski/Emilios Christodoulidis*, The European Union as an Essentially Contested Project, Eur. L. J. 4 (1998), 341 ff.; breit angelegt *Boaventura de Sousa Santos*, Toward a New Common Sense, 1995.

³² *Wahl*, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts (Anm. 13), 505 ff., 508 ff. Vgl. insbes. *Peter Häberle*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992; *Jochen Abr. Frowein*, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806 ff.

³³ So *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 29, zum Thema Europäisierung.

³⁴ Statt vieler nur *Christian Tomuschat*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 172; *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964.

Die *Rechtstheorie* schließlich formuliert Globalisierung und Europäisierung als rechtstheoretisches Problem. Sie fragt zum einen, ob sich am Faktum des Rechtspluralismus – ausgelöst durch die Vielzahl von nicht mehr hierarchisch geordneten Normsystemen – die Einheitsfiktion des Rechtssystems auflöst, und mit ihr die Möglichkeit einigermaßen gerechten Entscheidens. Sie bezweifelt zum anderen die Legitimität eines Rechts, das in fragmentierten, auf gesellschaftliche Teilbereiche bezogenen Prozessen der Normgebung zustande kommt statt im Rahmen politischer, zeitlich, sachlich und sozial generalisierender Gesetzgebung.³⁵ Das staatstheoretische Dilemma dürfte darin bestehen, daß die Staatstheorie über den Staat hinausweisen muß, andererseits aber auch nicht die kraftvoll fortbestehenden öffentlichen Gewalten leugnen darf.³⁶

Diese kopernikanische Wende ist zu begrüßen, jedenfalls zu einem guten Teil. Die Beobachtungen von einem europarechtlich überlagerten Grundgesetz³⁷, die Konzeptionalisierung europäischer Integration als Verfassungsverbund³⁸, die Rede von Kooperation, Komplementarität, Transnationalisierung und Supranationalität sind alle zutreffend. Die Herausforderungen des Staates in den Bereichen Kompetenz, Form, Autonomie und Autorität haben zu einer Veränderung seiner materiellen Handlungsvoraussetzungen sowie seiner Aufgaben geführt.³⁹ Warum also sollte man dies nicht in postnationale Begriffe wie „integrierte Staatlichkeit“⁴⁰, „europäischer Entstaatlichungsprozeß“⁴¹, „kooperativer Verfassungsstaat“⁴² oder „relativierte Staatlichkeit“⁴³ fassen und die internationalen Beziehungen auf dem Weg zur Konstitutionalisierung sehen?

³⁵ Zuletzt Klaus Günther, Rechtspluralismus und universal Code der Legalität, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, FS Habermas, 2001, 539 ff.

³⁶ So Di Fabio, Recht offener Staaten (Anm. 8), 133.

³⁷ Brenner, Gestaltungsauftrag (Anm. 29), 97 ff.

³⁸ Ingolf Pernice, Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27 ff.; ders., Multilevel Constitutionalism (Anm. 14); ders., VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 148 ff.

³⁹ Nachw. bei Ulrich Haltern, Europäischer Kulturkampf, Der Staat 37 (1998), 591 (601 f.).

⁴⁰ Marcel Kaufmann, Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip, JZ 1999, 814 ff.

⁴¹ Hasso Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, JZ 1999, 1065 ff.

⁴² Peter Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in: FS Schelsky, 1978, 141 ff.; ders., Europäische Rechtskultur, 1994, 38, 138, 248, 285.

⁴³ Pernice, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 155.

II. Der diametrale Pol: Kollektiver Essentialismus

Bevor ich mich dieser Frage zuwende, ist eine Abgrenzung vorzunehmen. Mit seiner These, daß die einvernehmliche Postnationalisierung des Verfassungsrechts im Schrifttum zu weit gegangen ist, will sich der vorliegende Beitrag nicht jenen Auffassungen anschließen, die in verschiedenen Härtegraden von einem sozial-kollektiven Essentialismus ausgehen. Diese Auffassungen bilden gewissermaßen jenen Pol der Verfassungsdebatte, der der postnationalen Strömung diametral entgegengesetzt ist. Staatliche Einheit erscheint dort als auf realen historischen Voraussetzungen aufbauend und als Errungenschaft der frühen Neuzeit.⁴⁴ Ideengeschichtlich ist hiermit die Vorstellung einer über die Staatsangehörigkeit hinausgehenden Homogenität des Staatsvolkes verknüpft. Das Staatsvolk als Kultur- und Verantwortungsgemeinschaft stellt hier das eigentliche Subjekt eines noch nicht verfaßten, quasi vorrechtlichen Staates dar.⁴⁵

In der Nationalismusforschung sind solche Auffassungen verwandt mit der Theorie des kulturellen Primordialismus.⁴⁶ Diese greift auf Erzählungen von Rasse (allerdings eher in Gestalt von Phänotypen als ethnischer Abstammung), daneben auf Sprache, Religion und Sitten zurück. Clifford Geertz hat im Rahmen seiner Untersuchungen der neuen Staaten (und alten Gesellschaften) in Asien und Afrika die Attraktivität von „primordial Gegebenem“ (*primordial givens*) für die Erklärung gesellschaftlichen Zusammenhalts diagnostiziert.⁴⁷ Weiler hat dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsge-

⁴⁴ Vgl. ausführlich *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2000, 214 ff., 228 ff.

⁴⁵ *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1987, § 19 Rdnrn. 56 ff.; *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1987, § 13 Rdnr. 174. *Helmut Quaritsch*, Standort und Aufgaben der Staatslehren heute, in: FS Jeserich, 1994, 355 ff. (366) geht noch weiter, indem er Homogenität als Bedingung von Staatstheorie bezeichnet. Zur Kritik: *Möllers*, Staat als Argument (Anm. 44), 231 ff. m. w. Nachw.

⁴⁶ Daneben gibt es noch ethnischen Primordialismus. Dieser greift auf Erzählungen ethnischer Abstammungen zurück, die regelmäßig einen Kern Wahrheit enthalten, diesen jedoch typischerweise stark übertrieben und idealisiert darstellen und in einen Mythos verformen. *Pierre van den Berghe*, Race and Ethnicity, *Ethnic and Racial Studies* 1/4 (1978), 401 ff.; zur Kritik *Anthony D. Smith*, National Identity and Myths of Ethnic Descent, *Research in Social Movements, Conflict & Change* 7 (1984), 95 ff.; *ders.*, National Identity, 1991, 23 ff.; *T. K. Oommen*, Citizenship, Nationality and Ethnicity, 1997.

⁴⁷ *Clifford Geertz*, The Integrative Revolution, in: *ders.*, The Interpretation of Cultures, 1973, 255 ff. (259): „By primordial attachment is meant one that stems from the ‚givens‘ – or, more precisely, . . . the assumed givens – of social existence: immediate contiguity and kin connection mainly, but beyond them givenness that stems from being born into a particular religious community, speaking a particular language, or even a dialect of language, and following particular social practices. These congruities of blood, speech, custom, and so on, are seen to have an ineffable, and at times over-

richts⁴⁸ tatsächlich vorgeworfen, es stütze sich auf eine Art von Carl Schmitt übernommenen (sogar ethnischen) Primordialismus.⁴⁹ Andere haben diese Kritik zwar aufgegriffen.⁵⁰ Jedoch hat sich ganz überwiegend die Auffassung durchgesetzt, daß im Maastricht-Urteil kein Blut-und-Boden-Denken propagiert wird, auch wenn an seinem Homogenitätsmodell Kritik geübt wird.⁵¹

Im Hinblick auf die europäische Integration nimmt diese Argumentation etwa die folgende Form an. In Anlehnung an Böckenfördes bekannte Formulierung wird vertreten, daß Staat und Verfassung von Voraussetzungen lebten, die sie selbst nicht schaffen könnten und an denen es in der EU fehle.⁵² Hierzu gehörten insbesondere Kultur, Sprache und Öffentlichkeit.⁵³ Eine homogene Volksgemeinschaft wird nicht gefordert, jedoch müßten demokratische Formen auf demokratischen Inhalten aufruhren. Zu letzteren gehörten bestimmte Mindestvoraussetzungen wie etwa funktionierende intermediäre Strukturen in der Gesellschaft (Verbände, Parteien, Assoziationen, Bürgerbewegungen und Kommunikationsmedien). Solange diese nicht gewährleistet seien – wie in der EU –, sei die Zeit nicht reif für eine europäische Verfassung.⁵⁴

powering, coerciveness in and of themselves.“ (Dieser Essay ist in der deutschen Ausgabe *Clifford Geertz*, Dichte Beschreibung, 6. Aufl. 1999, nicht enthalten.) Geertz nimmt hier Gedanken von Edward Shils auf.

⁴⁸ BVerfGE 89, 155.

⁴⁹ J. H. H. Weiler, The State ‚über alles‘, in: FS Everling, 1995, 1651 ff. (dt.: JöR N. F. Bd. 44 [1996], 91 ff.).

⁵⁰ G. *Federico Mancini*, Europe: The Case for Statehood, Eur. L. J. 4 (1998), 29 ff. (dt.: KritV 81 [1998], 386 ff.).

⁵¹ *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWuStP 5 (1994), 305 ff. (310 ff.). Auch der irreführende Hinweis auf Heller ist nicht unbemerkt geblieben, etwa bei *Ingolf Pernice*, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100 ff.; *Möllers*, Staat als Argument (Anm. 44), 407; *Hans-Peter Folz*, Demokratie und Integration, 1999, 114 f.

⁵² Etwa *Peter M. Huber*, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 194 ff. (197) in Kritik an der Wahl des Verfassungsbegriffs.

⁵³ Insbesondere *Dieter Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, 1995. Vgl. auch *Christian Koenig*, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, DÖV 1998, 268 ff.; *ders.*, Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf“, NVwZ 1996, 549 ff.

⁵⁴ *Dieter Grimm*, Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, in: *ders.*, Die Verfassung und die Politik, 2001, 255 ff. Es ist interessant zu verfolgen, wie sich kultureller Primordialismus mit Diskurstheorie verbindet. Grimms Meinung gründet sich auf die soziologische Beobachtung, daß „Volkssouveränität“ in den peripheren Kommunikationsströmen sowie den Beziehungen zwischen Zentrum und Peripherie zu vermuten ist. Sie bringt sich „in der Macht öffentlicher Diskurse zur Geltung, die autonomen Öffentlichkeiten entspringt“ und gerinnt im Zeitraum der demokratisch verfaßten Institutionen zu kollektiv bindenden Entscheidungen (so *Jürgen Habermas*, Volkssouveränität als Verfahren, in: *ders.*, Faktizität und Geltung, 2. Aufl. 1992, 600 ff. [626]). Eines der wichtigsten Substrate politischer Öffentlichkeit wird damit die gemeinsame Sprache: Auch das Bundesverfassungsgericht meint im Maastricht-Urteil, der Bürger müsse mit der Hoheitsgewalt, der er untersteht, in seiner Sprache kommunizieren können (BVerfGE 89, 155 [185]).

Diese Auffassung ist wiederholt nachhaltiger Kritik ausgesetzt gewesen. Insbesondere wird eingewandt, daß der Kommunikationszusammenhang nicht vom politischen Prozeß unabhängig ist und daher kein vorfindbares Substrat als Prius des Einigungsprozesses darstellt.⁵⁵ Ähnliches gilt verstärkt im Hinblick auf Theorien, die staatliche Gemeinschaft als metaphysische Substanz oder natürlichen Organismus betrachten. Auch hier trifft der Einwand zu, daß Prozesse für Entstehung, Stabilisierung und/oder Entwicklung verantwortlich sind.⁵⁶ Es ist ein großer wissenschaftlicher Fortschritt erreicht, wenn der Staat und seine Begriffe entmythologisiert sind. Staat und Nation sind „durch Machtprozesse menschlichen Handelns zustande gekommene Gedankengebilde“.⁵⁷ Jedes einzelne Merkmal des Staates gilt heute als gedankliches Konstrukt, zu dessen Einprägung es Jahrhunderte brauchte. Manches, was den Staat angeht, besteht ausschließlich als Diskurs und Praxis, deren Interdependenz das beschreibt, was man „politische Kultur“ nennen kann. Die maßgebenden Denk-, Rede- und Verhaltensmuster sind nicht ein für allemal festgeschrieben, sondern im Fluß und machen das Prozeßhafte politischer Kultur aus. Einen aristotelischen Essentialismus auf kollektiver Ebene gibt es nicht. Allerdings kann Erfindung von Tradition und Konstruktion politischer Identität ebensowenig mit Beliebigkeit gleichgesetzt werden. Politische Praxis und politische Diskurse entspringen nicht wilden Wurzeln. Innovation „besteht häufig nur in neuartigen Arrangements bereits bekannter Versatzstücke“.⁵⁸ Demgemäß ist auch Europa zwar Konstrukt, aber kein willkürliches, sondern Erzeugnis (und Erzeuger) politischer Kultur.

Es gibt noch einen mit dem kollektiven Essentialismus verwandten, wohl spezifisch deutschen Einwand gegen die Postnationalisierung. Auch diesem wird hier nicht gefolgt. Er besteht in der – quer zu Kategorien wie konservativ/liberal artikulierten – Sorge, daß Deutsche dazu neigen, sich zu stark entweder mit dem eigenen Staat oder mit dem transnationalen Gemeinwesen zu identifizieren. Mangelnde Identifikation mit dem eigenen Staat als organisierter Nation läßt das Gespenst der Vereinigung mit dem Fremden umgehen – ein Tabu des Begriffs des Politischen, das gerade in Deutschland nicht neu ist. Bereits 1925 formulierte Carl Schmitt: „Wir Deutsche fühlen das

⁵⁵ Etwa Jürgen Habermas, Braucht Europa eine Verfassung?, in: *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 185 ff.; Paul Craig, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, Eur. L. J. 7 (2001), 125 ff. (136 ff.)

⁵⁶ Etwa für die EU Antje Wiener, ‚European‘ Citizenship Practice. Building Institutions of a Non-State, 1998. Lehrreich nach wie vor Hagen Schulze, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, 2. Aufl. 1995; Peter Berghoff, Der Tod des politischen Kollektivs, 1997. W. Nachw. bei Haltern, Europäischer Kulturkampf (Anm. 39), 594 ff.

⁵⁷ Wolfgang Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 18.

⁵⁸ Ebd., 19.

besonders stark, weil wir immer in Gefahr sind, uns entweder hart zu verschließen oder widerstandslos wegzwerfen und zu verlieren.“⁵⁹

Die deutsche Rechtswissenschaft aber wirft sich weder widerstandslos weg noch verschließt sie sich hart. *Tertium datur*: Es besteht im Nebeneinander von „deutschem und europäischem öffentlichen Recht“ nicht nur im Untertitel des STAATES, sondern in der Forschung schlechthin. Der Staat ist nicht tot, und auch das Deutsche hat nach wie vor Bestand. Die Europäische Union garantiert dies in Art. 6 Abs. 3 EUV mit Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGV, und die Position des Bundesverfassungsgerichts im Maastricht-Urteil hierzu ist bekannt. Der Staat aber ist, wenn nicht tot, so doch entzaubert und entmythologisiert.⁶⁰

III. Postnationale Entzauberung als Projekt der Moderne

Die Entzauberung des Staates ist natürlich nicht erst durch die internationalen Tendenzen der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft eingeleitet worden. Aber das Postnationale im Rechtsdenken fügt immerhin ein gutes Stück Rasanz und Glaubwürdigkeit hinzu. Man mag dieses Programm auch als „Demythologisierung“ umschreiben.⁶¹ Mit vollem Recht werden Gemein-

⁵⁹ *Carl Schmitt*, Illyrien – Notizen von einer dalmatinischen Reise, Hochland 23/3 (1925), 293 ff. (296). Balke weist darauf hin, daß der Illyrien-Aufsatz eine Ausnahme im Werk Schmitts darstellt, der ansonsten die Selbsterhaltungsregel als Alternative zum Prinzip der Vereinigung mit dem Fremden begreift: *Friedrich Balke*, Der Staat nach seinem Ende, 1996, 235. Vgl. heute *Josef Isensee*, Am Ende der Demokratie – oder am Anfang?, 1995, 55, der die Besorgnis äußert, es sei im Gefolge des Verfassungspatriotismus ein Bedürfnis der Deutschen, „in einem vereinten Europa aufzugehen und sich in ihm aufzulösen, wie Zucker im Kaffee.“ Oder *Botho Strauß*, Anschwellender Bocksgesang (1993), in: *ders.*, Der Aufstand gegen die sekundäre Welt, 1999, 55 ff. (60 f.): „Zuweilen sollte man prüfen, was an der eigenen Toleranz echt und selbständig ist und was sich davon dem verklemmten deutschen Selbsthaß verdankt, der die Fremden willkommen heißt, damit hier, in seinem verhaßten Vaterland, sich die Verhältnisse endlich zu jener berühmten („faschistoiden“) Kenntlichkeit entpuppen, wie es einst (und heimlich wohl bleibend) in der Verbrecher-Dialektik des linken Terrors hieß. Intellektuelle sind freundlich zum Fremden, nicht um des Fremden willen, sondern weil sie grimmig sind gegen das Unsere und alles begrüßen, was es zerstört . . .“ Ob allerdings die „Selbstantipathie der Deutschen“ auf der Hoffnung aufruht, „das Kainsmal von Auschwitz würde verschwinden, würden die Deutschen in einer größeren Einheit, etwa der europäischen, aufgehen“ (*Josef Isensee*, Nationalstaat und Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit, in: FS Roellecke, 1997, 137 ff. [155]), darf bezweifelt werden. Richtig aber ist, daß Differenz auch in Europa unhintergebar ist, was zuweilen nicht ausreichend zur Kenntnis genommen wird. Vgl. dazu etwa *Massimo Cacciari*, Gewalt und Harmonie, 1995; *dens.*, Der Archipel Europa, 1998; *Karl Heinz Bohrer*, Provinzialismus, 2000, 99 ff.

⁶⁰ Wiederum *Hofmann*, Staatssoziologie (Anm. 41), 1067; *Pernice*, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 155; aus systemtheoretischer Sicht *Helmut Willke*, Entzauberung des Staates, JbStVwWiss 1 (1987), 285 ff.; zuletzt natürlich *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, 2000.

⁶¹ Begriff bei *Matthias Herdegen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60 (2001), 355 ff. (356); vgl. auch bei Anm. 60.

wesen – ob Staat oder die EU – als Zweckverbände bezeichnet⁶², Verfassungen funktionell analysiert, staatliche Souveränität als anachronistisch apostrophiert⁶³ und staatliche Identität als „integrierte Staatlichkeit“ gefaßt⁶⁴. Die Entzauberung des Staates, der kein Naturgebilde, sondern ein Stück Selbstorganisation der Gesellschaft sei, erteile, so Pernice⁶⁵, der „Urgewalt eines Mythos Volk“ eine entschiedene Absage, und er fährt fort: „Durch die Verfassung im kontraktualistischen Sinne definiert sich eine auf einem Gebiet ansässige Menschengruppe als Bürger oder Volk eines auf vereinbarte Weise gegründeten Gemeinwesens, schafft sich Organe, Verfahren etc. zur Erfüllung bestimmter oder nach den Verfahren zu bestimmender Zwecke und macht sich damit zugleich – selbstreflexiv – zum Träger des *pouvoir constituant*.“⁶⁶ Damit macht die postnationale Bewegung in der Verfassungsrechtswissenschaft radikal Ernst mit dem Postulat der erfundenen Tradition (Eric Hobsbawm) und der vorgestellten, imaginierten Gemeinschaft (Benedict Anderson).

In einem gewissen Sinne erleben wir mit der postulierten Konstitutionalisierung des Völker- und Europarechts eine Fortsetzung der Aufklärung. Damit sind nicht nur die Mythenfeindlichkeit, der Kosmopolitismus⁶⁷ und das Bemühen um Schließung des Rechtssystems nun auch auf zwischenstaatlicher Ebene (und damit die Emanzipation von der Willkür regionaler Politikprozesse)⁶⁸ gemeint, sondern auch und vor allem die Rolle und Bedeutung von

⁶² Pernice, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 164. Die Zweckverbandslehre nach dem Motto des *form follows function* wurde v. a. von ihrem Protagonisten Hans Peter Ipsen vertreten (*Hans Peter Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972). Eine Variante ist die ordoliberalistische Schule Mestmäckers (*Ernst-Joachim Mestmäcker*, Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, Rechtstheorie 1989, 273 ff.; *ders.*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, RJ 10 [1991], 177 ff.; *ders.*, On the Legitimacy of European Law, *RebelsZ* 58 [1994], 615 ff.).

⁶³ Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, (Anm. 22), 20; Christian Walter, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1 ff. (7).

⁶⁴ Rolf Grawert, Der Nationalstaat auf dem Weg nach Europa, in: Bernd Faulenbach u. a. (Hrsg.), Bochumer Beiträge zur Nationalismusdebatte, 1997, 102 ff.; Meinhard Hilf, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, in: GS Grabitz, 1995, 157 ff. (164 f.); *ders.*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 7 ff. (8); Kaufmann, Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip (Anm. 40); Haltern, Europäischer Kulturkampf (Anm. 39), 600 ff.

⁶⁵ Pernice, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 162.

⁶⁶ Ebd., 163.

⁶⁷ Vgl. z. B. Ulrich Im Hof, Das Europa der Aufklärung, 2. Aufl. 1995, 90 ff. Hinzuweisen ist darauf, daß, obwohl der Nationalismus erst mit der Französischen Revolution politische Wirklichkeit werden kann und die Idee eines national einheitlichen Volkes erst in der Romantik griffig wird, die ersten Auseinandersetzungen hiermit bereits im 18. Jahrhundert liegen und als Gegenbewegung zur Aufklärung verstanden werden können. Ebd., 239 ff.

⁶⁸ Dazu, daß der Verfassungsbedarf des Rechtssystems gerade in der Möglichkeit der Schließung besteht, vgl. Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungen-

Menschen- und Grundrechten. Wie man heute weiß, ist die Idee der Menschenrechte im neuzeitlichen Sinne im Zerfall des alteuropäischen Naturrechts und in engem Zusammenhang mit Sozialvertragskonstruktionen entstanden.⁶⁹ In der Europäischen Union ist das Individuum durch die Rechtsprechung des EuGH bereits vor langer Zeit ins Zentrum des Vertragswerks gerückt und hat damit die ursprüngliche Struktur umgekehrt.⁷⁰ In der internationalen Verfassungsdiskussion geschieht Ähnliches. Das rechtsgeschützte Individuum wird in den Mittelpunkt gerückt⁷¹, um dieses Zentrum dann ein internationales Verfassungsrecht postuliert.⁷² Ähnlich wird die Union gezeichnet, nämlich als ein sich selbst hervorbringendes Gemeinwesen, welches seine Legitimität und Authentizität aus der „Selbstbestimmung des einzelnen als Element der Menschenwürde“ bezieht.⁷³ Hierzu paßt auch die feierliche Verkündung der Charta der Grundrechte der EU⁷⁴ und das überwältigende Interesse an ihr.⁷⁵ Auf diesem Fundament kann dann die normative Folgerung

schaft, RJ 9 (1990), 176 ff. (184 ff.): Außenanlehnungen (wie etwa im Naturrecht) können jetzt durch die Verfassung ersetzt werden, infiniter Begründungsreiß ist abgeschnitten.

⁶⁹ Statt vieler nur *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 574 ff.; *Dieter Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 3. Aufl. 2002, dort 31 ff., 67 ff., 101 ff.; *ders.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, dort 192 ff., 308 ff.

⁷⁰ Dies nicht nur durch die Grundrechte-Rechtsprechung des EuGH, sondern auch und v. a. durch die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit und zum Vorrang. Kritisch reflektierend hierzu *James Henry Bergeron*, *An Ever Whiter Myth: The Colonization of Modernity in European Community Law*, in: Peter Fitzpatrick/*James Henry Bergeron* (Hrsg.), *Europe's Other: European Law Between Modernity and Postmodernity*, 1998, 3 ff. (11); dort ist sogar die Rede davon, das Individuum sei dadurch „ontologically superior and prior“.

⁷¹ Etwa *Fernando R. Tesón*, *The Kantian Theory of International Law*, *Colum. L. Rev.* 92 (1992), 53 ff.; *ders.*, *A Philosophy of International Law*, 1998; *Wahl*, *Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates* (Anm. 10); *Hasso Hofmann*, *Menschenrechte und Demokratie, oder: Was man von Chryssip lernen kann*, *JZ* 2001, 1 ff. Vgl. weiterführend unten VII. 1.

⁷² *Frowein*, *Konstitutionalisierung* (Anm. 15); *Antje Wiener*, *Zur Verfassungspolitik jenseits des Staates*, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 8 (2001), 73 ff.; weiter die Nachw. oben unter I.

⁷³ *Pernice*, *VVDStRL* 60 (2001) (Anm. 12), 162.

⁷⁴ *Abl.EG* v. 18. 12. 2000, C 364/01.

⁷⁵ Überraschend ist das nicht, heißt es doch in Punkt 2 der Präambel der Charta ausdrücklich: „[Die Union] stellt die Person in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.“ Bereits jetzt ist die Veröffentlichungsliste zur Charta kaum mehr zu überschauen. Statt vieler nur *Marion Albers*, *Die Kodifikation von Grundrechtsnormen im Recht der Europäischen Union*, in: dies. u. a. (Hrsg.), *Beobachten, Entscheiden, Gestalten*, 2000, 129 ff.; *Susanne Baer*, *Grundrechtecharta ante portas*, *ZRP* 2000, 361 ff.; *Herta Däubler-Gmelin*, *Eine europäische Charta der Grundrechte. Beitrag zur gemeinsamen Identität*, *EuZW* 2000, 1 ff.; *Udo Di Fabio*, *Eine europäische Charta. Auf dem Weg zur Unionsverfassung*, *JZ* 2000, 737 ff.; *Dieter Grimm*, *Soziale Grundrechte für Europa*, in: *ders.*, *Die Verfassung und die Politik* (Anm. 54), 275 ff.; *Ralf Knöll*,

aufzuheben, daß es auf Kommunikationsströme und Kultur in der Bevölkerung nicht ankomme. Wenn alles „selbstreflexiv“ und selbst-hervorbringend ist, schadet es nicht, daß es in der EU kein vorgegebenes Volk gibt, denn Volk kann, in aufgeklärter Terminologie, nur „Menge der Unionsbürger“ heißen.⁷⁶

Die postnationale Konstellation ist insoweit ein Echo Hans Blumenbergs. Dieser hatte im Widerspruch zur „Säkularisierungsthese“ – etwa in Gestalt der bekannten Aussage Schmitts, alle prägnanten Begriffe der Staatslehre seien säkularisierte theologische Begriffe⁷⁷ – argumentiert, die Authentizität der Neuzeit beruhe auf einem radikalen Bruch mit der Vergangenheit, mithin auf einem eigenen Selbstverständnis. Die Wendung hin zum Subjekt sei durch einen festen Glauben an die selbstbestimmende Kraft menschlicher Vernunft gekennzeichnet. Die Moderne sei ein sich selbst hervorbringendes Zeitalter⁷⁸ – so wie die Postnationale eine zum Subjekt hingewandte, sich selbst hervorbringende Konstellation ist.

IV. Grundlage der Kritik: Recht als Imagination

1. Entzauberte Welt und Welt der Bedeutungen

Entmythologisierung ist vor allem als großer wissenschaftlicher Fortschritt zu werten. Den „Mythus des Staates“, seine Mißbräuche und Gefahren hat niemand eindringlicher beschrieben als Ernst Cassirer.⁷⁹ Aber es war gerade auch Cassirer, der die Vielfalt symbolischer Formen philosophisch analysierte und erklärte.⁸⁰ Der Mensch lebt nach Cassirer in einem (auch)

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NVwZ 2001, 392 ff.; *Peter-Christian Müller-Graff*, Europäische Verfassung und Grundrechtscharta, Integration 23 (2000), 34 ff.; *Ingolf Pernice*, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847 ff.; *Thomas Schmitz*, Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht, JZ 2001, 833 ff.; *Peter J. Tettinger*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, 1010 ff.; *Albrecht Weber*, Die Europäische Grundrechtecharta. Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537 ff. Zu meiner eigenen kritischen Sicht der Charta vgl. *Ulrich Haltern*, Europäische Verfassungsästhetik, KritV 85 (2002), 261 ff. (engl.: Europe Goes Camper, Constitutionalism Web-Papers, ConWEB No. 3/2001, <http://les1.man.ac.uk/ies/onlinepapers/const.html>).

⁷⁶ *Pernice*, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 163 in Anm. 76 mit Nachweis auf *Brun-Otto Bryde*, Le peuple européen and the European people, in: Andreas Auer/Jean-François Flauss (Hrsg.), *Le Référendum Européen*, 1997, 251 ff. (261 ff., 273).

⁷⁷ *Politische Theologie* (1922), 7. Aufl. 1996, 43; ähnlich *Hans Kelsen*, Gott und Staat, Logis XI (1922/23), 261 ff.

⁷⁸ Insbesondere *Hans Blumenberg*, *Die Legitimität der Neuzeit*, 2. rev. Ausg. 1977.

⁷⁹ *Mythus des Staates*. Philosophische Grundlagen politischen Verhaltens (1949), 1985.

⁸⁰ *Philosophie der symbolischen Formen*, 3 Bde., 10. Aufl. (Nachdr. der 2. Aufl. 1953) 1997.

symbolischen und nicht bloß „natürlichen“ Universum, so daß er die Welt durch die Zwischenschaltung von Mythen, Symbolen, Kunst, Religion usw. erfährt: Man lebt durchweg in einer Welt der Bedeutungen. Daher kann man auch die soziologischen und geschichtlichen Bedeutungen menschlicher Kultur nicht begreifen ohne die Deutung überdauernder Sinn- und Strukturprinzipien. Solche sind etwa im Säkularisierungsprozeß zu finden. Angesichts der Intensität des Zusammenspiels von Religion und Gesellschaft in Europa⁸¹ ist nicht von einem abrupten Bruch im Sinne Blumenbergs auszugehen. Man muß wohl vielmehr eine Sinnwanderung in Gestalt eines Übergangs annehmen, die auch heute noch zahlreiche Trümmer und Überbleibsel religiösen Gedankenguts im Politischen auffinden läßt. Eine Genealogie, die die Natur des Glaubens an das Recht auf die Tradition westlicher Kultur zurückführt, würde unser modernes Rechtsverständnis als Produkt zweier fundamentaler kultureller Übergänge begreifen: des Übergangs vom religiösen zum säkularen Verständnis politischer Ordnung und des Übergangs vom Verständnis des Monarchen zum Verständnis des Volkes als Souverän. Alle Begriffe und Konzeptionen, die wir zur Beschreibung unserer politischen Ordnung verwenden, wurden durch diese doppelte Entwicklung hindurchgereicht. Die Übergänge finden nicht als völlige, abrupte Wandlung, sondern als Anpassungsprozeß statt. Dementsprechend tragen die Konzepte und Begriffe nach wie vor Bedeutungen in sich, die sie aus ihrer Vergangenheit mitschleppen. Dies bedeutet, daß sich ein kulturwissenschaftlich informierter Ansatz mit dem historischen (kontingenten) Weg auseinanderzusetzen hat, den diese Glaubenssysteme genommen haben.⁸²

Hieraus ergeben sich Inhalt und Struktur der Kritik. Die These vom „internationalen Verfassungsrecht“ erschöpft sich – bereits in Anbetracht der Begriffswahl – nicht in der Feststellung, daß bestimmte Entscheidungen nicht mehr in abgeschlossenen Nationalstaaten sinnvoll getroffen werden oder getroffen werden können und daß die den Nationalstaat umgebende Rechtsordnung inzwischen eine Dichte und Hierarchisierung erfahren hat, die man vielleicht als Konstitutionalisierung bezeichnen könnte. Dies wäre ein schwaches, flaches Verständnis dessen, was eine Verfassung zur Verfassung macht.

⁸¹ Dazu etwa René Rémond, *Religion und Gesellschaft in Europa*, 2000.

⁸² Es gibt viele wichtige Werke, die durch dieses Verständnis informiert sind und an einer solchen Genealogie gearbeitet haben. Genannt seien hier lediglich die folgenden: Ernst H. Kantorowicz, *Die zwei Körper des Königs. Eine Studie zur politischen Theologie des Mittelalters*, 1992; Hasso Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, 3. Aufl. 1998; Paul W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, 1997; ders., *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, 1999; Cassirer, *Mythus des Staates* (Anm. 79); ders., *Philosophie der symbolischen Formen* (Anm. 80); Martin Burckhardt, *Vom Geist der Maschine*, 1999; ders., *Metamorphosen von Raum und Zeit*, 1994; Mircea Eliade, *Das Heilige und das Profane*, 1984.

Die These von der „Konstitutionalisierung“ der Europarechts- und Völkerrechtsordnung reicht tiefer, indem sie das Wesen von Verfassung internationalisiert und „beyond the nation-state“ transportiert. Sie stützt sich dabei auf Verfassungsfunktionen (wie etwa Ordnungsfunktion, Bestandssicherungsfunktion, Schutzfunktion, programmatische Funktion und Integrationsfunktion).⁸³ Die Frage aber, ob „internationales Verfassungsrecht“ die mit Verfassungen verknüpfte Legitimationsleistung erbringen kann, hängt nicht allein von diesen Funktionen ab.⁸⁴ Entscheidend ist, ob Verfassungen vergangenen politischen Sinn in die Zukunft verlängern können und dieser Sinn auch der „unserige“ ist. Gerade hier erscheinen rein funktionalistische, historische oder institutionelle Ansätze als zu kurz greifend, als sie die symbolisch-ästhetische Bedeutung von (Verfassungs-) Texten manchmal unterschätzen.⁸⁵ Gerade Verfassungstexte transportieren gesellschaftlichen Sinn, der sich in den geschriebenen Worten nicht immer unmittelbar auffinden läßt. Eine „Scheinlegitimation“⁸⁶ wird nur dann zu vermeiden sein, wenn der Verfassungstext zugleich Gedächtnis ist für den idealen Sinn jener Ideen, denen Verfassungen ihre Entstehung verdanken und die, als historische Erfahrung, in ihren Text eingeschrieben wird. Ein internationales oder europäisches Verfassungsrecht, dem dies nicht gelingt, kann keine ausreichende Legitimationsgrundlage liefern, gleichgültig, welche anderen Funktionen es auch erfüllt.

⁸³ Diese Funktionen finden zusätzlich zur Legitimationsfunktion Erwähnung bei *Huber*, VVDStRL 60 (2001) (Anm. 12), 199 ff. Zu Verfassungsfunktionen im Hinblick auf den Verfassungscharakter der EU etwa *Armin v. Bogdandy*, Skizzen zu einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, in: Thomas v. Danwitz u. a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, 9 ff. (24 f.); *Thomas Läufer*, Zum Stand der Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union, in: GS Grabitz, 1995, 355 ff. (359, 364 ff.); *Jürgen Schwarze*, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, in: ders./Roland Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 1984, 15 ff. (25 ff.). Grundsätzlich *Dieter Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), 489 ff. (494 ff.); *Andreas Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), 35 ff. Eine gängige Argumentationslinie besteht z. B. darin, den nationalen Verfassungen den Charakter einer umfassenden exklusiven Grundordnung abzusprechen, sie angesichts der zunehmenden internationalen Vernetzung als ergänzungsbedürftige Teilverfassungen zu begreifen und damit Wesensunterschiede zwischen Staatsverfassungen und (europäischen oder internationalen) Partialverfassungen abzustreiten. Statt vieler unter dem Stichwort der „Entbündelung von Verfassungsfunktionen“ *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 93 ff., 163 ff.

⁸⁴ Kritisch auch *Marcus Höreth*, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999, 171 ff.; *Christoph Möllers*, Verfassunggebundene Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2002, 1 ff.

⁸⁵ Vgl. bereits die (zum kulturwissenschaftlichen Ansatz überleitende) Kritik bei *Clifford Geertz*, Ritual und sozialer Wandel, in: ders., Dichte Beschreibung (Anm. 47), 96 ff.

⁸⁶ Begriff bei *Grimm*, Ist die Zeit reif (Anm. 54), 263.

Dies ist ein Problem des Rechts, nicht der gesellschaftlichen Apriori.⁸⁷ Wer etwa darüber streitet, ob die gesellschaftlichen Voraussetzungen für eine europäische Verfassung gegeben sind, rückt das Problem zum einen in die gesellschaftliche Sphäre, setzt aber vor allem Recht als einen Normkörper voraus, der von außen auf den Gesellschaftskörper einwirkt. Dies ist jedoch zu kurz gegriffen, denn Recht ist Teil des Geflechts von Bedeutungen, in denen Menschen ihre Erfahrungen interpretieren und nach denen sie ihr Handeln ausrichten. Diese symbolische Komponente des Rechts markiert eine wichtige Unterscheidung zwischen staatlichem und nicht-staatlichem Recht: Nationales Recht, insbesondere nationale Verfassungen, erfüllen die Funktion eines Sinnreservoirs. Internationalem Recht und Europarecht gelingt dies, wie auszuführen sein wird, nicht in gleichem Maße.

2. *Recht als Imagination*

Recht ist Teil des gesellschaftlichen Bedeutungsgewebes, nicht ein von außen auf uns einwirkender Befehlsapparat. Recht ist eine bestimmte Art, die Welt zu beobachten und zu verstehen. Recht ist kein Ding, sondern eine Perspektive. Wer durch die Brille des Rechts schaut, blickt auf das Gesellschaftlich-Politische, und zwar aus einem ganz bestimmten Blickwinkel. Das Recht verleiht dem Beobachteten einen spezifischen, dem Recht eigenen Sinn. Es strukturiert unsere Imagination des Gesellschaftlich-Politischen, bevor es dieses selbst strukturiert. Damit ist Recht eine Imaginationsform, deren Macht nicht in objektivierbaren Fakten, sondern in ihrer Möglichkeit liegt, die auf die Bedeutung des Gesellschaftlich-Politischen bezogene Imagination zu stabilisieren.

Rechtswissenschaft ist insofern „nicht Erkenntnis äußerer Fakten oder Ereignisse, [sondern] ... eine Form der Selbsterkenntnis“.⁸⁸ Deutlicher wird dies in Analogie zur Sprache. Es gibt für uns keine Existenz jenseits von Sprache, ebensowenig wie umgekehrt Sprache jenseits individueller Existenzen denkbar ist. Unser normales Verständnis von Sprache ist untrennbar verbunden mit dem Gebrauch von Sprache. M. a. W. sind wir durch ein soziales Phänomen geprägt, welches wiederum von uns selbst abhängig ist, die wir ja gerade durch dieses Phänomen geformt werden. Man gibt sich selbst keine Sprache, sondern wird in sie hineingeboren; man gehört seiner Sprache mehr, als diese einem selbst gehört. Gleiches gilt für das Recht. Niemand lebt

⁸⁷ Hier liegt der Grund, warum gesellschaftliche Krisendiagnosen (wie etwa die des Kommunitarismus) in die Irre gehen. Vgl. dazu *Uwe Sander*, Die Bindung der Unverbindlichkeit, 1998; *Zygmunt Bauman*, Postmodernity and Its Discontents, 1997, 186 ff.; *Ulrich Haltern*, Kommunitarismus und Grundgesetz, KritV 83 (2000), 153 ff.

⁸⁸ *Ernst Cassirer*, Versuch über den Menschen. Einführung in eine Philosophie der Kultur, 1996, 291. Cassirer bezog dies auf die Geschichtswissenschaft.

hinter einem Schleier des Nichtwissens als ausfüllungsbedürftiger Platzhalter, sondern man registriert sich selbst zunächst als Bürger – auch Rechtsbürger – eines bestimmten Gemeinwesens. (Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, dann bestimmte, auch anderslautende, Entscheidungen zu treffen.) Das Recht konstituiert die Erfahrung des Selbst und des Anderen. Es ist Teil des kulturellen Bedeutungs- und Symbolgewebes, in das der Mensch verstrickt ist.⁸⁹ Damit ist nicht nur gesagt, daß Recht weitaus ubiquitärer ist, als instrumentalistische Theorien meinen⁹⁰, sondern vor allem, daß es bereits integraler Bestandteil dessen ist, was es regelt. Recht beeinflußt uns nicht von außen, sondern ist Teil unseres Selbstverständnisses. Wir beginnen uns zu sehen, wie das Recht uns sieht, indem wir an der Konstruktion von Bedeutungen teilnehmen, die das Recht vornimmt. Wir internalisieren die Repräsentationen, die das Recht von uns formt, und können unsere Ziele und Einsichten nicht länger von ihnen isolieren.⁹¹

Rechtswissenschaft mag sich daher auf die Untersuchung von Recht als imaginiertem Bedeutungssystem konzentrieren, das sich in Symbolen materialisiert. Sie mag den symbolischen Formen nachgehen, um so die Bedeutungen herauszufinden, die Menschen einerseits an das Recht herantragen und die sie andererseits aus dem Umgang mit ihm gewinnen. Symbole wie Recht verweisen nicht nur *auf* etwas oder sind der Ausdruck *von* etwas, sondern üben selbst strukturierende und konstituierende Kraft in alltäglichen, politischen usw. Bereichen aus, indem sie diese in subtiler und oft diffuser Weise durchdringen.⁹²

Wie eine Sprache verfügt auch das Recht über eine bestimmte Grammatik, durch die es Struktur erfährt und durch die es sich von anderen Imaginationen unterscheidet. Recht ist nur *eine* Perspektive auf das Gesellschaftlich-Politische. Daneben existieren weitere Imaginationen, die aber in ihrer Sinn- und Bedeutungsgebung vom Recht abweichen. Eine andere wichtige Imagination ist etwa diejenige der politischen Handlung. Das Recht steht

⁸⁹ Hier wird deutlich, daß sich der kulturwissenschaftliche Ansatz im Recht, den ich verfolge, wesentlich auf Erkenntnisse von Ernst Cassirer, Clifford Geertz und Susanne Langer stützt.

⁹⁰ Diesem Aspekt hat sich der Teil der kulturellen Rechtstheorie angenommen, der sich mit Recht und Alltagswelt beschäftigt, etwa *Patricia Ewick/Susan S. Silbey*, *The Common Place of Law*, 1998; *Barbara Yngvesson*, *Virtuous Citizens, Disruptive Subjects*, 1993; *Austin Sarat/Thomas R. Kearns* (Hrsg.), *Law in Everyday Life*, Ann Arbor 1993. Das theoretische Fundament dürfte in den Analysen von *Michel Foucault* und *Michel de Certeau* liegen.

⁹¹ Dies kann man als „konstitutive Theorie des Rechts“ bezeichnen. Vgl. etwa *Austin Sarat*, *Redirecting Legal Scholarship in Law Schools*, *Yale J.L. & Hum.* 12 (2000), 129 ff. (134 ff.); *David Trubek*, *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, *Stanford L. Rev.* 36 (1984), 575 ff. (604).

⁹² Vgl. etwa *Karl H. Hörning*, *Experten des Alltags. Die Wiederentdeckung des praktischen Wissens*, 2001, 41 ff.

hiermit im Wettbewerb. Es versucht, die alternativen (und ebenso wie das Recht historisch kontingenten) Sinnstrukturen in ihrer formierenden Bedeutung für den Sinn des Gesellschaftlich-Politischen zu unterdrücken.

Die Grammatik des Rechts läßt sich grob wie folgt skizzieren.⁹³ Definiert sind das Subjekt (niemand), das Verb (repräsentieren), das Objekt (das souveräne Volk) und die Zeit (Vergangenheit). Unter der Herrschaft des Rechts regiert „niemand“; stellt sich heraus, daß das Recht lediglich die Herrschaft von bestimmten Menschen und ihren Partikularinteressen ist, verliert es sofort an Legitimität. Es repräsentiert das souveräne Volk (Urteile ergehen immer im Namen des Volkes), indem es sich auf einen Akt der Autorisierung bezieht. Recht knüpft an eine Quelle an, die in der Vergangenheit der relevanten Normengemeinschaft Autorität besitzt (etwa eine Verfassung).

Die Grammatik politischer Handlung z. B. definiert hingegen ein völlig anderes Subjekt. Politische Handlung ist subjektgetrieben und das Feld großer Worte, Taten und persönlicher Auszeichnungen des Einzelnen. Auch die Zeit ist dem Recht entgegengesetzt. Während das Recht die Zukunft nur als Verlängerung vergangener Bedeutungen konstruiert, verspricht die politische Handlung das Neue, die Veränderung zum Besseren und den Fortschritt. An der Revolution, der Apotheose politischer Handlung, kann man diesen zukunftsgerichteten, ahistorischen Zuschnitt deutlich ablesen. Auch Repräsentation funktioniert nicht, wie im Recht, durch Autorisierung, sondern durch Handlung. Recht und politische Handlung verhalten sich wie Autorisierung/Leistung, Permanenz/Neuheit, Vergangenheit/Zukunft, Autorität/Autorenschaft und Anonymität/Individualität (wobei der jeweils erste Begriff mit Recht, der zweite mit politischer Handlung verknüpft ist).

3. *Recht und Revolution – Loyalität und Verantwortung*

Der Unterschied zwischen Recht und Revolution (als Apotheose politischer Handlung) erreicht seinen wohl tiefsten Ausdruck im Widerstreit von Loyalität und Verantwortung. Der Revolutionär schaut in die Zukunft und sieht die Gegenwart ausschließlich als Mittel zum Erreichen einer neuen, ganz anders gestalteten Zukunft. Die Vergangenheit zählt nur insoweit, als man von ihr das Handwerk politischer Rekonstruktion erlernen kann. Die Rule of Law hingegen schaut auf die Vergangenheit nicht als eine von mehreren Informationsquellen, sondern als Ursprung des politischen Sinns der Gemeinschaft. Der Widerstreit zwischen Tradition und Möglichkeit wird zum Widerstreit zwischen Loyalität (Recht) und Verantwortung (politische Handlung).

⁹³ Vgl. ausführlich *Kahn*, *Reign of Law* (Anm.82); *dens.*, *Cultural Study* (Anm. 82); *Ulrich Haltern*, *Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis*, *Der Staat* 40 (2001), 243 ff. (244 ff.); *dens.*, *Europäische Verfassung und europäische Identität*, in: Ralf Elm (Hrsg.), *Europäische Identität*, 2002, 239 ff. (252 ff.).

Das Recht verlangt nach Loyalität als Quelle moralischen Einstehens. Loyalität kann nicht nur zwischen Einzelnen, sondern auch und insbesondere von ganzen Regimen, einschließlich dem des Rechts, eingefordert werden. Die Versagung von Loyalität bezeichnet nicht nur eine Differenz zwischen verschiedenen Meinungen, sondern es handelt sich um Betrug und Verrat.⁹⁴ Der Staatsbürger, der gegen sein Land kämpft, stößt auf ungleich mehr Verachtung als der fremde Feind, der dies aus den gleichen Motiven heraus tut. Zwar können Bürger eines Staates legitimerweise unterschiedliche Ansichten darüber hegen, welchen ersten Prinzipien sich der Staat gegenüber verpflichtet zeigen muß und was im besten Interesse des Gemeinwesens ist. Die Grenze aber ist dann erreicht, wenn ein Bürger diese Fragen ohne Rücksichtnahme auf die Vergangenheit der Gemeinschaft zu lösen anstrebt. Wer sich gegen die existierende Ordnung eines Gemeinwesens wendet, um für eine vorgestellte Zukunft zu kämpfen, kann sich nur mit äußerster Mühe auf die Tugend der Loyalität berufen. Man mag sich dann gerecht oder verantwortlich verhalten, nicht aber loyal, da man die von Loyalität geforderte Unterwerfung der eigenen Person und der eigenen Urteilskraft verweigert. Loyalität entsteht nicht aus den Plänen, die man für die Zukunft hegt, sondern aus der Vergangenheit, die man bereits sein eigen nennt, gleichgültig, ob man hierfür selbst verantwortlich ist oder nicht.

Die Verpflichtungen der Loyalität sind streng zu unterscheiden von Verpflichtungen, die sich aus Versprechen oder Verträgen ergeben. Man kann auch Fremden ein Versprechen geben, während man loyal nur Freunden, der Familie, der Kirche, der Partei oder dem Staat gegenüber sein kann. Fremde kommen hierfür aber nicht in Betracht. Loyalität als Ausdruck des historischen Selbst⁹⁵ knüpft an bereits existierende Beziehungen an, nicht an solche, die man möglicherweise eingehen könnte. Ein Versprechen zu brechen ist nicht gleichbedeutend mit einem Loyalitätsbruch. Gleiches gilt für Verträge, die man brechen kann, ohne notwendigerweise unmoralisch zu handeln, solange man zur Zahlung von Schadensersatz bereit ist. Verpflichtungen aus Loyalität einerseits und aus Vertrag und Versprechen andererseits verhalten sich zueinander wie zwei nicht konvertierbare Währungen.⁹⁶

Demgegenüber beruht die moralische Unterfütterung von Revolution auf Verantwortung. Diese wiederum entspringt der Fähigkeit, zu handeln und etwas Neues zur Entstehung zu bringen. Anders als Loyalität schaut Verantwortung auf das Mögliche, nicht auf das Bestehende, und tendiert daher in Richtung einer universellen Perspektive. Wer verantwortlich statt loyal han-

⁹⁴ *George P. Fletcher*, Loyalität, 1994, 70: „Die schlimmsten Epitheta sind der Sünde des Verrats vorbehalten. ... Den besonderen Formen des Verrats – Ehebruch, Landesverrat, Götzendienst – haftet allen der Geruch des Bösen an.“

⁹⁵ *Ebd.*, 13 ff.

⁹⁶ *Kahn*, *Reign of Law* (Anm. 82), 77.

delt, tut dies häufig zu Gunsten universeller Prinzipien wie Gerechtigkeit und Vernunft. Die Zukunft wird als offener Möglichkeitsraum wahrgenommen; es ist sogar eines der ersten Prinzipien jeder Revolution, Loyalitätsansprüche zu negieren. Die Vergangenheit, die die Ratio von Loyalität bildet, wird nicht respektiert; aus ihrer Fehlerhaftigkeit kann man nur im Hinblick auf Neues lernen. Die Geschichte wird neu geschrieben, indem sie nun zu einer Geschichte der Unterdrückung und des Zwangs wird und sich der Fokus auf die Zukunft richtet. Es ist gerade der Bruch mit der Vergangenheit, der die Möglichkeit unbegrenzter Zukunft eröffnet. Ebenso ist es der Bruch mit der Loyalität gegenüber einer ganz bestimmten lokalisierten und zeitlich gebundenen Vergangenheit, der universelle Lektionen ermöglicht.⁹⁷

4. *Recht als Erscheinung*

Eine solche Rechtskonzeption hat Konsequenzen für das Erkenntnisinteresse. Ihr geht es um Bedeutungen, nicht um objektive Fakten. Sie analysiert Glaubenssysteme (des Rechts, der politischen Handlung u. v. m.), indem sie sie als „Erscheinungen“ (den Schatten an der Wand in Platons Höhlengleichnis nicht unähnlich) des Gesellschaftlich-Politischen versteht. Als Perspektive begriffen verleihen diese dem Gesellschaftlich-Politischen eine bestimmte Bedeutung. Will man im Bild der Grammatik bleiben, formt z. B. das Recht die Worte des Gesellschaftlich-Politischen nach seinen eigenen grammatikalischen Regeln und setzt sie zueinander so in ein Verhältnis, daß sie einen bestimmten Sinn ergeben. Eine andere Grammatik (etwa die der politischen Handlung) kennt andere Regeln und setzt die Worte anders zusammen, so daß sie einen anderen Sinn ergeben. Es kann mithin nicht um die „Wahrheit“ gehen. Wenn die Rede davon ist, daß das Volk Gott als Quelle politischer Autorität ersetzt hat, verhält sich ein politischer Anspruch der Volksrepräsentation zu dem Anspruch, Gott zu repräsentieren, nicht als wahrer zu falschem Anspruch. Beide Ansprüche sind fundierende Glaubenssätze für ein System von Erscheinungen; beide sind eine Sache des Glaubens. Die einzige

⁹⁷ Einige Spezifizierungen sind zu ergänzen. Es besteht nicht notwendigerweise immer ein Konflikt zwischen Loyalität und Verantwortung. Manchmal kommt die Moral der Verantwortung zu der Überzeugung, daß Loyalität die angemessene (und somit verantwortliche) Verhaltensweise ist. Ebenso mag Loyalität gegenüber einer bestimmten historisch situierten Gemeinschaft eine Moral der Verantwortung nach sich ziehen. Nie allerdings setzt Verantwortung Loyalität als Erstprinzip voraus, oder umgekehrt. Ebenso wenig fallen sie ineinander: Das eine läßt sich nicht auf das andere reduzieren, selbst wenn man praktisch einen Ausgleich finden kann. Es handelt sich um unterschiedliche, wenn auch teilweise überlappende Phänomene. Beide erscheinen moralisch zwingend. Wie bei Werten existiert keine hierarchisierende Kollisionsregel. Kollidieren diese beiden im Individuum, sprechen wir von Tragödie; kollidieren sie im Gemeinwesen, sprechen wir schlimmstenfalls von Bürgerkrieg.

Wahrheit, die vermittelt wird, besteht darin, daß wir mit und zwischen Erscheinungen leben, die Erfahrungen vermitteln, diese strukturieren und sinnhaft machen, und zwar auf jeder denkbaren Ebene, vom Persönlich-Individuellen bis zum Gemeinschaftlich-Kollektiven.

Die Umschreibung der Grammatik des Rechts darf nicht dahingehend mißverstanden werden, daß es sich um eine Skizze dessen handelt, wie das Recht tatsächlich in einem Gemeinwesen operiert. Es geht ihr nicht um die Wahrheit sozialer Institutionen. Entworfen wird vielmehr ein Bündel von Glaubenssätzen, welche die Herrschaft des Rechts betreffen und welche zusammengenommen ein bestimmtes Verständnis politischen Sinns ergeben. Beispielsweise kennt das Recht keine „tatsächliche“ Permanenz. Neue Gesetze werden allzeit erlassen, alte neu interpretiert. Ob man diese Änderungen als Schaffung oder Auslegung ansehen will, entbehrt eines sicheren Maßstabes. Die Diskussion, die sich am Richterrecht und an der Verfassungsgerichtsbarkeit entzündet und deren Hauptargument darin besteht, daß ein Gericht, das durch Rechtsprechung Neues schafft, selbst zu einem politischen Akteur werde, bezieht ihre einzige Plausibilität aus der Erscheinung des Gesellschaftlich-Politischen in der Imagination des Rechts. Die Linie, welche die streitenden Lager trennt, wird durch die Glaubenssätze des Rechts erst ermöglicht. Ähnlich verhält es sich mit der Aussage, die Herrschaft des Rechts sei nicht die Herrschaft der Menschen.⁹⁸ Es bedarf kaum tieferer Überlegung, um zu erkennen, daß die Herrschaft des Rechts tief eingebettet in die Herrschaft ganz bestimmter Menschen ist und eine klare Trennung dieser beiden unmöglich ist. Das US-amerikanische Verfassungsrecht hat dies 1913 als Schock mit der Publikation von Charles Beards „An Economic Interpretation of the Constitution of the United States“ hinnehmen müssen. Man darf hingegen nicht dem Fehlschluß verfallen, hieraus ergebe sich die Negation des Rechts („All law is politics“). Schließlich repräsentiert das Recht auch nicht das Volk im eigentlichen Sinne, also als in Raum und Zeit identifizierbares Subjekt. Das Volk findet man nicht an anderen Orten als eben in jenem Recht, das es repräsentiert. Das im Recht repräsentierte „Volk“ ist keine präpolitische Tatsache, sondern eine Strategie, über politische Ordnung zu sprechen und sich diese vorzustellen.

Das Recht „ist“ nicht unendlich, von Menschen getrennt und das Volk repräsentierend. Es „erscheint“ aber so, und genau dies ist das Recht: eine den Schatten an der Wand in Platos Höhlengleichnis nicht unähnliche Erscheinung der politischen Ordnung. Sie strukturiert die Glaubenssätze über den Sinn des Gemeinwesens. Ihr Wert besteht nicht in objektiven Tatsachen, sondern in der Macht, all diese Glaubenssätze aufrechtzuerhalten.

⁹⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (163): “The government of the United States has been emphatically termed the government of laws, and not of men.”

Das Recht eine „Erscheinung“ zu nennen bedeutet nicht, es geringzuschätzen oder herabzuwürdigen. Hierin bestand der Fehler der Rechtsrealisten, die soziale Konstruktion und Erscheinung als „Maske“ mißverstanden und die „Wahrheit“ des Rechts sodann an anderer Stelle (etwa in der Macht, in Effizienz, in Nutzensgesichtspunkten, in identitätszentrierten Erwägungen) verorten wollten. Aber das Politische ist nun einmal eine Sache der Erscheinungen: „The truth of law is its appearance.“⁹⁹

V. Verfassungssinn

Mit Hilfe dieser Grundlagen ist es nun möglich, die „Bedeutung“ von Verfassungen näher zu bestimmen. Diese nehmen eine Textur an, die sich den Erzählungen des Liberalismus stark unterscheidet. Am deutlichsten wird dies am Zusammenhang von Verfassungen und politischem Gedächtnis.

1. Revolutionsmythos: Von der Handlung zum Gedächtnis

Verfassungen dienen als Speicher von Sinn einer (politischen) Gemeinschaft. Dies ist kein neuer Gedanke, sondern der Kulturgeschichte bekannt als Verlagerung des Wissens- und Gedächtnisortes vom Ritus zum fundierenden Text und als Übergang von ritueller zu textueller Kohärenz.¹⁰⁰ Für diesen Umbruch von der oralen Memorialkultur zur Schriftlichkeit als *script memory* spielt das Recht natürlich eine hervorragende Rolle.¹⁰¹ Die Speicherfunktion wirkt auf das Recht selbst zurück.

Während sich die unterschiedlichen Imaginationen des Gesellschaftlich-Politischen regelmäßig gegenseitig unterdrücken, kooptieren sie sich manchmal. Dies geschieht v. a. am „Ursprung“ des Rechts, wo Recht und Revolution (als Apotheose politischer Handlung) im Revolutionsmythos verbunden sind. Ohne Revolution gibt es für das Recht keinen Anfangspunkt. Ohne Recht gibt es für die Revolution kein Gedächtnis, sie bliebe eine Epiphanie,

⁹⁹ Kahn, *Reign of Law* (Anm. 82), 27 (Hervorh. i. O.). Vgl. dazu auch Ulrich Haltern, *Recht als kulturelle Existenz*, in: Erik Jayme (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, 2003, 15 ff.

¹⁰⁰ Statt vieler Jan Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, 3. Aufl. 2000, 87 ff.

¹⁰¹ Am Beispiel Israels: ebd., 229 ff.; am Beispiel Ägyptens: *ders.*, *Ma'at: Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im alten Ägypten*, 1990; *ders.*, *Herrschaft und Heil*, 2000, 178 ff.; am Beispiel des Mittelalters: Horst Wenzel, *Hören und Sehen, Schrift und Bild*, 1995. Dies wird immerhin zunehmend auch für das deutsche Recht erkannt. Vgl. etwa den Abschnitt „Recht“ mit den Artikeln „Ruhe und Ordnung“, „Der Sozialstaat“, „Die Versicherung“, „Das BGB“, „Furchtbare Juristen“ und „Karlsruhe“ in Etienne François/Hagen Schulze (Hrsg.), *Deutsche Erinnerungsorte*, Bd. II, 2001, 467 ff.

die aus dem politischen Leben getilgt wäre.¹⁰² Revolution ist auf das Recht angewiesen, so wie das Heilige auf das Immanente und Ordinäre angewiesen ist. Revolutionäre Handlung muß sich in ein Ideal transformieren, aus dem gelernt und das institutionalisiert werden kann. Der Transformationsprozeß geschieht durch das Mittel der Verkörperung. Handlung ist der Prozeß, in dem ein Gedanke (etwa ein revolutionäres Gerechtigkeitsideal) dadurch verkörpert wird, daß einer Bedeutung, einem zunächst nur in der Vorstellung vorhandenen Verständnis, eine historische Form gegeben wird. Gedächtnis ist der umgekehrte Prozeß, diesen Gedanken von der Verkörperung abzulesen.¹⁰³

Um erinnert zu werden, müssen Revolutionen „gelesen“ werden. Hierbei muß es eine Verbindung zwischen Ursprungsereignis und Lesevorgang geben: Deutsche „lesen“ das Hambacher Fest, nicht die amerikanische Revolution.¹⁰⁴ Damit gelesen werden kann, muß zunächst ein „Text“ hergestellt werden¹⁰⁵, in dem die Ideen verkörpert sind. Diese „Verkörperung“ geschieht – wie bereits die Semantik nahelegt – zunächst dadurch, daß Einzelne gewillt sind, ihre Körper in sie zu investieren. Die abstrakte Idee allein kann nicht zum Fundament einer neuen Ordnung werden, sondern nur dann, wenn Menschen für sie Opfer zu bringen bereit sind. Der Körper des Bürgers steht damit neben der Idee im Zentrum revolutionärer Handlung. Die Negation der alten politischen Ordnung materialisiert sich durch den Entzug derjenigen Ressource, ohne die keine politische Ordnung Bestand haben kann und zu

¹⁰² Daher muß jede Privilegierung einer der beiden Seiten in die Irre gehen. Anders aber Hannah Arendt, die Revolution und politische Handlung privilegiert: *Hannah Arendt, On Revolution*, 1963.

¹⁰³ *Kahn, Reign of Law* (Anm. 82), 84. Der Inhalt der gelesenen Idee – dies ist dem Juristen selbstverständlich – muß natürlich nicht dem entsprechen, was der Handelnde im Sinn hatte. Ebensovienig verstehen alle Leser das Gleiche, insbesondere dann nicht, wenn sie über die Zeit verstreut sind. Dennoch wird die Idee als jene gelesen, die den Sinn der Handlung verkörperte.

¹⁰⁴ Das historische Gedächtnis wird (nur) dann gespeist, wenn es sich um „unseren“ Gedanken und „unsere“ Verkörperung handelt. Erinnerung ist etwas anderes als das Studium der Politikwissenschaft. Sie handelt nicht ausschließlich vom abstrakten Gedanken, sondern schaut an der nackten Idee vorbei auf die handelnden Akteure. Indem sie sich Ideen als eigene anverwandelt, befindet sie sich an der Schnittstelle von Abstraktum und Loyalität. Bahnbrechend für die theoretische Aufarbeitung dieses Gedankens dürften die Arbeiten von *Pierre Nora* gewesen sein, insbesondere seine zwischen 1984 und 1992 erschienene Vermessung französischer Geschichtskultur „*Lieux de mémoire*“. Ein imitierendes deutsches Projekt ist nun 3bändig erschienen: *Etienne François/Hagen Schulze* (Hrsg.), *Deutsche Erinnerungsorte*, 3 Bde., 2001.

¹⁰⁵ Die erste Generation, so Paul Kahn, schreibt das Buch des Staates, die späteren Generationen lesen es (*Kahn, Reign of Law* [Anm. 82], 85). Gemeint ist, daß die Logik (und Moral) der Handlung durch diejenige der Bewahrung als primärer Referenz ersetzt wird. Loyalität verdrängt notwendigerweise Verantwortung, wenn aus Revolution Recht entstehen soll.

einer leeren Hülle verkommt: des Körpers.¹⁰⁶ Dies entspricht der Sicht des in die Revolution verstrickten Einzelnen, der der alten Ordnung seinen Körper entzieht und ihn in ein neues Gedankengebäude investiert. Der „Text“ der Revolution besteht also zunächst einmal aus den in sie investierten Körpern.¹⁰⁷

Damit sind mehrere Dinge gesagt. Zum einen wird der Körper zum Transformationspunkt von der Grammatik der politischen Handlung (insbesondere der Zukunft) zur Grammatik des Rechts (der Vergangenheit) und damit von Handlung zu Bewahrung und Institutionalisierung. Er wendet unseren Blick von den unendlichen Möglichkeiten der Zukunft, die die revolutionäre Idee versprechen, auf die Vergangenheit, die wir als Geschichte bereits haben und deren Produkt der Körper ist. Der Körper bildet damit die Schnittmenge zwischen der Logik der Handlung und der des Rechts. Zum zweiten besteht in der Einschreibung politischen Sinns auf den Körper die Verbindung zwischen Ursprungsereignis und Lesevorgang, welche die Idee und ihre Verkörperung zu „Unrigem“ macht. Eine Revolution gehört einem Volk, weil es deren Bedeutung und Sinn in den Opfern weiterträgt, die es für das Gemeinwesen zu bringen bereit war. Der (vernarbte oder sogar tote) Körper wird dadurch zu einem Symbol politischer Bedeutung.¹⁰⁸ Zum dritten beginnt das Recht insofern mit der Lektüre des gezeichneten Körpers und damit mit dem Opfer.¹⁰⁹ Erst durch den Investitionsakt, durch das Opfer, wird

¹⁰⁶ Robert Cover, *Narrative, Violence, and the Law*, 1993, 95 ff. (144): “The transformation of interpretation into legal meaning begins when someone accepts the demands of interpretation and, through the personal act of commitment, affirms the position taken.”

¹⁰⁷ Kulturwissenschaftlich ist dies kein neuer Gedanke. Erinnerung wird von unterschiedlichen Medien getragen, etwa dem Bild, der Schrift und eben auch dem Körper (zum Stichwort „Körperschriften“ vgl. nur *Aleida Assmann*, *Erinnerungsräume*, 1999, 241 ff.). Körper als Schreibfläche und Hilfsmittel der Mnemotechnik ist ein Thema, das sich von Platon und Jesaja über Shakespeare, Proust, Nietzsche und Freud bis zu Halbwachs, Foucault und zuletzt Agamben durchzieht. Überraschend ist das nicht, verspricht doch die „Körperschrift“ das Ideal eines unvermittelten und authentischen Gedächtnisses und erweist sich als anschlussfähig für eine Vielzahl von Themenkomplexen, die unsere Zeit kennzeichnen, etwa das (Kriegs-) Trauma oder das ethnische Gedächtnis.

¹⁰⁸ Klassisch dazu *Benedict Anderson*, *Die Erfindung der Nation*, erw. Neuausg. 1996; vgl. auch *Berghoff*, *Tod des politischen Kollektivs* (Anm. 56).

¹⁰⁹ Von der ungewohnten Semantik soll man sich nicht irritieren lassen. „Opfer“ als Begriff der politischen Theorie ist ungewohnt und – zumal in Deutschland – historisch belastet, was zu seiner Ausblendung geführt hat. Jedoch öffnet sich der (semantische und analytische) Horizont der politischen Theorie in der letzten Zeit. Das „Opfer“ als Kategorie erfährt eine unerwartete, aber notwendige Renaissance: vgl. etwa *Herfried Münkler/Karsten Fischer*, “Nothing to kill or die for . . .” – Überlegungen zu einer politischen Theorie des Opfers, *Leviathan* 28 (2000), 343 ff.; *Richard Schenk* (Hrsg.), *Zur Theorie des Opfers. Ein interdisziplinäres Gespräch*, 1995; *Bernd Janowski/Michael Welker* (Hrsg.), *Opfer. Theologische und kulturelle Kontexte*, 2000. Wie reich die Kulturgeschichte diesbezüglich ist, lässt sich nachlesen bei *René Girard*, *La violence et le sacré*, 1972.

aus dem Körper ein Text, gewissermaßen ein Datenträger authentischen Zeugnisses.¹¹⁰ Der Körper, der zu diesem Investitionsakt nicht bereit ist, läuft Gefahr, ein Niemand zu sein: Er hat nicht Charakter, sondern nur Wünsche, Bedürfnisse und Begierden. Der begehrende Körper wird aber nicht gelesen, sondern nur befriedigt. Dies geschieht im Privaten, einen öffentlichen Auftritt gibt es nicht. Dadurch werden auch kaum Spuren hinterlassen; diese Existenz trifft auf kaum mehr als Gleichgültigkeit.¹¹¹

2. *Verfassung als Gedächtnis*

Nun ist es zum Verfassungstext nur noch ein kleiner Schritt. Er ergibt sich aus der Notwendigkeit, das Medium der Erinnerung umzustellen. Der Körper ist nicht unendlich, sondern eine rare Ressource: ein Text, der in Kürze verschwinden wird. Demgegenüber bietet sich in der Schrift die „Chance zur Abspaltung eines unsterblichen Teils der Person“ und damit ein Gedächtnismedium, das Selbstverewigung über kontinuierliche Lesbarkeit sichert.¹¹² Der endliche Körpertext wird durch einen potentiell unendlichen Rechtstext (in der Regel den Verfassungstext) ersetzt, der gemeinsam oder zumindest zeitnah mit ersterem entstanden ist. Damit – und dies ist die Pointe der kulturwissenschaftlich informierten Perspektive an dieser Stelle – partizipiert die Verfassung an der Authentizität des Körpertextes. Der Körper leiht die Authentizität seines Opfers gewissermaßen dem geschriebenen Text, der sich als Produkt des verbrauchten Körpers darstellt. Dadurch wird der Rechtstext zu „unsrigem“. Recht ist damit nichts anderes als eine Imagination des Gesellschaftlich-Politischen, die auf der Interpretation jener (Opfer-) Texte beruht. Die Praxis des Rechts besteht in einer Bewahrungshandlung. Bewahrt wird der Sinn der (Opfer-) Handlung. Interpretation erfüllt die Verpflichtung zur Loyalität: nicht zu vergessen und somit nicht die Handlungen unserer Vorgänger zur Makulatur werden zu lassen. Es handelt sich dementsprechend um eine Re-Präsentation des originären Willens, um eine Art Replikation des ursprünglichen Aktes – diesmal allerdings nicht als Erfahrung revolutionärer Freiheit, sondern politischer Loyalität.¹¹³

Was für den Verfassungstext gilt, gilt nicht weniger für dessen Interpretation. Interpretation bezeichnet den Verständnismodus des Rechts. Sie fängt beide Aspekte des Akts der Investition des Körpers ein: idealisierte Bedeutung und verkörperte Form. Interpretation ist auf idealen Gehalt des Rechts gerichtet, da es immer ein „Prinzip“ gibt, das dem Recht unterliegt und es

¹¹⁰ Dieser Gedanke ist so alt wie die Geschichte von Abraham und Isaak (1. Mose 22), dem wohl bekanntesten und wirkungsmächtigsten Ursprungsmythos.

¹¹¹ Kahn, *Reign of Law* (Anm. 82), 86.

¹¹² A. Assmann, *Erinnerungsräume* (Anm. 107), 182.

¹¹³ Kahn, *Reign of Law* (Anm. 82), 89.

informiert. Diese Prinzipien hängen vom Charakter unserer moralischen Anschauungen ab. Wer sollte das besser wissen als der Student der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts? Recht kann nicht ausschließlich auf den von Fall zu Fall auszuhandelnden Ausgleich zwischen widerstreitenden Interessen reduziert werden, denn dann beruhte es auf den gleichen Grundlagen – privaten Interessen, Begierden, Bedürfnissen und Wünschen – wie der Markt. Die Herrschaft des Rechts würde sich nicht mehr von der Herrschaft des Menschen unterscheiden. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß Recht auf höhere Ideale zielt, etwa Gerechtigkeit, die ja durch den revolutionären Investitionsakt informiert ist.

VI. Sinnfragen an die Moderne

Diese Sinndimension des Rechts steht quer zu dem, was Liberalismus als Recht identifiziert. Die historische und räumliche Partikularität des Rechts, die im hier verfolgten kulturwissenschaftlichen Ansatz so deutlich ist, tritt hinter die universelle Perspektive der Gerechtigkeit so weit zurück, daß sie fast invisibilisiert wird. Gerade die Idee der Gerechtigkeit liegt im Herzen des politischen Projekts der Moderne. Gerechtigkeit erscheint als die Verwirklichung von Vernunft in den rechtlich geschützten Beziehungen einzelner untereinander und von jedem von uns zum Staat. Gerechtigkeit ist Ausdruck praktischer Vernunft. Man findet die Idee bei Hobbes; heute kann man sie bei Rawls unter dem Stichwort des „Schleiers des Nichtwissens“ nachlesen. Vernunft verspricht eine Spezifikation gerechter Prinzipien, die zeitlos und universell sind. *Justitia* ist blind, denn sie mißt widerstreitende Ansprüche am Maßstab einer universellen Vernunft, wobei Identität und Charakter der anspruchstellenden Person ignoriert werden. Eine der großen Errungenschaften der Aufklärung besteht gerade darin, daß ein jeder die Perspektive der Vernunft einnehmen kann und nicht derartig seinen eigenen Partikularitäten verhaftet ist, daß in der Folge gerechte Ansprüche anderer unvorstellbar werden.

Wir verdanken diese Vorstellung vom Recht jenem entscheidenden Schritt, der die moderne politische Theorie begründete: der Abwendung von religiösen Erzählungen des Ursprungs politischer Ordnung. Das religiöse Thema läßt sich wie folgt skizzieren. Das Recht ist die Domäne des durch den Sündenfall gekennzeichneten Menschen. Es ist gewiß, daß wir die Erfahrung unserer selbst als zutiefst fehler- und sündenbehaftet nicht im Recht oder durch das Recht überwinden können. Nur durch die Liebe kann etwas vom Göttlichen wiedergewonnen werden.¹¹⁴ Dieses religiöse Thema wurde nun

¹¹⁴ Seit Paulus assoziiert das Christentum Recht mit dem Tod und Liebe mit der Neugeburt in und durch Christus. Vgl. insbesondere die Aussagen im Römer- und im

in der modernen politischen Theorie in säkularen Begriffen reformuliert. Als vopolitische Quelle menschlicher Gemeinschaft wurde der Sündenfall durch den Naturzustand ersetzt. Aus Sicht politischer Theorie bestand das Problem nun nicht länger darin, Erlösung durch Gottes Gnade zu erlangen, sondern darin, ungehemmten Leidenschaften durch disziplinierende Vernunft einen Riegel vorzuschieben. Politische Gemeinschaften konnten von nun an auf religiöse Inspiration oder göttliche Führung verzichten; sie waren allein das Produkt menschlicher Vernunft. Maßstab war nicht länger die Gemeinschaft sich selbst verleugnender Heiliger, sondern das Ideal einer Gemeinschaft sich selbstverwirklichender Einzelner, die erfolgreich soziale Kooperation hervorbrachten. Das Instrument, mit Hilfe dessen der Schritt vom Naturzustand zur politischen Ordnung vollzogen wurde, war der Gesellschaftsvertrag – eine säkulare Errungenschaft, deren Vervollkommnung sich seit Hobbes die gesamte politische Theorie widmet. Das Recht begegnet der Unordnung mit Ordnung, den Leidenschaften und Begierden mit Vernunft. Es handelt sich aber nicht um ein religiöses Problem: Aus Sicht politischer Theorie mündet ungehemmte Begierde nicht in Sünde, sondern in Ungerechtigkeit.

Gleichheit vor dem Gesetz und die Bewahrung von Menschenrechten sind keine geringen Errungenschaften. Doch schöpft ein mehr oder weniger universelles Prinzip der Gerechtigkeit unsere Erfahrung nicht aus.¹¹⁵ Selbst wenn man in einem ganz und gar gerechten Gemeinwesen lebte und alle dort Lebenden alle Normen befolgten, könnte man doch ein sinn- und bedeutungsloses Leben leben. Es ist ein Bedürfnis des Menschen, nicht nur in gerechten Beziehungen zu anderen, sondern auch selbst für etwas stehen zu wollen. Die universelle Perspektive bedarf der Ergänzung durch die partikulare. Der Stempel der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit unserer Gesetze reicht nicht aus. Wir wollen auch, daß uns historische Erzählungen von uns selbst und unseren Gemeinschaften überdauern.

Liberaler politische Theorie findet hierfür keinen Platz, sondern ist im Angesicht des Opfers sprachlos.¹¹⁶ John Rawls scheint in seiner „Theorie der

Galaterbrief. „So seid auch ihr, meine Brüder, dem Gesetz gestorben durch den Tod Christi, so daß ihr einem andern gehört, nämlich dem, der von den Toten auferweckt ist, damit wir Gottes Frucht bringen.“ (Römer 7, 4) „Denn die aus den Werken des Gesetzes leben, die sind unter dem Fluch.“ (Gal. 3, 10) „Denn das ganze Gesetz findet seine Erfüllung in dem einen Gebot: ‚Liebe deinen Nächsten wie dich selbst!‘“ (Gal. 5, 14) „Christus aber hat uns von dem Fluch des Gesetzes erlöst . . .“ (Gal. 3, 13). Dies ist nach wie vor Gegenstand moderner christlicher Theologie: vgl. etwa *Paul Tillich*, Systematische Theologie II, 1987, 90 f.; *ders.*, Systematische Theologie III, 1987, 62 ff.).

¹¹⁵ Vgl. dagegen die Überschrift bei *Christian Tomuschat*, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, Recueil des Cours 281 (1999), 9 ff. (63), der die dritte Phase der Völkerrechtsentwicklung bezeichnet als „International Law as a Comprehensive Blueprint for Social Life“.

¹¹⁶ *Paul W. Kahn*, Liberalism and Sex, MS, Yale Law School 2000, 19.

Gerechtigkeit“ das Problem dergestalt in den Griff zu bekommen, daß er Vernunft und Wille miteinander verschmilzt. Er bietet eine Sozialvertragstheorie an, in der Legitimität aus Zustimmung erwächst. Diese Bezugnahme auf den Willen aber plazierte er hinter den „Schleier des Nichtwissens“, so daß individuelle Bedürfnisse und Wünsche aus dem Bild herausfallen. Wille wird von der Vernunft dominiert. Leidenschaften werden nicht nur abqualifiziert, sondern es sind nicht einmal die Bedingungen für ihre Existenz präsent. Dies ist die von Rawls idealisierte Version des Verhältnisses von Vernunft zu Wille in einem System, das sich zugleich als Herrschaft des Rechts und als Herrschaft des Volkes präsentiert. Stellt man sich gegen die Vernunft, ist dies entweder eine psychologische Pathologie unkontrollierter persönlicher Leidenschaft oder eine gemeinschaftliche Pathologie, etwa die Unvernunft der Religion. Beide Pathologien aber können hinter dem Schleier des Nichtwissens gar nicht erst entstehen. Es ist kein Zufall, daß uns dieser Schleier als Augenbinde der Justitia vor den Gerichtsgebäuden wiederbegegnet.¹¹⁷ Rawls dürfte der Inbegriff einer vernünftigen Rule of Law sein.

Doch die Rule of Law ist anders. Es wurde bereits dargelegt, daß das große Bewahrungsprojekt, das das Recht darstellt, imaginativ die Bedeutung und Sinnhaftigkeit des Opfers als Ursprungsakt fortschreibt. Keines der Elemente dieser Konstruktion kann sich in der Sozialkontraktstheorie wiederfinden.¹¹⁸ Durch die liberale Trennung von privat und öffentlich unterdrückt die herrschende politische Theorie diesen Charakter des Politischen. Dies kann nicht verwundern, da es zum Projekt der Aufklärung gehört, Politik als Produkt vernunftgeleiteten Diskurses zu verstehen. Eine adäquate Konzeption politischer Legitimation kann aber nicht mit Gerechtigkeit beginnen oder enden. Es ist ja gerade elementares Charakteristikum einer politischen Gemeinschaft, von ihren Mitgliedern Opfer zu erwarten. Im Staat kann dies eine Frage von Leben und Tod sein. Diese staatliche Macht wird nicht um universeller Gerechtigkeit willen ausgeübt; vielmehr begreift jeder Staat sich selbst als letzten Wert und will seine eigene historische Bedeutung über die Zeit hinweg bewahren.¹¹⁹ Politische Theorie muß aber in der Lage sein, die Bedingungen zu erläutern, unter denen die Bürger bereit sind, die von ihnen abverlangten Opfer zu tragen. Sind die Bürger hierzu nicht bereit, scheitert der Staat. Gerechtigkeit jedenfalls reicht als Erklärung nicht aus.

¹¹⁷ Kahn, *Cultural Study of Law* (Anm. 82), 20.

¹¹⁸ Hierin liegt wohl auch der tiefere Grund, warum der diskurstheoretische „Verfassungspatriotismus“ so anämisch erscheint.

¹¹⁹ Ausf. Paul W. Kahn, *Nuclear Weapons and the Rule of Law*, NYU J. Int'l L. & Pol. 31 (1999), 349 ff.; Ulrich Haltern, *Völkerrecht und Liebe*, in: Ralf Elm (Hrsg.), *Ethik, Politik und Kulturen im Globalisierungsprozess*, 2003, 429 ff.

VII. Sinnfragen an die „Postnationale“

Gezeigt wurde, daß die Herrschaft des Rechts nicht die Herrschaft abstrakter Prinzipien ist. Richter sind weder Politikwissenschaftler noch Philosophenkönige. Das Opfer verwandelt „uns“ die Verfassung an. Eine kontraktualistische Sichtweise des Rechts kann dies weder sehen noch verstehen. Der Blick auf das Recht hinter dem Schleier des Nichtwissens kann nicht erklären, wieso dieses Recht einzig und allein „uns“ gehört. Wer das Recht allein aus der Semantik der Vernunft heraus umreißen will, muß notwendigerweise die räumlichen und zeitlichen Grenzen mißachten, die zum Kern unseres Erfahrens und Erlebens des Staates gehören.

Daß auch internationales Recht „Recht“ ist, dürfte trotz des gelegentlichen Wiederaufflammens skeptischer Anmerkungen vornehmlich aus dem Lager der Realisten¹²⁰ inzwischen anerkannt sein. Dennoch unterscheidet es sich fundamental von nationalem Recht, von nationalen Verfassungen zumal. Es ist Aufgabe des folgenden Abschnittes, dies in bezug auf das Völkerrecht (1.) und das Europarecht (2.) nachzuweisen.

1. Völkerrecht

a) Völkerrecht und Liberalismus

Das Völkerrecht funktioniert nach wie vor auf der Basis der Annahmen des Liberalismus. Diese Erkenntnis ist nicht neu, sondern fast intuitiv einsehbar; dennoch verdanken wir ihre Entfaltung erst den Formulierungen der kritischen Rechtsschule.¹²¹ Purvis etwa beschreibt die Grundlagen des Völ-

¹²⁰ Zu den differenzierteren Positionen in dieser Frage zählt die bekannte New Haven-School, die von Myres McDougal und Harold Lasswell angestoßen wurde und heute – modifiziert – v. a. von Michael Reisman vertreten wird. Vgl. etwa *Myres S. McDougal/W. Michael Reisman*, *International Law Essays*, 1981; überblicksartig und eingängig *W. Michael Reisman*, *The View From the New Haven School of International Law*, in: *Proc. Am. Soc. Int'l L.*, 86th Meeting, 1992, 118 ff.; benevolente Kritik bei *Richard Falk*, *Casting the Spell: The New Haven School of International Law*, *Yale L. J.* 104 (1995), 1991 ff.; vgl. auch *Tomuschat*, *International Law (Anm. 115)*, 25 ff., 53 ff. m. w. Nachw. Die Mainstream-Position zum Thema „Ist Völkerrecht Recht?“ findet sich etwa bei *Anthony D'Amato*, *Is International Law Really „Law“?*, *Northw. U. L. Rev.* 79 (1984), 1293 ff.

¹²¹ Führend war hier wohl der Ansatz von *David Kennedy*, vgl. etwa dessen *A New Stream of International Law Scholarship*, *Wisc. Int'l L. J.* 7 (1988), 1 ff.; *dens.*, *International Legal Education*, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 361 ff.; *dens.*, *The Move to Institutions*, *Card. L. Rev.* 8 (1987), 841 ff.; *dens.*, *The Sources of International Law*, *Am. U. J. Int'l L. & Pol.* 2 (1987), 1 ff.; *dens.*, *International Legal Structures*, 1987. Weiterhin bahnbrechend und nach wie vor Referenzwerk ist das Buch von *Martti Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 1989. Eine Bibliographie der kritischen Ansätze bis 1993 ist mit hilfreichen Anmerkungen veröffentlicht in *David Kennedy/Chris Tennant*, *New Approaches to International Law: A Bibliography*, *Harv. Int'l L. J.* 35 (1994), 417 ff. Selbstverständlich ist die Kritik von den identitätszentrierten Nachfol-

kerrechts als auf liberaler Ethik beruhend.¹²² Diese zeichne sich durch zwei Annahmen aus: einerseits eine atomistische Psychologie, andererseits eine radikale Epistemologie im Hinblick auf die Moral. Die atomistische Psychologie zeige sich insbesondere in der Souveränitätszentrierung des Völkerrechts, das die souveränen Staaten als Fundament der internationalen Rechtsordnung ansehe. Es existiere keine „natürliche“ Weltordnung, die den souveränen Staaten vorausgehe; soziale Ziele seien lediglich solche, die die souveränen Staaten teilten. Die internationale Rechtsordnung sei damit nichts anderes als ein Sozialvertrag zwischen den Souveränen. Souveränität werde außerdem als unteilbare Größe verstanden und sei insofern atomistisch, als sie die „uneingebettete“ (*unencumbered*)¹²³ Grundeinheit des internationalen Lebens darstelle. Der völkerrechtliche Souverän werde durch das Völkerrecht damit dem Individuum im Liberalismus gleichgestellt.

Die radikale liberale Epistemologie hebe hervor, daß moralische Wahrheit und Werte notwendigerweise subjektiver Natur seien. Es gibt weder objektiven Wert noch erkennbare Essenz. Aus diesen beiden Grundannahmen folgt, daß Entscheidungen nur durch die souveränen Staaten getroffen werden können. Aus der notwendigen Subjektivität folgt, daß alle moralischen Entscheidungen gleich viel wert sind. Es gibt keine Werte, die über die Summe des von den Souveränen Gewollten hinausgehen. Daher müsse das Völkerrecht vom Prinzip der moralischen souveränen Gleichheit ausgehen.¹²⁴

Eingewandt wird zunehmend, daß auch das Völkerrecht verstärkt der Ausdruck moralischen Verhaltens zwischen Staaten sei. Dies steht im Gegensatz zu der herkömmlichen – „westfälischen“ – Auffassung, daß die Autorität des Völkerrechts dem Konsens der Staaten entspringe, daß der Gehalt des Völkerrechts an seine Quelle gekoppelt sei und daß Rechtsansprüche, die über den Staatenkonsens hinausgehen, demgemäß illegitim seien. Dem wird entgegengehalten, daß nunmehr zwischen Ursprung und Inhalt des Völkerrechts zu trennen sei. Der Großteil des Völkerrechts entspringe zwar noch dem Staatenkonsens. Der Inhalt der Normen sei aber

gern von CLS aufgenommen worden, etwa durch die feministische Rechtstheorie: etwa *Karen Knop*, *Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law*, *Transn'l L. & Contemp. Probl.* 3 (1993), 293 ff.; *Jean Bethke Elshtain*, *Sovereign God, Sovereign State, Sovereign Self*, *Notre Dame L. Rev.* 66 (1991), 1355 ff.

¹²² Vgl. ausführlich *Nigel Purvis*, *Critical Legal Studies in International Law*, *Harv. Int'l L. J.* 32 (1991), 81 ff.

¹²³ Diese Terminologie lehnt sich an die kommunitaristische Kritik des Liberalismus an; vgl. zur „Eingebettetheit“ insbesondere die Kritik an Kant und Rawls von *Michael J. Sandel*, *Liberalism and the Limits of Justice*, 1984.

¹²⁴ *Purvis*, *Critical Legal Studies* (Anm. 122), v. a. 93 ff.; *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia* (Anm. 121), v. a. 55 ff.

dadurch nicht gebunden. Vielmehr sei er durch moralische Prinzipien informiert, die den einzelnen Regeln zugrunde liegen.¹²⁵ Vehikel für das Abheben auf substantielle Werte ist die Kritik an der Souveränitäts- und Staatenzentrierung des Völkerrechts.¹²⁶ Der Einzelne, nicht mehr der Staat, soll nunmehr das Subjekt und die zentrale moralische Einheit des Völkerrechts sein.¹²⁷

Auch nach dieser neueren Auffassung vom Wesen des Völkerrechts aber ergibt sich nichts anderes im Hinblick auf die Imagination „unseres“ Rechts. Die zugrunde liegenden Prinzipien – etwa die Sicherung internationaler Menschenrechte oder das humanitäre Völkerrecht, die beide auf dem Wert des Einzelnen fußen – sind rationaler Natur. Sie sind Ausdruck des liberalen Ethos, unbeschränkt waltende Leidenschaften durch vernünftige Grenzen im Zaum zu halten. Sie sind darüber hinaus eben „internationaler“ Natur (und sollen dies ja auch gerade sein), respektieren *per definitionem* keine Grenzen und wurzeln nicht in beschränkten Räumen. Dieses Attribut teilen sie etwa mit Märkten, es unterscheidet sie aber von nationalem Recht. Politische Imagination kann aus ihnen nicht resultieren. Die neuere Schule des Völkerrechts nimmt von der liberalen Vernunft und vom Sozialvertrag keinen Abschied, sondern betont diesen gerade noch, denn es handelt sich – nach der Auswechslung der zentralen moralischen Einheit – quasi um Liberalismus mit einem zusätzlichen Schuß Liberalismus.¹²⁸ Völkerrecht bleibt gewissermaßen die Apotheose des Sozialkontraktes.

¹²⁵ So etwa der Richter am IGH Ranjeva in seiner Separate Opinion im Atomwaffen-Gutachten: „The moral requirements are not direct and positive sources of prescriptions or obligations but they do represent a framework for the scrutiny and questioning of the techniques and rules of conventional and consensual engineering.“ Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, July 8 1996, Int'l L. M. 35 (1996), 809 ff., hier 1355 (ICJ Rep. 1996 [I], 296).

¹²⁶ Es gab auch neuere politiktheoretische Rekonzeptionalisierungen als Reaktion, für die aber wenig anderes als das im Text Ausgeführte gilt. Zu nennen ist hier insbesondere der liberale Intergouvernementalismus; vgl. etwa *Andrew Moravcsik*, Liberalism and International Relations Theory, Center for International Affairs, Harvard University, Working Paper No. 92–6, 1992; *Anne-Marie Slaughter*, International Law in a World of Liberal States, Eur. J. Int'l L. 6 (1995), 503 ff.

¹²⁷ Etwa *Tesón*, Kantian Theory (Anm. 71), 96 u. ö. Eine „realistische“ Erklärung für die Genese und zunehmende Verbreitung dieser Auffassung liefert Kahn, der erklärt, daß nichtgouvernementale Organisationen (NGOs) und Rechtswissenschaftler nach wertgebundener Jurisprudenz streben, im ersten Falle aus Ergebnisinteresse, im letzteren Falle aus logischen Gründen zur Bewältigung des Problems des Völkerwohnheitsrechts. *Kahn*, Nuclear Weapons (Anm. 119), 368–372.

¹²⁸ Wie anhand der neueren Ausführungen von Rawls zum Völkerrecht nachgelesen werden kann: *John Rawls*, The Law of Peoples, 1999, 1–128.

b) Ablösung des staatlichen Letztwertes?

Der mangelnde Sprung vom Kontrakt zum Opfer, der auch von führenden Völkerrechtlern gesehen wird¹²⁹, führt zu einem Konflikt zwischen staatlicher politischer Imagination und vernünftigem Völkerrecht. Dieser taucht im Völkerrecht selbst wieder auf. Er zeigt sich in dem Dilemma, das durch das Spannungsverhältnis zwischen dem Gewaltverbot, dem humanitären Völkerrecht, verschiedenen Regimen zur Beschränkung von Waffen sowie Menschenrechtsnormen auf der einen Seite und dem Recht auf Selbstverteidigung auf der anderen Seite besteht. Für beide Seiten gibt es Normen (etwa Art. 2 Ziff. 4 und 51 UN-Charta), sie sind aber auch gewohnheitsrechtlich anerkannt und besitzen sogar den Status von *ius cogens*. Das Gewaltverbot und seine rechtlichen Mitstreiter zur Beschränkung von Krieg, Rüstung, Menschenrechtsverletzungen und Umweltzerstörung können als Ausdruck transnationaler Werte, Vernunft und Gerechtigkeit gelesen werden. Das Selbstverteidigungsrecht jedoch streitet dem zuwider, indem es das Überleben des Staates als letzten Wert ansieht. Wenn Staaten ihr eigenes Überleben an oberster Stelle plazieren, fordern sie von ihren Bürgern letzte Opfer. Der (furchtbare) Erfolg des modernen Staates liegt darin, seine Bürger so effektiv für diesen Kampf in Anspruch genommen zu haben. Diese Seite setzt eben jene Imaginationen frei, von denen oben die Rede war. Aber genau dies ist nicht die Seite des (vernünftigen) Völkerrechts, sondern des Nationalstaates.

Wer seine Hoffnungen auf Verrechtlichung als Antwort auf zwischenstaatliche Gewalt setzt, darf nicht übersehen, daß der verrechtlichte Staat zu grenzenloser Kriegsführung gewillter war als seine Vorgänger in der Geschichte. Der moderne Nationalstaat kann niemals zugeben, daß Niederlage die vernünftigere Alternative gegenüber weiteren Opfern ist. So erklärt sich etwa die Logik der sicheren gegenseitigen Vernichtung (*mutual assured destruction*, MAD). In dieser ideologischen Dynamik, nicht so sehr in den Entwicklungen der modernen Waffentechnik, liegt der Grund dafür, daß völkerrechtliche Begrenzungen des Gewalteinsatzes selten erfolgreich waren. Solche Normen waren und sind der Versuch, „vernünftige“ Grenzen zu ziehen. Dies setzt voraus, daß der souveräne Staat in der Lage und willens ist, die Angemessenheit von Gewalt deliberativ zu klären. Im Bereich der innerstaatlichen Verrechtlichung ist dies der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach ein Mittel zur Erreichung des Zwecks immer geeignet, erforderlich und angemessen zu sein hat. Im zwischenstaatlichen Bereich ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz äußerst prekär. Im Kern der Idee des modernen Staa-

¹²⁹ Z. B. Tomuschat, *International Law* (Anm. 115), 44: “The close linkage between creation of, and compliance with, the rules of international law thus carries the risk of preventing decisions requiring sacrifice just slightly surpassing what is simply negligible.”

tes liegt die Idee unendlichen Wertes. Dies schließt eine Abwägung aus: Nichts kann das Überleben des Staates aufwiegen. Verhältnismäßigkeit heißt im Normalfall also nur, nicht mehr zu tun, als zum Sieg notwendig ist. Nur wenn die Begrenzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keine zusätzlichen Kosten aufbürden, wenn die erstrebten Vorteile zu niedrigeren Kosten erreichbar sind oder es gar keine Vorteile gibt, greift die Verhältnismäßigkeit.

Die logische Grenze des Verhältnismäßigkeitsdiskurses ist der Einsatz von Nuklearwaffen. Hier bricht der Konflikt zwischen transnationalen Werten und staatlichem Letztwert offen im Völkerrecht auf. Das beste Beispiel dafür ist das Gutachten des IGH von 1996, das sich mit der Frage nach der Zulässigkeit der Drohung mit und des Einsatzes von Nuklearwaffen auseinandersetzen hatte. Nuklearwaffen fordern eine Wahl zwischen beiden Seiten. Als Völkerrechtler wird man diesem Dilemma einigermaßen hilflos gegenüberstehen müssen. Wer das Gutachten liest, verspürt diese Hilflosigkeit. Die Ausführungen des Nuklearwaffengutachtens zu Art. 2 Ziff. 4 und Art. 51 UN-Charta bleiben äußerst unbefriedigend.¹³⁰

Die heute ganz herrschende Auffassung von Völkerrecht will diesem Dilemma durch einen Austausch des Geltungsgrundes des Völkerrechts begegnen. Bestes Beispiel ist die Doktrin des *ius cogens*, womit zwingende Normen des Völkerrechts bezeichnet werden, die unabhängig sind vom Konsens der Staaten. Abgelöst werden soll damit die „Kriegsräson“ oder die „Notwendigkeitsdoktrin“, nach der Völkerrecht extremen Lagen von Selbstverteidigung nachzugeben habe.

Ius cogens war früher undenkbar, da es einen Geltungsgrund unabhängig vom konsentierenden Völkerrechtssubjekt voraussetzt.¹³¹ Der neue Geltungsgrund soll nun der unhintergehbare moralische Wert des vorpolitischen Einzelnen einerseits, der unpolitischen Natur andererseits sein. Diese ersetzen nach dieser Auffassung den Letztwert des sich selbst liebenden Staates.¹³² Der Staat hat nur dann und insoweit Wert, als er den Wert menschlicher Würde fördert und die Umwelt schützt. Er wird zum Mittel von Zwecken, die unabhängig vom Politischen definiert sind.¹³³ Auf den Staatenkonsens

¹³⁰ Vgl. Advisory Opinion (Anm. 125), Rdnrn. 37–50, 822 f. (ICJ Rep. 1996 [I], 244–247). Zur Diskussion: Kahn, Nuclear Weapons (Anm. 119); Nico Krisch, Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit, 2001.

¹³¹ Klassisch Prosper Weil, Toward Relative Normativity in International Law?, Am. J. Int'l L. 77 (1983), 413 ff.; dagegen Ulrich Fastenrath, Relative Normativity in International Law, Eur. J. Int'l L. 4 (1993), 305 ff.

¹³² Christian Tomuschat, Obligations Arising for States without or against Their Will, Recueil des Cours 241 (1993), 195 ff. (307); zu den „Gemeinschaftswerten“ im Völkerrecht ausf. Paulus, Internationale Gemeinschaft (Anm. 27), 250 ff.; ebd., 45 ff., auch zu den Konzeptionen der „internationalen Gemeinschaft“ und ihren Visionen von „Menschheitsgemeinschaft“, „Weltrepublik“ usw.

¹³³ Ob diese beiden „unpolitischen“ Zwecke miteinander harmonieren, ist sehr zweifelhaft, soll aber hier außer acht gelassen werden.

komme es deshalb nicht an, weil zwischen Quelle und Ratio einer Norm unterschieden werden müsse.¹³⁴ Stimmt ein Staat einer menschenrechtsschützenden Norm zu, liege die Begründung dieser Norm nicht im (erteilten) Konsens, sondern in der Würde des Individuums; stimmt er einer umweltschützenden Norm zu, liege deren Begründung in der Bewahrung der Natur für zukünftige Generationen. Das Recht überwindet so die Beschränkungen seiner Quellen.

Dann wird es möglich, von einer Ablösung des „atavistischen“ staatlichen Letztwertes zu sprechen sowie von der Existenz von Normen, die staatlichen Interessen vorgeordnet sind. Staatliche Souveränität und ihre Vision des Politischen als irreduzibel werden dadurch relativiert. An ihre Stelle werden Menschenrechte gesetzt. Völkerrecht wird Teil des liberalen Projekts, eine einzige, umfassende Weltordnung zu schaffen, in der die Vernunft herrscht und das Individuum die einzige Quelle substantiellen Wertes ist.

Dieser Kosmopolitismus des Rechts aber mißversteht das Wesen von Recht und Politik. Er sieht das Individuum – durch den Sozialvertrag – als Grund des Staates und verfehlt den kollektiven Charakter des Volkssouveräns.¹³⁵ Er sieht individuelles Wohlergehen des Einzelnen als letzten, Eigentum als materiellen Zweck des Staates und läßt das Politische sich in diesen Zwecken erschöpfen. Zwar sind Zwecke nicht unpolitisch, aber sie messen politische Identität bei weitem nicht aus. Sie vermögen nicht die Kernphänomene des Politischen zu erklären, etwa die Unterscheidung zwischen Staatsbürger und Fremder oder das Phänomen des Sterbens und Tötens für das politische Kollektiv.¹³⁶ Dem rechtezentrierten Völkerrecht ist es, was nicht überraschend ist, kaum gelungen, großen Einfluß auf die Welt zu nehmen. Die Ereignisse im Kosovo und aktuell im Nahen Osten sind furchtbare und aussagekräftige Zeugen dieser Diagnose.

Vielleicht wäre die Abschaffung aller Nuklearwaffen als Zeichen einer neuen Epoche des Völkerrechts und des Politischen zu werten; dies wird solange nicht geschehen, wie wir uns als Feind eines uns potentiell bedrohenden anderen Staates imaginieren können. Die Höhe der Budgets für den Verteidigungshaushalt in den Nationalstaaten erklärt sich nicht durch möglicherweise notwendige humanitäre Interventionen, sondern durch die Furcht vor möglichen Feinden. Auch die Skepsis der USA gegenüber den neueren Entwicklungen der völkerrechtlichen Praxis (etwa dem Internationalen Strafgerichtshof und den Umweltabkommen) spricht weiter Bände.

¹³⁴ Oben Text bei Anm. 125 bis 127.

¹³⁵ *Kantorowicz*, Zwei Körper des Königs (Anm. 82); *Kahn*, Reign of Law (Anm. 82); *Giorgio Agamben*, Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben, 2002.

¹³⁶ Dazu ausgezeichnet *Peter Berghoff*, Der Tod des politischen Kollektivs. Politische Religion und das Sterben für Volk, Nation und Rasse, 1997.

2. Europarecht

Im Europarecht ist die Andersartigkeit der Imagination des Politischen nicht so offensichtlich wie im Völkerrecht, wird aber bei näherem Hinsehen doch deutlich. Schwierigkeiten scheint zunächst zu bereiten, daß Europarecht nach verbreiteter Ansicht „konstitutionalisiert“ ist. Zwar nahmen die Europäischen Gemeinschaften ihren Anfang in völkerrechtlichen Verträgen. Diese klassisch-völkerrechtlichen Grundlagen der EU aber werden weithin als im fortschreitenden Integrationsprozeß bis zur Unkenntlichkeit modifiziert begriffen. Hieraus ergeben sich Einwände gegen die hiesige These auf zwei Ebenen.

a) Die Konstitutionalisierung des Europarechts

Auf der ersten Ebene scheint das Europarecht eine Textur angenommen zu haben, die an staatliches Recht gemahnt. An dieser Stelle mag es ausreichen, an einige bekannte Merkmale zu erinnern. Das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit, das mit wenigen Ausnahmen für primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht gilt¹³⁷, verkehrt den im Völkerrecht geltenden Grundsatz in sein Gegenteil, wonach sich völkerrechtliche Verpflichtungen aus-

¹³⁷ So entfalten Richtlinien generell nur „vertikal“, also im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, dergestalt unmittelbare Wirkung, daß sich der einzelne gegenüber dem Staat und seinen Untergliederungen vor nationalen Behörden und Gerichten auf ihn begünstigende Vorschriften einer Richtlinie berufen kann: stg. Rspr., etwa EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 Ziffern 21 ff. – *Becker*. Demgegenüber entfalten Richtlinien keine „horizontale“ Direktwirkung im Verhältnis Privater untereinander; hierzu etwa EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 Ziffer 48 – *Marshall I*. Der Streit um horizontale Drittwirkung ist wieder aufgeflammt im Zusammenhang mit EuGH, Rs. C-91, Slg. 1994, I-3325 – *Faccini Dori*. Der EuGH beharrte gegenüber Generalanwalt Lenz darauf, daß Richtlinien Rechte nur gegenüber dem Staat und seinen Untergliederungen, nicht aber gegenüber anderen Privaten begründen können. Das *Faccini Dori*-Urteil war z. T. heftiger Kritik ausgesetzt, die sich v. a. dogmatisch nachvollziehen läßt. Erklärbar wird es zum einen daraus, daß kurz zuvor das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil die Sorge der Mitgliedstaaten im Bereich des Kompetenz-Problems verbalisiert und dem EuGH unverhohlen gedroht hatte, so daß der EuGH nunmehr Vorsicht walten ließ. Vgl. hinsichtlich dieses Wechselspiels des EuGH und seinen nationalen „Gesprächspartner“, v. a. den nationalen Gerichten, *J. H. H. Weiler, A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors*, *Comp. Pol. St.* 26 (1994), 510 ff.; vgl. auch *Stephen Weatherill, Law and Integration in the European Union*, 1995, 184 ff., 287 f. Zum zweiten besteht seit der Anerkennung der Staatshaftung wegen Nichtumsetzung von Richtlinien (EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 – *Francoovich*) ein verringertes Bedürfnis nach horizontaler Direktwirkung (einschränkend *Fernand Schockweiler*, Der Schadensersatzanspruch gegenüber dem Staat, in: FS Everling, 1995, 1315 ff.). Zum dritten schließlich ist in der Rechtsprechung des EuGH die Trennlinie zwischen privat/öffentlich oder privat/staatlich zunehmend verschwommen (vgl. etwa EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723 [735] – *Marshall I* [GA Slynn]; EuGH, Rs. 103/88, Slg. 1990, 1839 – *Fratelli Costanzo SpA*).

schließlich an Staaten richten und sich Individuen vor nationalen Gerichten nicht auf sie berufen können. Des weiteren hat der EuGH eine kompromißlose Vorrangrechtsprechung entwickelt, wonach jede Norm des Gemeinschaftsrechts nationales Recht unabhängig davon bricht, welche Norm später erlassen wurde oder welcher Rechtsquelle das Gemeinschaftsrecht entspringt.¹³⁸ Daneben erkannte der EuGH das Prinzip an, nach dem Kompetenzen der Gemeinschaft dort angenommen werden könnten, wo sie zur Erreichung grundsätzlich anerkannter Ziele notwendig seien, also eine Art *implied powers*-Lehre.¹³⁹ Zugleich stellte der EuGH die Grundsätze der Ausschließlichkeit und der Sperrwirkung auf, wonach es den Mitgliedstaaten im Bereich der „ausschließlichen“ Gemeinschaftskompetenz (etwa der Gemeinsamen Handelspolitik) von vornherein verwehrt sei, selbst Regelungen zu erlassen, während im Bereich der „konkurrierenden“ Kompetenzen der Erlaß einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung zu einer Sperrwirkung gegenüber Normerlassen der Mitgliedstaaten führt. Sodann entschied der EuGH in Reaktion auf deutsche und italienische Verfassungsrechtsprechung, er werde Maßnahmen der Gemeinschaft aufheben, wenn diese gegen Grundrechte verstießen. Letztere gewann er aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie aus der EMRK und der dazu ergangenen Judikatur. Wesentlichen Anteil an der „Konstitutionalisierung“ der europäischen Rechtsordnung hatte schließlich das umfassende, nach Gemeinschafts- und Mitgliedstaatsebene unterscheidbare System des Rechtsschutzes und der Rechtsdurchsetzung. EuGH und nationale Gerichte sind in ein dialogisch organisiertes Tandem-System integriert, dessen Effektivität kaum zu überschätzen ist.¹⁴⁰

¹³⁸ Hiermit einher geht auch das institutionelle Verständnis des EuGH, wonach allein ihm die (gerichtliche) Kompetenz-Kompetenz über die Reichweite des Gemeinschaftsrechts zukommt. Dies ist seit dem kontrovers aufgenommenen Maastricht-Urteil Gegenstand heftiger Debatte. Vgl. statt vieler *Theodor Schilling*, *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, *Harv. Int'l L. J.* 37 (1996), 389 ff.; dagegen *J. H. H. Weiler/Ulrich Haltern*, *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass*, *Harv. Int'l L. J.* 37 (1996), 411 ff., beide m. w. Nachw.

¹³⁹ Markantestes Beispiel ist wohl das *ERTA-Urteil* (Rs. 22/70, Kommission/Rat, *Slg.* 1971, 263), wonach die Übertragung interner Regelungskompetenz auf die Gemeinschaft zugleich die externe Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge im jeweiligen Regelungsbereich mitumfaßt.

¹⁴⁰ Ausführlich etwa *Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/Joseph H. H. Weiler* (Hrsg.), *The European Courts and National Courts*, 1998, Part II, 227 ff.; *Weiler*, *Quiet Revolution* (Anm. 137); *Alec Stone Sweet/Thomas L. Brunell*, *The European Court, National Judges, and Legal Integration*, *Eur. L. J.* 6 (2000), 117 ff.; *Thomas de la Mare*, *Article 177 in Social and Political Context*, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, 215 ff.; *Alec Stone Sweet/James Caporaso*, *From Free Trade to Supranational Polity*, in: Wayne Sandholz/Alec Stone Sweet (Hrsg.), *European Integration and Supranational Governance*, 1998, 92 ff.

Die Erosion des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung sowie die (Wieder-) Einführung von Mehrheitsabstimmungen im Rahmen der EEA 1987 v. a. in Art. 100a (heute Art. 95) EGV scheinen die „Konstitutionalisierung“ der europäischen Rechtsordnung abzurunden. Im Gegensatz zu der Auffassung, Europa besitze Verfassungsrecht, aber keine Verfassung, wird die umgekehrte Ansicht vertreten: Europa habe eine Verfassung, nur ein angemessenes Verfassungsrecht fehle noch.¹⁴¹ Vielfach wird inzwischen für selbstverständlich gehalten, daß Europa bereits über eine Verfassung verfüge. Man spricht von einer „*de facto*-Verfassung“¹⁴² oder davon, es könne „von der Prämisse ausgegangen werden, daß Europa eine Verfassung hat.“¹⁴³

„Konstitutionalisierung“ bedeutet aber in diesem Zusammenhang nichts anderes, als daß das Recht der EU im Zusammenspiel mit dem Recht der Mitgliedstaaten zunehmend an Dichte gewonnen und sich hierarchisiert hat. Es haben sich miteinander verknüpfte Rechtsfelder gebildet, gewissermaßen ein Netzwerk von Rechtsordnungen und Rechtsräumen. Abrückend vom einheitsbildenden Projekt der Florentiner „Integration Through Law“-Schule hat Christopher Harding hierfür das neue Paradigma des „rich and inter-related patchwork of legal regimes, orders, and spaces“ gefunden.¹⁴⁴ Wenig anderes will das (allerdings etwas unterkomplexe) Stichwort des Mehrebenensystems beschreiben. Dessen Realität zu bestreiten wäre falsch; darum geht es auch gar nicht. Es sagt jedoch noch nichts aus über die Imagination des Politischen, die sich mit dieser neuen Dichte und den „cross-referenced legal fields“ verbindet. Um ihr auf die Spur zu kommen, ist es notwendig, sich auf die zweite, tiefere Ebene des Europarechts zu begeben, welche sich aus den Annahmen zur dogmatischen Textur des Europarechts als Folgerung ergibt.

b) Europarechtliche Imaginationen des Politischen

Von der gerade beschriebenen „Konstitutionalisierung“ ausgehend wird auf dieser zweiten Ebene das Innovative und Attraktive der Union darin lokalisiert, daß es nicht auf den ausgetretenen Pfaden staatlicher oder völkerrechtlicher Einheitsbildung verharre, sondern eigene Wege mit eigenem – auch demokratischen und moralischen – Potential beschreite.¹⁴⁵ Dieses

¹⁴¹ J. H. H. Weiler, *European Neo-constitutionalism: In Search of Foundations for the European Constitutional Order*, *Political Studies* 44 (1996), 517 ff.

¹⁴² Christoph Engel, *The European Charter of Fundamental Rights*, *Eur. L. J.* 7 (2001), 151 ff.

¹⁴³ Thomas Bruhal/Joachim Jens Hesse/Carsten Nowak, Vorwort, in: dies. (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?*, 2001, 5 ff. (5).

¹⁴⁴ Harding, *The Identity of European Law* (Anm. 31).

¹⁴⁵ Vertreter dieser Auffassung sind etwa Weiler, *Constitution of Europe* (Anm. 14), und Armin v. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; ders., *Zweierlei Verfassungsrecht*, *Der Staat* 39

Potential wird z.T. in den weiterwirkenden Gründungsidealen der Gemeinschaft, z.T. in gemeinsamen Werten und Aufgaben erblickt. Dies sowie die Tatsache, daß die Union längst in Bereiche vorgedrungen ist, die zur klassischen und symbolischen Domäne des Nationalstaates gehörten, wirkt auf die Imagination des Politischen zurück. Kernpunkt der Debatte dürfte die Entwicklung einer europäischen Identität sein.

Daß die Europäische Union ein Gemeinwesen ist, das sich nicht als Projektionsfläche für emotionale Identifikation eignet, ist keine Neuigkeit. Der ehemalige Präsident der Kommission, Jacques Delors, bemerkte, daß „man sich nicht in einen Binnenmarkt ohne Grenzen verliebt“.¹⁴⁶ Die europäische Integration ist als Kontrakt konzipiert und ein vernunftgeleitetes Projekt der Aufklärung. Dies spiegelt sich in vielen Details wider.

Der zunächst wichtigste Punkt ist die diesen Beitrag informierende kulturwissenschaftliche Diagnose. Das Recht, soviel ist deutlich geworden, konstruiert die Zukunft als Verlängerung vergangener Bedeutungen. Dabei bezieht sich das Recht regelmäßig auf ein Ursprungsereignis. Dieses ist üblicherweise die Verfassunggebung. Häufig entspringt diese der Apotheose politischer Handlung, der Revolution. Diese produziert einen lesbaren Text: zunächst den gezeichneten Körper, dann den Verfassungstext. Dies ist deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil der Text die Grundlage des Rechts als Gedächtnis der Revolution abgibt. Gibt es keine Erinnerung, geht der Sinn verloren. Was den Text zu „unsrigem“ macht, ist das Opfer, welches zunächst auf den Körper gezeichnet und dann in den Verfassungstext eingeschrieben wird. Erst hierdurch wird die Verfassung zum Datenträger eines authentischen Zeugnisses. Sie hat an der Authentizität der politischen Ursprungshandlung teil und speichert diese. In der Verfassung ist damit idealer historischer Sinn verkörpert; Verfassungsinterpretation ist der umgekehrte Prozeß der Sinneinschreibung, nämlich die Gewinnung und das Herauslesen des idealen Sinns aus dem historisch verkörperten Artefakt. Allein in dieser Struktur liegt begründet, warum das Recht als Quelle moralischen Einstehens Loyalität fordern kann. Recht gibt nichts auf Verantwortung. Statt dessen verkörpert es das historische Selbst, in die Zeit verlängert.

Europas Texte können keinerlei Loyalität einfordern. Dies gilt auch für einen derzeit diskutierten europäischen Verfassungsvertrag. Schriebe man einen solchen Text und betitelte ihn „Europäische Verfassung“, wäre zwar ein

(2000), 163 ff.; *ders.*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, *Der Staat* 40 (2001), 3 ff.

¹⁴⁶ Zitiert nach *OPTEM S. A. R. L.*, Qualitative Untersuchung über die öffentliche Meinung in den 15 Mitgliedstaaten und neun Kandidatenländern – Zusammenfassung, Studie im Auftrag der Europäischen Kommission, Juni 2001, veröffentlicht im Internet unter der Adresse http://europa.eu.int/comm/governance/areas/studies/optem-summary_de.pdf (aufgerufen 9.7.2002), 5.

Text hergestellt; dieser aber hinge gewissermaßen in der Luft. Es gibt keinen Ursprungsmythos: keine Körper, keine eingezeichneten Spuren, kein Opfer. Es gibt damit nichts, was dem geschriebenen Text Authentizität verleihen könnte. Der Text ist nicht der „unsere“, sondern einfach nur ein Text. Durch ihn wird keine „Tiefe“ politischer Ordnung in Gang gesetzt. Möglicherweise gibt es eine idealisierte Bedeutung; diese aber hat keine Letztbedeutung, sondern ist allein aus der Semantik der Vernunft heraus umrissen. Ein solcher Verfassungstext könnte nicht einmal als Gedächtnis fungieren, denn ohne Ursprungsmythos gibt es keinen sozialen Sinn, der – als „unsriger“ – transportiert werden könnte. Der Text ist eine leere Hülle, eine Idee, der die Kraft fehlt, Ansprüche auf Körper zu erheben. Niemand wird bereit sein, seinen Körper hierin zu investieren.¹⁴⁷ Es handelt sich um ein reines Vernunftprodukt. Entgegen aller Rhetorik handelt es sich nicht um einen Neubeginn, da es an der begründenden, schöpferischen Kraft des Opfers mangelt. Die politische Zukunft wird weitgehend so wie die politische Vergangenheit aussehen; der Glaube an das Neue, der hinter dem Opfer steht, ist nicht vorhanden.

Auch was Verfassung genannt würde, bliebe damit Kontrakt. Hinter dem Schleier des Nichtwissens kann es nicht Glaube, sondern nur immer neue Verträge geben. Ein kontinuierlich neu produzierter und allmählich unüberschaubarer Papierwust, ausgehend von den Regierungskonferenzen über Kommissionspapiere bis zu den Ausschuß- und Arbeitsgruppenpapieren, verspricht einen Möglichkeitshorizont, an den niemand zu glauben vermag. Kaum jemand liest all diese Texte, geschweige denn überblickt oder versteht sie. Dies wird gegenwärtig unter dem Stichwort der Transparenz diskutiert¹⁴⁸, allerdings eher in einem technischen bzw. instrumentell-legitimatorischen Sinne. Damit wird die eigentliche Tiefe dieses Phänomens verfehlt. Diese Texte sagen uns nicht deshalb nichts, weil sie zu kompliziert sind. Sie sind nicht komplizierter als staatliche Texte, ebensowenig wie EU-Institutionen intransparenter als staatliche Institutionen sind. Vielmehr sagen uns diese Texte deshalb nichts, weil sie keinen tiefen sozialen Sinn in sich tragen. Es gibt nichts zu erinnern und es gibt nichts zu bewahren. Das ist der eigentliche Grund, warum sich niemand wirklich dafür interessiert.

Einer europäischen Verfassung würde es nicht gelingen, ein historisches Selbst in die Zeit hinein zu verlängern. Der Sinn, den eine solche Verfassung in sich trüge, wäre nicht der eines bewahrenswerten Opfers, sondern der eines herzustellenden Marktes. Der Markt ist – wie auch die Vernunft hinter

¹⁴⁷ Auch dies ist ein weder neuer noch schockierender Gedanke. Vgl. z. B. *Ulrich K. Preuß*, Auf der Suche nach Europas Verfassung, *Transit* 17 (1999), 154 ff. (154) zur Frage der „Verpflichtungsfähigkeit“ und der „Aufopferung des Lebens“ für Europa.

¹⁴⁸ *Graïmne de Búrca*, The Quest for Legitimacy in the European Union, *Mod. L. Rev.* 59 (1996), 359 ff.; *Juliet Lodge*, Transparency and Democratic Legitimacy, *JCMS* 32 (1994), 343 ff.

dem Schleier des Nichtwissens – ohne Grenzen, sondern universeller Natur. Das Recht stünde hier im Dienste der Wirtschaft. Die Grammatik der Wirtschaft aber ist eine fundamental andere als die des Rechts. Dies wird bereits am Beispiel des Topos Körper deutlich. Während das Recht im Grundsatz gewalttätig ist, die Macht über Leben und Tod besitzt und sich direkt auf den Körper einschreibt, funktioniert Wirtschaft ganz anders. Die Wirtschaftswissenschaft ist eine Wissenschaft, die zwar von den Bedürfnissen und Begierden handelt, gegenüber dem Körper aber ironischerweise vollkommen gleichgültig ist. Das Subjekt der Wirtschaftswissenschaft ist lediglich ein Platzhalter für Interessen, die wiederum ein Vektor von Begierden sind. Einer Wirtschaft ist auch gleichgültig, wer hinter diesen Begierden steht und wie diese kontrolliert werden könnten. Hierin liegt begründet, warum die Wirtschaft – anders als das Recht – keine jurisdiktionellen Grenzen kennt, sondern ihrem Wesen nach eine globale Ordnung darstellt. Markt und Kontraktualismus gehen auf diese Weise in einer europäischen Verfassung eine geradezu ideale Koalition ein. Sowohl der Kontrakt als auch der Markt verweigern sich dem historischen Selbst. Im Kontrakt verschwindet das Selbst hinter dem Schleier des Nichtwissens, im Markt hinter den Begierden. Besonders sinnfällig wird dies am Beispiel des Geldes, dem universalen Tauschmittel. Nichts ist gedächtnisloser als das Geld.¹⁴⁹ Geldgeschäfte soll man nie mit Freunden (oder Feinden) machen, so daß der indizierte Partner für das Geldgeschäft „die uns innerlich völlig indifferente, weder für noch gegen uns engagierte Persönlichkeit“ ist.¹⁵⁰ Geschichte und Individualität verschwinden im Preis.¹⁵¹ Europäischer Verfassungskontrakt, Markt und Geld konvergieren in diesem Punkt. Alle drei deuten fast zielstrebig auf die enorme Gleichgültigkeit hin, die der europäische Bürger dem Projekt Europa entgegenbringt und die die Kommission in ihrem neuen Weißbuch „Regieren in der Europäischen Union“ zum wiederholten Male beklagt.¹⁵² Die Erklärung wurde bereits oben gegeben und soll an dieser Stelle wiederholt werden: „Der Körper, der zu diesem Investitionsakt nicht bereit ist, läuft Gefahr, ein Niemand zu sein: Er hat nicht Charakter, sondern nur Wünsche, Bedürfnisse und Begierden. Der begehrende Körper wird aber nicht gelesen, sondern nur befriedigt. Dies geschieht im Privaten, einen öffentlichen Auf-

¹⁴⁹ Dirk Baecker, Das Gedächtnis der Wirtschaft, in: ders. u. a. (Hrsg.), Theorie als Passion, 1987, 519 ff. (526). Vgl. auch Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, 19: „Wer nicht zahlen und was nicht bezahlt werden kann, wird vergessen.“

¹⁵⁰ Dies ist eine der brillanten Einsichten von Georg Simmel, Philosophie des Geldes (1900), 1989, 290 f.

¹⁵¹ Norbert Bolz, Am Ende der Gutenberg-Galaxis. Die neuen Kommunikationsverhältnisse, 1993, 97.

¹⁵² Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Europäisches Regieren. Ein Weißbuch, KOM(2001) 428 endg., ABl.EG 12. 10. 2001, C 287/1.

tritt gibt es nicht. Dadurch werden auch kaum Spuren hinterlassen; diese Existenz trifft auf kaum mehr als Gleichgültigkeit.“¹⁵³

Die aufs Universelle zustrebenden Prinzipien, Mittel und Artefakte – Gerechtigkeit, Frieden, Besitz, Geld, Markt, Abschaffung von Grenzen – holen das Projekt der europäischen Integration ein. Man kann sich weder durch Vernunft noch durch Begierden zur Loyalität bringen. Im Konflikt zwischen Loyalität und Verantwortung behält eindeutig die Verantwortung die Oberhand. Verantwortung aber ist nicht der Modus des Rechts, sondern derjenige der politischen Handlung. Genau hierin liegt begründet, warum der europäische Bürger die Union primär als immer wieder neu handelnden und neu verhandelnden Politiker wahrnimmt. Politiker sprechen den Verantwortungsdiskurs, die Zukunft erscheint als Möglichkeitshorizont. Europa ist das nimmerendende Projekt. Verantwortung als Unterfütterung politischer Handlung und Revolution als Apotheose politischer Handlung lassen Europa insofern als eine im wahren Sinne ewige Revolution erscheinen. Die Union schaut immer nur auf das Neue: Kaum ist die eine Regierungskonferenz beendet, wird bereits die nächste geplant. Unaufhaltsam stürmt die Gemeinschaft nach vorn, beständig wird Geschichte neu geschrieben.¹⁵⁴ Es liegt im Wesen von Revolutionen, mit der Vergangenheit zu brechen – deshalb klingen auch alle Bezugnahmen auf die abendländische Kultur, das Christentum oder Latein (oder Französisch) als ehemalige *lingua franca* so leer. Sie werden als Rhetorik durchschaut und negieren sich im Angesicht des Modus der politischen Handlung selbst. Eine Revolution konstruiert Sinn nicht aus der Geschichte, sondern ausschließlich als Wahrheit, die sich in und durch Handlung manifestiert.

Allerdings handelt es sich um eine permanente Revolution mit einem schweren Fehler. Es gelingt ihr nicht, ihren Sinn irgendwo einzuschreiben, weder in Körper noch in Texte. Damit fehlt ihr ein Gedächtnis. Ihre beanspruchte Wahrhaftigkeit und ihre Authentizität bestehen immer nur im Moment und für den Augenblick; soll dieser in die Zeit verlängert werden, muß unmittelbar weiter gehandelt werden. Darum erscheint Europa auch so atemlos. Die selbsterzeugte, hektische Handlung ist notwendig, um Europa Sinn angedeihen zu lassen. Es gibt keine Zeit und keinen Raum, den Sinn aus Texten abzulesen, denn der darin enthaltene Sinn ist ausschließlich unhistorisch und respektiert weder Grenzen noch Authentizität. Die Union muß ihren Sinn immer wieder neu erzeugen. Sie kann sich, anders als der Staat, nicht auf ein Sinnreservoir verlassen und sich auf diesem ausruhen. Auch die Schaffung einer europäischen Verfassung wäre nur ein weiterer bedeutungs-

¹⁵³ So bereits oben im Text nach Anm. 110.

¹⁵⁴ Beispiele solcher Geschichtsumschreibung bei *Cris Shore*, *Building Europe*, 2000, 40 ff.

loser Schritt im ewigen Vorwärtstorkeln eines Europa, dessen atemloser Vorwärtsdrang immer unbefriedigt und unbefriedigend bleiben muß.¹⁵⁵

Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, gesellschaftlicher Sinn ergebe sich aus den Gründungsidealen der Gemeinschaft. Zwar hat Weiler in einer einflußreichen Arbeit drei Ideale identifiziert: Frieden, Wohlstand und Supranationalität.¹⁵⁶ Zum einen aber negieren alle drei die nationalstaatliche Rechtsimagination des Politischen gerade durch ihre überstaatliche Perspektive. Zum anderen ist es Ziel eines solchen Gründungsmodells, eine politische und wirtschaftliche Ordnung im Lichte eines zeitlosen Patterns zu errichten, das sich aus wissenschaftlicher Durchdringung ergibt.¹⁵⁷ Dies ist eine Konzeption der Hochmoderne. Das Friedensideal erschien den Gründervätern der Gemeinschaft als Problem angewandter Politikwissenschaft, die mit dem Neofunktionalismus eine Integrationsideologie zur Verfügung stellte.¹⁵⁸ Im Hinblick auf das Wohlstandsideal waren sie Wirtschaftswissenschaftler, die sich des Erbes der Ricardoschen Freihandelstheorie und der Theorie der komparativen Ko-

¹⁵⁵ Dieses Vorwärtstorkeln ist natürlich längst erkannt worden, doch wird es in aller Regel positiv gewendet. Die Verträge beschrieben „keinen Ist-Zustand, sondern einen Sollens- und Wollenzustand“; zur „Erhaltung der Dynamik der europäischen Idee“ sei es notwendig, „dauerhafte Offenheit“ in einem „Prozeß beständiger Anpassung und Weiterentwicklung“ zu sichern (alle Zitate bei *Wolfram Hertel*, Supranationalität als Verfassungsprinzip, 1999, 151 ff.). Diese Beschreibung gipfelt im Bild des Fahrradfahrers, der in Bewegung bleiben muß, um nicht umzufallen; ein Anhalten bewirke nicht Stillstand, sondern Rückschritt und Zerfall (etwa *Christian Tomuschat*, Das Endziel der europäischen Integration – Maastricht ad infinitum?, DVBl. 1996, 1073 ff. [1077]). Das Bild ist zutreffend, aber nicht deshalb, weil der Integrationsprozeß ein Selbstläufer wird, sondern weil er gedächtnislos ist und seinen Sinn immer neu erzeugen muß. Man ist erinnert an die (so aber nicht zutreffende) These von *Peter Sloterdijk* (Der starke Grund, zusammen zu sein, 1998), der – im Hinblick auf die Nation – die These der geschichtlichen Begründungs- und Herrschaftsgemeinschaft ausdrücklich ablehnt (etwa 44) und Nationen statt dessen als autoplastische Selbsterregungsgemeinschaften bzw. artifizielle Streßgemeinschaften mit fiktiven Erzählungen und autogestativ stressierenderen Meldungen begreift.

¹⁵⁶ *J. H. H. Weiler*, Europa am Fin de Siècle. Über Ideale und Ideologie im Europa nach Maastricht, ZSchwR N. F. Bd. 112 (1993), 437 ff. Überarbeitete englische Version in *ders.*, Constitution of Europe (Anm. 14), 238 ff.

¹⁵⁷ Dies ist das Gründungsmodell der *technical art* im Sinne des American Founding; dazu *Paul W. Kahn*, Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism, *Yale L. J.* 98 (1989), 449 ff. (508 u. ö.). Daher ist auch die medienwirksame Frage Siedentops „Where are our Madisons?“ (zuerst als Überschrift in der *Financial Times* v. 16. Okt. 1992, jetzt in *Larry Siedentop*, Democracy in Europe, 2000, 25 ff.) nur oberflächlich interessant. Madison steht gerade für das Projekt der Verfassungsschaffung als *technical art*. Das Problem ist, daß die Zeit der Madisons unwiderruflich abgelaufen ist.

¹⁵⁸ Das Wort von der Integrationsideologie bei *Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch*, Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 15 ff. (17). Vertreten wurde der Neofunktionalismus v. a. von *David Mitrany*, A Working Peace System, 1966. Weitere führende Vertreter des Funktionalismus waren etwa *Ernst B. Haas*, The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces, 2. Aufl. 1968; *ders.*, The Study of Regional Theorizing, Int'l Org. 24 (1970), 610; *ders.*, Technocracy, Pluralism and the New Europe, in: Stephen Graubard

stenvorteile bedienen.¹⁵⁹ Das Supranationalitätsideal schließlich wurde auf Grund der psychologischen Annahme umgesetzt, daß der Fremde, lernte man ihn nur besser kennen, weniger fremd würde.¹⁶⁰ Alle drei Umsetzungsstrategien waren zunächst erfolgreich, sind aber längst in die Krise geraten. Worauf es hier ankommt, ist die vernünftig-wissenschaftliche Herangehensweise, die das Aufgeklärte, Vernunftgeleitete, Vertragsartige und Liberale des europäischen Integrationsprozesses auch in bezug auf die Ideale verdeutlicht.¹⁶¹

c) Fazit

Die Untersuchung des Unionsrechts hat ergeben, daß auch dieses trotz seiner Konstitutionalisierung auf einer fundamental anderen Ratio basiert als das nationale Recht. Daher unterscheiden sich die jeweiligen rechtlichen Imaginationen des Politischen grundlegend.¹⁶² Dies ist keine theoretische Feststellung, sondern sie hat handfeste praktische Konsequenzen. Sie erklärt beispiels-

(Hrsg.), *A New Europe?*, 1964, 62 ff. Weitere Nachweise etwa bei *James A. Caporaso/John T. S. Keeler*, *The European Union and Regional Integration Theory*, in: *Carolyn Rhodes/Sonia Mazey* (Hrsg.), *The State of the European Union Vol. 3: Building a European Polity?*, 1995, 29 ff.

¹⁵⁹ Statt vieler nur *Ernst-Ulrich Petersmann*, *Protektionismus als Ordnungsproblem und Rechtsproblem*, *RabelsZ* 47 (1983), 478 ff.; *Michael J. Finger/Andrzej Olechowski*, *Trade Barriers: Who Does What to Whom*, in: *Herbert Giersch* (Hrsg.), *Free Trade in the World Economy*, 1987, 37 ff.; *Hans Hinrich Glismann/Ernst-Jürgen Horn/Sighart Nehring/Roland Vaubel*, *Weltwirtschaftslehre I: Außenhandels- und Währungspolitik*, 3. Aufl. 1986, 20 ff.; *Richard Blackhurst/Nicolas Marian/Jan Tumlin*, *Trade Liberalization, Protectionism and Interdependence*, 1977. Daten etwa bei *Gerold Ambrosius*, *Wirtschaftsraum Europa*, 1996, 95 ff.

¹⁶⁰ Dies ist insbesondere normativ ein verführerischer Gedanke (vgl. *Alexander Wendt*, *Collective Identity Formation and the International State*, *Am. Pol. Sc. Rev.* 88 [1994], 384 ff.), der aber nicht zutrifft (vgl. *Iver B. Neumann*, *Uses of the Other*, 1999, 34). Globale Homogenisierungstrends erschweren es mitnichten, eine Trennlinie zwischen „uns“ und den „anderen“ zu ziehen. Es geht nämlich nicht um „objektive“ kulturelle Differenzen, sondern darum, wie Symbole als formierender Teil des Identitätskapitals einer bestimmten Gruppe aktiviert werden. In Europa ist dies leicht am Beispiel des deutsch-österreichischen Sprachenstreits um Kartoffeln bzw. Erdäpfel zu studieren. Weilers Supranationalitätsideal verbindet sich (wohl gewollt) mit der Freud'schen Psychoanalyse. Dies erhellt bereits aus Weilers Aufsatztitel (*To Be a European Citizen: Eros and Civilization*, in: *Weiler*, *Constitution of Europe* [Anm. 14], 324 ff.), der auf die Erläuterungen von Marcuse zu Freud anspielt: *Herbert Marcuse*, *Eros and Civilization. A Philosophical Inquiry Into Freud* (1955), 1998. Ich habe mich dieser Verbindung sowie anderen Schwächen der Entfaltung des Supranationalitätsideals an anderer Stelle zugewandt: *Ulrich Haltern*, *Der europarechtliche Begriff des Politischen*, Habilitationsschrift Berlin 2003.

¹⁶¹ Ausführlich zur Verwissenschaftlichung der Ideale und zum Scheitern der Strategien *Ulrich Haltern*, *Integration Through Law*, in: *Antje Wiener/Thomas Diez* (Hrsg.), *Theorising European Integration*, 2003, i. E.; *ders.*, *Gestalt und Finalität*, in: *v. Bogdandy* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (Anm. 84), 803 ff.

¹⁶² Überraschend ist das nicht. Dieses Ergebnis wäre auch auf dem Weg über die Analogie der Imagination der Liebe erreichbar gewesen. Die Konvergenz von Ver-

weise, warum die Versuche der Kommission, Europa seinen Bürgern nahe-zubringen und ein „europäisches Bewußtsein“ zu kreieren, so hilflos wirken und bisweilen einer gewissen Komik nicht entbehren. Die europäische Ikonographie in Gestalt der Flagge, Hymne, Nummernschilder, Reisepässe, EG-Jugendorchester, Jean-Monnet-Preise und „Europäische Frau des Jahres“-Preise sind nicht nur in sich widersprüchlich, sondern setzen auch auf Artefakte des Nationalstaates, was bereits im Ansatz zum Scheitern verdammt ist.¹⁶³ Ein weiteres Beispiel für praktische Konsequenzen ist die in Nizza feierlich verkündete Grundrechtscharta der EU. Auch sie evoziert in vielerlei Hinsicht die Ästhetik und den Symbolismus des Nationalstaates. Die kühnen Hoffnungen von Politikern werden aber vor dem Hintergrund des hier Gesagten zu relativieren sein. Es ist kaum zu erwarten, daß sich die Bewohner Europas nun als europäische Grundrechtsbürger um die Charta scharen werden.¹⁶⁴ Verfassungspathos wird das europäische Legitimationsproblem nicht lösen können.¹⁶⁵

VIII. Schluß

Während der Staat und sein Recht vor neuen – internationalen – Herausforderungen stehen, die ihre Öffnung und Wandlung nach sich ziehen, geraten sie nicht aufs Altenteil. Das liegt weniger an Grundfeilern wie staatlicher Souveränität oder an notwendigen Verwiesenheiten des Rechts auf den Staat als Voraussetzung, sondern an ästhetisch-symbolischen Bedeutungen nationalen Rechts. Diese schlagen sich in fundamentalen Unterschieden zwischen den international- und supranationalrechtlichen Imaginationen des Politi-

nunft, Gerechtigkeit und Recht läßt das Individuum aus dem Blickfeld verschwinden. Wir müssen befürchten, daß Gerechtigkeit sich nicht mehr um uns als Einzelne kümmert. Dies ist in der Unterscheidung universell/partikular die dunkle Seite der universellen Perspektive. Das Partikulare generiert seine eigenen Normen, die wir Liebe nennen. Auch in ihrem Kern liegt das Opfer (während im Kern von Gerechtigkeit der Vertrag liegt). Durch Vernunft kann man sich nicht zur Liebe bringen. Völkerrecht und Europarecht sind demnach „unerotische“ Materien. Ich bin nicht der einzige, der diese Verbindung schlägt. Vgl. zur Erotik und Intimität des Nationalismus nur *Julia Kristeva*, *Fremde sind wir uns selbst*, 1990, 193 ff.; *Bruce Robbins*, *Feeling Global. Internationalism in Distress*, 1999, 69: “The would-be internationalist who looks down from a commanding height must live without the comforts of erotic and emotional contacts, for deep or true feeling is ‘horizontal’, that is, national.” Mit dem Thema Recht und Liebe setzen sich ausführlich auseinander *Paul W. Kahn*, *Law and Love. The Trials of King Lear*, 2000; *Haltern*, *Völkerrecht und Liebe* (Anm. 119).

¹⁶³ Ausf. zu diesem Gedanken *Haltern*, *Europäische Verfassung* (Anm. 93); *ders.*, *Gestalt und Finalität* (Anm. 161).

¹⁶⁴ Ausf. *Haltern*, *Europäische Verfassungsästhetik* (Anm. 75).

schen einerseits und nationalstaatsrechtlichen Imaginationen andererseits nieder. Der Bereich der Imagination des Politischen im Nationalstaat beginnt mit dem Opfer, das „uns“ das Recht anverwandelt. Aus Sicht des Liberalismus ist dies eine unpopuläre Aussage, denn dort wird nicht für den Staat gestorben, sondern man wird nur durch den Staat geschützt. Jedoch muß politische Theorie auch in der Lage sein, das Phänomen des Sich-Opfern und Tötens zu erklären. Der Bereich des Politischen wird im nationalstaatlichen Recht dadurch imaginativ definiert, daß es die Loyalität der Bürger für das Projekt des Staates einfordern kann. Dieses Projekt besteht darin, daß sich der Staat in die Zeit verlängern will. Will man die Analogie zur Liebe wieder aufnehmen¹⁶⁶, könnte man formulieren, daß der Staat nur sich selbst liebt. Der moderne Staat war diesbezüglich erschreckend erfolgreich. Die Katastrophen des letzten Jahrhunderts sind u. a. dadurch erklärbar, daß es dem Staat gelungen ist, seine eigene Identität in die Identität seiner Bürger einzuschreiben und sein eigenes Überleben dem Überleben seiner Bürger voranzustellen.

Die Imagination des Politischen unter dem Recht aber ist selbstverständlich kontextabhängig und changiert je nach der sie umgebenden Realität. Umgibt uns eine Welt ökonomischer Transaktionen, des Konsums und des Marktes, in der, um mit der Schuman-Erklärung zu sprechen, „jeder Krieg . . . undenkbar“ ist, wird das Politische weitgehend durch den Markt ersetzt. Im Rahmen dieser Imagination erscheint der Bürger primär als Konsument, die Gesellschaft als Konsumgesellschaft. Die individuelle persönliche Erfahrung beruht auf erwerbbaaren und schnell austauschbaren Bausätzen¹⁶⁷, Identität ist flexibel und verflüssigt¹⁶⁸ und die Legitimität des Staates scheint darauf zu beruhen, den Zugang seiner Bürger zum Warenkonsum zu garantieren.¹⁶⁹

Dies aber kann sich sehr schnell ändern. Sobald die Imagination des Politischen den Bereich letzter Bedeutungen und Werte betritt, erscheinen die Werte des Marktes mit denen des Politischen inkommensurabel. Wie gezeigt existiert nach wie vor ein menschliches Bedürfnis danach, daß uns historische Erzählungen unserer selbst und unserer Gemeinschaften überdauern. Das Sinnhafte dieser Form der Imagination, die sich im letzten Jahrhundert als so problematisch erwiesen hat, lauert hinter der Designeroberfläche postmoder-
¹⁶⁵ *Eine konstruktive Perspektive auf die Möglichkeiten Europas entwerfe ich, anders als hier, in Ulrich Haltern, Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, Eur. L. J. 9 (2003), 14 ff., und jetzt ausf. in Haltern, Der europarechtliche Begriff des Politischen (Anm. 160).*

¹⁶⁶ Vgl. oben Anm. 162 und bei Anm. 114.

¹⁶⁷ Statt vieler *Michael Roes*, *Haut des Südens*, 2000, 74: „Shopping Mall. Zuvoorkommenheit, Fürsorge, ja Nächstenliebe gedeihen auf wirtschaftlichen Gründen offenbar besser als auf weltanschaulichen. In dieser Kathedrale des Konsums finde ich nicht nur wahren Dienst, hier finde ich auch Seelenheil.“ Aus der Fülle der theoretischen

ner Identität. Wie abrupt sich solche Wandlungen vollziehen können, haben die Terroranschläge auf New York und Washington und ihre Folgen gezeigt.

Es ist daher unrichtig davon auszugehen, daß das Recht uns aus der einen Imagination unablässig fortschreitend in die andere führen würde, etwa dadurch, daß die zunehmende internationale Verflechtung in Mehrebenensystemen uns zu Mitgliedern einer großen transnationalen Weltgemeinschaft werden ließe. Globaler Konstitutionalismus ist nach wie vor durch tiefe Ambivalenzen gekennzeichnet. Hiervor darf man beim Studium des „internationalen Verfassungsrechts“ nicht die Augen verschließen. Funktionsorientierte Neubestimmungen des Staates oder des internationalen Rechts könnten sonst allzu leicht über das Ziel hinausschießen. Im Hintergrund lauert nicht nur die politische Imagination des Nationalstaates, sondern auch die Gefahr mangelnder sozialer Legitimität. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der Generalsekretär der UNO wissen zu berichten, daß die Verweigerung von gesellschaftlicher Akzeptanz den besten Ideen den Boden unter den Füßen zu entziehen vermag. Es geht daher nicht um eine Remythologisierung des Staates und seines Rechts, sondern um unterschiedliche symbolisch-ästhetische Bedeutungsebenen, die handfeste normative Konsequenzen nach sich ziehen. Mein Vorschlag ist, dies bei der Diskussion über transnationale Konstitutionalisierungsprozesse, internationale Gemeinschaft und Weltbürgertum mitzubedenken.

Summary

“Global constitutionalism” and “international constitutional law” are all the rage. Lawyers place a lot of hope in the idea that on the international plane, something like a constitutional order might be emerging. In this essay, I doubt these hopes are justified. I believe there are differences between what national law on the one hand, and what international and EU law on the other hand, stand for. Employing a cultural study of law, I attempt to reveal those differences.

Law is not just a body of rules. It is a social practice, a way of being in the world. A social practice is a way of understanding self and others, and thus, a way to make actions meaningful. To live under the rule of law is to maintain a set of beliefs about authority and representation, self and community, and time and space. Law's rule, then, is a system of beliefs: a structure of meaning within which we experience public order as the rule of law. No functional approach can grasp this meaning of law. It is the imagination that constructs the past and the future of the polity, just as it constructs, at the same time, the political identity of citizens.

Law is the source and the product of the imagination of political existence. It serves as memory and storage of political meaning. However, it carries

forward constitutive meaning only if it goes beyond the rational, the efficient, and the just. In notable contrast to liberalism's accounts of law, a cultural theory of law emphasizes the nature of law as rooted in bounded space. The state, for instance, maintains itself through the invention of a collective self that is the people. Law plays a crucial role in this maintenance project. That role cannot be explained by reason alone, if law is to carry forward meaning. The cultural study of law understands sacrifice – the process by which ideas are embodied in historical artifacts – to be at the heart of law. To understand the rule of law, we must look to the experience of the political as it makes conflicting claims of loyalty and responsibility. It is here where liberalism fails.

International law and EU law seem more like reactions to the destructive forces of politics. It is the spirit of reason, and reason alone, that informs them. Neither has moved from contract to sacrifice. Both are, for many reasons explained in this essay, unable to carry forward constitutive meaning – which is, in a way, ironic because both place the individual at their center. That, however, is exactly the problem: the liberal account of law sees the individual (through the social contract) as the efficient cause of the state, and fails to see the collective character of the popular sovereign. I believe it is a mistake to underestimate the tenacity of the nation-state's imagination of the contested domain of the political. The state loves only itself.

It seems wrong, then, for European Union demiurges to aspire for nation-state artifacts. Union texts are not 'ours', they are just texts, empty shells with no roots or power to make a claim upon the citizen. Union texts do not constitute a collective self; rather, they constitute a Common Market. Markets cannot tell us who we are because they operate through desires, which are mere placeholders. Since Union law has no memory to store deep social meaning, meaning needs to be generated through ceaseless political action, again and again. There is nothing to remember or to maintain. The Union exists only within forgetful fleeting moments, which is why it appears so breathless. The same holds true, in some way, for public international law. Modern public international law (esp. its doctrine of *jus cogens*) is informed by an idea of the ultimate moral value of the prepolitical individual and of an apolitical nature. The state, from this perspective, becomes a means to ends that are defined apart from politics. Again, this underestimates political meanings, which are not moral meanings. They are their own ultimate values.

Reason does not construct history, politics does. Politics is embodied imaginations. In this light, it seems naïve to believe nation-state law and EU or international law are in the same ballpark. A cultural study of law reveals the difference in their textures, meanings, and constitutive reach on our imagination of the domain of the political. I think it important to keep this in mind when we talk of "global constitutionalism".