

Klaus Günther,
Daniel Thym,
Uwe Volkmann (Hg.)
*Zusammenhalt
durch Recht?*



Forschungsinstitut
Gesellschaftlicher
Zusammenhalt

campus

Zusammenhalt durch Recht?

Gesellschaftlicher Zusammenhalt

Herausgegeben von Nicole Deitelhoff, Olaf Groh-Samberg und Matthias Middell für das Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ)

Das Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ) erforscht Begriff und Konzeptionen, Quellen und Gefährdungen, Folgen und Wirkungen sowie historische, globale und regionale Kontexte gesellschaftlichen Zusammenhalts aus einer Vielzahl disziplinärer Perspektiven und methodischer Zugänge. Das FGZ wird als ein Verbundprojekt seit Juni 2020 vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert und setzt sich aus elf Standorten in ganz Deutschland zusammen. Zum Verbund gehören die Technische Universität Berlin, die Universitäten Bielefeld, Bremen, Frankfurt, Halle-Wittenberg, Hannover, Konstanz und Leipzig sowie das Soziologische Forschungsinstitut Göttingen, das Leibniz-Institut für Medienforschung Hamburg und das Institut für Demokratie und Zivilgesellschaft Jena.

Die Forschung des Verbundprojekts ist transferorientiert und zielt darauf, in einem dialogischen Austausch mit der Öffentlichkeit Fragestellungen und Wissensbestände aus der Gesellschaft aufzunehmen und ihrerseits begriffliche Einordnung, evidenzbasierte Deutungsangebote, praxisrelevantes Orientierungswissen sowie politische Handlungsempfehlungen zu Fragen des gesellschaftlichen Zusammenhalts anzubieten.

Die Schriftenreihe im Campus Verlag präsentiert zentrale Impulse und Forschungsergebnisse aus dem FGZ und richtet sich an eine breite gesellschaftliche Zielgruppe aus Wissenschaft, Politik und interessierter Öffentlichkeit. Die Bände der Schriftenreihe geben Antworten auf die Frage, wie sich gesellschaftlicher Zusammenhalt und seine Einflussfaktoren fassen und empirisch messen oder beschreiben lassen und welche Schlussfolgerungen sich daraus für Politik und Gesellschaft ziehen lassen. Zudem diskutieren sie, an welchen Stellen das Konzept des Zusammenhalts und die damit gefassten gesellschaftlichen Verhältnisse zu kritisieren sind, und was sich dazu im historischen und globalen Vergleich erfahren lässt.

Band 1

Klaus Günther ist Professor für Rechtstheorie, Straf- und Strafprozessrecht und Projektleiter am FGZ Frankfurt am Main. *Daniel Thym* ist Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht sowie Sprecher des FGZ Konstanz. *Uwe Volkmann* ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie sowie Projektleiter am FGZ Frankfurt am Main.

Klaus Günther, Daniel Thym, Uwe Volkmann

Zusammenhalt durch Recht?

Campus Verlag
Frankfurt/New York

GEFÖRDERT VOM



Bundesministerium
für Bildung
und Forschung

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Der Text dieser Publikation wird unter der Lizenz Creative Commons Namensnennung – Share Alike 4.0 International Public License (CC BY-SA 4.0) veröffentlicht.

Den vollständigen Lizenztext finden Sie unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>



Verwertung, die den Rahmen der CC BY-SA 4.0 Lizenz überschreitet, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Die in diesem Werk enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative-Commons-Lizenz, sofern sich aus der Quellenangabe/ Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative-Commons-Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

ISBN 978-3-593-51812-1 Print

ISBN 978-3-593-45573-0 E-Book (PDF)

DOI 10.12907/978-3-593-45573-0

Trotz sorgfältiger inhaltlicher Kontrolle übernehmen wir keine Haftung für die Inhalte externer Links. Für den Inhalt der verlinkten Seiten sind ausschließlich deren Betreiber verantwortlich.

© 2024, 2025. Einige Rechte bei Campus Verlag in der Verlagsgruppe Beltz,

Werderstr. 10, 69469 Weinheim, info@campus.de.

Umschlaggestaltung: Verlagsgruppe Beltz

Satz: le-tex xerif

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

Beltz Grafische Betriebe ist ein Unternehmen mit finanziellem Klimabeitrag (ID 15985-2104-1001).

Printed in Germany

www.campus.de

Inhalt

Das Recht: eine unterschätzte Größe? – Eine Einführung in diesen Band . . .	7
<i>Klaus Günther, Daniel Thym und Uwe Volkmann</i>	
Kein gesellschaftlicher Zusammenhalt ohne Recht – kein Recht ohne gesellschaftlichen Zusammenhalt? – Re-Konstruktionen zwischen Menschenrechten und nationalstaatlicher Verfassung	13
<i>Klaus Günther</i>	
Sozialer Zusammenhalt und allgemeine Rechtsidee	47
<i>Uwe Volkmann</i>	
Zusammenhalt qua Verfassungspatriotismus? – Von der rechtlichen Konstruktion gesellschaftlichen Zusammenhalts und dem Zauber von Symbolik	65
<i>Laura Münkler</i>	
Tocqueville vertrauen?	101
<i>Günter Frankenberg</i>	
Integration durch Recht? Erfolge und Grenzen der rechtlichen Gemeinschaftsbildung in der Europäischen Union	127
<i>Daniel Thym</i>	
Integration durch Verfassungsrechtsprechung	145
<i>Ute Sacksofsky</i>	
Leisten Justizjuristinnen und -juristen einen Beitrag zum Zusammenhalt? – Befunde einer justizsoziologischen Studie	165
<i>Berthold Vogel</i>	
Autor:innen	183

Das Recht: eine unterschätzte Größe? – Eine Einführung in diesen Band

Klaus Günther, Daniel Thym und Uwe Volkmann

Abstract

Im Zentrum des Bandes stehen die verschiedenen Wirkungen und Eigenschaften, die gerade das Recht zu einem zentralen Kandidaten für sozialen Zusammenhalt machen. Einerseits wird ihm in allen einschlägigen Darstellungen eine Ordnungs- und damit zugleich eine Befriedungs- und Integrationsfunktion zugeschrieben, ohne die eine Gesellschaft von einem gewissen Grad der Komplexität an gar nicht existieren kann; insofern bildet es gleichsam die unterste Grundlage von gesellschaftlichem Zusammenhalt überhaupt. Andererseits organisiert es die Gesellschaft zunächst nur als ein Nebeneinander von Individuen und abstrakten Rechtspersonen, nicht notwendig als ein Miteinander von Bürgern. Von hier aus gehen die Beiträge der Frage nach, welche weiteren Leistungen das Recht für sozialen Zusammenhalt erbringen kann, welche Grenzen ihm dabei gesetzt sind und welche Folgeprobleme daraus resultieren können.

Keywords: Recht; Gesellschaft; Zusammenhalt; Verfassung; Integration

Wer über das, was eine Gesellschaft zusammenhält, reden will, wird vom Recht nicht schweigen können. Ausdrücklich gesprochen wird von ihm in diesem Zusammenhang aber nur selten und wenn, dann eher beiläufig oder sogar abschätzig, als ob es für diese ganzen Fragen keine ernsthafte Rolle spielte. Stattdessen drängen sich die anderen üblichen Verdächtigen vor und beherrschen, auch in der wissenschaftlichen Diskussion, weithin das Feld: die Religion, die das gesamte Mittelalter hindurch das einheitsstiftende Fundament der Welt war; die Nation als Wille und Vorstellung, nach der sich im 19. Jahrhundert hierzulande ein Gebilde wie der Staat überhaupt erst formierte; daneben oder dahinter dann, etwa in dieser Reihenfolge, ethnische Zugehörigkeit, überlieferte Kultur, gemeinsame Sprache, vielleicht auch eine politische Ideologie. Sie alle können zweifellos mächtige Bindekräfte sein, deren Intensität, wenn eine bestimmte Gruppe oder auch eine ganze Gesellschaft von ihnen wirklich ergriffen wird, wenig Vergleichbares an die Seite zu stellen ist. Für ihre Religion etwa gehen Menschen in einigen Weltgegenden bis heute in den Tod, und welche Kräfte die nationale Sache, wenn auch vielleicht schon zusammen mit einem Willen zur Behauptung der Freiheit, bis in unsere Tage freizusetzen imstande ist, zeigt derzeit der heroische Kampf der Ukrainer gegen den russischen Aggressor. Wer würde das von so etwas Abstraktem wie dem Recht ernsthaft behaupten wollen? Allenfalls wenn es sich mit einem bestimmten positiven Inhalt auflädt, seinerseits mit einer großen Idee, etwa der von Freiheit und Gleichheit, verbunden wird und es diese dann auf seiner höchsten Stufe, in einer Verfassung als »politischer Bibel des Staates« (Thomas Paine), symbolisch verkörpert, wird dem Recht eine gewisse integrative Kraft zugesprochen, wie man sie dann etwa auf den bekannten Begriff des »Verfassungspatriotismus« bringt. Aber auch hier sind es nicht die oft ganz universalistischen Prinzipien der Verfassung, denen dies zugetraut wird, sondern es ist gerade die spezifische Verbindung, die sie darin – als überhaupt eben möglicher Gegenstand eines Patriotismus – mit einem vorhandenen Gemeinschafts- oder auch Nationalgefühl eingeht. Und selbst diese Verbindung hat man, wie etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde, als einen »blassen Seminargedanken« verspottet, auf den man in der Stunde der Krise seine Aktien besser nicht setzen sollte.

Andererseits könnte gerade diese Bläse ein guter Grund sein, nun erst recht über das Recht zu reden. Denn gemeinsam ist all den anderen aufgeführten Potenzen, nennen wir sie traditionale, substanzhafte oder auch ethische, ja auch, dass sie so, wie sie Menschen miteinander verbinden, sie sie immer auch voneinander trennen können: von denen, die einer je anderen Religion anhängen, andere kulturelle und ethnische Wurzeln haben, eine andere Sprache sprechen oder vielleicht auch nur mit der jeweils gerade vorherrschenden Ideologie nichts anfangen können. Und so wie der Grad der Verbindung auf ihrer Grundlage am

intensivsten ausfallen kann, so kann auch die Dissoziation bis zu ihrer äußersten Intensität, dem Gegensatz zwischen Freund und Feind, vorangetrieben werden. Und was dann in dieser Dissoziation allein vermitteln oder zumindest verhindern kann, dass sie sich, wie Carl Schmitt prognostiziert hat, bis zur physischen Vernichtung des Gegners steigert, wäre dann vielleicht doch wieder das Recht in seiner elementaren Funktion, die Gesellschaft vom Gebrauch der Gewalt auszuschließen, vielleicht überhaupt Gewalt als Mittel zur Lösung innergesellschaftlicher Konflikte zurückzudrängen. Sicher kann auch das Recht selbst als Macht- und Gewaltinstrument genutzt werden, um wiederum im Namen der Religion, der Nation oder auch einer politischen Ideologie andere auszugrenzen: in Gesetzen zur Verfolgung Andersgläubiger, in Exekutivverordnungen zur Unterdrückung einer politischen Opposition, zuletzt, als geschichtlich düsterstes Beispiel, in den Rassengesetzen der Nationalsozialisten. Aber im Normalfall erfüllt das Recht, indem es Regeln aufstellt, an die sich alle halten müssen, eine elementare Ordnungs- und damit Befriedungsfunktion, ohne die Gesellschaft heutzutage gar nicht möglich wäre. Einen Wert, hat der große Rechtsphilosoph Gustav Radbruch gesagt, führt jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: Es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zumindest Rechtssicherheit schafft. Und von einem bestimmten Grad der Ausgrenzung und eben Entrechtung von Menschen oder auch von ganzen Gruppen stellt sich die Frage, ob das Recht, wenn es als Mittel dazu genutzt wird, diese Bezeichnung überhaupt noch verdient. Oder ob es nicht einfach das Gegenteil davon ist, nämlich Unrecht, oft sogar schreiendes Unrecht.

Ist man hier angekommen, fangen allerdings die eigentlich interessanten Fragen erst an. Denn natürlich wird niemand bestreiten, dass das Recht die Gesellschaft organisiert, und es ohne diese Organisation heute keine Gesellschaft, damit aber auch keinen Zusammenhalt in ihr, geben kann. Andererseits bildet das Recht zunächst einmal nur den formalen Unterbau dieses Zusammenhalts, als eine dafür notwendige, aber für sich allein nicht hinreichende Bedingung, wie man oft sagt. Insofern organisiert es – besonders deutlich im Strafrecht, möglicherweise aber auch als bürgerliches Recht oder Verwaltungsrecht – diese Gesellschaft von seiner Natur und Wirkungsweise her als ein Nebeneinander von Rechtspersonen, nicht notwendig als ein Miteinander von Bürgern. Kann es aber auch hierfür Leistungen erbringen, und welche könnten dies sein? Auf welchen Ebenen könnten diese Leistungen wirksam werden, und wie verhalten sich diese zu den Beiträgen der anderen Faktoren, die Integration und Gemeinschaftsbildung bewirken können? Und welche Rolle spielen die je handelnden Akteure im Rechtssystem für die Verwirklichung dieses Anspruchs? Diesen Fragen versucht der vorliegende Band nachzugehen. Hervorgegangen ist er aus der Jahrestagung des Forschungsclusters »Theorien, Politik und Kulturen des Zusammenhalts« des Forschungs-

stituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt, die vom 11. auf den 12. November 2021 in Frankfurt in den Räumen des Forschungsverbands »Normative Ordnungen« stattfand. Die wesentlichen Beiträge dieser Tagung sind im vorliegenden Band versammelt.

Im ersten Beitrag geht Klaus Günther unter der Überschrift »Zusammenhalt durch Recht oder Recht durch Zusammenhalt? Re-Konstruktionen zwischen Menschenrechten und nationalstaatlicher Verfassung« der inhärenten Spannung nach, die zwischen der umfassenden Inklusion der Staatsbürger – und nur der Staatsbürger – in die rechtliche Grundordnung einer konkreten politischen Gemeinschaft und der Idee universaler Menschenrechte besteht, die von ihrer Anlage her diese Gemeinschaft immer schon transzendiert. Ideengeschichtlich wird dafür ein breiter Bogen geschlagen, der bei der bekannten Staatsdefinition Ciceros beginnt, nach der der Staat als Sache aller (*res publica res populi*) seine Grundlage in einer gemeinsamen Rechtsvorstellung hat (*consensus iuris*), und von dort hinüber führt in die von der neueren Diskurstheorie herausgearbeitete Gleichursprünglichkeit von Rechtsstaat und Demokratie bzw. von individuellen Grundrechten und Volkssouveränität; Ziel ist es, das beschriebene Spannungsverhältnis in seiner historischen Tradiertheit zu reflektieren und dadurch gleichzeitig ein Stück aufzulösen.

Zum Teil daran anknüpfend wendet sich Uwe Volkmann dem Thema »Sozialer Zusammenhalt und allgemeine Rechtsidee« zu. Innerhalb dieser Rechtsidee stehen sich, wie man mit einer gewissen Vereinfachung sagen kann, bis heute zwei Grundpositionen gegenüber, die sich gerade in ihren entgegengesetzten Konzeptionierungen von Gesellschaft (und Zusammenhalt) unterscheiden und sich in ausgearbeiteter Form bereits bei Kant und Hegel finden. Nach der liberalen Konzeption hat das Recht vor allem die Aufgabe, die Freiheit des einen um die Freiheit der anderen willen zu begrenzen; es bildet so gleichsam den Zaun, der die Individuen voneinander trennt. Nach der – hier erneut vereinfachend so genannten – gemeinschaftlichen Konzeption stellt es demgegenüber einen verbindenden Ordnungsrahmen bereit, durch den die Bürger und Bürgerinnen ebenso wie durch eine gesellschaftlich grundierte Moral oder Kultur in einen umfassenderen geistigen Zusammenhang integriert werden. Heutige Rechtsordnungen schlagen hier typischerweise einen Mittelweg ein, der gerade in der Idee der individuellen Freiheit und einer allgemeinen Kultur, die sich auf sie gründet, das verbindende Regulativ einer ansonsten funktional differenzierten Gesellschaft sieht.

Für die Verwirklichung einer solchen Kultur der Freiheit dürfte der Verfassung als oberster Rechtsebene des Staates eine herausragende Bedeutung zukommen. In einem Band, der sich dem Zusammenhalt durch Recht widmet, darf deshalb der Verfassungspatriotismus nicht fehlen. In ihm sehen, seit Dolf Sternberger den Begriff aus der Taufe hob, nicht nur so bedeutende politische

Denker wie Jürgen Habermas, sondern auch jüngere Autoren wie Jan-Werner Müller oder Tine Stein den einzigen Weg, über den die Integration der hochgradig pluralisierten und individualisierten Gesellschaften unserer Tage überhaupt noch vonstattengehen kann. Den sich daraus ergebenden Fragen wendet sich Laura Münkler in ihrem Beitrag »Zusammenhalt durch Verfassung? Zur Leistungsfähigkeit neuerer Konzepte des Verfassungspatriotismus« zu, in dem es auch darum geht, den Verfassungspatriotismus gegen seine zahlreichen Kritiker zu verteidigen und zugleich ein Stück weit zu reformulieren.

Dass man dabei immer auch die Demokratie als die von der liberalen Verfassung konkret organisierte Form des politischen Zusammenlebens in den Blick nehmen muss, zeigt Günter Frankenberg in seinem Beitrag »Tocquevilles Frage«, mit dem er zugleich frühere Überlegungen einer kritischen Revision unterzieht. Ihm geht es um das intrinsische Potenzial, das gerade der demokratische Prozess für die Erzeugung von Gemeinsamkeiten unter Bürgern bereithält: Politische Integration erfolgt eben oft im und durch Streit und in den Arenen der Zivilgesellschaft.

Dass die Vorstellung der Stiftung sozialen Zusammenhalts durch Recht auf der Ebene der Europäischen Union eine prominente Rolle spielt, zeigt Daniel Thym in seinem Beitrag »Integration durch Recht: zur Funktionsweise der Europäischen Union«. Gerade die EU verstand sich von Anfang an nicht nur als Wirtschafts-, sondern auch als Rechtsgemeinschaft, die die Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten durch die Unterworfenheit unter dieselbe Rechtsordnung in den übergreifenden Ordnungszusammenhang einer europäischen Gesellschaft einbinden wollte. Das Recht wurde dementsprechend von Anfang an als zentraler Motor der Integration angesehen, mit dessen Hilfe die Entwicklung zu einer »politischen Union« im Sinne einer weitergehenden Wertegemeinschaft vorangetrieben werden sollte. In seinem Beitrag zeigt Daniel Thym, dass dieser Mechanismus derzeit an seine Leistungsgrenzen stößt, und öffnet zugleich den Blick auf mögliche Strategien jenseits des Rechts.

Die beiden letzten Beiträge wenden sich der Rolle zu, die Justiz und Rechtsprechung in diesem Zusammenhang spielen, nähern sich dieser aber jeweils aus unterschiedlichen Perspektiven. Unter der Überschrift »Integration durch Verfassungsrechtsprechung?« fragt Ute Sacksofsky, welchen Beitrag Verfassungsgerichte für sozialen Zusammenhalt leisten können. Das Grundproblem und zugleich zentrale Dilemma besteht dabei darin, dass der Verfassung eine integrierende Funktion gerade deshalb zukommt, weil sich in ihren abstrakten und allgemeinen Aussagen alle wiederfinden können, obwohl sie darunter im Einzelfall oft ganz Unterschiedliches verstehen. Verfassungsgerichte müssen dann einerseits den normativen Anspruch der Verfassung transportieren und so die normativen Grundorientierungen der Gesellschaft immer von Neuem in diese einspei-

sen. Andererseits trennt jede konkrete gerichtliche Entscheidung die Beteiligten immer auch in Sieger und Verlierer, womit die integrierende Wirkung in jedem Anwendungsfall auch wieder verspielt werden kann.

Und welche Rolle spielt hier eigentlich das handelnde Personal? Welche Einstellungen und Mentalitäten herrschen dort vor, wie schätzt es selbst seine gesellschaftliche Funktion ein und inwiefern wirkt sich diese Einschätzung auf das konkrete Entscheidungsverhalten aus? Diesen Fragen wendet sich Berthold Vogel mit dem Beitrag »Die Hüter des Rechts« zu, der als Abschluss des Bandes zugleich die ersten Ergebnisse des FGZ-Projekts »Wer trägt die Verantwortung für öffentliche Güter? Zur Praxis gesellschaftlichen Zusammenhalts« präsentiert.

Wie bei jedem Buch, so haben auch bei diesem viele dazu beigetragen, dass es in dieser Form überhaupt zustande kommen konnte. Zu danken haben wir an erster Stelle Herrn Eric von Dömming, der die Lasten der redaktionellen Bearbeitung fast ganz allein zu tragen hatte. Daneben gilt unser Dank Mathias Rodatz und Sarah Lempp vom Publikationsmanagement des FGZ, ohne deren Geduld und Überblick das Projekt nicht möglich gewesen wäre, sowie unserer administrativen Geschäftsführerin Rebecca Schmidt, die die Entstehung des Bandes engagiert wie immer begleitet hat. Einschließen möchten wir in den Dank nicht zuletzt alle Kolleginnen und Kollegen vom FGZ-Standort Frankfurt, die die Fragen, um die es in diesem Band geht, auf der zugrundeliegenden Tagung mit uns intensiv diskutiert haben und uns darüber hinaus stets mit Rat und Tat zur Seite standen.

Kein gesellschaftlicher Zusammenhalt ohne Recht – kein Recht ohne gesellschaftlichen Zusammenhalt? – Re-Konstruktionen zwischen Menschenrechten und nationalstaatlicher Verfassung¹

Klaus Günther

Abstract

Wenn es um die Bedeutung des Rechts für den gesellschaftlichen Zusammenhalt geht, werden üblicherweise zwei gegensätzliche Positionen, wenn auch zumeist in mehr oder weniger vermischter Form, vertreten: Für die einen gibt es keinen Zusammenhalt ohne Recht; dieses, vor allem die Verfassung, verbindet die Individuen erst zur Gesellschaft. Für die anderen ist das Recht in seiner Geltung und Wirksamkeit auf einen vorgängigen gesellschaftlichen Zusammenhalt angewiesen. Der Beitrag skizziert die historischen Grundlagen dieser beiden Positionen und ihrer wechselseitigen Kritik, um dann zu zeigen, dass es sich um eine falsche Alternative handelt. Mit der seit 1789 explizit gesetzten Zweckbestimmung jeder politischen Assoziation, die Menschenrechte für eine bestimmte Gesellschaft unter ihren spezifischen Lebensbedingungen zu garantieren, wird eine rechtliche und gesellschaftliche Veränderungsdynamik ausgelöst. In dem Maße, wie sie von den Beteiligten und nachfolgenden Generationen als eine gemeinsam geteilte Geschichte erfahren wird, kann sie integrative Wirkung entfalten.

Keywords: Menschenrechte; Verfassung; Nation; Konflikt; Geschichte

¹ Eric von Dömming und Günter Frankenberg danke ich für hilfreiche Hinweise und Kritik.

Kaum jemand dürfte bestreiten, dass das Recht zumindest ein, wenn nicht gar der wesentliche Faktor gesellschaftlichen Zusammenhalts ist, weitgehend unabhängig davon, was man im Einzelnen unter diesem vieldeutigen Begriff versteht.² Von dieser Überzeugung waren unter anderem die Anfänge der Soziologie als Wissenschaft geleitet, für die das Recht eine zentrale Rolle bei der Beantwortung der Frage spielte, wie Gesellschaft überhaupt möglich sei.³ Auch gesellschaftliche Modernisierungsprozesse, die rasch zu einem der Hauptthemen der Soziologie gerieten, wurden häufig an einem Wandel des Rechts dechiffriert. Exemplarisch lässt sich das an Emile Durkheims Werk »Über soziale Arbeitsteilung« zeigen, in dem der Übergang von mechanischer zu organischer Solidarität sich primär an dem Wechsel von der gesellschaftlichen Vorherrschaft des Strafrechts zum zivilen Vertragsrecht manifestiert. Max Weber wiederum setzt in seinen Studien zu »Wirtschaft und Gesellschaft« rationale Herrschaft als höchste Entwicklungsstufe des okzidentalen Rationalismus gleich mit legaler Herrschaft, basierend auf einem formalisierten und systematisierten Recht.

Freilich bleibt jene Behauptung über die prominente Rolle des Rechts für gesellschaftlichen Zusammenhalt noch oberflächlich und unbestimmt, weil sie nichts darüber sagt, in welcher Weise das Recht dabei welche Funktionen übernimmt. Hier beginnen dann auch die Kontroversen. Sie lassen sich in zwei Positionen zusammenfassen, die sich in einigen Ausprägungen zu einem Gegensatz steigern können. Die erste lässt sich schlagwortartig formulieren als *These des Zusammenhalts durch Recht*: Das Recht sei eine notwendige Bedingung für gesellschaftlichen Zusammenhalt. Demnach ist das Recht genetisch und normativ primär, andere sozialintegrative Faktoren demgegenüber sekundär, sie entfalten ihre Wirksamkeit erst auf der Grundlage der juristischen Integration. Die Gesellschaft konstituiert sich nicht primär durch außerrechtliche Merkmale und Handlungen, sondern durch die Staatsbürgerschaft und die mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten. Der in rechtlichen Verfahren geregelte Erwerb der Staatsbürgerschaft bleibt unabhängig von Merkmalen wie Abstammung, Ethnie, Religion etc. Eine Nation ist zuerst Staatsbürgernation: »Nation ist Staatsbürgergemeinschaft, nicht in erster Linie Sprach- oder Volksgemeinschaft.«⁴ Eine nationale Identität, ein gemeinschaftliches, aus historischen Erfahrungen sich nährendes kollektives Selbstverständnis, bildet sich in einer Staatsbürgernation erst auf dieser Grundlage.

2 Siehe dazu die Beiträge in: Deitelhoff/Groh-Samberg/Middell, *Gesellschaftlicher Zusammenhalt. Ein interdisziplinärer Dialog*.

3 Siehe dazu die Studie von Doris Schweitzer, *Juridische Soziologien*.

4 Schieder, *Nationalismus und Nationalstaat*, S. 89.

Die These, dass *Recht nur durch gesellschaftlichen Zusammenhalt möglich sei*, kehrt dieses Verhältnis um. Eine Gesellschaft konstituiere sich primär durch geteilte außer- oder vorrechtliche Eigenschaften wie eine gemeinsame Sprache, ethnische Zugehörigkeit (»Volk« im substanziellen Sinne), Kultur oder Religion: »... die zunächst unpolitisch verstandene Idee des Volkes [...], das vor und über dem Staat lebendig ist als schöpferische Kraft, die in der Sprache und im Volksgeist sich ausdrücken soll.«⁵ Die Nation ist zuerst Kulturnation. Das Recht geht nicht nur genetisch aus diesen Gemeinsamkeiten hervor, sondern hat in ihnen auch seine normative Grundlage und wird durch sie in seiner Geltung sowie in seinem Gehalt bestimmt und begrenzt. Sie werden auch nicht bewusst hergestellt oder künstlich erzeugt, sondern wachsen organisch und in langen, Generationen übergreifenden Zeiträumen. So erscheinen sie wie natürliche Tatsachen: »Den Staat auf das Volk gründen, heißt dann, ihn in Einklang bringen mit den natürlichen Ordnungen des Menschengeschlechts.«⁶

In vielen Debatten über gesellschaftlichen Zusammenhalt treten diese beiden Positionen häufig weniger als klar geschiedene Alternativen auf, sondern vermischt, allerdings mit unterschiedlichen Gewichtungen. Zumindest wird darauf verwiesen, dass es über die Staatsangehörigkeit und deren Grundlage, die Verfassung, hinaus noch weitere Gemeinsamkeiten geben müsse. Das rechtliche, vor allem durch die Verfassung und ihre Grundrechte gestiftete Band sei zu dünn und zu brüchig, um gesellschaftlichen Zusammenhalt vor allem in Phasen von Konflikt und Krise zu gewährleisten. Außerdem wird behauptet, dass die Trennung zwischen Staatsbürger- und Kulturnation eine Erfindung der Moderne sei, beginnend mit der Amerikanischen und der Französischen Revolution. Aus einem revolutionären Akt hervorgegangen, seien Menschenrechte und Verfassungen ein Produkt bewussten Handelns, eine künstliche Ordnung, welche die gewachsenen, im Leben der Menschen und ihrer Vorfahren verwurzelten, sich dem bewussten Handeln weitgehend entziehenden natürlichen Ordnungen entwerfe.

Im Folgenden soll dargelegt werden, dass es sich insofern um eine falsche Alternative handelt, als das Recht dabei als eine äußerliche, abstrakte und formale normative Ordnung unverbundener Individuen nach dem Paradigma des Privatrechts konzipiert wird, die keinen Sitz im Leben einer sich demokratisch selbst bestimmenden Nation habe, während Konzeptionen des Zusammenhalts evoziert werden, die eine unverfügbare sittliche Substanz behaupten, die nur von einer homogenen Nation adäquat verkörpert und durch eine politisch autonome Gesetzgebung weder hergestellt noch verändert werden kann und darf. Der wesentliche Grund für diese falsche Alternative besteht darin, dass mit dem Auf-

5 Ebd.

6 Schieder, *Nationalismus und Nationalstaat*, S. 90.

kommen der Menschenrechte beide Seiten einer Veränderungsdynamik ausgesetzt werden, die auch das Verhältnis von Recht und gesellschaftlichem Zusammenhalt aus dieser starren Entgegensetzung befreit.

I. Individualistisch-kontraktualistisches und substanzialistisch-objektivistisches Rechtsverständnis

Dass die faktischen außerrechtlichen Gemeinsamkeiten unter den Angehörigen einer Gruppe von Menschen von einer anderen normativen Art seien als ihr Status als Bürger einer rechtlich konstituierten Gemeinschaft, gilt schon für das antike Rom. Dort wurde unterschieden zwischen der Herkunft eines Menschen, der *origo*, die geografisch-lokal und genealogisch-familiär (als Filiation) bestimmt war. Unabhängig davon bestand das Bürgerrecht der *communis patria*, das man als Bürger einer Stadt (*civitas*) innehatte.⁷ Cicero fasste diese Unterscheidung so, dass jeder Römer zwei Vaterländer (*duas patrias*) habe: ein natürliches, *patria naturae*, und ein bürgerschaftliches, *patria civitatis*, oder rechtliches, *patria iuris*. Dieses definierte er als eine »Vielzahl von Menschen, die sich zusammenschließen, indem sie ein gemeinsames Recht anerkennen und ein gemeinsames Gut anstreben.«⁸ Wie wirkmächtig und geläufig diese Unterscheidung war, lässt sich mehr als ein- einhalbtausend Jahre später an ähnlich lautenden Formulierungen ablesen. So beantwortet Abbé Sieyès in seiner Abhandlung über den Dritten Stand von 1789 die Frage: »Was ist eine Nation?« mit der Definition: »Eine Körperschaft von Gesellschaftern (*corps d'associés*), die unter einem gemeinschaftlichen Gesetz leben und durch dieselbe gesetzgebende Versammlung repräsentiert werden.«⁹ In dieser Tradition bewegt sich auch Kant noch: »Ein Staat (*civitas*) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.«¹⁰

Diese formellen Definitionen geben jedoch keine Antwort auf die Frage, wodurch die Vereinigung unter Rechtsgesetzen motiviert ist. Die Unbestimmtheit zeigt sich vor allem an dem Begriff des Zusammenschlusses, der Assoziation oder Vereinigung. Im Hinblick auf die Voraussetzungen und Motive lässt er vielerlei Deutungen zu. Die Antike setzt ein natürliches Streben des Menschen nach Bildung politischer Gemeinschaften voraus (Aristoteles: der Mensch als *zoon politikon*). In dieser Tradition fügt Cicero seiner Staatsdefinition die Bemerkung hinzu, dass die erste Ursache der Vereinigung die »in der Natur des Menschen lie-

⁷ Thomas, »Origine« et »commune patrie«.

⁸ Cicero, »Über den Staat«, S. 65.

⁹ Sieyès, »Dritter Stand«, S. 124; ders., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, S. 40.

¹⁰ Kant, MS RL, AA 06, S. 313, Z. 10–11 (§ 45).

gende Neigung zur Geselligkeit« sei,¹¹ bemerkt wenig später dann aber auch, dass »das Gesetz das Band der bürgerlichen Gemeinschaft (*lex sit civilis societatis vinculum*)« und ein Staat (*res publica*) nichts anderes sei als »die Rechtsgemeinschaft der Bürger (*quid es enim civitatis nisi iuris societatis civium?*)«. ¹² Das natürliche Streben vermag zwar zu erklären, warum Menschen überhaupt in Gemeinschaften leben wollen und müssen, doch bedarf eine solche natürliche Gemeinschaft erst noch der Transformation in eine Rechtsgemeinschaft. Dazu müssen sich deren Mitglieder explizit zusammenschließen, bzw. durch Erwerb des Bürgerrechts in sie eintreten. Die hervorgehobene Bedeutung des Rechts als des einigenden Bandes, das die Mitglieder einer aus Natur motivierten politischen Vereinigung zusammenhält, wird augenfällig an Ambrogio Lorenzettis berühmtem Fresko der guten und schlechten Regierung im *Palazzo Pubblico* von Siena (1338–40): Die jeweils von den beiden Waagschalen der Gerechtigkeit, der ausgleichenden und der verteilenden, laufenden Bänder werden von der Figur der Concordia zu einem Band geflochten, das weiter zu den Bürgern wandert, von denen jeder einzelne mit einer Hand das Band des Rechts, das *vinculum iuris*, ergriffen hat. Sinnfälliger lässt sich der Zusammenhalt durch Recht kaum visualisieren.¹³

Demgegenüber akzentuieren die neuzeitlichen Theorien des Gesellschaftsvertrages das kontingente Moment eines wechselseitigen Vertragsschlusses zwischen Einzelnen, durch welchen eine unter Gesetzen lebende politische Gemeinschaft erst künstlich hergestellt werden müsse. Begründet wird das Eingehen dieses Vertrages durch Vernunft oder doch zumindest durch Klugheit. Zwar ist diese Klugheit vom Selbsterhaltungstrieb mitbestimmt, insofern sie auch das Kalkül der Vor- und Nachteile eines geregelten gesellschaftlichen Zusammenlebens für die egozentrische Interessenverfolgung enthält. Allerdings unterwirft es den Selbsterhaltungstrieb zugleich der Kontrolle und Disziplinierung durch Gründe. Das Streben nach einem Leben in einer Gemeinschaft ist daher nicht allein durch die Natur, sondern durch Gründe bestimmt, und der Entschluss dazu bleibt kontingent und der freien Willkür jedes Einzelnen überlassen. Da jeder¹⁴ mit einem natürlichen Recht auf Freiheit begabt ist, kann die Gründung einer Gemeinschaft, die dieses Recht in ein gesetzliches Recht auf gleiche Freiheit gemäß einer gemeinsamen Gesetzgebung transformiert und vor Verletzungen schützt, nur durch freiwillige Zustimmung jedes einzelnen Rechtssubjekts gerechtfertigt werden. Das Modell dafür ist der Vertrag, den jeder

11 Cicero, »Über den Staat«, S. 65.

12 Cicero, »Über den Staat«, S. 71.

13 Siehe dazu Hofmann, *Bilder des Friedens*, S. 20.

14 Hier wird explizit nur die männliche Form verwendet, da die neuzeitlichen Gesellschaftsvertragstheorien an den zeitgenössischen Familienpatriarchen und Eigentümer adressiert waren. Vgl. dazu Carol Pateman, *The Sexual Contract*.

Einzelne im Naturzustand mit jedem Anderen zugunsten einer gesetzgebenden Souveränität schließt. Vorher gibt es keine Gemeinschaft – außer den Räuber- und Beutegemeinschaften des Naturzustands.

Trotz jenes – von Hobbes explizit gegen Aristoteles vorgebrachten – Unterschiedes zur Antike gleichen sich beide darin, dass es das Recht ist, das entweder aus einer natürlichen Gemeinschaft oder aus den im Naturzustand konkurrierenden Einzelnen eine Rechtsgemeinschaft macht. Gleichviel, ob durch einen kontingenten, privatautonomen Vertragsschluss oder kraft eines natürlichen Strebens, das durch einen bewussten Akt der Vereinigung unter einem gemeinsamen Recht ergänzt wird – die Gemeinschaft wird erst dadurch explizit gebildet, dass die Beteiligten untereinander rechtlich verbunden sind, sei es wie in der Antike durch die objektiven Prinzipien der verteilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit, sei es wie in der Neuzeit durch eine gemeinsam gestiftete Gesetzgebungsautorität – oder durch beides.

Der eingangs formulierte Gegensatz zwischen einem Zusammenhalt durch Recht und einem Recht, das einen vorgängigen, vorkonstitutionellen Zusammenhalt immer schon voraussetzt, bedarf also der Präzisierung. Für beide Positionen ist wesentlich, dass ein Zusammenhalt ohne Recht nicht denkbar ist. Beide unterscheiden sich jedoch darin, auf welche Weise das Recht diese Schlüsselfunktion gewinnt. Gemäß dem individualistisch-kontraktualistischen Rechtsverständnis ist der Zusammenhalt das Resultat eines Zusammenschlusses, der aus einer Vielzahl individueller Entscheidungen, sich miteinander unter einer gemeinsamen Gesetzgebung zu assoziieren, hervorgeht. Dagegen ist für ein substanzialistisches, objektivistisches Rechtsverständnis das den Zusammenhalt stiftende Recht immer auch schon durch eine vorausgehende Einheit oder Identität bestimmt, die durch den Zusammenschluss nur bekräftigt wird und sich in der Gesetzgebung und dem einigenden Band des Rechts bloß manifestiert. Das lässt die Möglichkeit zu, das Recht in seiner Funktion für den Zusammenhalt zu relativieren zugunsten einer aus anderen Faktoren sich bestimmenden kollektiven Identität. Nur soweit das Recht seinerseits aus einer objektiv vorgegebenen, dem Zusammenschluss immer schon vorausgehenden, und diesen motivierenden normativen Ordnung hervorgehe, könne es auch integrierend wirken. In Wahrheit handelt es sich daher um eine Konzeption des Rechts, in der diesem zwar eine sichernde und bekräftigende Funktion für den Zusammenhalt zukommt, in der es aber zugleich auf einen durch andere, nicht-rechtliche normative Ordnungen gestifteten Zusammenhalt angewiesen und davon abhängig ist. Diese Ordnungen begrenzen die Gesetzgebung, unter der sich die Mitglieder assoziieren, und bestimmen deren fundamentale Normen, denen durch den Zusammenschluss zu einer Rechtsgemeinschaft inhaltlich nichts mehr hinzugefügt wird.

Freilich zeigt sich schon bei Abbé Sieyès, dass die individualistisch-kontraktualistische Deutung des Begriffs Assoziation, die er mit seiner Definition der Nation als Rechtsgemeinschaft vorgeschlagen hatte, von ihm selbst nicht konsequent durchgehalten wurde. So setzt er nur wenige Abschnitte später die Nation als das Erste und Ursprüngliche und identifiziert das Gesetz mit ihr, wenn er in einer berüchtigten Wendung bemerkt: »Die Nation existiert vor allem anderen; sie ist der Ursprung von allem. Ihr Wille ist immer legal, sie ist das Gesetz selbst. Vor ihr und über ihr gibt es nur das natürliche Recht.«¹⁵ Das legt den Schluss nahe, dass der Zusammenhalt durch Recht, wie er mit der definitorischen Gleichsetzung der Nation mit einer freiwilligen Assoziation unter einer gemeinsamen Gesetzgebung eingangs bestimmt wurde, durch die spätere Aussage zur Nation wieder konterkariert würde. Nicht die Assoziation bringe die Nation hervor mit der Folge, dass diese in jener aufginge, sondern die Nation bringe die Assoziation hervor und bestimme deren Gesetze. Diesen Schluss zieht Thomas Vesting: »Auf der anderen Seite kennt die Schrift über den Dritten Stand nicht wenige Passagen, in denen die individualistische Ableitungsbasis des Nationsbegriffs [...] verloren geht und die Nation als eine Körperschaft beschrieben wird: als eine Einheit, die zuerst da sei, die der Ursprung von allem sei und deren Wille immer gesetzlich sei, weil sie das Gesetz selbst sei. Hier artikuliert sich ein eher unbewusstes Begehren nach einer unmittelbaren Handlungsfähigkeit der Nation.«¹⁶

Freilich lässt sich bezweifeln, ob damit bereits ein substanzialistischer Nationenbegriff postuliert wurde, wie er später das Verständnis des Verhältnisses von Nation und Recht dominieren sollte.¹⁷ Denn auch die Nation kann, wie Sieyès an jener Stelle ausdrücklich betont, das Naturrecht, also das gleiche natürliche Freiheitsrecht jedes Einzelnen, nicht beseitigen. Zudem beschränkt sich der Wille der Nation auf die verfassungsgebende Gewalt (*pouvoir constituant*), welche die legislative und exekutive Gewalt erzeugt und autorisiert, die ihrerseits der Verfassung unterworfen sind (*pouvoir constituée*). Danach tritt »die Nation [...] als eigenständiger Akteur nicht mehr in Erscheinung«, sondern es sind »die Repräsentanten, die nach verfassungsmäßig festgelegten Kriterien bestimmt werden.«¹⁸ Doch auch diese Auflösung hinterlässt den Eindruck, dass das Verhältnis von freiwilliger Rechts-Assoziation und substanzieller Nation letztlich ungeklärt bleibt.

15 Sieyès, »Dritter Stand«, S. 166; ders., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, S. 127.

16 Vesting, *Staatstheorie*, Rn. 216.

17 Schulz, *Verfassung und Nation*, S. 52.

18 Ebd., S. 52; siehe auch Vesting, *Staatstheorie*, Rn. 218–219.

II. Nichts anderes als eine Handelsgesellschaft?

Gegen die individualistisch-kontraktualistische These vom Zusammenhalt durch Recht ist schon früh der Einwand erhoben worden, dass die Gesellschaft dadurch zu einer Angelegenheit der privaten Willkür würde. Wenn die Rechtsgemeinschaft nur dadurch zustande komme, dass eine Vielzahl von Einzelnen sich zufällig unter einer gemeinsamen Gesetzgebung zusammenschlüsse, dann wäre nicht nur ihre Entstehung durch die private Willkür jedes Einzelnen bedingt, sondern auch ihr weiterer Bestand bliebe davon abhängig. Nicht nur ihre Gründung sowie der Erwerb der Mitgliedschaft qua Staatsbürgerrecht wären eine Sache der privatautonomen Entscheidung, sondern auch der jederzeitige Austritt. Das folge konsequent aus dem Vertragsmodell der Gesellschaft. Diese würde reduziert werden auf einen Verein, in den man jederzeit ein- oder austreten könne.

Dieser Einwand wurde erstmals in aller Deutlichkeit von Edmund Burke mit Blick auf die Französische Revolution formuliert, er findet sich aber auch bei vielen anderen Gegnern des naturrechtlichen Vertragsmodells der Gesellschaft. Burke hypostasiert und mystifiziert den Gesellschaftsvertrag zu einer Manifestation der ewigen und unverfügbaren kosmischen Ordnung, die sich in den von Menschen gebildeten Rechtsgemeinschaften wie in einem Abbild reproduzieren müsse. »Jeder Vertrag jedes einzelnen Staates ist nur eine Klausel in dem großen vor-/urzeitlichen Vertrag (*primaeval contract*) der ewigen Gesellschaft, der die niederen mit den höheren Naturen verbindet, der die sichtbare mit der unsichtbaren Welt verknüpft, gemäß einem festen Vertrag, der durch den unumstößlichen Eid sanktioniert ist, der alle physischen und moralischen Naturen fest-/zusammenhält, jede an ihrem bestimmten Platz.«¹⁹ In der bis heute maßgeblichen deutschen Übersetzung durch Friedrich Gentz, der Metternichs Restaurationspolitik in der Zeit des Vormärz publizistisch unterstützte, findet sich am Ende dieses Satzes – »which holds [...] each in their appointed place« – dafür das deutsche Wort »zusammenhält«. Womöglich handelt sich dabei um eine der ersten Assoziationen gesellschaftlichen Zusammenhalts mit einer dem Menschen unverfügbaren, durch eine Verfassung nur abbildbaren, vorgegebenen, natürlichen Ordnung. Der Zusammenhalt wird durch diese Ordnung, die jeder Natur ihren vorbestimmten Platz anweist, den nichts und niemand, wie Gentz übersetzt, »verlassen darf«,²⁰ gewährleistet. Das Recht soll diesen

19 Burke, »Reflections on the Revolution in France«, S. 101. Die von mir hier zitierte, bis heute gebräuchliche Übersetzung von Gentz 1793 (Burke, *Betrachtungen über die Französische Revolution*, S. 195) ist (nicht nur) an dieser Stelle ungenau und wurde daher von mir stillschweigend korrigiert.

20 Ebd.

primären Zusammenhalt nicht gefährden. Vor allem nicht durch abstrakte und individuelle, vorstaatliche Menschenrechte.

Vor diesem Hintergrund erscheint die gewillkürte Rechtsgemeinschaft durch kontingente Assoziation wie eine ursprungsvergessene, überhebliche und den heiligen Eid der Natur brechende Selbstermächtigung und Hybris. Sie bringt die verfasste Gesellschaft mit ihrem Staat herunter auf das niedrigere Niveau einer reinen Zweckgemeinschaft zu gegenseitigem Nutzen, die nur Bestand hat, solange jeder Gesellschafter seinen Vorteil gewahrt weiß, wie das bei Handelsgesellschaften der Fall ist:

»[A]ber der Staat sollte nicht so betrachtet werden, als sei er nichts Besseres als eine Handelsgesellschaft (*partnership agreement*) für einen Handel mit Pfeffer und Kaffee, Kattun oder Tabak oder irgendeinen anderen derartigen unbedeutenden Zweck, die für einen kleinen, vorübergehenden Vorteil eingegangen und nach dem Belieben der Parteien wieder aufgelöst werden kann. Er ist mit anderer Ehrfurcht zu betrachten.«²¹

Vermutlich hatte Burke jene Fernhandelsgesellschaften vor Augen, die zuerst in England 1600 und zwei Jahre später auch in den Niederlanden gegründet wurden, um die zwar nur auf langen und gefährlichen Seewegen zu erreichenden, aber im Erfolgsfall höchst profitablen, monopolistischen Handelsplätze in Amerika, Indien, Japan, Südostasien und Afrika zu gründen. Von dort aus ließen sich die indigene Bevölkerung wirtschaftlich ausbeuten oder auch versklaven, neue Absatzmärkte erschließen sowie in Europa begehrte Rohstoffe, Güter und Waren aneignen oder produzieren (die von Burke genannten Beispiele fallen allesamt in diese Kategorie). Damit wurden sie zum Wegbereiter des europäischen Kolonialismus wie insbesondere die britischen und die niederländischen Ostindien-Kompanien.²² Vielleicht auch, weil diese Gesellschaften in Übersee wie parastaatliche Organisationen agierten, die im Konfliktfall gegen die indigenen Bevölkerungen oder europäische Konkurrenten auch Krieg führten, mochte Burke aus dem Vergleich mit einem durch die natürliche Ordnung gerechtfertigten und sie verkörpernden Staat ein Argument gegen das Vertragsmodell gewinnen. Eine Gesellschaft, die nur um des individuellen privaten Vorteils willen gegründet wird und in die man ein- oder austreten kann, wenn und solange wie sich das Gewinnstreben jedes Einzelnen gemeinsam besser realisieren lässt als allein, hält nur solange zusammen, wie die Einzelnen ihre privaten Interessen durch die Gemeinschaft befriedigt sehen.

Ohne sich auf Burke zu beziehen, formuliert Hegel 1820/21 in Paragraph 257 seiner Grundlinien der Philosophie des Rechts einen analogen Einwand, wenn er be-

21 Ebd.

22 Siehe dazu Reinhard, *Die Unterwerfung der Welt*, S. 179 ff. u. 205 ff.

gründet, warum die durch das System der Bedürfnisse charakterisierte bürgerliche Gesellschaft des Staates zu ihrer Objektivierung einer sittlichen Substanz bedürfe. Er wendet sich gegen die liberalistische Deutung eines die Marktgesellschaft bloß schützenden, private Eigentumsrechte sowie Vertrags- und Gewerbe-freiheit garantierenden Minimalstaates, der darüber hinaus keine weiteren Zwecke verfolgen darf, und folgert daraus ebenso wie Burke, dass die Zugehörigkeit zu einem Staat dann allein durch das private Interesse bedingt, also zufällig sei:

»Wenn der Staat mit der bürgerlichen Gesellschaft verwechselt und seine Bestimmung in die Sicherheit und den Schutz des Eigentums und der persönlichen Freiheit gesetzt wird, so ist *das Interesse der Einzelnen als solcher* [Herv. Hegel] der letzte Zweck, zu welchem sie vereinigt sind, und es folgt hieraus ebenso, dass es etwas Beliebiges ist, Mitglied des Staats zu sein.«²³

In diesem Zusammenhang dürfte auch Hegels in Paragraph 273 seines rechtsphilosophischen Hauptwerks vorgebrachte Kritik an der – für Marx wenig später zentralen – Frage, »wer die Verfassung machen soll«²⁴ stehen, die er als im Ganzen sinnlos zurückweist, weil »ein bloß atomistischer Haufen von Individuen« dem Begriff einer Verfassung widerstreite, wenn sie über das Verlangen nach Schutz ihres Privatinteresses hinaus nichts weiter verbinde. Vielmehr müsse eine Verfassung immer schon vorausgesetzt sein, sodass »das Machen« – ähnlich wie bei Burke – nur als eine verfassungsgemäße »Änderung« einer immer schon vorausgesetzten Verfassung möglich sein könne.

»Überhaupt aber ist es schlechthin wesentlich, dass die Verfassung, obgleich in der Zeit hervorgegangen, nicht als ein Gemachtes angesehen werde; denn sie ist vielmehr das schlechthin an und für sich Seiende, das darum als das Göttliche und Beharrende und als über der Sphäre dessen, was gemacht wird, zu betrachten ist.«²⁵

Damit reiht sich Hegel zwar nicht in die onto-theologische Tradition ein, die Burke noch einmal mit der göttlichen naturgesetzlichen Ordnung, in der jede Natur ihren vorgegebenen Platz habe, evoziert hatte, und die von den restaurativen Staatstheoretikern Europas in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mehr oder weniger vergeblich wiederbelebt wurde. Jedoch entzieht er mit dem Argument, eine Verfassung könne nur als etwas den Einzelnen Vorgegebenes, schlechthin an und für sich Seiendes, und damit der politischen Autonomie prinzipiell Entzogenes verstanden werden, einer sich zum *pouvoir constituant* ermächtigenden verfassungsgebenden Versammlung die Grundlage. Wenn überhaupt, dürfte sie zwar gewisse Änderungen an ihr vornehmen, sich aber nicht zu ihrem Schöpfer machen.

23 Hegel, *Grundlinien*, S. 399.

24 Ebd., S. 439.

25 Ebd.

III. Der Zweck der Assoziation und der Status ihrer Mitglieder

Das Problem der zweiten Position, wie sie hier stellvertretend von Burke und Hegel repräsentiert wird, besteht darin, dass ihre Protagonisten den Zusammenschluss zu einer Rechtsgemeinschaft nur entweder wie eine privatautonome Vereinsgründung zum wirtschaftlichen Vorteil (Handelsgesellschaft) denken können oder als Bekräftigung einer unverfügbaren, vorgegebenen normativen Ordnung, von der das Recht nur ein Element unter anderen ist.

Diese Alternative ist aus mindestens zwei Gründen fragwürdig. Zum einen wird das Recht der subjektiven Freiheit mit einer allein wirtschaftlichen Privatautonomie gleichgesetzt, um zu suggerieren, Gesellschaft und Staat seien nichts anderes als ein Verein mit wirtschaftlicher Zweckbestimmung. Daraus folgt zum anderen, dass die Vereinsmitglieder nicht eine Assoziation, sondern nur, wie Hegel in aller Deutlichkeit sagt, einen Haufen bilden können, also eine bloße Ansammlung von Einzelnen, die nichts anderes verbindet als die effektive und effiziente Verfolgung ihrer partikularen ökonomischen Interessen. Aus dieser Perspektive erscheint eine Gesetzgebung, die ja wenigstens die individuelle Nutzenmaximierung durch Konkurrenz und Kooperation so regeln muss, dass die Freiheit der Person für alle gleichermaßen geschützt und gleiche Eigentumsrechte sowie vertragliche Verpflichtungen garantiert werden, nur in zwei verschiedenen Weisen möglich: Entweder erschöpft sie sich in einer liberalistischen Minimalgarantie wirtschaftlicher Grundfreiheiten, oder sie muss im restaurativen Sinne als eine Ordnung erscheinen, die aus guten Gründen der privatautonomen Willkür entzogen ist und entzogen sein muss, wenn sie nicht von ökonomischen Monopolisten für ihren eigenen Vorteil gekapert werden soll. Was beiden Gesetzgebungsmodellen fehlt, ist ein originärer Begriff der politischen Autonomie, der mit Sieyès Definitionsvorschlag, dass die Nation eine Assoziation unter einer gemeinschaftlichen Gesetzgebung und einer gemeinsamen gesetzgebenden Versammlung sei, bereits anvisiert worden war. Er fand denn auch in Artikel 3 der Menschenrechtserklärung von 1789 mit der Feststellung, dass die Gesetze Ausdruck des Gemeinwillens seien, seinen – rousseauistischen – Ausdruck.

Die kritische Reduktion des Rechts der subjektiven Freiheit auf den privatautonom verfolgten wirtschaftlichen Vorteil übersieht zudem jenes essenzielle Bedeutungsmoment dieses Rechts, das nach Hegel auch in der vom Staat zur Wirklichkeit kommenden substanziellen Sittlichkeit zumindest als eines ihrer konstitutiven Momente anerkannt bleiben muss.²⁶ In den Paragraphen 124 und 185 stellt Hegel das »Recht der subjektiven Freiheit« als »den Wende- und Mittelpunkt in

26 Ebd., S. 303 (§ 153).

dem Unterschiede des Altertums und der modernen Zeit« heraus.²⁷ Es ist dieses Recht, das überhaupt erst eine Individualisierung innerhalb einer Gemeinschaft ermöglicht, weil es den Einzelnen vor der schlichten Subsumtion unter die Gemeinschaft und seiner Konsumtion durch deren Sittlichkeit oder kollektive Identität bewahrt, wie dies in der Antike bei dem Ethos des gemeinschaftlichen guten Lebens in einer Polis und den römischen *mores* der Fall war.

Zwar vermag sich eine individuelle Identität nur in vielfältigen Beziehungen mit anderen zu bilden und zu verändern, und diese Prozesse gehen immer mit der Subjektivierung von Einstellungen und Haltungen zu sich selbst und anderen einher, in denen die Gesellschaft sich in das Individuum und sein Selbstverhältnis sowie sein ethisches Selbstverständnis einschreibt. Doch gelingt diese Individuierung nur, wenn gleichzeitig der oder die Einzelne unabhängig von Verhältnissen der Beherrschung und Fremdbestimmung bleibt, die sich seiner oder ihrer kritischen Vergewisserung entziehen, Dissens unterdrücken und eine eigenständige Lebensführung nur in engen Grenzen und unter öffentlicher Zensur erlauben. Erst dann vermag sich auch das individuelle, spontane und kreative Innovationspotenzial aus der gleichzeitigen Differenz und Gleichheit jedes/jeder Einzelnen mit den Anderen, seiner/ihrer Diversität und dem lebendigen Austausch mit ihnen herauszubilden. Dass dies auch ein Recht jeder/jedes Einzelnen sei, macht den fundamentalen Unterschied im Charakter der Assoziation aus, zu der sie sich zusammenschließen.

Dies zeigt sich nicht zuletzt an einer Veränderung des Charakters von nicht-staatlichen Gemeinschaften, nicht nur der Handelsgesellschaften, sondern auch und gerade solcher Assoziationen, die aus einem freiwilligen Zusammenschluss zur Verfolgung ideeller oder nicht ausschließlich wirtschaftlicher Zwecke hervorgehen. Politisch virulent werden diese Zusammenschlüsse in den modernen Kämpfen um das Recht auf Assoziations- und Vereinsfreiheit. Von den vor- und frühneuzeitlichen Korporationen, denen man aufgrund bestimmter kategorialer, mit anderen Mitgliedern geteilter Eigenschaften zumeist sein Leben lang angehörte, unterscheiden sich die modernen Vereine sowohl durch den Individualismus ihrer Mitglieder als auch durch ihre von Herkunft, Stand, Religion, Klasse und, wenn auch nur vereinzelt, vom Geschlecht abstrahierende Gleichheit bei gleichzeitiger Freiheit des wechselseitigen, kommunikativen Austauschs.²⁸

27 Ebd., S. 233 (§ 124) u. 342 (§ 185).

28 Siehe Nipperdey, *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, S. 180: »Der Individualismus also ist die Voraussetzung der Assoziation. Die Assoziation ergibt sich nicht wie die Korporation aus quasi natürlichen Ordnungen, sondern beruht auf der Freiheit des auf sich selbst gestellten Menschen. Für ihn soll die Assoziation an die Stelle von Korporationen treten.« Siehe auch Tocquevilles Eloge auf den »politischen Verein (association)« in seiner Untersuchung über die Demokratie in Amerika: »Ein Verein besteht ganz einfach in der öffentlichen Zustimmung einer Anzahl Leute zu diesen oder jenen Anschauungen und in der Ver-

Derart von ihrer Herkunftswelt gelöst, orientierten sich die Mitglieder »an großen und abstrakten Gruppen«,²⁹ an der Menschheit, der Nation, den Gebildeten, den Aufgeklärten, den Gleichgesinnten. Dieser vielfach beschriebene Prozess, in dem sich langsam eine bürgerliche Öffentlichkeit herausbildete, reichte von den frühneuzeitlichen Sprachgesellschaften über die Salons und Cafés des vorrevolutionären Paris bis zu den Kultur- und Wissenschaftsgesellschaften des frühen 19. Jahrhunderts.³⁰ Zwar hatte die revolutionäre Nationalversammlung 1791 mit der *Loi le Chapelier* alle intermediären Organisationen, Körperschaften und Verbände verboten, jedoch primär aus Furcht vor einer Wiederkehr jener alten Korporationen. Dagegen brachte dieses Gesetz ein Moment zur Geltung, das Spiros Simitis eindrücklich so beschreiben hat:

»[D]aß sich erst der als Subjekt verstandene und akzeptierte einzelne [sic] zum Individuum entwickeln kann. Nur die Fähigkeit, sich jeweils selbst eine Meinung zu bilden sowie nach den eigenen Vorstellungen zu handeln, verleiht dem einzelnen [sic] jene spezifische Differenz, die seine Individualität ausmacht.«³¹

Erst als ein solches kann er/sie sich mit anderen zu einer Gemeinschaft zusammenschließen – und ein solcher bleibt er/sie auch nach dem Zusammenschluss. Dazu gehört unabdingbar die »Freiheit, wieder auszutreten«,³² aber nicht (nur) wegen des wirtschaftlichen Vorteils, sondern weil diese Freiheit konstitutiv ist für den Status eines individualisierten Subjekts, der auch nach dem Eintritt in die Gemeinschaft erhalten bleiben muss. Nur so wird man Staatsbürger:in, was nicht nur jede vorgängige Identifikation oder Klassifikation nach vorgegebenen natürlichen Ordnungen und der ethnischen Herkunft ausschließt, sondern auch jede dadurch begründete unverfügbare Zugehörigkeit oder unauflösliche Bindung durchbricht.

Eine Konsequenz dieser Subjektwerdung des Individuums, die bei der Reduktion auf wirtschaftliche Privatautonomie verloren geht, ist das, was Hegel in Paragraph 132 als »das höchste Recht des Subjekts« beschrieben hat, »nichts anzuerkennen, was Ich nicht als vernünftig einsehe«. ³³ Mit dem korrespondiert in der

pflichtung, sie in bestimmter Art zur Geltung zu bringen. [...] Die Vereinigung faßt die Anstrengungen auseinanderstrebender Geister zusammen und treibt sie kraftvoll einem klar umschriebenen Ziel entgegen.« Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, S. 281.

29 Nipperdey, *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, S. 181.

30 Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, S. 51 f.: »Gegen das Zeremoniell der Ränge setzt sich tendenziell der Takt der Ebenbürtigkeit durch. Die Parität, auf deren Basis allein die Autorität des Arguments gegen die der sozialen Hierarchie sich behaupten und am Ende auch durchsetzen kann, meint im Selbstverständnis der Zeit die Parität des ›bloß Menschlichen‹.«

31 Simitis, »Loi le Chapelier«, S. 173.

32 Nipperdey, *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, S. 181.

33 Hegel, *Grundlinien*, S. 245.

Gesellschaft die öffentliche Meinung, in der das Prinzip der subjektiven Freiheit dadurch zum Ausdruck kommt, dass »das, was jeder anerkennen soll, sich ihm als ein Berechtigtes zeige«. ³⁴ Das bedeutet für die Gesetzgebung, dass sie öffentlich und deliberativ verfahren muss: »Was jetzt gelten soll, gilt nicht mehr durch Gewalt, wenig durch Gewohnheit und Sitte, wohl aber durch Einsicht in Gründe.« ³⁵ Inklusive demokratische Partizipationsrechte für alle von der Gesetzgebung Betroffenen sind dann nur die natürliche Folge dieses Rechts der subjektiven Freiheit, die Hegel selbst freilich so nicht anerkennen wollte.

Das Revolutionäre am modernen Gedanken der Assoziation ist also, dass die Beteiligten sich dafür nicht entscheiden, weil sie durch ein natürliches Streben immer schon dazu disponiert sind, und auch nicht primär allein wegen des individuellen Vorteils, den sie in der Gemeinschaft effektiver und effizienter zu erlangen hoffen als allein. Vielmehr treten sie als Personen auf, die sich als Subjekte verstehen und anerkannt wissen wollen, was nur möglich ist, wenn sie sich mit andern zusammenschließen zu einer Gemeinschaft, deren Gesetzgebung diese wechselseitige Anerkennung ermöglicht. Insofern hat die Assoziation eine zirkuläre Form: Die Beteiligten schließen sich, ihr Recht auf subjektive Freiheit gebrauchend, zu einer Gemeinschaft zusammen, um eine gemeinsame Gesetzgebung zu begründen, die jedem Mitglied ein gleiches, positiviertes Recht auf subjektive Freiheit garantiert und sichert. Dies kann nur durch eine Gesetzgebung geschehen, die sich unter anderem auf eine öffentliche Meinung gründet. Als gemeinsame muss diese Gesetzgebung zudem eine prozedurale Form haben, die jedem Mitglied die direkte oder indirekte Mitwirkung garantiert, also gleiche politische Beteiligungsrechte enthält.

IV. Der vornehmste Zweck der politischen Assoziation

Dieses zirkuläre Verhältnis wird in eine Form gebracht, in welcher die Einzelnen bereits vor ihrer Assoziierung Menschenrechte im Sinne natürlicher Rechte innehaben, und als solche Menschenrechtssubjekte dann sich assoziieren, um ihre Rechte durch eine gemeinsame Gesetzgebung zu verwirklichen und zu schützen. Auch wenn die Assoziation nur durch individuellen Entschluss zustande kommt,

³⁴ Ebd., § 317, Zusatz, S. 485.

³⁵ Ebd., § 316, Zusatz, S. 483. Freilich ist für Hegel die öffentliche Meinung, wie auch schon das Recht der Subjektivität, nur das als gültig anzuerkennen, was mit Gründen eingesehen werden kann, nur ein formelles Prinzip, das mit beliebigen, also auch partikularen oder moralisch verwerflichen Inhalten gefüllt werden kann, vor allem mit den egozentrischen Idiosynkrasien der Individuen, sodass die öffentliche Meinung es verdiene »ebenso geachtet als verachtet zu werden« (§ 318, S. 485). Siehe dazu Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, S. 148.

besteht ihr Zweck nicht nur in der Bewahrung der Privatautonomie, sondern vor allem in der Bewahrung der Menschenrechte. Diese sind zwar der Assoziation auch vorgegeben, wie Sieyès die natürlichen Rechte sogar noch der substanzialen Nation vorgeordnet hatte. Aber die Pointe der so vorgegebenen Menschenrechte im Unterschied zu substanzialen normativen Ordnungen der Natur und Kultur besteht darin, dass sie den Einzelnen sowohl zum Recht auf subjektive Freiheit und damit zur privaten Willkür ermächtigen als auch auffordern, als so ermächtigte Subjekte eine Rechtsgemeinschaft zu gründen, die diese Rechte sichert, und zwar in der Weise einer gemeinsamen, politisch autonomen Gesetzgebung.

Am klarsten hat dies die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 in Artikel 2 zum Ausdruck gebracht, demzufolge der Zweck oder das Ziel (*le but*) jeder politischen Vereinigung (*association*) in der Wahrung der natürlichen und unveräußerlichen (Menschen-)Rechte bestehe. Deren Bestimmung und Sicherung gehöre zu den konstitutiven und integralen Bestandteilen jeder Verfassung einer Gesellschaft, neben der staatsorganisatorischen Festlegung der Gewaltenteilung, die ebenfalls zu den notwendigen Bedingungen für die Sicherung jener Rechte gegenüber der Staatsgewalt gehöre. Die Garantie und Sicherung könne nur durch eine allgemeine Gesetzgebung bewirkt werden, die gemäß Artikel 3 Ausdruck des Gemeinwillens sei. Nach Artikel 16 derselben Erklärung hat eine Gesellschaft keine Verfassung, wenn weder jene Rechte garantiert und sichert werden noch eine Gewaltenteilung festgelegt ist.

Mag die Berufung auf die Menschenrechte als Zweck jeder politischen Assoziation historisch auch nur eine Verlegenheitslösung gewesen sein, weil die Akteure des Dritten Standes nach einer neuen Legitimationsgrundlage für ihre Selbstermächtigung zur verfassungsgebenden Versammlung gegen die dynastische Legitimität der traditionellen Herrschaft eines Monarchen suchten,³⁶ so lässt eine systematische Interpretation der Zweckbestimmung von Artikel 2 doch zumindest die mögliche Bedeutung erkennen, dass die Garantie und Bewahrung der Menschenrechte der vornehmste Grund ist, aus dem sich Menschen zu einer politischen Gemeinschaft zusammenschließen. Deshalb gehören sie auch zu den beiden Kernelementen einer Verfassung. Damit gleicht die politische Assoziation durchaus einem Verein, als welchen Burke sie karikierend beschrieben hatte, doch mit dem gravierenden Unterschied, dass der Zweck einer (nationalen)

³⁶ Schließlich wäre auch für den Fall, dass die Berufung auf die Menschenrechte pure Heuchelei gewesen sei, immerhin zu zeigen, dass hier La Rochefoucaults Weisheit gilt, die Heuchelei sei der Tribut, den die Sünde an die Tugend zahle – mit der Folge, dass der Heuchler damit rechnen muss, mit seinen Äußerungen ernst genommen und an den damit zumindest äußerlich eingegangenen Verpflichtungen festgehalten zu werden. Wie Jon Elster gezeigt hat, war diese »zivilisierende Kraft der Heuchelei« auch in den Debatten über die Menschenrechtserklärung in der Nationalversammlung 1789 am Werk: Elster, »Arguing and Bargaining«, S. 413.

politischen Assoziation die Garantie und Bewahrung der Menschenrechte ist und nicht der individuelle private (wirtschaftliche) Vorteil – den privatautonom zu verfolgen freilich ebenfalls durch die Freiheitsrechte geschützt ist.

Dieser Zweck wird von allen Assoziierten geteilt, seine gemeinsame Verfolgung durch eine politisch autonome, demokratische Gesetzgebung ist das Projekt, das ihrem Zusammenschluss Sinn verleiht – jenseits aller sonstigen noch vorhandenen zufälligen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen ihnen. Die nationale Verfassung mit der Festlegung auf eine gemeinsame Gesetzgebung und Gewaltenteilung ist dann nichts anderes als die zweckverwirklichende Satzung. Die gemeinsamen, die Menschenrechte verwirklichenden Gesetze müssen dann satzungs- beziehungsweise verfassungsgemäß zustande kommen. Wie jede andere Personenvereinigung muss auch diese durch einen gemeinsamen wirtschaftlichen oder ideellen Zweck bestimmt sein.³⁷ Mögen auch noch weitere nicht-rechtliche Faktoren hinzukommen, so wird aus dieser Zweckbestimmung auf dem Wege ihrer gemeinschaftlichen Verwirklichung das konstitutionelle und rechtliche Band geknüpft, das die Gesellschaft zusammenhält.

Dass zumindest einige Zeitgenossen Artikel 2 der Erklärung von 1789 bereits so verstanden hatten, auch wenn sie am Widerstand gegnerischer Mächte scheiterten, lässt sich an zwei Versuchen systematisch marginalisierte und exkludierter Teile der Bevölkerung im Jahre 1791 erkennen, sich auf die Menschenrechte zu berufen, um ihre Garantie und Sicherung von der *Assemblée Nationale* auch für sich einzufordern: So die erste, noch zaghafte, nur in geringem Grade öffentlichkeitswirksame, durch die Guillotinerung ihrer Protagonistin Olympe de Gouges 1793 zum Verstummen gebrachte und danach rasch und für lange Zeit wieder vergessene Forderung gleicher Rechte für Frauen, mit der zugleich die einseitige Lesart der Menschenrechte als Rechte, die zwar nicht im Wortlaut der Erklärung, aber in der rechtlichen und politischen Praxis nur erwachsenen Männern zustehen, kritisiert wird. Nur wenige Monate später forderten die Sklaven der französischen Kolonie St. Domingo die Geltung der Menschenrechte auch für sich.³⁸ Mit ihrem Aufstand begann die Kritik an den rassistischen und kolonialistischen Aspekten der von weißen Männern real praktizierten Menschenrechte. Nach wiederholten Rückfällen kam es später doch noch zur mühsam errungenen Abschaffung der Sklaverei und dem Ende des Kolonialismus, dessen negative Folgen jedoch bis heute persistieren.

Einige Jahrzehnte später, im Jahre 1844, machte Karl Marx die in der Menschenrechtserklärung von 1789 und in den folgenden revolutionären Verfassungen tradierte Zweckbestimmung jeder politischen Gemeinschaft zum Dreh-

³⁷ Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, Rn. 1.

³⁸ Siehe dazu den Überblick bei Eckert, *Geschichte der Sklaverei*, S. 74 ff.

und Angelpunkt seiner Kritik.³⁹ Die Menschenrechte, so Marx' Kritik, würden durch jene Zweckbestimmung galvanisiert und damit entpolitisiert, der demokratischen politischen Selbstbestimmung entzogen oder durch diese nur gesichert mit der Folge, dass der Widerspruch zwischen formaler Gleichheit der Menschenrechte und gleichzeitiger extremer Ungleichheit der sozialen, namentlich der ökonomischen Verhältnisse sanktioniert und politisch immunisiert würde. Für Marx enthält dieser Vorgang zwei – für ihn offensichtlich leicht lösbare – »Rätsel«: Das erste besteht darin, dass mit dem politischen Projekt der bürgerlichen Revolution, die Teilung der Gesellschaft in feudale Stände zu überwinden und mit der politisch autonomen, demokratischen Gesetzgebung ein »politisches Gemeinwesen zu gründen«, gleichzeitig mit den Menschenrechten »die Berechtigung des egoistischen, vom Mitmenschen und vom Gemeinwesen abgesonderten Menschen feierlich proklamiert« werde.⁴⁰ Das zweite von Marx so bezeichnete Rätsel führt ihn unmittelbar auf das in den Revolutionsverfassungen akzentuierte Zweck-Mittel-Verhältnis zwischen Menschenrechten und politischer Assoziation unter einer gemeinsamen Gesetzgebung, das heißt mit gleichen politischen Beteiligungsrechten: Die Irritation, »dass das Staatsbürgertum, das politische Gemeinwesen von den politischen Emanzipatoren sogar zum bloßen Mittel für die Erhaltung dieser sogenannten Menschenrechte herabgesetzt, dass also der *citoyen* zum Diener des egoistischen *homme* [Hervorhebungen v. Autor] erklärt [...]« werde.⁴¹ Gleichviel, für wie berechtigt man diese Kritik hält⁴² und wie man die Frage beantwortet, ob damit ein prinzipieller und unvermeidlicher Gegensatz zwischen den Menschenrechten und einer autonom sich selbst regierenden politischen Assoziation behauptet oder nur eine bestimmte – liberalistische – Lesart jener Zweck-Mittel-Relation kritisiert wird, zeigt sie in jedem Fall, dass diese Relation einigen Zeitgenossen auch noch ein halbes Jahrhundert später klar vor Augen stand.

V. Kein Recht ohne Zusammenhalt

Wenn damit das Modell oder Konzept des Zusammenhalts durch Recht umschrieben ist, so tritt nun das Gegenmodell des Rechts durch Zusammenhalt klarer hervor. Wie in den zeitgenössischen Einwänden bereits angedeutet, erscheint hier die Nation als vor-rechtliche, vor-konstitutionelle Substanz, die

39 Marx, »Judenfrage«, S. 171.

40 Ebd., S. 194 f.

41 Ebd., S. 195.

42 Siehe dazu im Text unten, S. 32–35.

selbst bereits eine notwendige, wenn nicht gar hinreichende Bedingung für den Zusammenhalt ist. Diese Gegenposition artikuliert sich über die Jahrhunderte nach der Französischen Revolution, im politischen Konservatismus, im Nationalismus und Imperialismus bis zu den heutigen rechtsautoritären politischen Lagern. Ihren klarsten Ausdruck findet sie in der Oppositionsbildung zwischen dem vermeintlich natürlichen und wirklichen Volk mit seinen Stimmungen, Ansichten, Wünschen und Forderungen, einem »pays réel«, und einem bloß künstlichen, legalistisch und positivistisch an Verfassungsnormen und Gesetzen orientierten »pays légal.«⁴³ Der Verfassungs- und der Gesetzgebung kommen hier bestenfalls die Funktionen zu, die als homogen und vorgegeben behauptete Substanz des Volkes adäquat zu manifestieren und in die Normen des alltäglichen Zusammenlebens zu übersetzen, um Konflikte zu vermeiden oder zu regeln. Vor allem aber, um die Macht derjenigen zu stabilisieren, die als auserwählte Interpreten des Volkswillens auftreten. Sofern sie an der Spitze der Exekutive einen direkten Zugang zum vermeintlichen, in der Regel von ihnen selbst organisierten Volkswillen beanspruchen, stellen sie die Gesetzgebung unter einen plebiszitären Legitimitätsvorbehalt. Im Konfliktfall wird ein plebiszitärer Volkswille auch gegen die Menschenrechte mit scheidemokratischer Emphase ausgespielt. Diese werden dann präsentiert als Rechte, die vorwiegend von sexuellen, religiösen und anderen marginalisierten Minderheiten sowie von Fremden beansprucht würden, die sich damit auf Kosten einer in ihrer Lebensform angeblich homogenen Mehrheitsgesellschaft Privilegien für ihre – so die Behauptung – hedonistischen, individualistischen oder überhaupt von der Mehrheitsgesellschaft abweichenden Lebensformen verschaffen wollten. Infolgedessen werden die Befugnisse einer Grund- und Menschenrechte schützenden Verfassungsgerichtsbarkeit entweder eingeschränkt oder ihre Urteile werden unter einen Parlamentsvorbehalt gestellt. Gleichzeitig sorgt man auf verschiedenen Wegen dafür, dass das Gericht mit Richter:innen besetzt wird, die gegenüber einer autoritär geführten Regierung und ihrer Parteienkoalition loyal sind. Die Medien der öffentlichen Meinungsbildung werden durch personelle sowie strukturelle und finanzielle Eingriffe und Regelungen so umformiert, dass sie nicht oder nur noch begrenzt pluralistisch agieren können – jedenfalls nicht mehr das Prinzip der subjektiven Freiheit verwirklichen. Auf diese Weise wird die Demokratie, wenn es sich überhaupt noch wenigstens nominell um eine solche handelt, von einer deliberativen in eine expressive umgestaltet.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Recht als in mehrfacher Hinsicht abhängig von der behaupteten normativen Substantialität und der kollektiven

43 Siehe dazu ausführlich: Günther, »Pays réel, pays légal«; sowie ders., »Selbstbehauptung ohne Selbstbestimmung«.

Identität eines Volkes. Erst wenn diese existiert, sich in gemeinsam geteilten Werten und einer Sittlichkeit manifestiert und artikuliert, die für einen hinreichenden gesellschaftlichen Zusammenhalt sorgen, soll auch das Recht seinen Sitz im Leben des »wahren Volkes« gewinnen können. Ohne einen solchen Zusammenhalt, so die Behauptung, kein Recht. Es ist davon nicht nur in seinen Regelungsgehalten determiniert, sondern auch in seiner Geltung und Wirksamkeit auf einen solchen prä-existenten Zusammenhalt angewiesen. Das wechselseitige und generalisierte Vertrauen in die prinzipielle Bereitschaft jedes Einzelnen, Rechtsnormen zu befolgen, fordert aus dieser Perspektive für sich die Erfahrung, Angehöriger einer Werte- und Schicksalsgemeinschaft zu sein, die sich im Recht artikuliert. Nur wenn »wir« zusammen diese Werte teilen, wenn wir eine gemeinsame Lebensform haben oder zur gleichen Ethnie und Kultur oder Religion gehören sowie eine gemeinsame Geschichte teilen, dürfen wir auch auf durchschnittliche Rechtsbefolgungsbereitschaft vertrauen. Die Fremden dagegen, die nicht »zu uns« gehören, werden, so die Befürchtung, auch in größerem Umfang Rechtsnormen verletzen. Das Vertrauen in die Geltung der Grund- und Menschenrechte und in die institutionellen demokratischen Arrangements zu deren legislativer Verwirklichung und justiziellen Durchsetzung reicht dagegen nicht aus. Die revolutionäre Zweckbestimmung einer modernen Rechtsgemeinschaft, die Menschenrechte zu garantieren und zu sichern, soll, wenn überhaupt, nur dann zur Geltung kommen, wenn und soweit die Rechte mit dem kollektiven Ethos einer gemeinschaftlichen Lebensform übereinstimmen.

Dies wird vor allem an der Antwort auf die Frage sichtbar, wer unter welchen rechtlichen Voraussetzungen das Staatsbürgerrecht erhalten kann. Fremde erscheinen primär als Bedrohung der behaupteten kulturellen und normativen Homogenität. Die Gemeinschaft gewinnt ihre Identität maßgeblich durch die Exklusion des Fremden, durch die Unterscheidung ihres Anders-Seins. Ethnische Zugehörigkeit und Abstammung gehören daher zu den bevorzugten rechtlichen Kriterien für die Erteilung des Staatsbürgerrechts. Der Zugang zur Gemeinschaft soll für Fremde nur unter sehr engen Voraussetzungen gewährt werden dürfen.

Die These, dass nicht primär das Recht konstitutiv für den Zusammenhalt, sondern umgekehrt dieser konstitutiv für das Recht sei, findet sich freilich auch in Positionen, denen es um die Verteidigung des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates geht. In einer Rekonstruktion der Funktion und Bedeutung von Hegels Konzeption der Sittlichkeit hat Ernst-Wolfgang Böckenförde die über diesen hermeneutischen Kontext hinaus weithin populär gewordene Behauptung aufgestellt, dass auch und gerade der »freiheitliche, säkularisierte Staat [...] von

Voraussetzungen [lebe], die er selbst nicht garantieren kann«. ⁴⁴ Der ausgesprochene Verzicht auf diese Garantie sei »das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist«. ⁴⁵ Er habe sich damit in ein Dilemma gebracht, das er aushalten müsse, wenn er die Freiheit nicht preisgeben wolle. Auf der einen Seite könne er »nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen [sic] und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert«. ⁴⁶ Auf der anderen Seite »kann er [der Staat, Anm. des Autors] diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt, mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren versuchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben«. ⁴⁷ Es geht Böckenförde also nicht darum, eine substanzielle Sittlichkeit einem freiheitlich-demokratischen Recht genetisch und normativ vorzuordnen und dieses von jenem abhängig zu machen, sondern gerade darum, dass die freiheitliche Substanz des Rechts selbst darauf angewiesen sei, aus anderen als rechtlichen und menschenrechtlichen Quellen gespeist zu werden.

Insoweit wäre das Gegenmodell des Rechts durch Zusammenhalt zur These zu erweitern, dass auch ein freiheitliches Recht nicht ohne einen gesellschaftlichen Zusammenhalt möglich sei, in dem Freiheit zu einem Wert innerhalb der grundlegenden ethisch-politischen Wertüberzeugungen und damit der von allen Mitgliedern geteilten und internalisierten kollektiven Identität geworden sei. Dies würde selbst dann noch gelten, wenn man aus Böckenfördes These die von Carl Schmitt entlehnte Bedingung eliminieren würde, dass es sich dabei um eine homogene und nicht um eine pluralistische Gesellschaft handeln müsse – sofern man nur akzeptiert, dass Freiheit eine der ermöglichenden Bedingungen für gesellschaftlichen Pluralismus und Diversität ist und daher auch von allen Beteiligten in ihren vielfältigen Verschiedenheiten geteilt werden kann.

VI. Zeitkern und Index positiver Menschenrechte

Böckenfördes These ist eine differenziertere Variante der weit verbreiteten Skepsis, dass Menschenrechte und eine diese in Form von Grundrechten verwirklichende Verfassung und die verfassungsmäßige einfache Gesetzgebung nicht für einen halbwegs stabilen und krisenresilienten gesellschaftlichen Zusammenhalt

⁴⁴ Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, S. 60. Zum Hegelschen Kontext der These Böckenfördes siehe eingehend Volkmann, »Gespräche mit Hegel«.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ Ebd.

ausreichen würden. Das verfassungs- und noch viel mehr das menschenrechtliche Band sei zu dünn, um jedem/jeder Einzelnen einen Halt zu geben, der, wie in dem Sieneser Fresko, fest genug ist, damit die Rechtsgemeinschaft in Krisenzeiten sich nicht über ihre Konflikte extrem polarisiert, spaltet oder gänzlich auseinanderbricht.

Diese Skepsis hat freilich ihre partielle Berechtigung, wenn sie sich auf jene Zweckbestimmung einer sich assoziierenden und verfassenden Rechtsgemeinschaft so bezieht, als handle es sich dabei um ein abstraktes Schema, um eine leere Hülse, die einen gesellschaftlichen Status quo galvanisiert, als ob damit die Geschichte an ihr Ende gekommen sei. Ihr liegt das von einigen – vor allem liberalistischen – Protagonisten beförderte Missverständnis zugrunde, dass mit einer nationalstaatlichen Verfassung, die den Menschenrechten korrespondierende Grundrechte enthält, und gegebenenfalls sogar mit einer die Bewahrung der Grundrechte kontrollierenden Verfassungsgerichtsbarkeit, alles Erforderliche getan sei, um die Zweckbestimmung jeder politischen Gemeinschaft gemäß Artikel 2 der Erklärung von 1789 zu verwirklichen. Verstärkt worden ist dieses Missverständnis auch dadurch, dass jener Artikel 2 von der Garantie und Sicherung der Rechte so zu sprechen scheint, als seien sie schon vollkommen verwirklicht und als müssten sie nur noch gegen rechtswidrige Eingriffe vonseiten Dritter und des Staates rechtsstaatlich verteidigt werden.

Es dürfte dieses Missverständnis gewesen sein, das Karl Marx dazu veranlasste, gegen die Zweckbestimmung seine Hauptkritik zu mobilisieren und sie für jene zwei Rätsel verantwortlich zu machen. Einerseits sollte mit der Revolution das Recht der politischen Autonomie institutionalisiert werden, um diese andererseits gleich wieder in das starre Korsett unveränderlicher und statischer Menschenrechte zu zwängen, das eine vermeintlich demokratische Gesetzgebung lediglich kräftig zuschnüren dürfe. Dies führe zu einer Blockade der Demokratie mit der Folge, dass »das politische Leben [...] aufgegeben werden muss, sobald es seinem Zwecke, diesen Menschenrechten, widerspricht«. ⁴⁸ Der liberalistischen Lesart verdankt sich auch das zweite Rätsel, dass die politische Assoziation, wenn sie aus Mitgliedern besteht, die bereits Subjekte der Menschenrechte sind, nur aus egoistischen Nutzenmaximierern bestehe, die sich nicht eigentlich assoziieren, um eine sich autonom verwaltende Rechtsgemeinschaft zu gründen, sondern nur, wie in Burkes Handelsgesellschaften, um ihren eigenen Vorteil zu sichern. Folgt man dieser Lesart, dann ist es nur konsequent, mit Marx die Auflösung des Rätsels aller Verfassungen in der Demokratie zu suchen. ⁴⁹

48 Marx, »Judenfrage«, S. 195.

49 Marx, »Kritik der Hegelschen Staatsphilosophie«, S. 47.

Um ein Missverständnis oder um eine einseitige Lesart jener Zweckbestimmung handelt es sich deshalb, weil mit ihr ein wichtiger Umstand ausgespart und ignoriert wird, der den Protagonisten der nächtelangen Debatten im Versailler *Salle du Jeu de Paume* 1789 vermutlich so unmittelbar vor Augen stand, dass sie sich seiner kaum bewusst waren. Es ist der Umstand, dass der Zweck, die Menschenrechte zu garantieren und zu bewahren, immer nur in einer konkreten historischen Situation unter wechselnden Umständen realisiert werden kann. Die Handelnden erleben ihre Situation als Totalität im Hier und Jetzt, als zeitlich, räumlich, sachlich und, soweit sie sich als Repräsentanten der Nation verstehen, auch sozial *entgrenzt*. Weil sie allgemeine Rechte und Rechtsnormen formulieren müssen, können sie außerdem gar nicht anders, als die Menschenrechte und die Normen der Verfassung *ex ante* so zu bestimmen, dass sie für unbegrenzt viele künftige Fälle sowie unbestimmt viele Personen in ihrem gesamten Geltungsbereich Verbindlichkeit beanspruchen. Erst wenn sie *ex post* ihre unmittelbar erlebte Situation als zugleich zeitlich, räumlich, sachlich und sozial *konkret bestimmt* reflektieren, machen sie die Erfahrung, dass die Verwirklichung dieses Zwecks eine immer unabgeschlossene Aufgabe angesichts künftig wechselnder Umstände bleibt, die gemeinsam, und zwar durch die demokratische und öffentliche Diskussion kontroverser Positionen, immer wieder neu bewältigt werden muss. Trotz und gerade wegen der oftmals heftig geführten Kontroversen erneuert sich mit jeder vorläufig abschließenden Entscheidung über die Menschen- und Bürgerrechte die Erfahrung einer Nation oder eines Wir, das durch die Nationalversammlung repräsentiert wird.

Die Erfahrung, dass die Menschenrechte nicht hier und jetzt auf einen Schlag vollständig verwirklicht werden können, ist dem Akt ihrer In-Kraft-Setzung, ihrer Positivierung als Rechtsnormen, inhärent. Gleichviel, ob sie als Menschenrechte in einer eigenen Erklärung oder als Grundrechte in einer nationalstaatlichen Verfassung rechtliche Geltung erlangen, die Beteiligten des *pouvoir constituant* bewegen sich dabei innerhalb der Erfahrungsräume und Erwartungshorizonte, die durch ihre jeweiligen historischen, sozialen und ökonomischen Umstände bestimmt werden.⁵⁰ Auf diese konkreten Umstände beziehen sie sich, wenn sie den propositionalen Gehalt der Menschen- und Grundrechte festlegen, um sie in rechtliche Geltung setzen zu können. Insofern ist jede Positivierung von Menschenrechten in Erfüllung des Zwecks jeder politischen Assoziation stets zugleich eine konkretisierende Interpretation, mit der die Beteiligten sie auf die Situation und ihre mehr oder weniger gemeinsam geteilte oder kontroverse Deutung anwenden, in der sie sich hier und jetzt befinden. Positivierte Menschenrechte sind daher immer durch die jeweilige Anwendungssituation imprägniert. Daraus re-

⁵⁰ Günther, »Liberales und diskurstheoretische Deutungen der Menschenrechte«, S. 341 f.

sultiert die Gefahr, eine bestimmte situationsangemessene Anwendung der Menschenrechte mit deren vollständiger Verwirklichung gleichzusetzen. Wenn es wie 1789 darum geht, feudalgemeinschaftliche Strukturen mit ungleich verteilten Privilegien, Standesunterschieden und Leibeigenschaft abzuschaffen, oder wie in den nordamerikanischen Kolonien 1776 gegen ein Kolonialregime zu kämpfen, das die wirtschaftlichen Interessen des Mutterlandes über die der Kolonie stellt, ist es unvermeidlich, mit einer bestimmten situationsangemessenen Anwendung der Menschenrechte aufzuwarten – zum Beispiel, dass das gleiche Recht auf Freiheit vor allem in *Habeas-corporis*-Rechten sowie in Vertrags-, Eigentums- und Gewerbe-freiheit bestehe. Darin erschöpfen sich jedoch die Menschenrechte nicht, wie sich nicht erst heute unter anderem an dem Umstand zeigt, dass diese Rechte damals und vielfach auch noch während der folgenden hundert Jahre von der dominierenden Gruppe weißer Männer so verstanden und praktiziert wurden, als hätten sie diese nur für sich selbst gefordert und gemacht.

Menschenrechte werden daher immer nur in einer konkreten Situation und für eine sachlich, zeitlich und sozial bestimmte Menge künftiger konkreter Fälle positiviert, so, wie sie die Beteiligten hier und jetzt auf der Grundlage ihrer Erfahrungen und ihres historischen Wissens für die von ihnen hier und jetzt gedeutete Zukunft vorhersehen können. Dies gilt sowohl für jede historisch und sozial situierte Versammlung von nationalstaatlichen Repräsentanten, die sich auf einen völkerrechtlichen Menschenrechtspakt verständigen, als auch für jede Grundrechte bestimmende verfassungsgebende Versammlung und in der Folge für jede einfache Gesetzgebung, soweit sie ihrerseits die jeweils verfassungsrechtlich geltenden Menschen- und Grundrechte konkretisiert.⁵¹ Auf jeder dieser Stufen bleiben die Menschenrechte unvollständig, da sie stets nur mit Blick auf veränderliche Anwendungssituationen interpretierend konkretisiert und als solche positiviert werden können.

VII. Konsequenzen des Zeitkerns und des Indexes der Menschenrechte

Dieser unvermeidliche sachliche, zeitliche und soziale Index der Menschenrechte, die zum Zweck ihrer Garantie und Sicherung der rechtlichen Positivierung durch eine bestimmte Rechtsgemeinschaft bedürfen, erlaubt mindestens zwei Schlussfolgerungen. Die erste betrifft die Natur der Menschenrechte selbst, die

⁵¹ Insoweit setzt sich die Unabgeschlossenheit der Interpretation der Menschenrechte in der »unabgeschlossenen Verfassungsinterpretation« fort: Rödel/Frankenbergl/Dubiel, *Die demokratische Frage*, S. 72.

zweite das Verhältnis zwischen Menschenrechten und nationalstaatlichen Verfassungen, welche Menschen- und Grundrechte garantieren.

Erstens nötigt der Index dazu, die Menschenrechte nicht statisch zu verstehen und sie mit einer aktuell geltenden Fassung oder Version gleichzusetzen. Vielmehr dürfen ihre vielfältigen und verschiedenartigen Positivierungen jeweils nur als Anwendungen gelten, die den Gehalt der Menschenrechte immer in Bezug auf die jeweiligen Umstände konkretisieren, aber niemals ausschöpfen. Sie bedürfen angesichts neuer oder veränderter Umstände oder veränderten Deutungen zeitgenössischer Umstände der kontinuierlichen Ausschöpfung unter Berücksichtigung aller verfügbaren Informationen und Prognosen künftiger Entwicklungen.⁵² Jürgen Habermas hat dafür den Begriff der »ungesättigten Menschenrechte« vorgeschlagen.⁵³ Ihr ungesättigter Charakter zeigt sich in drei Dimensionen: Sachlich, sofern bisher übersehene oder neue Umstände zu berücksichtigen sind; zeitlich, sofern zukünftige Entwicklungen nicht vorhersehbar sind und frühere Prognosen angesichts neuer Erfahrungen korrigiert werden müssen; und sozial, sofern einige Gruppen der Gesellschaft immer noch exkludiert und marginalisiert werden oder die dafür anerkannten und praktizierten Rechtfertigungsnarrative brüchig geworden sind.⁵⁴ Der für jede politische Assoziation konstitutive Zweck, die Menschenrechte zu garantieren und zu schützen, bedarf also der Präzisierung, dass diese Garantie auch für die noch unausgeschöpften, künftig erst freizulegenden Bedeutungsgehalte zu gelten habe, was die Gesetzgebung, die rechtsfortbildende Rechtsprechung sowie die demokratische Öffentlichkeit in ein fortgesetztes Entdeckungsverfahren transformiert. Der Zweck, die Menschenrechte zu garantieren, ist daher als ein unabgeschlossenes und unabschließbares Projekt zu verstehen. Nach Claude Lefort »gehen die Menschenrechte stets über die einmal gegebene Formulierung hinaus, was überdies bedeutet, dass jeder Formulierung die Forderung der Reformulierung innewohnt [...].«⁵⁵

52 Zur Prozeduralisierung des Rechts vgl. Wiethölter, »Entwicklung des Rechtsbegriffs«, S. 235–237; zur Ausschöpfung von Rechtsnormen angesichts veränderlicher Situationen siehe Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, S. 298.

53 Siehe zuletzt: Habermas, *Auch eine Geschichte der Philosophie*, Bd. 2, S. 396 f.

54 Siehe dazu, am Beispiel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, Sacksofsky, »Wenn Rechtfertigungen brüchig werden«.

55 Lefort, »Menschenrechte«, S. 262. Für Claude Lefort ergibt sich diese Differenz zwischen den Menschenrechten und ihren jeweiligen Formulierungen aus der grundlegenden Unbestimmbarkeit des Menschen und den jeweiligen rechtlichen Benennungen in ihrer Formulierung. Jenes »Innere des Rechts« (ebd.) oder »die symbolische Dimension der Menschenrechte« (ebd., S. 263) entziehe sich jeder Bemächtigung durch eine ideologische Macht. Diese strebt danach, den Menschen abschließend zu bestimmen, z.B. durch seine ethnische Zugehörigkeit.

Vor allem, aber nicht nur dann, wenn Konflikte um Gleichheitsrechte ausgetragen werden, wird deutlich, dass es fast nie die Menschenrechte selbst sind, die infrage stehen, sondern eine sachliche, zeitlich und sozial lokalisierte und praktizierte Anwendung, die oftmals auch das Verhältnis verschiedener Rechte zueinander betrifft. Erst im Rückblick auf die Kämpfe der Arbeiterbewegungen im 19. und bis weit ins 20. Jahrhundert hinein wird deutlich, dass ihre Berufung auf das Menschenrecht darauf zielte, jene von Marx kritisierte liberalistische Lesart als faktische Schutzrechte für die auf Besitz und Bildung basierende Lebensform von Familienpatriarchen als einseitig und ungerechtfertigt zurückzuweisen und weniger auf eine Kritik der »bürgerlichen« Menschenrechte selbst. Erst durch diese Kämpfe wurde erkennbar, dass die sozio-ökonomische Ungleichheit, auf deren bevorteilter Seite jene Lebensform lokalisiert war, eine Anwendungssituation der Freiheitsrechte generiert, die diese für die Menschen auf der benachteiligten Seite wertlos machte. Auf analoge Weise werden die mühsamen Kämpfe um die gleiche Geltung der Menschenrechte nicht nur für weiße männliche Arbeiter, sondern dann auch für weiße Frauen, schwarze Männer und, noch viel später, schwarze Frauen geführt.

Jede Überwindung einer beschränkten Lesart führt zur Etablierung einer neuen, die wiederum in sachlicher, zeitlicher und sozialer Hinsicht als bestimmte Kategorien privilegierend, gegen Veränderungen immunisierend und exkludierend infrage gestellt wird. Schließlich gibt es auch Fallkonstellationen, in denen es um die sachliche Erweiterung oder Ergänzung von Menschenrechten angesichts neuer gesellschaftlicher Herausforderungen geht. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung drängte sich als neues, die Dimensionen der Persönlichkeitsrechte erweiterndes Grundrecht erst auf, als mit moderner Telekommunikationstechnologie bisher unbekannte Möglichkeiten des Sammelns, Speicherns und Analysierens von Daten und damit neue Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten sowie neue Technologien der Verhaltensbeeinflussung entstanden. In dem Maße, wie Umweltschäden, die Zerstörung natürlicher Habitate mit den dadurch erzeugten Gesundheitsrisiken sowie der Klimawandel die Lebensbedingungen der Menschen in lokal unterschiedlichem Ausmaß beeinträchtigen oder zerstören, wird die Frage immer virulenter, wie die menschenrechtlich begründeten Freiheitsgrundrechte jedes/jeder Einzelnen auch in der Zukunft noch garantiert und geschützt werden können.

Zweitens folgt daraus für die Mitglieder der politischen Assoziation, dass sie aktiv die für ihre jeweilige Rechtsgemeinschaft in Geltung gesetzten Menschen- und Grundrechte weiter ausschöpfen müssen, und zwar nicht nur als Menschenrechtssubjekte, sondern zugleich als Mitglieder dieser Gemeinschaft. Deswegen haben sie sich ja ursprünglich assoziiert, dieser Zweck ist nicht nur ihr je individuelles, sondern auch das gemeinschaftsbildende Motiv. Das unabschließbare

Projekt ist immer auch ihr eigenes und als solches ihr gemeinsames Projekt. Jede Gemeinschaft sieht sich auf ihrem jeweiligen Territorium mit spezifischen Herausforderungen konfrontiert, die für andere Rechtsgemeinschaften nicht stets gleichermaßen bestehen. Dies nicht zuletzt deswegen, weil jede Gemeinschaft in jeweils anderen Erfahrungsräumen und Erwartungshorizonten lebt und daraus ihre individuellen sowie kollektiven Einstellungen und Überzeugungen generiert, ihre öffentlichen politischen Diskurse führt und handelt. Um unter den spezifischen Umständen des Territoriums, auf dem sie zusammenleben, die Menschenrechte für sich und gemeinsam zu verwirklichen, müssen sie sich in Rechtsgemeinschaften zusammenschließen, die durch diese spezifischen Umstände bestimmt sind. Deshalb treten die zweckverwirklichenden Rechtsgemeinschaften stets im Plural auf und unterscheiden sich in ihren jeweiligen nationalstaatlichen Verfassungen. Das ändert aber nichts daran, dass die so konstituierte Pluralität von Rechtsgemeinschaften alle den gleichen Zweck verfolgen.

VIII. Kein Zusammenhalt ohne öffentliche Konflikte um die Ausschöpfung der Menschenrechte

Freilich bleibt die angemessene Anwendung der Menschenrechte auf die konkrete Situation einer Rechtsgemeinschaft unter deren Mitgliedern oftmals strittig und vollzieht sich in öffentlichen Konflikten. Je nachdem, ob und in welchem Umfang diese Konflikte durch öffentliche, inklusive und deliberative demokratische Prozeduren rechtlich gerahmt werden, können sie mehr oder weniger produktiv und mehr oder weniger agonial ausgetragen werden. Dabei geht es oftmals auch um diese prozeduralen Rahmenregeln selbst, vor allem dann, wenn nicht nur die sachliche Dimension der Rechte, sondern auch ihre Konkretisierung in der sozialen Dimension zur Debatte steht. Wer von welcher Sprecher:innenposition aus in diesen Debatten was sagen kann und darf, wem in welchem Umfang Gehör geschenkt und wessen Äußerungen ernstgenommen und nicht ignoriert oder abgewertet werden, wie überhaupt der öffentliche Raum, in dem die Einzelnen politisch erscheinen können, gemeinsam gestaltet wird, lässt sich zumeist nicht trennen von sachlichen Fragen wie Diskriminierungen aufgrund der Hautfarbe, des Geschlechts oder anderer Kategorisierungen.⁵⁶ Auch die Konflikte um soziale und ökonomische Ungleichheit sind, wie sich historisch zeigen lässt, unter anderem

⁵⁶ Siehe dazu Rödel/Frankenbergl/Dubiell, *Die demokratische Frage*, insbes. S. 71 ff., und Frankenberg, in diesem Band, S. 105–129. Zur Rolle des zivilen Ungehorsams als Verfassungsinterpretation siehe Akbarian, *Ziviler Ungehorsam*. Dazu, dass eine durch die Verfassung fundierte politische Kultur »unter den Bedingungen politischer und gesellschaftlicher Pluralität« immer nur eine »demokratische Konfliktkultur«

davon geprägt, ob es ein gleiches Wahlrecht gibt und ob die Benachteiligten sich faktisch und rechtlich so organisieren können, dass sie ihre Forderungen öffentlichkeitswirksam zu artikulieren vermögen.

Diese Konflikte um die kontinuierliche Ausschöpfung der Menschenrechte werden vor allem innerhalb der verschiedenen Rechtsgemeinschaften geführt, und deren Mitglieder machen ihre jeweils eigenen Erfahrungen in und mit diesen Konflikten. Dabei verbindet sich die Erfahrung, die Grundrechte in den drei Dimensionen erweitert zu haben, mit dem Bewusstsein, dass diese Erweiterung das Ergebnis ihrer gemeinsamen Konfliktgeschichte innerhalb ihrer besonderen Erfahrungsräume und Erwartungshorizonte ist. Es ist der Zweck, die Menschenrechte auszuschöpfen, der die Menschenrechtssubjekte in die pluralen nationalstaatlichen Projekte einbindet, wo sie in den demokratisch ausgetragenen Konflikten um die jeweils angemessene Konkretisierung die Erfahrung des Zusammenhalts machen. Diese Konfliktgeschichte wird retrospektiv aus der Perspektive einer nationalstaatlichen Rechtsgemeinschaft von den Beteiligten selbst *als ihre eigene Geschichte* erzählt und an nachkommende Generationen überliefert, von diesen wiederum rekonstruktiv und nicht selten auch im öffentlichen Streit revidiert, schließlich auch Fremden erzählt. Sie kann zumindest dann integrative Wirkungen entfalten, wenn dabei sowohl das Niveau des sachlichen, zeitlichen und sozialen Grundrechtsschutzes gegenüber früheren Lesarten der Menschenrechte für die Beteiligten verbessert wurde, als auch die Art und Weise der Austragung des Konflikts das Bewusstsein der Gemeinsamkeit und des Zusammenhalts erneuert, erweitert und bekräftigt hat.

Dass es sich dabei nicht um Schönfärberei der schlechten Wirklichkeit oder um eine bloße Illusion handelt, zeigt sich wiederum vor allem in Konfliktsituationen: So werden die Erzählungen kritisch gewendet, wenn damit gezeigt werden soll, dass die versprochene Anhebung des grund- und menschenrechtlichen Niveaus für einige Betroffene nicht oder nur teilweise vollzogen worden sei, oder wenn das einmal erreichte Niveau durch eine autoritäre Politik, die bestimmte Interessengruppen mit fragwürdigen Rechtfertigungen privilegiert und andere diskriminiert, wieder rückgängig gemacht zu werden droht.⁵⁷ Auch dann, wenn, wie innerhalb der Europäischen Union, vereinheitlichende Regulierungen nationalstaatliche Befürchtungen auflösen, das im eigenen Land erreichte Schutzniveau könne unterlaufen werden.⁵⁸

sein könne, siehe Volkmann, »Gespräche mit Hegel«, S. 509. Zur Rolle des Konflikts für »die Erzeugung des gesellschaftlichen Bandes« siehe eingehend Lefort, »Die totalitäre Erfahrung«, S. 232 ff.

⁵⁷ Exemplarisch mögen hier die Arbeiten von Jill Lepore, *Diese Wahrheiten*; und vor allem *Dieses Amerika*, genannt sein, in denen die US-amerikanische Geschichte im Lichte der Verfassungsprinzipien kritisch dargestellt wird.

⁵⁸ Habermas, »Prinzipienkonkurrenz«; Günther, »Geteilte Souveränität«, S. 335 f.

Spätestens in solchen Konfliktfällen werden sich die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft, die sich mit ihrer Verfassung der Verwirklichung der Menschen- und Grundrechte verschrieben hat, ihrer eigenen nationalstaatlichen Geschichte als einer gemeinsam erlebten, erinnerten und fortzusetzenden Konfliktgeschichte bewusst. Sofern es dabei gelungen ist, diese Konflikte produktiv und nicht destruktiv zu wenden, wirkt die Konflikterfahrung integrativ, und zwar als eine solche der gemeinsamen Arbeit an der Ausschöpfung der Grund- und Menschenrechte. Dazu gehört auch die Erfahrung, dass die Rechte ihrerseits auf die Verfahren der Konfliktbewältigung selbst reflexiv einwirken, indem sie die Inklusion von Stimmen erweitern, die sich an den Konflikten beteiligen und mit ihrer Stimme Gehör verschaffen.⁵⁹ In diesem Sinne ist das Recht – oder präziser – ist der gemeinsame Kampf um die Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte in ihren drei Dimensionen das einigende Band des Zusammenhalts einer nationalstaatlich verfassten Rechtsgemeinschaft. In ihm wird die Erinnerung an den Grund, aus dem sich ihre Mitglieder in der Vergangenheit einmal assoziiert hatten, von denjenigen reproduziert, die in diese Gemeinschaft hineingeboren wurden oder später eingetreten sind und für sich keinen Grund haben, ihre Mitgliedschaft zu kündigen. Daraus generiert und regeneriert sich langsam, über längere Zeiträume jene sittliche Substanz, von welcher eine säkulare, freiheitlich und demokratisch verfasste Rechtsgemeinschaft lebt, und die sie zwar nicht mit Mitteln des Rechts herstellen und noch weniger mit Zwang durchsetzen kann, die aber von der gemeinsamen Arbeit an dem Projekt der Verwirklichung der Menschenrechte in rechtsförmig ausgetragenen Konflikten gespeist wird.⁶⁰

IX. Wie sich die ungesättigten Menschenrechte zu den nationalstaatlichen Verfassungen verhalten

Das erlaubt noch eine vierte Schlussfolgerung aus dem sachlichen, zeitlichen und sozialen Index der fundamentalen Rechte. Sie führt noch einmal zurück auf die zirkuläre Struktur, die in dem Zweck einer jeden politischen Assoziation, die Menschenrechte zu garantieren, zu sichern sowie, wie jetzt hinzuzufügen ist, weiter auszuschöpfen, enthalten ist. Die Mitglieder der Assoziation sind ja

⁵⁹ Rödel/Frankenberg/Dubiel, *Die demokratische Frage*, S. 104–106.

⁶⁰ Vergleiche dazu die Beschreibung des »vernunftmäßigen Patriotismus«, den Tocqueville in *Amerika*, S. 351, vom »instinkthaften« folgendermaßen unterscheidet: »Es gibt eine mehr verstandesmäßige Liebe; weniger großherzig, vielleicht weniger feurig, aber fruchtbarer und dauerhafter; sie entspringt der Erkenntnis, sie entfaltet sich dank der Gesetze, sie wächst mit der Ausübung der Rechte und verschmilzt schließlich in gewissem Sinne mit dem persönlichen Vorteil.«

bereits Menschenrechtssubjekte, bevor sie die Assoziation gründen oder in sie eintreten. Auch wenn sie noch der Konkretisierung durch die gemeinsame politische Gesetzgebung innerhalb einer bestimmten Rechtsgemeinschaft bedürfen, folgt daraus nicht, dass sie erst dadurch zu Subjekten der Menschenrechte würden. In der Regel werden sie dadurch zu Grundrechtsträger:innen gemäß ihrer nationalstaatlichen Verfassung, die jedoch ihren gleichzeitigen Status als Menschenrechtssubjekte weder aufgeben noch verlieren. Will man eine gewaltige Abstraktion zulassen, könnte man davon sprechen, dass sie immer auch zugleich Mitglieder einer universellen oder kosmopolitischen Assoziation der Menschenrechtssubjekte sind. Deren Band ist freilich – noch – zu schwach und zu dünn, um darauf den Zusammenhalt einer universellen Assoziation, einer Kosmopolis von Menschenrechtssubjekten zu gründen. Es handelt sich nach Jay Wallace um eine »soziale Welt [...] kosmopolitischen und inklusiven Zuschnitts«, die als eine »umfassende ideelle Gemeinschaft« existiert, deren Mitglieder »als Wesen berücksichtigt werden müssen, die weder wichtiger noch weniger wichtig als die anderen Individuen derselben Klasse sind«, und für die insofern das »Postulat des gleichen Status« gilt.⁶¹

Gleichwohl bleibt dieser Bezug auf eine kosmopolitische Assoziation aus mehreren Gründen wichtig für jede zweckverwirklichende und entsprechend verfasste nationalstaatliche Rechtsgemeinschaft. Er trägt dazu bei zu verhindern, dass eine nationalstaatliche Verfassung mit ihren Grundrechten sich an die Stelle der Menschenrechte setzt oder jene mit diesen abschließend identifiziert. In dem Maße, wie dabei der Bedeutungsgehalt nationalstaatlicher Grundrechte mit der ethisch-politischen Identität der Mehrheitsgesellschaft aufgeladen wird, entsteht die Gefahr ihrer Abkoppelung von den Menschenrechten.⁶² Der Bezug zur kosmopolitischen Assoziation hält dagegen das Bewusstsein dafür wach, dass es sich bei jeder nationalstaatlichen Verfassung mit Grundrechten immer nur um konkretisierende Anwendungen, niemals aber um die vollständige und abschließende Verwirklichung der Menschenrechte handelt. Sie bewahrt damit auch vor solchen Konkretisierungen, die sich auf das generelle Konzept der Menschenrechte berufen, um damit vermeintlich eigene, lokale Konzeptionen zu rechtfertigen, die dazu dienen, andere Menschenrechte in größerem Umfang einzuschränken und dissidente Stimmen zu verbieten oder zu diskriminieren.

Wo freilich die Grenze zwischen einer die Menschenrechte angesichts der konkreten Umstände, in welchen sich eine Rechtsgemeinschaft hier und jetzt gerade befindet, *konkretisierenden*, aber nicht *substituierenden* Anwendung und

61 Wallace, *Der moralische Nexus*, S. 75, siehe auch S. 43 u. 99 f. Nach Wallace, ebd., S. 75, ist dies »vermutlich die entscheidende moralische Einsicht der Moderne«.

62 Denninger, »Verfassungspatriotismus und Integration«, S. 500.

ihrer übermäßigen, den Wesensgehalt tangierenden Einschränkung oder gar der Marginalisierung einiger Menschenrechte zugunsten anderer verläuft, ist freilich umstritten. Dieser Streit wird gegenwärtig vor allem am Beispiel des Verhältnisses zwischen individuellen Freiheitsrechten und Pflichten gegenüber der Gemeinschaft sowie dem Recht auf Schutz kollektiver Identitäten ausgetragen. Dabei geht es auch hier zugleich wieder darum, dass nicht nur in der Sachdimension, sondern auch in den Regeln des Streitens selbst die Menschenrechte zur Geltung kommen. So könnte dann auch langsam ein Bewusstsein dafür wachsen, dass solche Konflikte innerhalb einer Assoziation der Menschenrechtssubjekte ausgetragen werden. Internationale Menschenrechtspakte und -konventionen, Menschenrechtsgerichtshöfe wie in Europa, Afrika oder Lateinamerika, der Völkerstrafgerichtshof in Den Haag sowie andere Institutionen dieser Art knüpfen in dem Maße, wie sie sich in diesen Konflikten aufeinander beziehen, an einem Band, das einen schwachen Zusammenhalt durch Recht generieren und reproduzieren könnte.⁶³ Allerdings wird der aktuelle Konflikt um eine multipolare Weltordnung mit hegemonialen Großmächten und von ihnen beherrschten Großräumen und Einflussphären auf absehbare Zeit zur extremen Zerreißprobe werden. Das Risiko ist groß, dass die universelle Assoziation der Menschenrechtssubjekte wieder zu jenem fernen, fremden Land einer bloß moralischen Utopie wird, das sie schon im 19. Jahrhundert bis zum Ende des 20. Jahrhunderts war.

Wie beide, die universelle Assoziation und die zweckverwirklichenden nationalen Rechtsgemeinschaften, sich überschneiden, wird an einer gegenwärtigen Herausforderung erkennbar, zu deren Virulenz diese Krise ebenfalls beiträgt. Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft mit einem niedrigeren Niveau der Grund- und Menschenrechte oder ihrer vollständigen Abwesenheit fliehen oder wandern aus in die wohlhabenderen Staaten mit einem vergleichsweise höheren Niveau. Gegenwärtig betrifft dies vor allem diejenigen, die in ärmeren Regionen der Welt, oftmals zugleich auch unter hohen ökologischen Belastungen leben müssen oder unter einem repressiven, autoritären Regime sowie Krieg und Bürgerkriegen leiden.⁶⁴ Als Fremde, die sie gegenüber den nationalstaatlichen Assoziationen sind, in die sie fliehen wollen und Schutz suchen, können sie nur aus ihrer Mitgliedschaft in der universellen Assoziation die Autorität beziehen, ihre Menschenrechte dort geltend zu machen. Nur in diese Assoziation werden sie hineingeboren, sie können weder in sie eintreten noch aus ihr austreten – der Status ist unverlierbar, wie sich unter anderem daran zeigt, dass man seine Menschenrechte weder veräußern noch aufgeben kann. Dagegen kann

⁶³ Siehe dazu von Bogdandy/Venzke, »In wessen Namen?«.

⁶⁴ Siehe dazu den Beitrag von Thym in diesem Band, S. 131–149.

man grundsätzlich die eine nationale Rechtsgemeinschaft verlassen und in eine andere eintreten. Es gehört zu dem von Hannah Arendt angemahnten Sinn der Menschenrechte, dass sie ein Recht darauf implizieren, in eine Rechtsgemeinschaft eintreten zu können, die sich dem Zweck verschrieben hat, sie zu garantieren und zu sichern.⁶⁵ Auch wenn der ein Menschenrecht auf Staatsangehörigkeit statuierende Artikel 15, Absatz 1 der UN-Menschenrechtscharta keine völkerrechtliche Verbindlichkeit besitzt, ist die Tatsache, dass es immer noch eine große Zahl staatenloser Personen gibt, ein Skandal.

Hinzu kommt, dass es überwiegend die wohlhabenderen Rechtsgemeinschaften sind, von denen zwar viele für sich selbst an der Fortsetzung des Projekts arbeiten, die Menschenrechte angesichts ihrer spezifischen Lebensbedingungen für sich auszuschöpfen, in der Vergangenheit jedoch als Kolonialmächte oder deren Profiteure ebendiese Rechte den kolonisierten Bevölkerungen mit rassistischen Rechtsfertigungsnarrativen vorenthalten und einer fragwürdigen Zivilisierungsmission unterworfen haben, die mit Ausbeutung ökonomischer Ressourcen, Versklavung, Repression und oftmals auch mit Genoziden einherging. Neben der Frage der Integration von Angehörigen der universellen Assoziation in eine nationale Rechtsgemeinschaft stellt sich hier auch die weitere Frage nach einer adäquaten Rekonstruktion dieser Vergangenheiten aus der Perspektive einer universellen Assoziation. Erst dann können sie als das erscheinen, was sie sind: als vergangenes Unrecht mit langfristig wirkenden negativen Folgen, die zu verantworten sind.

Der Bezug zur kosmopolitischen Assoziation ist jedoch vor allem für die Kämpfe um die Ausschöpfung der Rechte innerhalb einer Rechtsgemeinschaft wichtig, weil die Mitgliedschaft der einzige Grund ist, auf den sich noch berufen kann, wer eine verfestigte und gegen Veränderungen immunisierte Lesart anfechten will. In den Menschenrechten dieser Assoziation liegen die normativen Ressourcen oder, wie Claude Lefort es beschreibt, »die symbolische Dimension der Menschenrechte«⁶⁶, auf die der zurückgreifen kann, dem gegenüber behauptet wird, die Menschenrechte mit einer konkretisierten Anwendungskonzeption vollständig und abschließend ausgeschöpft zu haben. Es sind die davon Ausgeschlossenen, die Diskriminierten und Benachteiligten, die ihren unverlierbaren Status als Mitglied dieser Assoziation geltend machen können, um damit die Tür zum nationalen Raum des Diskurses über ihre Grundrechte aufzustoßen, damit die bestehenden Rechte auch auf sie angewendet oder erweitert werden, oder um neue Rechte einzufordern. Denn die Assoziation zu einer nationalen Rechtsge-

65 Arendt, »Es gibt nur ein einziges Menschenrecht«, S. 406. Siehe dazu Denninger, »Verfassungspatriotismus und Integration«, S. 495.

66 Lefort, »Menschenrechte«, S. 263.

meinschaft ist ja nichts anderes als das Ergebnis des Entschlusses, die universelle Assoziation der Menschenrechtssubjekte auf dem umgrenzten Territorium unter einem gemeinsamen Gesetz zu verwirklichen. Jede Anfechtung einer bestimmten Lesart der Menschenrechte mit dem Argument, dass sie in der sachlichen, zeitlichen oder sozialen Dimension angesichts bestehender Exklusionen oder veränderter sachlicher Umstände weiter ausgeschöpft werden müssen, erinnert an diesen ursprünglichen Entschluss. Das Projekt, das mit der Zweckbestimmung in Artikel 2 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 anvisiert wurde, ist also noch nicht vollendet. Ohne seine Fortsetzung wird auch das Band, mit dem das so bestimmte Recht eine Gesellschaft zusammenhalten kann, wieder zerfasern und schließlich unter dem zunehmenden Druck ethnonationalistischer oder anderer außer- und vorrechtlicher Konzeptionen eines Zusammenhalts endgültig zerreißen.

Literatur

- Akbarian, Samira, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, Tübingen. 2023.
- Arendt, Hannah, »Es gibt nur ein einziges Menschenrecht (1949)«, in: Menke, Christoph und Raimondi, Francesca (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Berlin. 2011, S. 394–410.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatslehre und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt (Main). 1976.
- Bogdandy, Armin von/Venzke, Ingo, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlin. 2014.
- Burke, Edmund, *Betrachtungen über die Französische Revolution*, übers. v. Friedrich Gentz, Zürich. 1986.
- »Reflections on the Revolution in France«, in: ders., *Revolutionary Writings. Reflections on the Revolution in France and the First Letter on a Regicide Peace*, hrsg. von Iain Hampsher-Monk, Cambridge, UK. 2014, S. 3–250.
- Cicero, Marcus Tullius, »Über den Staat / De re publica«, in: ders., *Staatstheoretische Schriften*, übers. von Konrat Ziegler, Berlin. 1988, S. 35–210.
- Deitelhoff, Nicole/Groh-Samberg, Olaf/Middell, Matthias, *Gesellschaftlicher Zusammenhalt. Ein interdisziplinärer Dialog*, Frankfurt (Main). 2020.
- Denninger, Erhard, »Verfassungspatriotismus und Integration«, *Der Staat*, Jg. 60, H. 3 (2021), S. 495–506.
- Eckert, Andreas, *Geschichte der Sklaverei*, München. 2021.
- Elster, Jon, »Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies«, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Jg. 2, H. 2 (2000), S. 345–421.
- Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt (Main). 1988.

- »Liberales und diskurstheoretische Deutungen der Menschenrechte«, in: Brugger, Winfried/Neumann, Ulfrid/Kirste, Stefan (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt (Main). 2008, S. 338–359.
 - »Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft«, *Kritische Justiz*, Jg. 49, H. 3 (2016), S. 321–337.
 - »Pays réel, pays légal, patria naturae, patria iuris. Vom Sinn und Unsinn einer begriffspolitischen Unterscheidung«, in: Bung, Jochen/Kuhli, Milan (Hg.), *Volk als Konzept in Recht und Politik*, Berlin/Boston. 2020, S. 63–72.
 - »Selbstbehauptung ohne Selbstbestimmung. Neue ideologische Attraktivität des Autoritären aus alten Konzepten«, in: Frankenberg, Günter/Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt (Main)/New York. 2022, S. 159–196.
- Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchung zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied. 1962.
- »Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament«, *Der Staat*, Jg. 53, H. 2 (2014), S. 167–192.
 - *Auch eine Geschichte der Philosophie, Band 2: Vernünftige Freiheit. Spuren des Diskurses über Glauben und Wissen*, Berlin. 2020.
- Hegel, Georg W. F./Moldenhauer, Eva/Michel, Karl M. (Hg.), *Werke. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Bd. VII, Frankfurt (Main). 1982.
- Hofmann, Hasso, *Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit*, München. 1997.
- Kant, Immanuel, »Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre«, in: ders./Preussische Akademie der Wissenschaften (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 6, Berlin. 1797, S. 203–372 (zit. als: Kant, MS RL, AA 06).
- Lefort, Claude, »Die totalitäre Erfahrung und das Denken des Politischen«, in: Rödel, Ulrich (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt (Main). 1990, S. 207–238.
- »Menschenrechte und Politik«, in: Rödel, Ulrich (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt (Main). 1990, S. 239–280.
- Lepore, Jill, *Diese Wahrheiten. Eine Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika*, übers. von Werner Roller, 6. Aufl. München. 2020.
- *Dieses Amerika. Manifest für eine bessere Nation*, übers. von Werner Roller, München. 2020.
- Marx, Karl, »Zur Judenfrage«, in: ders., *Die Frühschriften*, hrsg. von Joachim Lieber, Darmstadt. 1971, S. 171–206.
- »Kritik der Hegelschen Staatsphilosophie (1841/42)«, in: ders., *Die Frühschriften*, hrsg. von Joachim Lieber, Darmstadt. 1971, S. 20–249.
- Nipperdey, Thomas, *Gesellschaft, Kultur, Theorie. Gesammelte Aufsätze zur neueren Geschichte*, Göttingen. 1976.
- Pateman, Carol, *The Sexual Contract*, Stanford. 1988.
- Reinhard, Wolfgang, *Die Unterwerfung der Welt. Globalgeschichte der europäischen Expansion 1415–2015*, 5. Aufl. München. 2020.
- Rödel, Ulrich/Frankenberg, Günter/Dubiel, Helmut, *Die demokratische Frage*, Frankfurt (Main). 1989.

- Sacksofsky, Ute, »Wenn Rechtfertigungen brüchig werden. Verfassungsgerichte in der Diskriminierungsbekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht«, in: Forst, Rainer/Günther, Klaus (Hg.), *Normative Ordnungen*, Berlin. 2021, S. 604–631.
- Schieder, Theodor, *Nationalismus und Nationalstaat. Studien zum nationalen Problem im modernen Europa*, Göttingen. 1992.
- Schulz, Daniel, *Verfassung und Nation. Formen politischer Institutionalisierung in Deutschland und Frankreich*, Wiesbaden. 2004.
- Schweitzer, Doris, *Juridische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er Jahre*, Baden-Baden. 2021.
- Siyès, Emmanuel Joseph, »Was ist der Dritte Stand?«, in: ders., *Politische Schriften 1788–1790*, 2. Aufl., hrsg. & übers. von Eberhard Schmitt und Rolf Reichardt, München/Wien. 1981, S. 117–196.
- *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, Paris. 1988 [1789].
- Simitis, Spiros, »Die Loi le Chapelier: Bemerkungen zur Geschichte und möglichen Wiederentdeckung des Individuums«, *Kritische Justiz*, Jg. 22, H. 2 (1989), S. 157–175.
- Thomas, Yan, »Origine« et »commune patrie«. *Étude de droit public romain, 89 av. J.-C.–212 ap. J.-C.*, Rom/Paris. 1996.
- Tocqueville, Alexis de, *Über die Demokratie in Amerika*, Erster Teil, übers. von Hans Zbinden, Zürich. 1987.
- Vesting, Thomas, *Staatstheorie. Ein Studienbuch*, München. 2015.
- Volkmann, Uwe, »Gespräche mit Hegel. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Suche nach dem ›Hal tenden‹ des liberalen Staates«, *Der Staat*, Jg. 59, H. 4 (2020), S. 499–511.
- Wallace, R. Jay, *Der moralische Nexus*, Berlin. 2021.
- Wiethölter, Rudolf, »Entwicklung des Rechtsbegriffs«, in: Zumbansen, Peer/Amstutz, Marc (Hg.), *Recht in Recht-Fertigungen. Ausgewählte Schriften von Rudolf Wiethölter*, Berlin. 2014, S. 227–248.
- Windbichler, Christine, *Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch*, 24., völlig neu bearbeitete Aufl., München. 2017.

Sozialer Zusammenhalt und allgemeine Rechtsidee

Uwe Volkmann

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit der Frage nach dem Zusammenhang von sozialem Zusammenhalt und allgemeiner Rechtsidee. Innerhalb dieser Rechtsidee, sofern man von einer solchen überhaupt sprechen kann, stehen sich bis heute zwei konträre Grundpositionen gegenüber, die sich gerade in ihren Konzeptionen von Gesellschaft (und Zusammenhalt) unterscheiden und sich in ausgearbeiteter Form bereits bei Kant und Hegel finden: Nach der liberalen Konzeption hat das Recht vor allem die Aufgabe, die Freiheit des einen um der Freiheit der anderen willen zu begrenzen; in diesem Sinne bildet es gleichsam den Zaun, der die Individuen voneinander trennt. Nach der – hier vereinfacht so genannten – gemeinschaftlichen Konzeption stellt das Recht demgegenüber einen verbindenden Ordnungsrahmen bereit, durch den die Bürger und Bürgerinnen ebenso wie durch eine gesellschaftlich grundierte Moral oder Kultur in einen umfassenderen geistigen Zusammenhang integriert werden. Heutige Rechtsordnungen schlagen hier typischerweise einen Mittelweg ein, der gerade in der Idee der individuellen Freiheit ein verbindendes Regulativ einer ansonsten funktional differenzierten Gesellschaft sieht und diese in Richtung auf eine allgemeine Kultur der Freiheit verbreitet.

Keywords: Allgemeine Rechtsidee; Zusammenhalt; Integration; Individuum und Gesellschaft; Freiheit

I. Geisterfahrer oder Die Probleme einer Fragestellung

Im Titel dieses Textes tauchen Begriffe auf, die man zu kennen meint. Wer von sozialem Zusammenhalt spricht, hat zur anderen Seite hin mindestens eine Vorstellung davon, wodurch er zerbrechen kann oder was alles nicht darunterfällt (Revolution, Anarchie, Bürgerkrieg), und auch vom Recht – vielleicht sogar seiner Idee – glaubt man einigermaßen zu wissen, was es ist (ein System von Normen, eine Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens) und wovon es sich abgrenzt (bloßen Konventionen, der Moral, vielleicht auch dem Unrecht). Schwieriger wird es hingegen, wenn man gebeten wird, die beiden Begriffe positiv zu definieren, und vielleicht auch noch die weitere Frage beantworten soll, ob das, was mit ihnen bezeichnet werden soll, überhaupt etwas Gutes ist, so wie vorerst auch unklar ist, wie sie miteinander in Zusammenhang stehen oder in einen solchen gebracht werden können. Von daher empfiehlt es sich, den Ball an dieser Stelle zunächst flach zu halten und die beiden Begriffe, aber auch das mögliche Zusammenspiel zwischen ihnen an einem häufig erzählten Witz zu erläutern, dem Witz vom Geisterfahrer, der auch sonst gern metaphorisch verwendet wird. Der geht bekanntlich so: Ein Ehepaar fährt zusammen im Auto auf einer Autobahn, als im Radio plötzlich die Meldung kommt, auf dem von ihnen befahrenen Streckenabschnitt sei ein Geisterfahrer unterwegs. Daraufhin der Mann – am Steuer – zu seiner neben ihm sitzenden Frau: »Wieso denn einer? Hunderte!« Hier ist offenbar auch vom Recht her gesehen etwas schiefgelaufen, und an dem, was hier schiefgelaufen ist, lässt sich bereits ziemlich gut ablesen, welche Leistungen dieses Recht für sozialen Zusammenhalt – jedenfalls im Normalfall – erbringt. Zum einen stellt es Regeln auf, die das Zusammenleben von Menschen auf einem bestimmten Raum und damit das Funktionieren von Gesellschaft erst möglich machen: Die einen fahren auf der einen Seite der Fahrbahn, die anderen auf der anderen und kommen sich dadurch in der Regel nicht in die Quere. Sodann hält sich die überwältigende Mehrheit der Leute an diese Regeln, und zwar nicht in erster Linie deshalb, weil die Möglichkeit ihrer zwangsweisen Durchsetzung besteht, wie sie vielen bis heute als *das* Spezifikum von Recht gilt, im Sinne einer bestimmten Art und Weise des Geltens, durch die es sich etwa von der Moral unterscheidet. Es geschieht auch nur bedingt aus einer immer neu zu aktualisierenden Einsicht in die Vernünftigkeit dieser Regeln, sondern eher aus einer Gewohnheit der Normbefolgung heraus, die in diesem Fall zur zweiten Natur geworden ist. Zuletzt werden Abweichungen als solche kenntlich gemacht und negativ markiert – wer sich nicht an die Regeln hält, stellt sich außerhalb der Ordnung und gilt eben als »Geisterfahrer«. In der Regulierung des Straßenverkehrs mag man insofern ein Sinnbild für die Ordnung von Gesellschaft insgesamt sehen: Das Recht zieht Leitplanken ein und zeichnet die Bahnen vor, in denen wir uns als deren Mitglieder bewegen.

In einem allgemeinen und oberflächlichen Sinne ist die Antwort auf die Ausgangsfrage, die Frage also, was das Recht von seiner Idee her für den sozialen Zusammenhang leistet, deshalb trivial. Natürlich hat es von dieser Idee her eine ihm in allen einschlägigen Darstellungen zugeschriebene Ordnungs- und damit zugleich eine Befriedungs- und Integrationsfunktion, ohne die eine Gesellschaft ab einem gewissen Grad der Komplexität gar nicht existieren kann; insofern bildet es gleichsam die unterste Grundlage von gesellschaftlichem Zusammenhalt überhaupt.¹ Aber als diese Grundlage organisiert es, wie es in dem Bild der Fahrspuren anschaulich zum Ausdruck kommt, die Gesellschaft zunächst nur als ein Nebeneinander, nicht notwendig – als nächsthöhere Ebene – als ein Miteinander von Bürgern. Um zu einem solchen Miteinander zu kommen, müsste man vielleicht andere Bereiche des Rechts hinzunehmen: etwa das Familienrecht, das die affektiven Bindungen innerhalb der engeren persönlichen Lebenssphäre eben durch ein rechtliches Band unterfüttert und ergänzt, das Privat- und Vertragsrecht, das es beliebigen und auch einander ganz fremden Menschen ermöglicht, in rechtlich geordnete Beziehungen zueinander zu treten, oder auch das Vereins- und Gesellschaftsrecht, das eine Fülle von Formen kollektiver Assoziation und Organisation bereithält². Eine noch einmal weitergehende und zum inneren Kern des Zusammenhangs vorstoßende Frage ist es demgegenüber, ob das Recht auch aus sich heraus, losgelöst von einem bestimmten Inhalt und allein von seiner allgemeinen Idee her eine gemeinschaftsbildende Funktion hat, so wie es paradigmatisch in der geläufigen Rede von der »Rechtsgemeinschaft« ausgedrückt ist. In der Tat ist dies der Begriff, der einem am ehesten in den Sinn kommt, wenn es um den Zusammenhang von Recht und sozialem Zusammenhalt und die fundierende Funktion geht, die das Recht dafür übernimmt: Die Angehörigen eines Staates bilden – und, wie Hans Kelsen meinte, von seinem Begriff her überhaupt nur – eine Rechtsgemeinschaft, die durch die Unterworfenheit unter dieselbe Rechtsordnung bestimmt ist;³ die Europäische Union definiert sich als Rechtsgemeinschaft, auch wenn sie es in der Realität vielleicht immer weniger ist;⁴ selbst die ganze Staatenwelt lässt sich als Rechtsgemeinschaft begreifen, deren klassisch als

1 Siehe zu diesen Funktionen – mit im Einzelnen unterschiedlicher Bezeichnung nur – Koller, *Theorie des Rechts*, S. 57 ff.; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, § 3.

2 Dass das Recht gerade affektive Bindungen auflösen und Menschen voneinander entfremden kann, indem es ihre Beziehungen von der affektiven auf eine sachliche Ebene umstellt, ist ein schon von Hegel beobachtetes Phänomen, siehe dazu etwa Taylor, »Cross Purposes«, S. 106; Loick, *Juridismus*, S. 27 ff.; darauf kommt es an dieser Stelle nicht an.

3 Kelsen, *General Theory*, S. 182: »The state as a legal community is not something apart from its legal order [...] A number of individuals form a community only because a normative order regulates their mutual behaviour. The community [...] consists in nothing but the normative order regulating the mutual behaviour of the individuals.«

4 Die Grundlagen bei Hallstein, »Die EWG«, S. 341 ff.; siehe dazu jetzt Bogdandy, *Strukturwandel*, S. 52 ff.

Völkerrecht bezeichnetes Recht – als »Recht der Völker« – heute zunehmend auch die Individuen adressiert.⁵ Aber was ist das überhaupt für eine Gemeinschaft und wie kann dies funktionieren: die Einrichtung einer Gemeinschaft gerade durch Recht?

II. Zur Spannbreite der Rechtsordnungen

Man kann allerdings bereits darüber streiten, ob sich diese Frage überhaupt einheitlich, also verschiedene Rechts- und insbesondere Verfassungsordnungen übergreifend, beantworten lässt. Das Problem resultiert vor allem daraus, dass die Konzeption der Rechtsgemeinschaft möglicherweise nicht aus einem allgemeinen Begriff des Rechts, sondern nur in Abhängigkeit von der jeweiligen Konzeption der politischen Gemeinschaft zu bestimmen ist, die sich im Recht ihre Form oder – mit Hegel gesprochen – ihr »festes Dasein« gibt.⁶ Entsprechend variieren könnte auch die Rolle, die dem Recht für die Einrichtung oder auch Befestigung dieser Gemeinschaft zugemessen wird. Unterscheidet man hier für eine grobe Vorsortierung kollektivistische und liberale Rechts- und Verfassungsordnungen als mögliche Idealtypen, so haben kollektivistische mit einer solchen Rolle kein nennenswertes Problem und können sie auch extensiv interpretieren, wie sich am Beispiel der Volksrepublik China demonstrieren lässt. Diese ist nach Art. 1 Abs. 1 ihrer Verfassung »ein sozialistischer Staat unter der demokratischen Diktatur des Volkes, der von der Arbeiterklasse geführt wird und auf dem Bündnis der Arbeiter und Bauern beruht«. Darauf aufbauend und dies weiter befestigend erklärt der unmittelbar darauffolgende Abs. 2 das sozialistische System zum »grundlegenden System der Volksrepublik China« und schließt mit dem Satz: »Die Sabotage des sozialistischen Systems ist jeder Organisation oder jedem Individuum verboten.«⁷ Bereits hier wird eine bestimmte Form von Gemeinschaftlichkeit vorgegeben und gegen Abweichungen durch einen entsprechenden Rechtsbefehl gesichert (»Sabotage ist verboten«). Aber das Recht wirkt hier zugleich noch einmal anders und tiefer, wie es Art. 24 der chinesischen Verfassung dann auch ausdrücklich festhält. Danach verstärkt der Staat »den Aufbau der sozialistischen *geistigen* Zivilisation durch die Verbreitung der Erziehung in erhabenen Idealen, moralischen Prinzipien, Kultur, Disziplin

5 Nach Rawls, *Law*; zur – prinzipiell neuen – Völkerrechtssubjektivität des einzelnen Menschen grundlegend Peters, *Menschenrechte*.

6 Vgl. Hegel, *Philosophie des Rechts*, § 30 ff., § 270 Zusatz a E.

7 Verfassung der Volksrepublik China vom 4. Dezember 1982, hier in der Übersetzung auf www.verfassung.net/rc/verf78-i.htm [13.7.2023].

und *Rechtssystem* und durch die Forderung der Ausarbeitung und Durchführung von Verhaltensregeln und öffentlichen Vorschriften unter den verschiedenen Teilen der Bevölkerung in Stadt und Land.«.⁸ Hier wird das Recht sowohl als Ganzes (eben als »Rechtssystem«) als auch in jedem einzelnen seiner Elemente (»Verhaltensregeln und öffentliche Vorschriften«) für die Gemeinschaftsbildung in den Dienst genommen, und zwar nicht nur – wie eingangs im Falle des Straßenverkehrs – als Regulierung des äußeren Verhaltens, sondern in einer unmittelbar erzieherischen Funktion, die es mit den anderen gesellschaftlichen Sinnsystemen – den »erhabenen Idealen«, den »moralischen Prinzipien«, der »Kultur« und »Disziplin« – teilt; wie diese richtet sich seine Absicht unmittelbar auf die innere Einstellung der Bürger, auf die geistig-moralische Befindlichkeit der Gesellschaft insgesamt, das so bestimmte »Volk« als einen geistigen Zusammenhang erfassend und bestimmend. In dem klassischen Gegensatzpaar von Gemeinschaft und Gesellschaft, wie es in der Soziologie von Tönnies bis Weber entfaltet ist, erscheint dieses dadurch als eine echte Gemeinschaft, zusammengefügt durch ein gemeinsames Gefühl der Zugehörigkeit als jene »geheimnisvollere Gleichgestimmtheit der Seelen«, wie sie die echte Gemeinschaft kennzeichnet.⁹

Mit einem solchen Verständnis von Gemeinschaftlichkeit tun sich liberale Rechtsordnungen deutlich schwerer, wenn sie damit überhaupt etwas anfangen können. Man kann sogar weitergehend sagen, dass ihnen gerade durch das Element der Liberalität – oder eben einfach auch Freiheitlichkeit – eine spezifische Wendung gegen die Gemeinschaft eingeschrieben ist: Gemeinschaft zielt auf Einordnung des Einzelnen in einen größeren Zusammenhang, also auf eine Form von Gebundenheit; sie schließt Verantwortung gegenüber anderen ein, also ein Pflichtenmoment; sie bedeutet Gleichsein und Übereinstimmung in bestimmten Beziehungen, also eher Konformität als Individualität. Mit alledem lässt sich Gemeinschaft gerade als Gegenbegriff zu jener Möglichkeit individueller Selbstbestimmung lesen, die als Kernelement der Rechtsordnung eines liberalen und demokratischen Staates angesehen wird. Gerade für diesen stellt sich das Problem des Zusammenhalts aber in besonderer Schärfe, weil die Möglichkeit der Selbstbestimmung sich in ganz verschiedene Richtungen wenden kann und jedem Einzelnen erlaubt, sich aus ihm zu verabschieden: Spätestens in der Wahlkabine kann, wie in unserer unmittelbaren Nachbarschaft das ungarische oder polnische Beispiel zeigen, jeder seine Stimme einer Partei geben,

⁸ Nachweis siehe Fn. 7; Hervorhebung nur hier.

⁹ So – in der Kritik des Gemeinschaftsdenkens – Plessner, *Gemeinschaft*, S. 44; die Gegenüberstellung bei Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, S. 3 ff., 7 ff., 73 ff. Ähnlich die Unterscheidung zwischen »Vergemeinschaftung« und »Vergesellschaftung« als die Grundmuster sozialer Beziehungen bei Max Weber, siehe ders., *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 21 f.

deren Sieg die Gesellschaft entweder zerreißt oder die frühere liberale Ordnung tendenziell in eine andere Form von Ordnung überführt. Gerade Demokratien drohen, wie zahlreiche jüngere Studien gezeigt haben, die größten Gefahren in diesem Sinne längst nicht mehr durch Putsch oder Revolution, sondern durch innere Auszehrung.¹⁰ Stärker als autoritäre Systeme, die gegebenenfalls auf Zwang und Repression zurückgreifen können, sind sie auf entgegenkommende Voraussetzungen angewiesen, die ihren Zusammenhalt, wenn schon nicht garantieren, so doch zumindest fördern und begünstigen können.¹¹ Gerade dann könnte es aber eben auch auf den Beitrag des Rechts für diesen Zusammenhalt ankommen, und zwar zunächst nicht in dieser oder jener ideologischen Prägung, sondern aus sich heraus und von seinem Begriff oder seiner allgemeinen Idee her; erst in einem zweiten Schritt wäre dann zu fragen, inwieweit es auch gerade als Recht eines liberalen Staates Gemeinschaftlichkeit oder eben Zusammenhalt grundieren kann.

III. Die verbindende Kraft des Rechts

Auch hier stößt man freilich auf die Schwierigkeit, dass gar nicht klar ist, ob es das überhaupt gibt: einen allgemeinen Begriff oder eine allgemeine Idee des Rechts, wie sie Hegel in seiner Rechtsphilosophie noch zu bestimmen unternommen hatte.¹² Die über zweitausend Jahre alte Beschäftigung mit dem Recht hat nicht einen, sondern ganz verschiedene Rechtsbegriffe hervorgebracht, zwischen denen sich bei äußerer Gegenüberstellung kaum eine Gemeinsamkeit feststellen lässt. Verbreitet ist deshalb in neueren Behandlungen die Feststellung, es sei bis heute nicht gelungen, eine Definition des Rechts zu finden, die alle seine Elemente umfasse und zugleich allgemein anerkannt sei.¹³ Heute dürften die Schwierigkeiten eher noch zugenommen haben, weil das Recht im Zuge der immer weiter vorschreitenden Ausdifferenzierung der Gesellschaft seinerseits immer ausdifferenzierter und komplexer geworden ist, sodass es heute von niemanden mehr in seiner Gesamtheit überschaubar werden kann. In neuen Phänomenen des »Rechtsppluralismus« werden seine Grenzen zudem durchlässig für andere Formen und Praktiken, von denen nicht von vornherein klar ist, warum man sie überhaupt als

10 Ginsburg/Huq, *Constitutional Democracy*, S. 77 ff. (»Democracy against itself«); zu den Strategien und Elementen des neuen Autoritarismus nunmehr Frankenberg, *Autoritarismus*, insbes. S. 134 ff.

11 Siehe dazu Böckenförde, »Demokratie«, § 24, Rn. 58 ff.

12 Hegel, *Philosophie des Rechts*, § 1.

13 Koller, *Theorie des Rechts*, S. 19, mit eindrucksvoller Aneinanderreihung verschiedener Bestimmungsversuche.

Recht bezeichnet.¹⁴ Gleichwohl haben wir alle eine ungefähre Vorstellung davon, was das Recht ist, und glauben zumindest zu wissen, was wir meinen, wenn wir von Recht sprechen. In diesem Sinne ordnen wir umstandslos die Befolgung der Regeln des Straßenverkehrs im eingangs behandelten Beispiel als rechtliche Praxis oder eben eine Praxis des Rechts ein, die Befolgung der Regel, in einem Restaurant mit Messer und Gabel zu essen, dagegen nicht. In der Terminologie Ronald Dworkins lässt sich das Recht insofern als »interpretativer Begriff« beschreiben, bei dem ein bestimmter Kern intuitiv gewusst und von allen Beteiligten in ihrer Kommunikation vorausgesetzt wird.¹⁵ Dieser Kern ist es dann, der von den Meinungsverschiedenheiten über seine konkrete Ausgestaltung oder dieses oder jenes einzelne Element nicht berührt wird, und die Annahme oder Unterstellung eines solchen Kerns bildet zugleich die Voraussetzung dafür, dass wir überhaupt sinnvoll über Recht als möglichen Gegenstand sprechen und uns auf einen solchen beziehen können.

Von hier aus wäre dann weiter zu fragen, ob einem solchen Begriff des Rechts auch ein Zusammenhang zur Bildung von Gemeinschaft oder eben eine Funktion für sozialen Zusammenhalt eingeschrieben ist. In der vorneuzeitlichen Rechtsphilosophie war ein solcher Zusammenhang noch unmittelbar präsent und tritt markant in Ciceros berühmter Staatsdefinition hervor: »Est igitur [...] res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.«¹⁶ Entscheidend ist dabei das Element des »iuris consensu«, das mehr meint als die bloße Unterworfenheit unter dieselbe Rechtsordnung, sondern für die Anerkennung dieses Rechts steht, so wie es von Ciceros Rechtsbegriff ausgefüllt wird, als das von Natur aus Rechte, das in einer übergreifenden Vorstellung der rechten Vernunft (»recta ratio«) gegründet ist. Die Verbindung besteht dann eben gerade in der Gemeinsamkeit einer inhaltlich bestimmten Rechtsvorstellung, die das Volk als politische Gemeinschaft erst konstituiert, es zugleich abhebt von der beliebig zusammengewürfelten Menge oder Masse.¹⁷ Das Recht selbst wird dadurch zu einer verbindenden oder Gemeinsamkeit stiftenden Kraft, und

14 Dieser Frage geht Ralf Seinecke nach, siehe ders., *Rechtsppluralismus*.

15 Die Grundlagen bei Dworkin, *Taking Rights Seriously*, dort auch die für das Programm des FGZ maßgebliche Unterscheidung von »concepts« (Begriffen) und »conceptions« (Konzeptionen dieser Begriffe), S. 134–136.

16 Cicero, *De re publica*, I 25 / 39: »Es ist also [...] der Staat die Sache des Volkes, das Volk aber nicht jede Versammlung von Menschen, die auf welche Weise auch immer zusammengelassen ist, sondern die Versammlung einer Menschenmenge, die durch die Übereinstimmung über das Recht und die Gemeinsamkeit des Nutzens vereinigt ist«; zur Bedeutung der hier gewählten Übersetzung der »Übereinstimmung über das Recht«, siehe sogleich oben im Text.

17 Böckenförde, *Rechts- und Staatsphilosophie*, S. 166 f.

zwar nicht aufgrund der abstrakten Möglichkeit seiner Durchsetzung, sondern eines ihm innewohnenden geistigen Gehalts, der von den Bürgern gewusst und in ihrem Handeln aktualisiert wird. In der Neuzeit wird dieser Zusammenhang zunächst verwischt durch die liberale Prägung, die das Recht nun mehr und mehr bekommt. Zu seiner Grundfigur wird dadurch nicht mehr die Verpflichtung oder überhaupt das Moment der Bindung, sondern das subjektive Recht, das einen Bereich individuellen Beliebens bezeichnet und seine höchste Verkörperung schließlich in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 findet.¹⁸ Das Recht als solches erhält dadurch einen individualisierenden Grundzug, wie er von Karl Marx in seiner Kritik der Menschenrechtserklärung luzide analysiert worden ist: Die dort gewährleisteten Rechte, vor allem das Eigentum, aber auch die Freiheit an sich, präsentierten sich ihm hier als Rechte »des egoistischen Menschen, des Menschen als vom Menschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen«, sie basierten in diesem Sinne nicht »auf der Verbindung des Menschen mit dem Menschen, sondern vielmehr auf der Absonderung des Menschen von den Menschen«; sie seien geradezu das »Recht dieser Absonderung, das Recht des beschränkten, auf sich beschränkten Individuums.«¹⁹ Auch aus Kants Rechtsbegriff lässt sich dieser Grundzug heraushören, wenn das Recht dort bestimmt wird als »Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.«²⁰ Auch das ist oft so gelesen worden, als sei das Recht nur ein notdürftiger äußerer Rahmen, ein technisches Mittel, die Freiheits- oder Willkürsphären der Einzelnen voneinander abzugrenzen; es ist nichts, was diese Einzelnen miteinander verbindet, sondern es sind die Zäune, die sie voneinander trennen, so »wie die Grenze zweier Felder durch den Zaunpfahl bestimmt ist.«²¹

Mit einer solchen Interpretation könnte jedoch die eigentliche Pointe des kantischen Rechtsbegriffs gerade verfehlt sein. Dieser zielt, hört man genauer in ihn hinein, nicht auf diese oder jene einzelne Regelung der Begrenzung der individuellen Willkür, sondern auf das Recht als »Inbegriff der Bedingungen«, also auf das Recht als eine geistige Gesamtheit, und die verschiedenen Willkürsphären werden gerade nicht voneinander abgegrenzt, sondern »zusammen vereinigt«. Dies geschieht seinerseits unter dem »allgemeinen Gesetze der Freiheit«, die dadurch zu einem übergreifenden, innerlich verbindenden Regulativ wird, das sich dann

18 Die Definition des subjektiven Rechts als »der einzelnen Person zustehende Macht« und »Gebiet, worin ihr Wille herrscht«, bei Savigny, *Römischen Rechts*, § 4; zum Aufstieg des subjektiven Rechts siehe Menke, *Kritik der Rechte*, S. 7 ff.

19 Marx, »Judenfrage«, S. 364; insoweit zustimmend etwa Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, S. 58 ff.

20 Kant, *Metaphysik der Sitten*, A. B 33.

21 So erneut Marx, »Judenfrage«.

in die einzelnen rechtlichen Beziehungen hinunter vermittelt. Da ist – ebenso wie die entsprechende und von hier aus zu lesende – Bestimmung des Staates als »Vereinigung einer Menge unter Rechtsgesetzen« bei Kant nicht so weit von Cicero entfernt, wie es der zeitliche Abstand und die ganz entgegengesetzte theoretische Ausgangsposition vermuten lassen.²² Auch im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 ist etwas von der so bestimmten Rechtsidee präsent, wenn es dort heißt, die »Gesetze des Staats verbinden alle Mitglieder desselben, ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts«.²³ Damit ist nicht nur das elementare Prinzip der Gleichheit aller vor dem Gesetz ausgedrückt, sondern zugleich auch die sich in dieser Gleichheit äußernde gemeinschaftsstiftende Kraft des Rechts.

IV. Die einzelnen Wirkelemente des Rechts

Die Frage ist dann, woraus diese verbindende Kraft des Rechts resultiert, wie und wodurch es also sozialen Zusammenhalt konkret bewirkt. Drei mögliche Wirkfaktoren oder Elemente lassen sich herausheben. Sie bauen ihrerseits wechselseitig aufeinander auf, und sie ergeben sich daraus, was geschieht, wenn eine Gruppe von Menschen oder eine Gesellschaft sich entschließt, ihre internen Beziehungen durch Recht zu regeln. Damit tritt als erstes Wirkelement eine grundlegende Überformung und Veränderung der sozialen Beziehungen ein, die durch das Recht auf eine andere Ebene gehoben, von naturhaft-unvermittelten Beziehungen – des unmittelbaren Austausches, der Nähe oder Verbundenheit, der Zu- oder Abneigung, der Gefühle und Affekte – zu rechtlichen Beziehungen umgestaltet und von hier aus mitgeformt werden. Erfasst hiervon sind prinzipiell alle sozialen Beziehungen, nicht einmal die engsten und persönlichen sind ausgenommen: Ehe und Familie, das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern, die Partnerschaft. Wie weit diese Einwirkung reicht und welche Veränderung damit für diese Beziehungen eintritt, zeigt anschaulich die Vorschrift des § 1353 BGB über die »Eheliche Lebensgemeinschaft«. Danach wird die Ehe »von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen«, und weiter: »Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.« Aus einem Verhältnis persönlicher Zuneigung, im glücklichen Falle sogar der Liebe, wird hier ein Rechtsinstitut, aus dem ungebundenen Willen zur Gemeinschaft mit Eingehung der Ehe eine recht-

²² Die Bestimmung bei Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 431 (A 165 / B 194); siehe zu diesen Parallelen auch den Beitrag von Klaus Günther in diesem Band, S. 13–47.

²³ Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794, I § 22.

liche Verpflichtung, auf der man gegenüber dem anderen auch bestehen kann.²⁴ Darin liegt einerseits eine Versachlichung einer Beziehung, die Menschen auch voneinander entfremden kann: Sobald einer der Partner sich gegenüber dem anderen auf das Recht beruft, um die Gemeinschaft aufrechtzuerhalten, ist die gefühlsmäßige Beziehung bereits aufgekündigt.²⁵ Dies ist seit jeher ein klassischer Gegenstand der Rechtskritik.²⁶ Andererseits bildet gerade das die Grundlage dieser Beziehungen, die in der Folge weiterer rechtlicher Formung und Gestaltung zugänglich werden. Man kann dann etwa – wie im Jahre 2017 mit der Einführung der »Ehe für alle« geschehen, auch andere Lebensgemeinschaften als die klassische zwischen Mann und Frau in den Geltungsbereich einbeziehen, so wie etwa auch das Zusammenleben innerhalb der Gemeinschaft nach rechtlichen Prinzipien neu geordnet werden kann. In diesem Sinne ist das Ehe- und Familienrecht in den letzten Jahrzehnten konsequent von patriarchalischen Restbeständen entrümpelt worden, das frühere Modell der Hausfrauenehe durch Recht konsequent auf ein Leitbild gleichberechtigter Partnerschaft umgestellt und jede Form von Gewalt in familiären Beziehungen mittlerweile ausgeschlossen.²⁷

In diesem prinzipiellen Ausschluss von Gewalt in sozialen Beziehungen deutet sich – unabhängig von der eigenen Gewalt des Rechts und wie man zu ihr steht²⁸ – zugleich das zweite Element ihrer Überformung durch Recht an, das in der Begründung einer Grundstruktur wechselseitiger Anerkennung liegt: Indem das Recht auf soziale Beziehungen zugreift und sie zu rechtlichen Beziehungen umgestaltet, ordnet es alle, die darin eingeschlossen sind, als Rechtspersonen einander zu und bindet sie so in diese Grundstruktur ein. »Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen«, hieß das bei Hegel.²⁹ Gerade in dieser wechselseitigen Anerkennung liegt dann – neben und zusammen mit der Bereitschaft, rechtlichen Geboten prinzipiell Folge zu leisten – die Verbindung zu einer Gemeinschaft eigener Art, die man eben eine Rechtsgemeinschaft nennen kann. Diese unterscheidet sich von einer Gemeinschaft im klassischen Sinne durch ihre losere und abstraktere Form; es ist eine Gemeinschaft von Fremden, die nur im Recht einen gemeinsamen Orientierungs- und Haltepunkt findet. Andererseits erschöpft sie sich nicht in einer rein formalen

24 Vgl. § 1353 Abs. 2 BGB, nach dem dem Verlangen des anderen Ehegatten zur Herstellung der Gemeinschaft nur im Falle der Missbräuchlichkeit oder beim Scheitern der Ehe *nicht* Folge zu leisten ist.

25 Rechtlich ist sogar eine Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft möglich; § 888 Abs. 3 ZPO versagt dem daraufhin ergangenen Urteil nur die Vollstreckbarkeit mit Zwangsmitteln.

26 Siehe bereits oben Fn. 2.

27 Vor allem durch die Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe durch die Neufassung von § 177 StGB und das Verbot der körperlichen Bestrafung von Kindern (§ 1631 Abs. 2 BGB).

28 Klassischer Text: Benjamin, »Kritik der Gewalt«, S. 29 ff.; siehe dazu Menke, *Recht und Gewalt*, insbes. S. 53 f.

29 Hegel, *Philosophie des Rechts*, § 36; daran anknüpfend vor allem Honneth, *Anerkennung*.

oder technischen Zuordnung der Unterworfenheit unter zuletzt beliebige Regeln, sondern es kommt darin auch eine gemeinsame Vorstellung vom Inhalt dieses Rechts zum Ausdruck, wie sie bei Cicero als »consensus iuris« bezeichnet worden ist. Das Recht erwächst dadurch zu einem einigenden Band der Gesellschaft, und zwar kraft des ihm innewohnenden geistigen Gehalts: »an expression how we can live together in community although divided in project, interest and conviction«, wie es Ronald Dworkin einmal auf eine schöne Formulierung gebracht hat.³⁰

Dies führt unmittelbar zum dritten Wirkelement hinüber, das auf die konkreten inhaltlichen Prinzipien dieses Rechts selbst verweist. Es wird besonders dann deutlich, wenn sich eine Gesellschaft entscheidet, die Grundlagen ihres Zusammenlebens in einer Verfassung niederzulegen; dadurch vollzieht sie, wenn man es vereinfacht ausdrücken will, für jedermann sichtbar, den Schritt von der rechtlichen zur politischen Gemeinschaft. Aber in der Verfassung tritt nur in besonderer Weise hervor, was für das Recht insgesamt gilt: dass es immer auch ein Medium ist, in dem eine Gesellschaft ihre grundlegenden Ordnungsvorstellungen verhandelt, sich selbst beschreibt und eine bestimmte Sicht auf sich ausbildet, die dann in immer neuen Akten der Rechtsetzung und Rechtsanwendung symbolisch in Szene gesetzt wird. Wenn etwa, um zwei Beispiele aus jüngerer Zeit zu nennen, das im Jahre 2006 verabschiedete »Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz« Arbeitgeber oder Vermieter dazu verpflichtet, beim Abschluss von Verträgen Menschen nicht nach ihrer Hautfarbe, Religionszugehörigkeit oder sexueller Orientierung zu diskriminieren, oder das neue Netzwerkdurchsetzungsgesetz – mit wie behelfsmäßigen Mitteln auch immer – gegen die Verbreitung von »Hassrede« im Netz und die hier zu beobachtende Verrohung der Kommunikation vorgeht, zielt das beides nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie auf die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung in diesem oder jenem Einzelfall, auch wenn diese für die je individuell Betroffenen natürlich wichtig ist. Sondern es sind die Haltung und der damit zum Ausdruck kommende Standpunkt, die zählen; die Gesellschaft macht hier deutlich, wofür sie langfristig stehen will und wofür nicht. Und diese Haltung vermittelt sich hinunter zu allen Einzelnen und führt im Falle des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes idealerweise zu einem gesellschaftlichen Klima, aus dem heraus es erst gar nicht zu entsprechenden Diskriminierungen kommt.

30 Dworkin, *Law's Empire*, S. 413.

V. Recht als gemeinsamer Blick auf die Welt

Auf diese Weise macht das Recht etwas mit uns, das man zusammenfassend so beschreiben kann, dass es einen neuen – und eben gemeinsamen – Gesichtspunkt in unsere Weltwahrnehmung einfügt und so unseren Blick auf die Welt insgesamt verändert. Das Recht wird so zu einer Brille, durch die die Welt im Lichte gemeinsamer Ordnungsvorstellungen betrachtet wird. H. L. A. Hart hat dies als den »internen Aspekt« (internal aspect) von Regeln bezeichnet und am Beispiel eines Schachspiels illustriert: Ein externer Beobachter, der das Spiel nicht kennt, könnte immer nur feststellen, dass alle Spieler ihre Figuren, etwa die Dame oder den König, jeweils auf dieselbe Weise bewegen. Die Spieler selbst nehmen zu diesem Verhaltensmuster demgegenüber eine reflektierte und kritische Haltung ein, die sie dazu berechtigt, jeden falschen Zug auch als solchen zu beanstanden.³¹ Gerade das Recht führt auf diese Weise zu einem spezifisch normativen Blick auf die Welt, der einzelne Verhaltensweisen, soziale Praktiken und institutionelle Ordnungen immer auch daran misst, wie sie rechtmäßiger-, das heißt richtiger- und angemessenerweise beschaffen sein sollen, und zwar als ein Blick, der prinzipiell allen Mitgliedern einer Rechtsordnung gemeinsam ist und gegebenenfalls gegen Abweichungen aktiviert werden kann. Ronald Dworkin wiederum verdankt sich die Einsicht, dass sich dieser Blick nicht auf diese oder jene einzelne Rechtsvorschrift bezieht, zu der man als Bürger oder Betroffener stehen kann, wie man will, sondern auf die Gesamtheit der Rechtsordnung und die inhaltlich tragenden Prinzipien, denen diese spezifische Rechtsordnung verpflichtet ist. Er kann dann gegebenenfalls auch gegen die einzelne Norm oder eine vorherrschende Interpretation mobilisiert werden, wenn diese mit den tragenden Prinzipien nicht in Einklang stehen, und zwar nicht nur von Gerichten, wenn sie etwa eine von ihnen für verfassungswidrig gehaltene Norm nicht anwenden oder dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorlegen, sondern auch von den einzelnen Bürgern, die diese Prinzipien für sich interpretieren und zur Anwendung bringen. Dworkin selbst hat dies auf die anspruchsvolle Formulierung einer »protestantischen Haltung« (protestant attitude) zum Recht gebracht, die jeden Bürger für eine Vorstellung vom Inhalt des geltenden Rechts verantwortlich macht³².

Die praktische Anwendung des Rechts fungiert so – und besonders sichtbar bei der Verhängung von Sanktionen wie etwa im Strafverfahren – immer zugleich als Selbstvergewisserung der jeweiligen Gemeinschaft über die sie tragenden normativen Grundorientierungen; gerade die Sanktion hat insoweit nicht zuletzt den Zweck, die Gemeinschaft an den Wert und Bestand dieser

³¹ Hart, *Concept of Law*, dort S. 72 f., 102 ff.

³² Dworkin, *Law's Empire*, S. 413; instruktiv dazu Lee, »Judgeship of All Citizens«, 23 ff.

Grundorientierung zu erinnern³³. Wenn dies die Einwirkung des Rechts auf die geistige Signatur der Gesellschaft ist, wird man mit nur gelinder Überspitzung sagen können, dass sie in Art. 24 der chinesischen Verfassung, von dem diese Überlegungen ihren Ausgang nahmen, bereits ziemlich gut erkannt ist.³⁴ Natürlich fällt diese Einwirkung hier intensiver und autoritärer, möglicherweise sogar totalitär aus, entsprechend der tieferen Konzeption von Gemeinschaft, die eben keine liberale, sondern eine Gemeinschaft im Geist des sozialistischen Systems ist, wie es in Art. 1 der Verfassung grundgelegt ist. Entsprechend erscheint das Recht hier weniger als ein Medium der Selbstbeschreibung und Selbstvergewisserung der Gesellschaft, sondern als ein Instrument der Volkserziehung; der Staat führt und leitet die Bürger, die dieser beständigen Führung und Leitung ebenso bedürfen wie unmündige Kinder der Führung und Leitung durch das Leben vonseiten ihrer Eltern bedürfen. Aber die prinzipielle Verschränkung des Rechts einer Gesellschaft mit dem, was man eben ihren Geist nennen kann, könnte hier doch besser gesehen sein als in vielen Handlungen hierzulande, die in Verabsolutierung der kantischen Trennung von Legalität und Moralität dem Recht hier eine strikte Abstinenz vorschreiben wollen.

Auch in liberalen Rechtsordnungen ist eine solche Abstinenz weder erstrebenswert noch lässt sie sich überhaupt durchhalten. Gerade diese nehmen in ihren tragenden Prinzipien – Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit, Demokratie, Rechts- und Sozialstaatlichkeit – einen ethischen oder moralischen Gehalt in sich auf, den sie nicht dadurch abstreifen, dass sie im Recht und namentlich in einer Verfassung zu rechtlich verbindlichen Prinzipien erklärt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen unhintergehbaren Zusammenhang in seiner Rechtsprechung schon früh dadurch für jedermann sichtbar gemacht, dass es die demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung und insbesondere die Grundrechte zu einer »Wertordnung« oder einem »Wertsystem« erklärt hat, und zwar zu einem »Wertsystem, das seinen Mittelpunkt innerhalb der in der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet«³⁵. Der Wertbegriff, der hier verwendet wird, gehört nicht der Welt des Rechts an, sondern ist ein Begriff aus der moralischen Welt; sein eigener Grundbegriff ist nicht – wie der des Rechts – der Begriff des Sollens, sondern – wie der der Moral – der Begriff des Guten.³⁶ Auch im Verfassungsrecht einer liberalen Gesellschaft drückt sich damit eine Konzeption des Guten aus, mit der es, wiederum nach der

33 Möllers, *Normen*, S. 172; zur »expressiven« Funktion der Strafe Hörnle, *Straftheorien*, S. 29 ff.

34 Siehe oben II., Fn. 7.

35 BVerfGE 7, 198 (205 ff.) – Lüth, dort bezogen auf die Grundrechte; für die demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien, BVerfGE 2, 1 (12) – SRP-Verbot; 5,85 (138 f.) – KPD-Verbot.

36 Grundlegend: Moore, *Principia Ethica*, §§ 1–6; siehe auch Alexy, *Grundrechte*, S. 126 f., 133 ff., der Wertbegriff dort als »Axiologischer Inentgegensetzung« zu einem »deontologischen« Begriff.

anschaulichen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, nun seinerseits »Richtlinien und Impulse« in das übrige Recht, über dieses Recht aber zugleich auch in die Gesellschaft hinein »ausstrahlt«. ³⁷ Als Träger eines Wertgehalts wird das Recht auf diese Weise mit der Moral verschränkt und mit der spezifischen Ethik einer bestimmten Gemeinschaft imprägniert, was nicht zuletzt der Grund dafür ist, dass in der Schule zu diesen Werten hin erzogen werden soll und überhaupt auch erzogen werden darf.

Will man die Gemeinschaft, die auf diese Weise durch Recht konstituiert wird, inhaltlich bestimmen, so ließe sie sich am ehesten eine liberale Rechts- und Wertegemeinschaft nennen, die die Individualität und Verschiedenheit ihrer Mitglieder zu ihrer unhintergehbaren Voraussetzung hat. Von der Gemeinschaft im Tönniesschen Sinne, die auf tieferen Banden der Zuneigung beruht, hebt sich diese Gemeinschaft insofern einerseits dadurch ab, dass sie den Einzelnen nicht mit seiner ganzen Person vereinnahmt, sondern zentral auf der Freiheit und Gleichheit ihrer Mitglieder beruht und alle zwischen ihnen bestehenden Trennungen als notwendig anerkennt. Der Konsens, der durch sie begründet wird, ist dementsprechend gegenüber individuellen Konzeptionen des guten Lebens neutral; er bezieht sich mit der Gewährleistung gleicher Freiheit und demokratischer Selbstbestimmung überhaupt nur auf die Bedingungen, unter denen diese sich ihrerseits erst entfalten können. Andererseits beschränkt er sich nicht auf einen bloßen *modus vivendi*, auf den sich nach Kants berühmter Formulierung zur Not auch ein »Volk von Teufeln« einigen könnte. ³⁸ Im Gegenteil verkörpert sich darin ein tieferes Einverständnis über die Bedingungen des Zusammenlebens, das im Recht dieser liberalen Gemeinschaft nur seinen positiven Ausdruck findet. Gerade dadurch wird es zu einer zentralen Grundlage ihres Zusammenhalts.

VI. Die Grenzen des Rechts

Allerdings drängen sich gegen die Funktionszuweisung, die damit für das Recht vorgenommen ist, auch einige Einwände auf, die sich nicht einfach von der Hand weisen lassen. Ein erster ergibt sich aus der Frage, ob das Recht überhaupt leisten kann, was ihm hier aufgetragen ist. Überschätzt die Vorstellung einer Konstituierung von Gemeinschaft, überhaupt der Erzeugung und Sicherung von Zusammenhalt durch Recht nicht die Wirkungen, die das Recht gerade in einer liberalen und demokratischen Gesellschaft für die Stabilisierung der sie tragenden Grundprinzipien entfalten kann? Kündigen die Bürger diesen Prinzipien in-

³⁷ Siehe erneut BVerfGE 7, 198 (205 ff.) – Lüth.

³⁸ Kant, »Ewigen Frieden«, S. 224.

nerlich die Gefolgschaft auf, dürfte dagegen auch mit Recht wenig auszurichten sein. Der Einwand ist deshalb sicher insofern berechtigt, als das Recht allein und aus sich heraus diese Stabilisierungsleistung nicht erbringen kann und es – entsprechend dem bekannten Böckenförde-Diktum, dass der freiheitliche Staat von Voraussetzungen lebe, die er nicht selbst garantieren könne – daneben immer noch anderer Kandidaten bedarf, die für sie aufkommen: etwa einer eingelebten politischen Kultur, psychologischen und bildungsmäßigen Voraussetzungen, der Anerkennung gerade auch ungeschriebener demokratischer Spielregeln.³⁹ Das schließt indessen nicht aus, dass das Recht neben diesen anderen Kandidaten zumindest *auch* eine Funktion für sozialen Zusammenhalt übernimmt, die man angesichts der hier beschriebenen Wirkungsmechanismen ihrerseits nicht unterschätzen oder unnötig kleinreden sollte.

Gewichtiger erscheint dementsprechend der diametral entgegengesetzte Einwand, der auf die dunkle Seite einer Stiftung von Zusammenhalt durch Recht verweist, wie sie im chinesischen Beispiel unmittelbar – aber vielleicht auch nur auf eine besonders markante Weise – anschaulich werden. Von hier aus erschiene der Beitrag des Rechts nicht zu schwach, sondern im Gegenteil zu stark, sodass man wegen der problematischen Implikationen, die mit ihm verbunden sind, eher darüber nachdenken müsste, ihn sachgerecht zu begrenzen. Hat der Ausgriff auf die Gesinnung mit den Mitteln des Rechts nicht etwas tendenziell Totalitäres und ist er nicht überhaupt mit den Grundprinzipien einer freiheitlichen Ordnung unvereinbar? Das knüpft an den bekannten Vorwurf einer »Tyrannei der Werte« an, wie er namentlich gegen die in ihrer Deutung als »Wertordnung« zum Ausdruck kommende Verklammerung der Verfassung mit einer moralischen Konzeption erhoben worden ist.⁴⁰ Dem ließe sich allerdings entgegenhalten, dass es durchaus einen Unterschied macht, um welche moralische oder ethische Konzeption es jeweils geht: um eine kollektivistische wie die chinesische, die den Einzelnen nur als Glied der Gemeinschaft erfasst und ihn dem Wohl dieser Gemeinschaft jederzeit unterordnet, oder um eine liberal-individualistische, die gerade die Würde und Freiheit des Einzelnen zu ihrem Mittelpunkt hat. Gerade diese bedarf dann allerdings auch des Rechts, um sie vor der unter der Geltung des Prinzips der Freiheit jederzeit möglichen kommunikativen Verflüssigung zu schützen.

Das Problem könnte so gesehen eher in den unausgesprochenen oder verborgenen Inhalten liegen, die auch das Recht einer solchen Gesellschaft notwendig mittransportiert. Worum es dabei gehen könnte, lässt sich anhand des Witzes vom Geisterfahrer illustrieren, mit dem dieser Text begonnen hat. So wie er dort

³⁹ Zur Notwendigkeit einer solchen Anerkennung in jüngster Zeit Levitsky/Ziblatt, *Democracies*, S. 97 ff.

⁴⁰ Schmitt, *Tyrannie*.

erzählt wurde, spiegelt er die klassische oder mittlerweile auch ältere Geschlechterverteilung: Der Mann fährt, die Frau sitzt auf dem Beifahrersitz. Man hätte ihn auch mit umgekehrten Rollen erzählen können, sich jedoch wegen der dann möglichen Implikationen (Frau am Steuer, typisch) andere Vorwürfe einhandeln können. Offenbar gibt es hier keine befriedigende Lösung, außer vielleicht man ließe ein gleichgeschlechtliches Paar fahren, um so ein Signal für Diversität zu setzen. So oder so steckt aber offenbar in der Art und Weise, wie der Witz erzählt wird, ein bestimmter Standpunkt, der nur vielleicht in der ersten Variante nicht auffällt (wobei man dann aber darüber nachdenken müsste, warum er nicht auffällt). Möglicherweise steht so auch das Recht einer liberalen Gesellschaft unausgesprochen für einen bestimmten Standpunkt, den es so zugleich gegen Abweichungen immunisiert: für einen männlichen Standpunkt, der sich blind stellt gegenüber der die Gesellschaft durchziehenden tatsächlichen Machtverteilung zwischen den Geschlechtern; für einen kapitalistischen Standpunkt, mit dessen Hilfe die bestehenden wirtschaftlichen Ungleichheiten zementiert werden sollen; in anderen Bereichen vielleicht für einen immer noch kolonialen Standpunkt, der überall noch Reste der imperialen Vergangenheit mitschleppt. Gerade so machen es Vertreter eines feministischen, antikapitalistischen oder postkolonialen Theorielagers geltend, und auch wenn man dem nicht in jedem einzelnen Fall folgt, erledigt das nicht die Anfrage, die darin enthalten ist. Tatsächlich drücken sich im Recht einer Gesellschaft, wie es Karl Marx einmal markant am Beispiel der Debatten über die Strafbarkeit des Holzdiebstahls analysiert hat, immer auch die bestehenden Machtstrukturen aus, und wenn sich eine Gesellschaft in ihrem Recht selbst beschreibt, nimmt es insoweit auch diese Machtstrukturen in sich auf. Dieser Zusammenhang ist unentrinnbar und dem Recht vorgegeben; es gibt keinen neutralen Ort jenseits des Rechts, von dem aus er gegen das Recht durchgesetzt werden könnte.

Das Recht einer liberalen Gesellschaft ermöglicht es immerhin, ihn zur Sprache zu bringen. Bekanntlich unterscheiden sich liberale Gesellschaften von anderen dadurch, dass sie ihre eigenen Probleme thematisieren und so über sich selbst nachdenken können. So wie sie sich in ihrem Recht selbst beschreiben, können sich darin dann auch die Ergebnisse ihres Nachdenkens niederschlagen. Was immer man deshalb dem Recht einer liberalen Gesellschaft an Nachteilen nachsagen mag, es ist zumindest für seine eigene Revision offen.

Literatur

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1996.

- Benjamin, Walter, »Zur Kritik der Gewalt«, in: ders., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt/M. 1965, S. 29–66.
- Bogdandy, Armin von, *Strukturwandel des Öffentlichen Rechts*, Berlin. 2022.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt/M. 1991.
- »Demokratie als Verfassungsprinzip«, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. 2, Heidelberg. 2004, S. 429–496.
- *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl., Tübingen. 2006.
- Cicero, *De re publica*, dt. Beer, Rainer (Hg.), *Der Staat*, Reinbek. 1964.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.). 1977, dt. *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt/M. 1984.
- *Law's Empire*, London. 1986.
- Frankenberg, Günter, *Autoritarismus*, Berlin. 2020.
- Ginsburg, Tom/Huq, Aziz Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago. 2018.
- Hallstein, Walter, »Die EWG – eine Rechtsgemeinschaft«, in: ders., *Europäische Reden*, hrsg. von Thomas Oppermann, Stuttgart. 1979, S. 341–348.
- Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, New York. 1961, dt. *Der Begriff des Rechts*, Berlin. Neuauflage 2011.
- Hegel, Georg W. F./Moldenhauer, Eva/Michel, Karl M. (Hg.), *Werke. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Bd. VII, Frankfurt/M. 1986.
- Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt/M. 1994.
- Hörnle, Tatjana, *Straftheorien*, Tübingen. 2011.
- Kant, Immanuel/Weischedel, Wilhelm (Hg.), *Werkausgabe Immanuel Kant. Die Metaphysik der Sitten*, Bd. 8, Frankfurt/M. 1968.
- »Zum Ewigen Frieden«, in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Werkausgabe Immanuel Kant. Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I*, Bd. II, Frankfurt/M. 1977, S. 195–251.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.). 1945.
- Koller, Peter, *Theorie des Rechts*, 2., verb. und erw. Aufl., Wien 1997.
- Lee, Win-Chiat, »The Judgeship of All Citizens: Dworkin's Protestantism About Law«, *Law and Philosophy*, Jg. 34, H. 1 (2015), S. 23–53.
- Levitsky, Steven/Ziblatt, Daniel, *How Democracies Die*, London. 2018.
- Loick, Daniel, *Juridismus*, Berlin. 2017.
- Marx, Karl, »Zur Judenfrage«, in: Karl Marx/Friedrich Engels/Institut für Marxismus-Leninismus (Hg.), *Werke*, Bd. 1, Berlin. 1972, S. 347–377.
- Menke, Christoph, *Recht und Gewalt*, 2. Aufl., Berlin. 2012.
- *Kritik der Rechte*, Berlin. 2015.
- Moore, George E., *Principia Ethica*, Cambridge. 1903.
- Möllers, Christoph, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin. 2015.
- Peters, Anne, *Jenseits der Menschenrechte*, Tübingen. 2013.
- Plessner, Helmuth, *Grenzen der Gemeinschaft*, Frankfurt/M. Neuauflage 2001.
- Rawls, John, *Das Recht der Völker*, Berlin. 2002.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, *Rechtstheorie*, 12. Aufl., München. 2022.
- Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin. 1840.
- Schmitt, Carl, *Die Tyrannei der Werte*, 3. Aufl., Berlin. 2011.
- Seinecke, Ralf, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen. 2015.

Taylor, Charles, »Cross Purposes: The Liberal Communitarian Debate«, 1989, dt. »Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus«, in: Axel Honneth (Hg.), *Kommunitarismus*, Frankfurt/M. 1993, S. 103–130.

Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 8. Aufl., 1935, Neudruck 3. Aufl., Darmstadt. 1991.

Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen. 1972.

Zusammenhalt qua Verfassungspatriotismus? – Von der rechtlichen Konstruktion gesellschaftlichen Zusammenhalts und dem Zauber von Symbolik

Laura Münkler

Abstract

Obgleich »Verfassungspatriotismus« sowohl als Forschungsgegenstand als auch politischer Begriff allgegenwärtig ist, ist die dahinterstehende Idee diffus verblieben. Dies erklärt, weshalb das Konzept einesteils als bloßer Ausdruck – rechtlich irrelevanter – emotionaler Verbundenheit angesehen wird, während es andernteils als rein rationales Konstrukt abgetan wird, dem es nicht gelänge, die für gesellschaftlichen Zusammenhalt tatsächlich maßgeblichen Faktoren einzubeziehen. Konsequenz dieser stark disziplinär geprägten Zugänge ist, dass die Mehrdimensionalität der Idee des Verfassungspatriotismus bisher nicht hinreichend erfasst wird. Dadurch wird die Chance vertan, die divergenten interdisziplinären Perspektiven auf die Frage nach den maßgeblichen Faktoren gesellschaftlichen Zusammenhalts zusammenzuführen. Um das Konzept des Verfassungspatriotismus im Recht weiterführend zu nutzen, wäre es dementsprechend notwendig, anstatt lediglich verschiedene rechtliche Institutionen und Verfahren als Aspekt der Gewährleistung von Zusammenhalt zu deuten, auch die symbolische Dimension des Rechts in den Blick zu nehmen. Dies würde es ermöglichen, gesellschaftlichen Zusammenhalt im Recht sowohl als Gesichtspunkt rechtlicher Konstruktion als auch als Symbolik zu denken.

Keywords: Verfassungspatriotismus; Zusammenhalt; Integration; Verfassungsidentität; symbolisch-emotionale Verfassungsdimension

Das Konzept des Verfassungspatriotismus erfreut sich als Forschungsgegenstand national wie international¹ großer Beliebtheit.² Auch im politischen Raum ist es seit geraumer Zeit en vogue, sich als Verfassungspatriot zu bezeichnen.³ Vor diesem Hintergrund hat mittlerweile das Interesse der Rechtswissenschaft am Konzept des Verfassungspatriotismus – trotz verbleibender kritischer Zwischentöne –⁴ erheblich zugenommen.⁵ Wie gesellschaftlicher Zusammenhalt konstruiert und normativ abgesichert werden kann, wird dementsprechend aktuell vor allem unter dem Topos des Verfassungspatriotismus diskutiert. Somit wird das Grundgesetz, obgleich es an sich weder hinsichtlich seiner ästhetisch-stilistischen Inszenierung noch seiner Entstehungsgeschichte⁶ sonderlich viele Anknüpfungspunkte dafür bietet,⁷ an die Stelle der Identifikation mit der symbolisch aufgeladenen Nation zu treten,⁸ zum zentralen Referenzpunkt der Konstruktion gesellschaftlichen Zusammenhalts erkoren.

Trotz dieser regen Bezugnahme auf Verfassungspatriotismus verbleibt indes meist im Unklaren, was darunter eigentlich konkret – außer einer irgendwie gearteten gemeinsamen Verbundenheit trotz Verschiedenheit – zu verstehen ist.⁹ Denn der breite Zuspruch allein, den das Konzept des Verfassungspatriotismus

1 Siehe etwa unter dem Stichwort »constitutional patriotism«: Markell, »Making Affect Safe for Democracy?«; Hayward, »Democracy's Identity Problem«; Tushnet, »Forms of Judicial Review«, S. 353 ff. Zum »patriotisme constitutionnel« vgl. etwa Leydet, »Patriotisme constitutionnel«, S. 81; Dufour, »Patriotisme constitutionnel et nationalisme«; Coutu, »Citoyenneté et légitimité«, S. 631.

2 Siehe hierzu vor allem Müller, *Verfassungspatriotismus*.

3 Besonders prominent bei Habeck, *Patriotismus*, S. 56 ff. Weitere Nachweise hierzu bei Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 441 und Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 41.

4 Vgl. etwa Isensee, »Gemeinwohl im Verfassungsstaat«, Rn. 131; Depenheuer, »Nationale Identität«, S. 65 ff.; Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 854; Scholz, *Deutschland in guter Verfassung?*, S. 14, 16, 67; Haltern, *Obamas politischer Körper*, S. 79; Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 441; Volkmann, »Gespräche mit Hegel«, S. 489.

5 Vgl. Böckenförde, *Der säkularisierte Staat*, S. 36, 56 f.; Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43; Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 41; Collings, »Verfassungspatriotismus und Verfassungsgedächtnis«, S. 1110 f.; Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 441, jeweils mit weiteren Nachweisen.

6 Der für die Integration sonst als entscheidend erachtete »constitutional moment« dürfte mit Blick auf das Grundgesetz nicht besonders ausgeprägt sein, eine andere Auffassung vertritt demgegenüber Grimm, »Integration by Constitution«, S. 201 ff., der das Grundgesetz insoweit als Gegensymbol zum Nationalsozialismus und Kommunismus denkt.

7 Deutlich hierzu Isensee, »Verfassung als Vaterland«, S. 14 ff.

8 Zur Ablösung der Nation als Bezugspunkt des Patriotismus durch die Verfassung bei Sternberger und Habermas siehe Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 110 ff; Molt, »Dolf Sternbergers Verfassungspatriotismus«, S. 877 ff.; Dierse, »Verfassungspatriotismus«, S. 278. Inwieweit der Verfassungspatriotismus den Gedanken der Nation vollständig ablöst, ist indes nicht unumstritten, vgl. Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 35.

9 Vorländer, »Integration durch Verfassung?«, S. 9, 15 ff.; Grimm, »Integration by Constitution«, S. 198.

findet, belegt nicht, dass es über die Versicherung der Liebe zur Verfassung hinausreicht. Zwar liegt es angesichts der weitreichenden wissenschaftlichen Beschäftigung hiermit nahe zu vermuten, dass Verfassungspatriotismus etwas tiefergehendes sein muss als die öffentliche Bekundung, geteilten Geistes mit der Verfassung zu sein. Dennoch könnte, wengleich dies profan erscheinen mag, die Idee des Verfassungspatriotismus letzten Endes entweder darin aufgehen, dass sich zur Bekräftigung des eigenen Standpunkts allgemein auf die Verfassung berufen wird.¹⁰ Oder die Idee des Verfassungspatriotismus könnte vornehmlich darin münden, die Einführung eines besonderen Verfassungsfeiertages zu fordern.¹¹

Gleichzeitig deuten anderweitige Ausführungen zum Verfassungspatriotismus jedoch darauf hin, dass der Verfassungspatriotismus gar nicht hauptsächlich ein politisches, emotionales Bekenntnis¹² darstellt, sondern vielmehr ein rationales Konstrukt ist.¹³ Statt um Pathetik könnte es sich beim Verfassungspatriotismus somit letztlich um eine emotionslose Angelegenheit des Zusammenstehens einer Zweckgemeinschaft respektive, angelehnt an Hegel, um einen bloßen »Not- und Verstandespatriotismus« handeln – mit entsprechenden Folgen für die Intensität des damit einhergehenden Zusammenhalts.¹⁴ Schließlich wird dem Konzept des Verfassungspatriotismus neben der Ablehnung als bloßer »Kitsch« vielfach ebenfalls entgegengehalten, in seiner Konzeption zu abstrakt, unterkühlt sowie rational zu sein und mit Paragraphen ein untaugliches Liebesobjekt gewählt zu haben.¹⁵

Die Gründe für die dem Verfassungspatriotismus zugeschriebene hohe Bedeutung sowie die an ihm geübte Kritik erscheinen ebenso vielfältig und widersprüchlich wie das Konzept selbst. Ein maßgeblicher Aspekt, der gera-

10 Zumindest legt der erhobene Vorwurf, der mit dem Stichwort Verfassungspatriotismus einhergehende Zugang zur Frage des Zusammenhalts neige zu einer »dramatisierenden wissenschaftlichen, esoterischen, journalistischen und literarischen« Betrachtung, so Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 159, dies nahe. Insoweit weist allerdings Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43, zu Recht darauf hin, dass Grund dafür sein dürfte, dass auf eine zu groß gestellte wissenschaftliche Frage jede Antwort drohe, trivial zu sein.

11 Thiele, *Verlustdemokratie*, S. 322 f. Die Bedeutung von Feiertagen für den Zusammenhalt ebenfalls betonend, indes zugleich aufzeigend, dass dies zumindest mit Blick auf die Weimarer Republik keinen hinreichenden Faktor darstellte, Rossol, »Repräsentationskultur und Verfassungsfeiern der Weimarer Republik«, S. 262 ff.

12 Vgl. Molt, »Dolf Sternbergers Verfassungspatriotismus«, S. 878; Merten, »Verfassungsschwärmerei«, S. 286.

13 Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 76; Depenheuer, »Integration durch Verwaltung?«, S. 857.

14 Vgl. hierzu Hegel, *RPh*, §§ 182 f.

15 Depenheuer, »Integration durch Verwaltung?«, S. 856; Depenheuer, »Nationale Identität«, S. 65 ff.; Merten, »Verfassungsschwärmerei«, S. 286 f.; Abizadeh, »Does Liberal Democracy Presuppose a Cultural Nation«, S. 496.

de bei der begrifflichen Prägung präsent war, ist bekanntermaßen der Ausfall verschiedener ideengeschichtlich zuvor als für die Kreation und Aufrechterhaltung von Zusammenhalt maßgeblich ausgemachter Faktoren – insbesondere der Nation, später auch der Religion sowie der »Leitkultur«. ¹⁶ Insoweit ist die Idee des Verfassungspatriotismus sicherlich aus einer gewissen »Not« geboren und stellte zunächst einmal eine vor allem akademische Konstruktion dar. ¹⁷ Dennoch scheint der Begriff hierüber nicht nur in terminologischer Hinsicht hinauszureichen. Ein weiterer relevanter Gesichtspunkt für die dem Konzept zugeschriebene hohe Bedeutung dürfte – neben der hiermit einhergehenden Abwendung von verfassungsrechtlich problembehafteten Homogenitätsvorstellungen als Grundlage des Zusammenhalts – darin liegen, dass im Rahmen der Idee des Verfassungspatriotismus verschiedene für den gesellschaftlichen Zusammenhalt interdisziplinär als maßgeblich angesehene Faktoren, wie etwa Geschichte, Kultur, Sprache und Recht, ¹⁸ konzeptuell zusammengeführt werden können. ¹⁹ Dies macht die Idee des Verfassungspatriotismus nicht nur interdisziplinär anschlussfähig. Vielmehr könnte es hierdurch gelingen, die emotionalen Gesichtspunkte von Zusammenhalt beziehungsweise Gemeinsinn mit den normativ hieran zu stellenden Bedingungen zu vereinen.

Zumindest scheint der disziplinäre Blickwinkel auf Zusammenhalt mittels des Konzepts des Verfassungspatriotismus erweitert werden zu können. Die rechtswissenschaftliche Perspektive lässt sich im Lichte des Verfassungspatriotismus auf die im Rahmen der Dogmatik bisher kaum verarbeiteten Verfassungsvoraussetzungen ²⁰ sowie auf die vielfach unberücksichtigten stilistischen und ästhetischen Dimensionen der Verfassung ausdehnen. ²¹ Politik-

16 Kronenberg, *Patriotismus in Deutschland*, S. 193 f., 265 f.; Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 147; Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 162 f.; Grimm, »Integration by Constitution«, S. 203.

17 Dreier, »Der freiheitliche Verfassungsstaat«, S. 33.

18 Vgl. Kronenberg, *Patriotismus in Deutschland*, S. 96. Dies gilt, zumal Recht, insbesondere Verfassungsrecht, sich nicht von seiner kulturellen, religiösen, aber auch ökonomischen Prägung her lösen lässt, vgl. Kirchhof, »Identität der Verfassung«, Rn. 5.

19 Vgl. Grimm, »Identität und Wandel«, S. 614, der allerdings – anders als hier – diese Faktoren als Aspekte gesellschaftlichen Zusammenhalts aufzählt, Verfassungspatriotismus indes daneben ansiedelt. Ähnlich mit Blick auf den Begriff der Integration, Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 118.

20 Vgl. Böckenförde, »Entstehung des Staates«, S. 112. Mit speziellem Blick auf das Demokratieprinzip, ders., »Demokratie als Verfassungsprinzip«, Rn. 58 ff., wengleich die von Böckenförde konkret angenommenen Voraussetzungen gerade mit Blick auf die »relative Homogenität innerhalb der Gesellschaft«, welche er indes wohl lediglich als »gemeinsame Grundauffassungen« versteht, mit Blick auf den Verfassungspatriotismus als problematisch anzusehen sind.

21 Vgl. Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeinsinn«, S. 31; Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 41 ff., 58 ff. Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 167, spricht insoweit zwar von der »Rollenprägung« durch Recht, weist aber ebenfalls darauf hin, dass es um den

und sozialwissenschaftlichen Zugriffen scheint es unter diesem Stichwort zu gelingen, theoretische Erklärungsansätze für den Erfolg des Grundgesetzes mit ideengeschichtlichen Perspektiven, kulturtheoretischen Überlegungen, normativen Erwägungen und sozialwissenschaftlichen Beobachtungen zusammenzuführen.²² Ferner ist es aufgrund der sogenannten Doppelgesichtigkeit des Verfassungspatriotismus (die meint, dass Kritik einerseits ermöglicht wird, gleichzeitig aber der Gedanke der Stabilisierung andererseits nicht aus dem Blick verloren wird) möglich, die Problematik von Zusammenhalt in einer multikulturellen Gesellschaft zu adressieren.²³ Maßgeblich hierfür ist, dass Universelles und Partikulares im Konzept des Verfassungspatriotismus als dialektisch vereinbar betrachtet wird.²⁴ Demzufolge scheint es mithilfe des Leitbegriffs »Verfassungspatriotismus« zu gelingen, viele der verschiedenen, etwa in Sozial-, Politik- und Rechtswissenschaft diskutierten Faktoren sowie die verbleibenden Friktionen der Kreation von Zusammenhalt in einer »offenen Gesellschaft von Demokraten« zu erfassen.

Der wissenschaftliche »Siegesszug« des Konzepts des Verfassungspatriotismus, der sich insbesondere auf das internationale Aufgreifen seitens verschiedener Disziplinen sowie auf die Verwendung des Begriffs im politischen Diskurs gründet, erklärt sich demzufolge zum einen damit, dass der Begriff Verfassungspatriotismus in terminologisch äußerst eingängiger Weise eine Leerstelle füllt, die die konstruktive Abkehr vom Nationalpatriotismus hinterlassen hat. Zum anderen ist der Gedanke des Verfassungspatriotismus hinreichend vielseitig, um unterschiedliche Perspektiven mit ihm verbinden zu können.

kaum fassbaren, mittelbaren »Wirkungszusammenhang zwischen Rechtstext und der Art und Weise, in der ein Mensch sich als Teil der Gesellschaft begreife« ginge, wobei affektive Gehalte nicht zwingend erforderlich seien, Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 166 f. Vgl. zu den verschiedenen Dimensionen bereits Smend, »Verfassung und Verfassungsrecht«, S. 148 ff., der ebenfalls stärker auf Praxen abhebt, diese aber in ihrer sozialpsychologischen Funktion zu begreifen sucht. – Zur Verdrängung der Ästhetik als Dimension des Rechts vgl. Münkler, »Bauhaus-Ästhetik des Rechts«, S. 169 ff. Ähnlich auch Haltern, *Obamas politischer Körper*, S. 79, der kritisiert, dass das Mystische des Zusammenhalts »hinter dem Text« ausblendet bliebe. Kritisch zur mangelnden Reflektion der Gründe für einen Zusammenhalt in der Verfassungstheorie auch Vorländer, »Integration durch Verfassung«, S. 13. Anders demgegenüber Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43, die meint, dass unter dem Begriff des Verfassungspatriotismus zu stark auf den Emotions- und Überzeugungshaushalt fokussiert worden sei, wodurch die eigentliche Integrationsleistung der Verfassung zu stark ausgeblendet worden sei.

²² Vgl. etwa Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 113.

²³ Vgl. Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 92.

²⁴ Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 53.

I. Mystifizierung der Gründe des Zusammenhalts im Verfassungspatriotismus

Dieser Facettenreichtum des Konzepts stellt sich indes nicht nur als Erfolgsfaktor des Verfassungspatriotismus dar, sondern birgt zugleich ein Problem: Denn hierdurch wird zwar im interdisziplinären Diskurs eine gemeinsame Referenz gewonnen. Ob jedoch tatsächlich Perspektiven zusammengeführt werden oder die fortbestehende Uneinigkeit darüber, was sowohl empirisch als auch normativ Zusammenhalt zu begründen vermag, nicht lediglich verdeckt wird, bleibt fraglich.²⁵ Insoweit erweist sich Verfassungspatriotismus zwar als ein Schlüsselbegriff beziehungsweise Leitbild,²⁶ mit dessen Hilfe die ungewissen Bedingungen für das Gelingen gesellschaftlichen Zusammenhalts adressierbar werden. Dass sie in diesem Rahmen auch näher konkretisiert würden oder zumindest expliziert wird, welche Funktion dem Verfassungspatriotismus im Vergleich zu anderen Konzepten des Zusammenhalts zukommt, lässt sich bisher jedoch kaum statuieren. Ob die Idee des Zusammenhalts qua Verfassungspatriotismus im internationalen und interdisziplinären Diskurs somit lediglich eine gemeinsame Referenz ohne einheitlichen Nenner darstellt, sich der Topos in einer letztlich profanen Aussage erschöpft, das Konzept mit einzelnen Verfassungsbestimmungen gleichzusetzen ist oder die Idee über konkrete Verfassungsgehalte hinausreicht, bedarf folglich einer näheren Betrachtung.²⁷ Denn was das konkret Verbindende sein soll, das der Verfassung innewohnt, und ob Verfassungspatriotismus über einen systemtheoretischen erklärbaren Zusammenhalt qua Kommunikationszusammenhang hinausgeht,²⁸ erscheint bislang ungeklärt. Dabei ist insbesondere der Frage nachzugehen, inwieweit das einende Band des Verfassungspatriotismus mehr beinhaltet als ein allgemeines Bekenntnis zur Verfassung.²⁹

Diese momentane Ambiguität des Konzepts erklärt neben dem vielfältigen Zuspruch, den die Idee des Verfassungspatriotismus erntet, zugleich, weshalb sie

25 Dies demgegenüber sogar für notwendig erachtend, Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidealität«, S. 424.

26 Zum Begriff des Leitbilds sowie des Schlüsselbegriffs siehe etwa Baer, »Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder«, S. 241 f.

27 Kritisch hierzu auch Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeinsinn«, S. 30.

28 Die teils als materieller Bezugspunkt ins Spiel gebrachte aus den Grundrechten abgeleitete »Wertordnung«, so Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 443 ff., ist selbst nicht unproblematisch, zumal angesichts des Gedankens des Wertkonsens hierdurch eine Verbindungslinie zu nationalen Identitäts- und Homogenitätsvorstellungen hergestellt wird, gegenüber welchen der Verfassungspatriotismus gerade eine Abwendung darstellen soll. Vgl. zum Verhältnis des Verfassungspatriotismus zu anderen Konzepten kollektiver Identität Strecker, »Paradox sozialer Integration«, S. 96.

29 Denninger, »Verfassungspatriotismus und Integration«, S. 498. Betonend, dass es um einen Zugriff auf die »Seele« der Bürger gehe, Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 158.

dagegen entweder aufgrund angeblich mittelbar enthaltener Homogenitätstendenzen oder wegen mangelnder Wirkkraft abgelehnt wird. Mit Blick auf letzteren Gesichtspunkt wird vor allem die Frage aufgeworfen, ob im Rahmen des Konzepts des Verfassungspatriotismus nicht grundlos die eigentlichen Faktoren der Identifikation mit einer bestimmten Gruppe ausgeblendet würden, sodass allenfalls ein dünnes Band an Zusammenhalt erzeugt werde, welches im Falle zunehmender Diversität jedenfalls nicht genüge, um einen ernstzunehmenden Solidarausgleich aufrechtzuerhalten.³⁰ Deshalb wird der Nutzen dieses schillernden, zwischen verschiedenen Ebenen oszillierenden Begriffes trotz des vielfältigen Zuspruchs des Öfteren bezweifelt.

Mit Blick auf seinen Gehalt als geklärt anzusehen, ist aktuell demnach lediglich, worauf mit ihm gerade nicht rekuriert werden soll: Die Idee des Verfassungspatriotismus grenzt sich vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte klar von anderen als Grundlage des Zusammenhalts ins Spiel gebrachten Ansätzen ab, wie etwa der Nation, der Leitkultur und religiösen sowie ethnischen Homogenitätsforderungen.³¹ Weshalb bestimmte, empirisch sogar potenziell eine stärkere Form des Zusammenhalts erzeugende Faktoren im Rahmen des Konzepts des Verfassungspatriotismus ausgeblendet werden, scheint bislang nicht hinreichend deutlich geworden zu sein.³² Dies wiederum dürfte darauf zurückzuführen sein, dass im Vagen geblieben ist, wie sich die theoretischen, empirischen und normativen Gehalte des Konzepts des Verfassungspatriotismus zueinander verhalten.

Dementsprechend macht das Konzept des Verfassungspatriotismus die Faktoren des Zusammenhalts bisher vielfach nur scheinbar greifbarer, was ihm unter anderem den Vorwurf der »Blutleere«, des »professorischen Hirngespinnsts« sowie der »wirkungslosen Konstruktion« eingebracht hat.³³ Unabhängig davon, dass eine derartige Kritik wohl gegen verschiedene Konstruktionen beziehungsweise Erklärungsversuche ins Feld geführt werden könnte und daher entweder

30 Vgl. Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 52 ff.; Abraham, »Einwanderung im Wohlfahrtsstaat«, S. 540 f. Darauf hinweisend, dass neben der Verfassung stärkere Integrationsfaktoren existierten auch Grimm, »Integration by Constitution«, S. 196, mit dem Hinweis darauf, dass deren Ausfallen mit Blick auf die Europäische Union erklären würde, weshalb der Zusammenhalt hier zwangsläufig prekär sei.

31 Abraham, »Einwanderung im Wohlfahrtsstaat«, S. 537.

32 Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 189 betont, dass eine Anknüpfung an vorpolitisch gegebene Substrate gerade nicht erfolgen darf. Kritisch hierzu Abizadeh, »Does Liberal Democracy Presuppose a Cultural Nation?«, S. 496. Auch Rosenfeld, *Identity of the Constitutional Subject*, S. 29, meint, dass die scheinbar ausgeblendeten Faktoren inkorporiert würden.

33 Vgl. Lübke, »Patriotismus, Verfassung und verdrängte Geschichte«, S. 408 ff.; Böckenförde, »Die Nation«, S. B1 f.; Isensee, »Gemeinwohl im Verfassungsstaat«, Rn. 131; ders., »Verfassung als Vaterland«, S. 22 ff.; Hillgruber, »Nationalstaat in übernationaler Verflechtung«, Rn. 34 f.; Dreier, *Staat ohne Gott*, S. 211.

vielfach greift oder generell leerläuft, macht dieser Gesichtspunkt auf eine grundlegende Schwierigkeit aufmerksam: Denn mit dem Konzept des Verfassungspatriotismus wird gerade nicht lediglich versucht, mehr oder weniger plausibel zu erklären, welcher Stellenwert der Verfassung mit Blick auf Zusammenhalt rechtlich und praktisch zukommt. Vielmehr soll Zusammenhalt hierüber notfalls auch hergestellt und damit in gewisser Hinsicht erzwungen werden.³⁴ Anders lässt sich zumindest kaum erklären, weshalb die Idee des Verfassungspatriotismus von Beginn an mit dem Gedanken der Wehrhaftigkeit der Verfassung gekoppelt wurde.³⁵ Und auch in der Diskussion um Migration und Einbürgerungstests taucht(e) der Gedanke der Kreation respektive Aufrechterhaltung von Zusammenhalt im Kontext des Verfassungspatriotismus gerade nicht als rein positiv konnotierte Einladung zum voraussetzungslosen Beisammensein auf.³⁶

Wenngleich nicht auszuschließen ist, dass die Idee des Verfassungspatriotismus im Einzelfall insoweit stark überdehnt und sogar teils mit Vorstellungen von neuen Formen der Homogenität gleichgesetzt wird, obwohl mit ihr an sich eine Abkehr hiervon erreicht werden sollte, erscheint dies doch als neuralgischer Punkt des Konzepts.³⁷ Sofern mit der Annahme der Notwendigkeit eines Verfassungspatriotismus für den Zusammenhalt einhergeht, dass ein Verfassungsbekanntnis beziehungsweise eine »Verfassungsidentifikation«³⁸ nicht nur erhofft, sondern gleichsam bewirkt oder gar partiell zu erzwingen gesucht wird,³⁹ bedarf es einer weitgehenderen Konkretisierung dessen, was Verfassungspatriotismus bedeutet, als dies bisher geleistet wurde. Schließlich kann sich das Konzept des Verfassungspatriotismus eine Mystifizierung der normativ maßgeblichen Grundlagen des Zusammenhalts, sofern dieses zumindest als rechtlich »bewerbbar«⁴⁰ oder gar durchsetzbar verstanden werden soll, nicht leisten – selbst wenn gerade dies einen Faktor der Funktionalität des Konzepts

34 Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 62 f. Anders lassen sich die Äußerungen von Voßkuhle, »Man muss das Grundgesetz nicht lieben, aber es respektieren« und von Danwitz, »Wert und Werte des Grundgesetzes«, S. 6, die übereinstimmend betonen, dass das Grundgesetz kein Angebot darstelle und daher auch nicht der Liebe bedürfe, sondern zu akzeptieren sei, zumindest kaum deuten. In ähnliche Richtung auch bereits Böckenförde, *Der säkularisierte Staat*, S. 36, 41.

35 Vgl. Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 114; Kronenberg, *Patriotismus in Deutschland*, S. 194, 207.

36 Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 47 ff.; Danwitz, »Wert und Werte des Grundgesetzes«, S. 6; Abraham, »Einwanderung im Wohlfahrtsstaat«, S. 543 ff.

37 Auf die hiermit einhergehende Problematik von Identitätszumutungen und Identitätserwartungen hinweisend, Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 179 ff.

38 Kritisch hierzu bereits Hofmann, »Grundpflichten«, S. 54 ff., 64. Eine Loyalitätspflicht gegenüber der Verfassung ebenfalls ablehnend BVerfG, NJW 2001, 2069 (2070).

39 Vgl. Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 81 ff.; Voßkuhle/Wischmeyer, *Verfassung der Mitte*, S. 28.

40 Vgl. Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 184; Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, S. 223; Kirchhof, »Staatsform der Zugehörigen«, Rn. 59.

darstellen mag.⁴¹ Aus diesem Grund muss – ohne die Vielseitigkeit des Konzepts hierdurch aufzugeben – eine weitere Annäherung an die Gehalte eines zumindest auch normativ verstandenen Verfassungspatriotismus erfolgen. Hierauf aufbauend lässt sich dann klären, wie sich diese normativen Aspekte zu womöglich ebenfalls enthaltenen symbolisch-emotionalen Faktoren verhalten. Damit auf diesem Wege die ursprüngliche Idee des Verfassungspatriotismus lediglich fortgeschrieben, nicht hingegen verkehrt wird, bedarf es zunächst einer Rückversicherung, dass das Konzept des Verfassungspatriotismus tatsächlich bereits in seiner ursprünglichen Konzeption derart mehrseitig angelegt ist.

II. Verfassungspatriotismus zwischen Zwang und Zauber

Die angestellten Erwägungen zu den Ursprüngen, Erfolgsfaktoren und Schwierigkeiten des Konzepts haben insoweit bereits implizit gezeigt, dass die Idee des Verfassungspatriotismus von Beginn an weder rein deskriptiv noch rein normativ verstanden wurde.⁴² Vielmehr wurden dem Verfassungspatriotismus seit seiner Prägung durch vornehmlich Sternberger⁴³ und Habermas⁴⁴ recht unterschiedliche Elemente zugeschrieben, was sich ohne Weiteres schon auf die begriffliche Offenheit von sowohl Patriotismus als auch Verfassung zurückführen lässt. Mit Blick auf die verschiedenen, dem Verfassungspatriotismus konstruktiv eingeschriebenen Dimensionen erweist sich deshalb insbesondere eine Bemerkung Jan-Werner Müllers als aufschlussreich, der ausführt: Insofern als »die Verfassung den Staat vertextet, verzaubert ihn der Patriotismus«.⁴⁵ Dieses Bonmot mit Blick auf das im Begriff des Verfassungspatriotismus enthaltene Oxymoron von Patriotismus und Verfassung macht deutlich,⁴⁶ dass die Idee des Verfassungspatriotismus – wenngleich sich bei Habermas auch einige gegenläufige Bemerkungen finden –⁴⁷ es ermöglichen soll, die verfassungstextbezogene,⁴⁸ normati-

41 Vgl. zur Funktion der Mystik derartiger Begriffe Niethammer, *Kollektive Identität*, S. 625.

42 Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 62 f.

43 Sternberger, »Verfassungspatriotismus«, S. 1.

44 Siehe insbesondere Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 262 ff.; Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 632 ff.

45 Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 9.

46 Vgl. hierzu Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 9 f.; Schölderle, *Verfassungspatriotismus*, S. 4.

47 Vgl. Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 262; ders., *Schadensabwicklung*, S. 134 f., wobei zwischen kultureller und emotionaler, symbolischer Ebene unterschieden werden muss.

48 Grundsätzlich sind natürlich auch andere Arten des Verfassungsverständnisses denkbar, auch insoweit muss der Verfassungspatriotismus nicht zwingend textbezogen gedeutet werden. Vgl. hierzu Volkman, in diesem Band.

ve Ebene mit dem »Zauber« der symbolisch-emotionalen Ebene⁴⁹ konzeptuell zu vereinen.⁵⁰

Dies überzeugt schon deshalb, weil letzten Endes erst diese Verbindung der beiden Ebenen in der Idee des Verfassungspatriotismus es ansatzweise plausibel erscheinen lässt, dass die verschiedenen relevanten Facetten der Organisation von Zusammenhalt erfasst werden können.⁵¹ Setzt man hier an und schreibt das Konzept des Verfassungspatriotismus fort, indem die normativen mit den symbolisch-emotionalen Elementen kombiniert werden und dabei der Fokus auf bestimmte verfassungsrechtlich angeleitete Praxen, Ästhetiken wie auch Inszenierungen gelegt wird, läuft nicht nur der dem Verfassungspatriotismus verschiedentlich entgegengebrachte Vorwurf der »Abstraktheit« respektive »Abgehobenheit« und der »Kälte« ins Leere.⁵² Vielmehr wird der besondere Reiz des Konzepts des Verfassungspatriotismus erklärbar: Denn im Rahmen des Konzepts geht es explizit darum, nicht auf womöglich in der Gesellschaft zwar partiell vorhandene und in ihrer Wirkkraft durchaus bedeutsame,⁵³ rechtlich indes verbrämte Mechanismen des Zusammenhalts – wie Homogenität, Leitkultur und Nationendenken – normativ zurückzugreifen,⁵⁴ sondern stattdessen die normativ zulässigen Fak-

49 Vgl. Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 113; Molt, »Dolf Sternbergers Verfassungspatriotismus«, S. 878; Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 77; Gebhardt, »Verfassung und politische Kultur«, S. 25 f.; Fleiner, »Drei Dimensionen des Verfassungspatriotismus«, S. 408, 412 ff., die sogar drei Dimensionen des Verfassungspatriotismus ausmacht, eine kognitive, eine emotive und eine agitive Dimension. Vgl. auch Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeinsinn«, S. 22.

50 Kritisch hierzu Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 441 ff. Die ikonografische Seite und symbolische Funktion demgegenüber hervorhebend, dafür indes eine positivistische ablehnend, Gärditz, »Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft«, Rn. 85. Ähnlich im Ergebnis auch Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 184. Vgl. grundlegend hierzu Vorländer, »Integration durch Verfassung?«, S. 17 ff.

51 Vgl. Rossol, »Repräsentationskultur und Verfassungsfeiern der Weimarer Republik«, S. 261; Volkmann, »Gespräche mit Hegel«, S. 489 f.; Strecker, »Paradox sozialer Integration«, S. 96; Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 42 ff.; Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeinsinn«, S. 30 f., die diesen Aspekt im Rahmen des Verfassungspatriotismus noch für unterbelichtet halten. So auch, wenngleich mit Blick auf das Konzept des Verfassungspatriotismus ebenfalls kritisch, Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 854.

52 Vgl. Tushnet, »Forms of Judicial Review«, S. 377. Demgegenüber Verfassungspatriotismus wohl als »unpathetisches Ideal« konzipierend, Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 77, der aber der Rekonstruktion des Verständnisses von Verfassungspatriotismus bei Sternberger und Habermas verhaftet bleibt und Verfassungspatriotismus vornehmlich normativ zu konzeptionieren sucht. Mit anderer Nuance ders., »Verfassungspatriotismus – ein deutscher Mythos?«, S. 43.

53 Zur fortbestehenden Relevanz von Gemeinschaftsnarrativen neben der Rechtsordnung siehe Rosenfeld, *Identity of the Constitutional Subject*, S. 29.

54 So aber die Kritik am Verfassungspatriotismus von Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 858.

toren der Kreation und Aufrechterhaltung gesellschaftlichen Zusammenhalts zu stärken.

Auch insoweit kann an die Überlegung Jan-Werner Müllers zur Kombination von Formalisierung qua Vertextung und Verzauberung mittels Patriotismus angeknüpft und gleichsam umgekehrt erwogen werden, ob Zusammenhalt qua Verfassungspatriotismus nicht ebenfalls bedeutet, dass, wen nicht bereits der Patriotismus verzaubert, zumindest die Verfassung bindet. Oder: Womöglich gelingt es gar Zauber und Bindung zu vereinen und beide auf die Verfassung zurückzubeziehen. Zumindest scheint die Idee des Verfassungspatriotismus, den Zauber und den Zwang, den Verfassungen ausüben, miteinander zu verbinden zu suchen. Zusammenhalt könnte demnach im Rahmen des Konzepts des Verfassungspatriotismus sowohl auf emotionaler als auch normativer Ebene organisierbar werden. Die Idee des Verfassungspatriotismus zwingt folglich nicht dazu, beim Gedanken stehen zu bleiben, die Verfassung setze für ihre Wirksamkeit den gesellschaftlichen Zusammenhalt voraus. Vielmehr macht sie darauf aufmerksam, dass Zusammenhalt qua – gegebenenfalls auch rechtlicher – Einflussnahme miterzeugt zu werden vermag.⁵⁵

III. Zusammenhalt durch Verfassungsrecht

Verfassungen scheint demzufolge, selbst wenn es zu keiner Verherrlichung der Urkunde kommt oder ihrem Entstehungsprozess nicht die gemeinsame Erfahrung des Aufbäumens und Abbringens von Rechten zugrunde liegt,⁵⁶ etwas Verbindendes innezuwohnen. Aus diesem Grund wird Verfassungen im Recht die Aufgabe der »Bildung und Erhaltung staatlicher Einheit« trotz verbleibender Differenzen zugeschrieben.⁵⁷ Dabei wird interessanter Weise eher einem Verfassungsgesetz als einem Verfassungsmanifest oder -programm attestiert, dass es »der realen Notwendigkeit beziehungsweise imaginären Vorstellung und Sehnsucht

⁵⁵ Ein Blick in die sogenannte »Impact«-Forschung zu Recht weist in eine ähnliche Richtung, vgl. Friedman, *Impact*, S. 7 ff., wengleich auch hier die Dimension der Inszenierung und Ästhetik nicht hinreichend beleuchtet wird. Vgl. hierzu Damler, *Staat der Klassischen Moderne*, S. 11 ff. sowie ders., *Rechtsästhetik*, S. 302 ff.

⁵⁶ Vgl. zu den verschiedenen Arten von Verfassungen Frankenberg, *Autorität und Integration*, S. 75 ff., der zwischen Verfassungen als Vertrag, Manifest, Programm, Gesetz unterscheidet.

⁵⁷ Grundlegend Smend, »Verfassung und Verfassungsrecht«, S. 187 f. Aus aktueller Zeit Voßkuhle, »Verfassungsstil und Verfassungsfunktion«, S. 46; Koriath, »Europäische und nationale Identität« (S. 124 ff., mit expliziter Bezugnahme auf den Verfassungspatriotismus); Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 157 ff., 170.

nach Einheit« entgegenkäme.⁵⁸ Folgt man dieser Erwägung stellt neben dem symbolischen Gehalt sowie der in Verfassungen geronnenen Geschichte gerade auch die rechtliche Durchsetzbarkeit einen Aspekt dar, dem die Fähigkeit, Zusammenhalt zu erzeugen, zugesprochen wird.⁵⁹

Zugleich wird im rechtswissenschaftlichen Diskurs jedoch ebenfalls davon ausgegangen, dass das Grundgesetz auf Voraussetzungen beruhe, die es selbst nicht garantieren könne, womit der gesellschaftliche Zusammenhalt als etwas der Verfassung Vorausliegendes und folglich gerade nicht durch sie Erzeugbares angesehen wird.⁶⁰ In eine ähnliche Richtung geht im Ergebnis auch – zumindest sofern Solidarität als eine der Hauptbedingungen von Zusammenhalt angesehen wird –⁶¹ die seitens der Politikwissenschaft sowie der Rechtswissenschaft angestellte Erwägung, dass Verfassungspatriotismus allein noch keine Solidarität zu erzeugen vermöge.⁶² Demnach scheinen Verfassungen Einheit zwar in gewissen Maß erzeugen zu können, sie im Ausgangspunkt jedoch gleichzeitig voraussetzen beziehungsweise lediglich zu versprechen.⁶³ Inwieweit sich dieser scheinbare Widerspruch auflösen lässt, hängt davon ab, wie Verfassungspatriotismus rechtlich konkret konzeptioniert und auf welche Weise die symbolisch-emotionale Dimension damit in einen stimmigen Zusammenhang gebracht werden kann.

1. Recht als Perpetuierung von Differenz statt Kreation von Zusammenhalt

Dass Recht als dazu geeignet angesehen wird, Zusammenhalt zu erzeugen, also ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit/Einheit respektive Einigkeit zu bewirken, überzeugt zwar mit Blick darauf, dass überhaupt erst Recht die Handlungsfähigkeit von Gemeinschaften konstruiert.⁶⁴ Zudem bewirkt Recht eine gewisse Beständigkeit und Verlässlichkeit, welche die Normalitätserwartung prägt. Dies gilt, angesichts deren erschwelter Abänderbarkeit insbesondere für die Verfassung, die trotz zahlreicher Änderungen in ihrem Kernbestand bestimmte Rechte

58 Frankenberg, *Autorität und Integration*, S. 91.

59 Den Gesichtspunkt der Gesetzlichkeit ebenfalls betonend Böckenförde, *Der säkularisierte Staat*, S. 36.

60 Vgl. Böckenförde, »Demokratie als Verfassungsprinzip«, Rn. 58 ff. Vgl. auch Münch, »Theorie der Integration moderner Gesellschaften«, S. 99 f. Zur Gleichzeitigkeit Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 129 und Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidentität«, S. 434, wobei Letzterer dies vornehmlich darin verarbeitet, dass Verfassungen entsprechend geprägt seien. Zum verbleibend notwendigen »konsonanten Hintergrund« ebenfalls Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 641.

61 Strecker, »Paradox sozialer Integration«, S. 99.

62 Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 63, 87; Abraham, »Einwanderung im Wohlfahrtsstaat«, S. 540 f.

63 Zur Verfassung als Versprechen siehe Augsberg, »Verfassung als Text und Versprechen«, S. 185 f.

64 Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidentität«, S. 434.

der alltäglichen politischen Diskussion entnimmt.⁶⁵ Darüber hinaus geht auch mit Gesetzen prinzipiell ein Allgemeinheitsanspruch einher, der darauf beruht, dass es nicht einer Adressierung jedes Einzelnen bedarf, sondern eine Gemeinschaft existiert.

Zugleich überrascht diese Annahme jedoch angesichts dessen, dass Recht zumindest auch darauf zielt, Konflikte zu entscheiden, ohne sie zwingend zur Zufriedenheit aller aufzulösen. Ferner steht im Recht häufig das »Scheiden« und somit die Differenz anstatt der Gemeinsamkeit im Fokus.⁶⁶ Dennoch und vielleicht auch gerade deshalb wird Recht, insbesondere der Verfassung,⁶⁷ zugesprochen, einen zu können. Denn sofern Zusammenhalt nicht als Homogenität, sondern stattdessen trotz Differenz gedacht werden soll, bietet es sich durchaus an, auch die Eigenheiten von Recht als Faktor in den Blick zu nehmen, die auf Differenzierung angelegt sind. Folgt man diesem Gedanken, lässt sich durchaus annehmen, dass die Verfassung eine Identifikation mit einer Gemeinschaft und ein Einstehen für diese anvisiert, ohne dass deshalb die individuelle Differenz aufgegeben würde.

2. Verfassungspatriotismus als systemtheoretische Aussage

Das einende Potenzial⁶⁸ der Verfassung wird dabei vornehmlich darin verortet, dass sie zur zentralen Referenz fast jeder Diskussion über grundlegende gesellschaftliche Fragen avanciert ist,⁶⁹ wodurch diese zum einen versachlicht und zum anderen verschiedene Positionen als rechtlich denkbar klassifiziert werden. Obgleich somit die Organisation des Diskurses einen maßgeblichen Faktor der Idee des Verfassungspatriotismus darstellt, wird mit ihr – anders als etwa bei einem systemtheoretischen Zugriff – jedoch nicht insinuiert, dass der Rechtstext und das sich darum rankende Rechtssystem lediglich einen kommunikativen Zusammenhalt bewirke. Denn selbst wenn das Vorhandensein

65 Grimm, »Integration by Constitution«, S. 194.

66 Steinhauer, *Vom Scheiden*, S. 11 ff.

67 Anderer Ansicht ist Merten, »Verfassungsschwärmerei«, S. 288, der eher das Verwaltungsrecht als hierfür geeignet ansieht, weil es mit den Bürgern stärker in Berührung komme. Dem ist insoweit zuzustimmen, als durch verwaltungsrechtliche Regelungen – im Besonderen durch das Migration- und Sozialrecht, wie deren Ausrichtungen auf Integration zeigen – versucht wird, Zusammenhalt herzustellen. Vgl. hierzu Buchholtz, »Herausforderungen der ›Integrationsverwaltung«.

68 Vgl. Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 63 mit weiteren Nachweisen.

69 Schönberger, »Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft«, S. 291; Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 116; Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeininn«, S. 23; Thym, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, S. 41.

eines Verfassungspatriotismus vornehmlich deshalb statuiert wird, weil die Verfassung als Referenzpunkt im gesellschaftlichen und politischen Diskurs fungiert,⁷⁰ erschöpft sich die Funktion der Verfassung hierin weder generell noch speziell im Rahmen der Idee des Verfassungspatriotismus. Dies gilt zum einen mit Blick darauf, dass das Konzept des Verfassungspatriotismus anders als die Systemtheorie weder lediglich auf Kommunikation fokussiert noch das Individuum ausblendet.⁷¹ Zum anderen ließe sich mit einem systemtheoretischen Verständnis von Verfassungspatriotismus auch nicht erklären, wie die gesellschaftlich diffundierenden Kräfte eigentlich überwunden werden und der weiteren Ausdifferenzierung Einhalt geboten werden kann, wie sie im Verfassungspatriotismus als Gedanke des gegenseitigen Vertrauens und der Solidarität unter Fremden mitschwingt.⁷² Zudem stellt die Systemtheorie, anders als der Verfassungspatriotismus, keine normative Theorie dar, weshalb Unterschiede zu statuieren sind. Mit einem systemtheoretischen Zugriff lässt sich die Idee des Verfassungspatriotismus daher zumindest nicht vollständig erfassen.⁷³

3. Verfassungspatriotismus als bloße Chiffre für Integration qua offenem Diskurs

Obgleich also die Perspektive der Systemtheorie mit der Idee des Verfassungspatriotismus nicht vollends harmoniert, ist die Integrationsleistung der Verfassung dennoch gerade in der Organisation eines einenden, demokratischen Diskurses sowie in demokratischen Entscheidungsformen zu verorten.⁷⁴ Schließlich kann es gerade mit deren Hilfe gelingen, in einer differenzierten Gesellschaft Zu-

70 Vgl. Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeinsinn«, S. 21 ff.; Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 170; Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 855 f. Darauf hinweisend, dass der kommunikative Prozess einen maßgeblichen Bestandteil von Verfassungspatriotismus bildet, Dierse, »Verfassungspatriotismus«, S. 280. Dies legt eine systemtheoretische Beschreibung nahe.

71 Zu Kritik an einem systemtheoretischen Verständnis des Verfassungsrechts aufgrund dieser Einführung der Systemtheorie vgl. Lepsius, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, S. 52 ff.

Vor diesem Hintergrund zwischen Systemintegration, Sozialintegration und politischer Integration differenzierend, Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 643 f.

72 Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 188 f., 191.

73 Ebenfalls zwischen Verfassungspatriotismus und Systemtheorie differenzierend Vorländer, »Integration durch Verfassung?«, S. 11.

74 Hierfür spricht auch, dass die Grenzen eines europäischen Verfassungspatriotismus implizit mit der besonderen bzw. begrenzten Weise der Demokratisierung des Unionsrechts begründet wird oder aber auf die mangelnde Diskursgemeinschaft – in anderen Worten die europäische Öffentlichkeit – zurückgeführt wird, vgl. Korioth, »Europäische und nationale Identität«, S. 150 ff. Positiver demgegenüber Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 172 f.

sammenhalt zu schaffen.⁷⁵ Als Ausgangspunkt dafür, ein »Identitätsgefühl« zu stiften, werden daher im Rahmen des Konzepts des Verfassungspatriotismus allgemein die »gemeinsame Wahrnehmung von Freiheits- und Partizipationsrechten«, der öffentliche Diskurs, die Wahl sowie Responsivität ausgemacht.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob Verfassungspatriotismus letzten Endes in Demokratie – jedenfalls sofern dessen Verständnis nicht auf das an Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ansetzende Legitimationskettenverständnis verengt wird, sondern weitergehend partizipativ und diskursiv gedacht wird –⁷⁷ aufgeht.⁷⁸

Bei einem letztlich auf Demokratie reduzierten Verständnis stünde allerdings nicht nur der dogmatische Mehrwert, sondern der des Konzepts des Verfassungspatriotismus überhaupt infrage. Schließlich würde hierdurch die mit dem Gedanken des Verfassungspatriotismus eng verbundene Frage danach, wie ein Mindestmaß an gesellschaftlichem Zusammenhalt als Voraussetzung der Demokratie sichergestellt werden kann,⁷⁹ gleichsam zirkelschlüssig durch den Verweis auf die Demokratie selbst beantwortet. Dieses auf den ersten Blick irritierende Ergebnis, welches lediglich auf die Ausgangsfrage zurückzuführen scheint, ist jedoch sehr viel komplexer als es zunächst den Anschein hat.⁸⁰

Denn zum einen wird mit Verfassungspatriotismus nicht lediglich oder gar hauptsächlich auf den Wahlakt als Partizipationsmöglichkeit Bezug genommen, wenngleich sich dieser aufgrund seiner Symbolizität⁸¹ besonders eignet.⁸² Dies wäre ohnehin kontraproduktiv, da angesichts der Ausgestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts die Wahl eine viel zu hohe Anzahl an Personen ausklammert, um hinreichend integrierend wirken zu können.⁸³ Stattdessen gelangen vor der Folie des Verfassungspatriotismus aufgrund des weiter gefassten Verständnisses von Demokratie Funktionen von Verfahrens- und Organisationsdimensionen

75 Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm« S. 44.

76 Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 632 ff.; so auch Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 44 und Schölderle, *Verfassungspatriotismus*, S. 5.

77 Näher zu verschiedenen Demokratieverständnissen und deren rechtlicher Relevanz siehe Münkler, *Expertokratie*, S. 280 ff.

78 So etwa bei Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 647 ff. Hierauf deuten auch die Ausführungen von Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 65 ff. hin, dessen Konzeption von Verfassungspatriotismus einen weitgehenden Gleichlauf mit Demokratie bewirkt. Ähnlich im Ergebnis auch Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 185. Kritisch hierzu Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 856.

79 Vgl. Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 44.

80 Dies ebenfalls betonend Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 190. Auf hinreichende Komplexität als Faktor hinweisend Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 174.

81 Vgl. hierzu von Achenbach/Müller-Mall, »Die Wahl und das Kreuz«, S. 276 ff.

82 Vgl., wenngleich auch hier der Wahlakt wohl überbetont sein dürfte, Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 44.

83 Auf die insoweit mögliche integrierende Wirkung zur Schließung und Gemeinschaftsbildung allerdings hinweisend Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 130.

in den Blick, die sonst im Recht häufig nicht wahrgenommen werden.⁸⁴ So bietet – um nur ein verfassungsrechtliches Beispiel zu nennen – etwa die verfassungsrechtlich explizit vorgesehene Selbstverwaltung weitergehende Partizipationsmöglichkeiten, die die Gelegenheit bieten, dass sich von der Wahl auf Bundes- und Landesebene ausgeschlossene Personen ebenfalls einbringen können.⁸⁵

Trotz des begrifflich mitschwingenden Pathos fokussiert der Verfassungspatriotismus ferner nicht auf das Außergewöhnliche,⁸⁶ gefühlsmäßig Hervorgehobene, sondern umfasst ganz alltägliche, wiederkehrende Praxen.⁸⁷ Dies überzeugt, da schließlich nur die wiederkehrend habituelle und affektive Aneignung⁸⁸ eine »politische Identität« qua Praxis entstehen lässt.⁸⁹ Erst ein Verständnis der Verfassung als »lebende« Verfassung ermöglicht es demnach, das mit Verfassungspatriotismus angesprochene einende Band dauerhaft entstehen zu lassen.⁹⁰ Aus diesem Grund wird Zusammenhalt qua Verfassungsrecht auch nicht nur als durch demokratische Prozesse, sondern des Weiteren durch die generelle Gewährung und Gewährleistung von Rechten sowie deren gerichtliche Durchsetzbarkeit, als erzeugbar angesehen, ohne dass dabei von vornherein unumstößlich festgeschrieben würde, was konkret Inhalt dieser Rechte ist.⁹¹ Anders als die Wahl kennt das Berufen auf die Verfassung – mit Ausnahme der »Deutschengrundrechte« – keine Nationalität und exkludiert somit nicht. Folglich ist es gerade die Offenheit der Normstruktur, wie sie vornehmlich die Verfassung aufweist, die dazu befähigt, sich wandelnden gesellschaftlichen Problemlagen als Rechtsfragen zu widmen, also Interessenkonflikte in sich aufzunehmen und Konflikte zu integrieren.⁹²

Weil neben die demokratische Aufhängung des Verfassungspatriotismus und verschiedene weitere Partizipationsmöglichkeiten der Streit um die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte tritt, wird der Kern des Verfassungspatriotis-

84 Vgl. Möllers, *Staat als Argument*, S. XLVII.

85 So wird man Teil der solidarisch finanzierten gesetzlichen Krankenversicherung gerade nicht aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern aufgrund seines Arbeitsverhältnisses oder qua Familienmitversicherung, vgl. §§ 5 ff. SGB V. Obgleich die Mitwirkungsmöglichkeiten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung ebenfalls begrenzt sind, stellt diese im Besonderen auf Solidarität aufgrund ihres Solidarausgleichs innerhalb der Versichertengemeinschaft ab, sodass auch hierüber Integration erfolgen kann. Ähnliches gilt für Integrationsräte, die indes verfassungsrechtlich nicht vorgesehen sind, weshalb hierin die einende Kraft der Verfassung – bezogen auf das Grundgesetz – jedenfalls nicht zu suchen ist.

86 Vgl. Volkmann, »Gespräche mit Hegel«, S. 495, unter Bezugnahme auf Hegel.

87 Dierse, »Verfassungspatriotismus«, S. 279.

88 Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 118.

89 Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 89 ff.

90 Sternberger, »Verfassungspatriotismus«, *Schriften*, S. 15.

91 Anderer Ansicht ist wohl Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 445.

92 Voßkuhle, »Verfassungsstil und Verfassungsfunktion«, S. 47 f.

mus wiederum vornehmlich in der Institution des Bundesverfassungsgerichts verortet.⁹³ Dies liegt insofern nahe, als die Institution des Verfassungsgerichts – gerade in Deutschland – maßgeblich dazu beiträgt, dass gesellschaftliche Fragen als Verfassungsfragen verhandelt werden.⁹⁴ Eine Verdünnung der Idee des Verfassungspatriotismus zu einem Bundesverfassungsgerichtspatriotismus würde – ebenso wie eine Reduktion auf Demokratie – indes verkennen, dass diese beiden Aspekte zwar jeweils Bausteine des Verfassungspatriotismus bilden, Verfassungspatriotismus darin aber weder konzeptionell noch normativ aufgeht. Die vorschnelle Ineinssetzung des Verfassungspatriotismus mit einzelnen Verfassungsgehalten, um die Idee für die Rechtswissenschaft leichter handhabbar zu machen, wird daher dem Konzept nicht gerecht. Das bedeutet jedoch ebenso wenig, dass die rechtlichen Grundlagen des Konzepts vollkommen diffus verbleiben sollten oder müssten.

4. Normative Gehalte von Verfassungspatriotismus

In Anbetracht dessen, dass Zusammenhalt im Rahmen der Idee des Verfassungspatriotismus nicht nur erhofft, sondern auch erzeugt und notfalls gar durchgesetzt werden soll, ist den konkreten normativen Gehalten von Verfassungspatriotismus bezogen auf das Grundgesetz näher nachzuspüren.⁹⁵ Obwohl es insoweit darum geht aufzuarbeiten, wie der Topos rechtlich verankert ist, zielen die folgenden Ausführungen jedoch nicht darauf, das Konzept mit konkreten normativen Gehalten gleichzusetzen. Hintergrund ist, dass dem Konzept des Verfassungspatriotismus, selbst wenn es weitläufig als mit bestimmten universalistischen Verfassungsprinzipien,⁹⁶ vornehmlich Demokratie und Rechtsstaatlichkeit,⁹⁷ übereinstimmend konzipiert wird, gegenüber diesen ein »normativer Überschuss« zugeschrieben wird. Obgleich bislang nicht näher ausformuliert wurde, worin dieser Überschuss konkret liegt – außer irgendwo dahinter, etwa in einer Art »Zivilreligion«⁹⁸ oder einer sonstigen »moralischen Hintergrundtheo-

93 Vgl. etwa Isensee, »Verfassung als Vaterland«, S. 16 ff.; Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 443 f.

94 Vgl. Vorländer, »Verfassungspatriotismus als Modell«, S. 115. Ähnlich auch Limbach, »Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts«, S. 320 ff.; Ebsen, *Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, S. 221 ff.

95 Vgl. hierzu bereits, wenngleich nicht unmittelbar auf Verfassungspatriotismus bezogen, so doch mit gleicher Stoßrichtung, Voßkuhle/Wischmeyer, *Verfassung der Mitte*, S. 27 ff.

96 Vgl. Habermas, *Schadensabwicklung*, S. 22 f.

97 Habermas, *Schadensabwicklung*, S. 135; Kronenberg, *Patriotismus in Deutschland*, S. 197.

98 Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 158.

rie« –,⁹⁹ erscheint dieser Gesichtspunkt für die Idee des Verfassungspatriotismus in seiner konzeptionellen Anlage grundlegend.

Hieran ändert nichts, dass Begriffe, denen ein »normatives Plus« zugeschrieben wird, im rechtswissenschaftlichen Diskurs vielfach prinzipielle Zweifel hervorrufen, weshalb des Öfteren eine Überforderung von Rechtstexten durch die Nutzung derartiger Topoi als Rechtsbegriff statuiert und angesichts dessen der Vorwurf erhoben wird, solcherlei Begriffe wirkten »kryptonormativ«.¹⁰⁰ Denn, wenngleich diese Problematik nicht gänzlich von der Hand zu weisen ist, liegt gerade in der damit einhergehenden Erweiterung des Blickwinkels – zumindest sofern dieses Plus irgendwie greifbar gemacht werden kann – der potenzielle Gewinn derartiger Begriffe auch für die Rechtswissenschaft.¹⁰¹ Daher geht es im Folgenden lediglich darum, sich der Bedeutung von Verfassungspatriotismus rechtlich anzunähern, um auf dieser Basis seinen Gehalt weiter entfalten zu können. Aufgrund des proklamierten normativen Überschusses ist dabei rechtlich zum einen der Frage nachzugehen, inwieweit die Idee des Verfassungspatriotismus Überschneidungen mit dem Gedanken der objektiven Wertordnung beziehungsweise der Vorstellung einer Verfassungsidentität aufweist. Zum anderen ist in Anbetracht der bereits akzentuierten Verbindungslinien von Verfassungspatriotismus zu Grundrechten, Demokratie sowie Rechtsschutz zu erörtern,¹⁰² inwieweit diese die Basis von Verfassungspatriotismus bilden.

a) Wertordnungsdenken als Kern von Verfassungspatriotismus

Obgleich es in gewisser Hinsicht durchaus naheliegt, die Idee des Verfassungspatriotismus mit der »objektiven Wertordnungslehre« gleichzusetzen, wird diese Erwägung im Folgenden nicht weiter aufgegriffen, da man in diesem Falle einen Mehrwert für die Frage des Zusammenhalts und das rechtswissenschaftliche Denken durch die Nutzung des Topos Verfassungspatriotismus nicht annehmen kann.¹⁰³ Schließlich würde man sich hierdurch nicht nur die an dieser Chiffre zu

⁹⁹ Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 64.

¹⁰⁰ Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 160. Kritisch hierzu etwa Ingold, »Verfassungsrechtliche Identität«, S. 3, der eine rechtliche Rückbindung fordert. Die Kritik von Schönberger, »Identitärer«, S. 42, ließe sich wohl ebenfalls ohne Weiteres auf den Verfassungspatriotismus übertragen. So dezidiert mit Blick auf den Begriff des »Verfassungspatriotismus« Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 441.

¹⁰¹ Diese Vermutung bereits mit Blick auf Metaphern aufarbeitend Münkler, »Metaphern im Recht«, S. 181. Zwischen Rechtsbegriffen und »Rechtswissenschaftsbegriffen« zu differenzieren suchend, Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidentität«, S. 424.

¹⁰² Vgl. Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 188 f.; Vorländer, »Integration durch Verfassung?«, S. 15.

¹⁰³ So Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 445; Engelman, »Verfassungspositivismus als widerständige Haltung«, S. 146.

Recht vielfach geübte Kritik erkaufen, sondern würde die Idee des Verfassungspatriotismus außerdem nur durch einen anderen Begriff erklären oder ersetzen, der bei der normativen Konkretisierung ebenfalls kaum weiterführt. Überdies spricht bereits die Betonung der Wandelbarkeit der Verfassung und des notwendigen Aneignungsprozesses im Rahmen des Konzepts des Verfassungspatriotismus dagegen, diesen mit der Idee der objektiven Wertordnung zu identifizieren.¹⁰⁴

Hiermit soll nicht zwangsläufig negiert werden, dass Verfassungspatriotismus letzten Endes mit einem gewissen Grundkonsens über die Anerkennungsnotwendigkeit und -würdigkeit bestimmter Rechte¹⁰⁵ gleichläuft respektive zumindest gewisse Parallelen aufweist.¹⁰⁶ Dies gilt indes nur, solange dieser Konsens trotz der jederzeitigen Möglichkeit zu dissentieren besteht und sich somit etwa auf das Recht auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit beschränkt oder sich in einer Freiheitsorientierung bei gleichzeitiger Anerkennung der Koordinationsnotwendigkeit von Gruppen, vornehmlich also in Verfahren,¹⁰⁷ niederschlägt.¹⁰⁸ Wenn es indes lediglich darum gehen sollte, bedürfte es nicht der Heranziehung der Idee einer durch das Grundgesetz errichteten »objektiven Wertordnung«, da dieser Gedanke sowohl Art. 5 Abs. 1, Art. 8 GG und deren Schrankendogmatik als auch dem Demokratieprinzip, welches zusätzlich besonderen Schutz durch Art. 79 Abs. 3 GG erfährt, ohnehin bereits eingeschrieben ist. Zudem lassen sich, obwohl mit Verfassungspatriotismus die Idee eines hinreichenden Zusammenhalts einhergeht, hieraus keine irgendwie gearteten »Homogenitätserwartungen« herleiten. Vielmehr liefe es dem im Verfassungspatriotismus enthaltenen Freiheitsdenken und Diversitätsgedanken gerade zuwider, wenn Homogenität gleichsam hinterrücks mithilfe der Idee eines notwendigen Zusammenhalts zum Verfassungsgut avancieren würde.¹⁰⁹

Das Konzept des Verfassungspatriotismus ist somit schon aus diesen Gründen nicht mit der verfassungsgerichtlich jedenfalls zeitweise propagierten »objektiven Wertordnung« gleichzusetzen. Des Weiteren unterscheiden sich Verfassungspatriotismus und objektive Wertordnung aber noch an anderen Stellen. Denn neben dem Gesichtspunkt einer möglichen »moralischen Hinter-

104 Anderer Ansicht ist Lautsch, »Offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten«, S. 445 f.

105 Ob auch von einem »Wertekonsens« gesprochen werden sollte, ist allerdings eine andere Frage.

106 So auch Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43.

107 Deutlich insoweit Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 263 f. Aus rechtlicher Perspektive hierauf ebenfalls hinweisend, Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, S. 222.

108 Gerade das Verständnis von Habermas weist einige Parallelen hierzu auf, wenngleich letztlich die Anerkennung der Freiheit jedes Einzelnen im Vordergrund steht, Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 237 ff., 263; ders., *Faktizität und Geltung*, S. 638, 642 f., 646 ff. Sehr viel weitergehend demgegenüber etwa Kirchhof, »Staatsform der Zugehörigen«, Rn. 13 f., 56 ff.

109 Kritisch hierzu bereits Hofmann, »Grundpflichten«, S. 57 und mit Blick auf die Integrationsfähigkeit der Verfassung Frankenbergs, »Rolle der Verfassung im Prozess der Integration«, S. 52.

grundtheorie« wird die Idee des Verfassungspatriotismus ferner mit bestimmten Institutionen und deren Verfahren sowie Fragen der Repräsentation in Verbindung gebracht,¹¹⁰ die mit dem Gedanken einer aus der Verfassung ableitbaren objektiven Wertordnung jedenfalls nichts gemein haben. Aus diesem Grund erscheint es aus rechtlicher Sicht naheliegend, dass die Idee des Verfassungspatriotismus normativ einerseits auf dem Topos der Verfassungsidentität sowie andererseits auf den Grundrechten, dem Demokratieprinzip sowie der Gewährleistung von Rechtsschutz beruht.

b) Verfassungsidentität als Bedingung für Verfassungspatriotismus

Ogleich bislang nicht in gleicher Weise häufig oder explizit wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte als normativer Gehalt von Verfassungspatriotismus thematisiert, weist der Topos der Verfassungsidentität derart viele Gemeinsamkeiten mit der Idee des Verfassungspatriotismus auf,¹¹¹ dass er als Kerngehalt von Verfassungspatriotismus in Betracht zu ziehen ist. Die Anerkennung der »nationalen Identität« (sofern sich diese in »verfassungsmäßigen Strukturen« niedergeschlagen hat) in Art. 4 Abs. 2 EUV sowie die breite rechtswissenschaftliche Diskussion über den Topos der »Verfassungsidentität« stellt in terminologischer Hinsicht ein weiteres Indiz für die normative Annahme der einenden Kraft der Verfassung dar.

Neben terminologischen Gründen sprechen einige weitere Aspekte dafür, Verfassungspatriotismus und Verfassungsidentität gemeinsam zu denken.¹¹² So weisen die Topoi Verfassungsidentität¹¹³ und Verfassungspatriotismus jedenfalls insofern eine auffällige Gemeinsamkeit auf, als beiden zugesprochen

110 Tushnet, »Forms of Judicial Review«, S. 378; Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43.

111 Eine implizite Parallelisierung findet sich bei Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 118, wengleich er statt von Verfassungspatriotismus von Integration spricht. Explizit einen Bezug herstellend, Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 162 f.

112 Gerade die Parallelen im Diskurs um Verfassungspatriotismus und Verfassungsidentität – die Problematik der unklaren Bedeutungsdimension, die Kritik am epidemischen Gebrauch mit divergenten Bedeutungen und Konnotationen, der Gedanke des normativen Überschusses – sind frappierend. Siehe zum Diskurs über den Begriff der Verfassungsidentität nur Ingold, »Verfassungsrechtliche Identität«. Dies explizit bzgl. Identität und Integration ausführend Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 118.

113 Insoweit wird das rechtliche Verständnis von Verfassungsidentität aufgegriffen, nicht hingegen als Verfassungsidentität im Sinne eines Gleichbleibens der Verfassung, also als Gesichtspunkt komparativer Identität, verstanden, vgl. hierzu Ingold, »Verfassungsrechtliche Identität«, S. 17 ff., weshalb der von Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 75, ausgemachte Gegensatz zwischen Verfassungspatriotismus und Verfassungsidentität hier nicht aufgegriffen wird.

wird, für das Ziel der »Vielfaltssicherung in Einheit« maßgeblich zu sein.¹¹⁴ Überdies lenken sowohl der Begriff Verfassungsidentität als auch das Konzept des Verfassungspatriotismus den Blick darauf, welche Gehalte sich im Rahmen der Ordnung der wesentlichen Einstellungen und Überzeugungen in der Verfassung als abstrakte Funktionsbedingungen manifestiert haben.¹¹⁵ Des Weiteren bleibt in einer offenen, weder ethisch, moralisch, kulturell noch religiös identitär geprägten Gesellschaft letzten Endes Verfassungsidentität anscheinend als einzig mögliche kollektive Identitätsreferenz¹¹⁶ und damit gemeinsamer Identifikationspunkt übrig.¹¹⁷ Zugleich würde die Annahme einer Verbindung zwischen Verfassungspatriotismus und Verfassungsidentität auch bewirken, dass die am Konzept des Verfassungspatriotismus geübte Kritik, Verfassungen böten aufgrund der Universalität der in ihnen enthaltenen Werte keinen hinreichenden Bezugspunkt für Patriotismus,¹¹⁸ leerliefe, sofern eine eigenständige Verfassungsidentität des Grundgesetzes konstruierbar wäre.

Gleichzeitig sprechen jedoch einige Gesichtspunkte dagegen, Verfassungsidentitätsreferenzen mit der Idee des Verfassungspatriotismus gleichzusetzen. Zum einen ist – wie schon bei der objektiven Wertordnung – umstritten, wofür der Topos der Verfassungsidentität – außer für bestimmte¹¹⁹, allerdings nicht gänzlich abschließend konkretisierbare verfassungsrechtliche Kerngehalte – überhaupt genau stehen soll.¹²⁰ Zudem könnte der Topos der »Verfassungsidentität« der stark kontingenzbasierten, demokratischen Aufhängung von Verfassungspatriotismus insofern widersprechen, als dadurch womöglich eine absolute Grenze für künftige politische Entwicklungen eingezogen wird.¹²¹ Dies gilt zumindest, sofern Verfassungsidentität statisch-autark¹²² gedeutet wird, anstatt sie eher als dynamisch-relational,¹²³ also vom Prozess der Herausbildung kollektiver Identität her, zu verstehen. Je nachdem, welche Verständnisweise man zugrunde legt, erweisen sich dementsprechend die Parallelen zwischen den Topoi Verfassungsidentität und Verfassungspatriotismus als mehr oder minder stark ausgeprägt. Insoweit scheinen sich die Diskurse um Verfassungsidentität

114 Schönberger, »Identitärä«, S. 49 f.

115 So mit Blick auf den Begriff der Verfassungsidentität jedenfalls Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidentität«, S. 418.

116 Dies andeutend Deppenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 854.

117 Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 120.

118 So etwa Dreier, »Der freiheitliche Verfassungsstaat«, S. 33 f.

119 Eine Konkretisierung sucht insbesondere Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidentität«, S. 452 ff., zu liefern.

120 Ausführlich hierzu Ingold, »Verfassungsrechtliche Identität«.

121 Kritisch hierzu, wenngleich aus anderer Warte, Ingold, »Verfassungsrechtliche Identität«, S. 22.

122 Demgegenüber Ingold, »Verfassungsrechtliche Identität«, S. 10 ff.

123 Vgl. Wischmeyer, »Nationale Identität und Verfassungsidentität«, S. 421 ff.

und Verfassungspatriotismus parallelisieren zu lassen, da sie in vielerlei Hinsicht auf dieselbe Grundfrage bezogen sind.

Unabhängig davon, dass die unterschiedlichen Verständnisweisen wohl auch davon abhängen, inwieweit man gewillt ist, Topoi wie Verfassungsidentität und Verfassungspatriotismus einen Platz im rechtswissenschaftlichen Denken einzuräumen, lässt sich vor dem Hintergrund des Diskurses über Verfassungsidentität festhalten, dass weniger ein gewisse Verfassungsgehalte verabsolutierendes als vielmehr ein prozesshaftes¹²⁴ Verständnis sowohl mit Blick auf Verfassungsidentität als auch auf Verfassungspatriotismus als normativ tragbar erachtet wird. Dies erklärt zugleich, weshalb insbesondere Demokratie und Grundrechte für die Idee des Verfassungspatriotismus normativ für maßgebend gehalten werden.

c) Grundrechte als Grundlage von Verfassungspatriotismus

Weil im Rahmen des Verfassungspatriotismus die Einheitsbildung aus der Differenz heraus und somit von den Rechten der Einzelnen anstatt der Nation oder einer vorgängig bestehenden Gemeinschaft ausgehend erfolgen soll,¹²⁵ erscheinen Grundrechte als ein Kernaspekt von Verfassungspatriotismus.¹²⁶ Ein weiterer Faktor, der dafür spricht, Grundrechte als wesentlich für das Konzept des Verfassungspatriotismus anzusehen, ist, dass gerade die Grundrechte normativ als Baustein sozialer Gemeinschaftsbildung fungieren.¹²⁷ Dies gilt nicht lediglich für Grundrechte, die erst durch gemeinsame Wahrnehmung aktiviert werden, wie etwa Art. 8 und Art. 9 GG. Vielmehr ermöglichen es Grundrechte – auch aufgrund ihrer vielfach kritisierten weiten Interpretation –,¹²⁸ sich aus ganz unterschiedlichen Perspektiven heraus auf die Verfassung berufen zu können, wodurch im Rahmen der Gemeinschaftsbildung auftretende Konflikte – selbst wenn diese dem Anschein nach profan sein mögen – rechtlich adressierbar werden. Überdies reichen Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung auch in das Verhältnis zwischen Privaten hinein, sodass die Verfassung selbst auf dieser Ebene der Gemeinschaftsbildung im Konfliktfall aktiviert werden kann.

124 Hierauf, wenngleich in anderem Kontext, ebenfalls hinweisend, Dreier, »Der freiheitliche Verfassungsstaat«, S. 34.

125 So Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 642 f.

126 Korioth, »Europäische und nationale Identität«, S. 129, bezeichnet dies als Form der gesellschaftlichen Integration in Gegenüberstellung zur politischen Integration, die im Rahmen des demokratischen Systems der Staatswillensbildung erfolge.

127 Schönberger, »Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft«, S. 312.

128 Grundlegend hierzu Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, S. 50 ff.

Vor dem Hintergrund dieser Funktion der Grundrechte¹²⁹ ist allerdings zu beklagen, dass verschiedene ihrer gemeinschaftsbildenden Faktoren dennoch ausgeblendet bleiben.¹³⁰ Im Rahmen der Grundrechtstheorie wird dies bereits als neuralgischer Punkt des dogmatischen Grundrechtsverständnisses gekennzeichnet. Der zurückhaltende Umgang mit der Zuerkennung von Grundrechten gegenüber Massenerscheinungen als einer Form der Gemeinschaftsbildung aufgrund der engen Interpretation von Art. 19 Abs. 3 GG ist insoweit bereits als zentrale Stellschraube ausgemacht worden, an der anzusetzen wäre, um trotz der individualrechtlichen Ausrichtung von Grundrechten kollektive Dimensionen auch im grundrechtlichen Bereich stärker in den Blick nehmen zu können.¹³¹ Dies lässt sich rechtlich zwar nicht vornehmlich mit dem Konzept des Verfassungspatriotismus begründen.¹³² Die jeweiligen Hintergründe hierfür sind indes letzten Endes identisch und verweisen darauf, dass neben Grundrechten, wie im Rahmen ihrer Einschränkung ohnehin bereits reflektiert, insbesondere die Demokratie der Organisation von Gemeinschaftsbildung dient. Dies macht zugleich deutlich, dass Verfassungspatriotismus trotz seiner Fundierung in Grundrechten darin nicht aufgeht, sondern das Konzept gerade mit Blick auf seine Dimension der Gemeinwohlorientierung normativ noch anderweitig verankert werden muss.¹³³

d) Zusammenhalt in Demokratien: Sind Demokraten zwangsläufig Verfassungspatrioten?

Dass gerade der Demokratie zugeschrieben wird, einen relevanten Beitrag für die Gemeinschaftsbildung und Gewährleistung von Zusammenhalt zu leisten, überrascht insofern, als Demokratien gleichzeitig häufig als prekäre Ordnungen angesehen werden, in denen der gesellschaftliche Zusammenhalt als grundsätzlich bedroht gekennzeichnet wird.¹³⁴ Gleichzeitig beruht – als ein Faktor neben vielen weiteren Facetten – Demokratie auf dem Gedanken, dass sich eine Gemeinschaft unter anderem dadurch bildet, verstetigt und integriert, indem sie sich

129 Zum Gedanken eines zumindest auch funktionalen Grundrechtsverständnisses siehe Vesting/Korioth/Augsberg, »Einleitung«, S. 4 ff.

130 Schönberger, »Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft«, S. 309.

131 Vgl. Ingold, »Grundrechtsschutz sozialer Emergenz«, S. 214 ff.

132 Auf die Problematik, dass Verfassungspatriotismus in »Verfassungsidentitätspolitik« abrutschen könne, hinweisend, Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 174.

133 Zur normativen Mehrgliedrigkeit des Konzepts vgl. auch Korioth, »Europäische und nationale Identität«, S. 129.

134 Dreier, »Der freiheitliche Verfassungsstaat«, S. 14; Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 45.

selbst organisiert.¹³⁵ Diese Erwägung ist nicht lediglich darauf zurückzuführen, dass Demokratie auf der Möglichkeit beruht, sich an den Entscheidungen darüber, was die Gemeinschaft, der man zugehört, ausmacht, zu beteiligen. Hierfür wären die in repräsentativen Demokratien eröffneten Beteiligungsmöglichkeiten wohl nicht hinreichend stark ausgeprägt, selbst wenn neben der Wahl noch vielfältige andere Responsivitätsmechanismen, etwa über die Parteien, die Medien und den öffentlichen Diskurs bestehen.¹³⁶ Maßgeblich dafür, dass es überzeugend erscheint, Demokratien die Fähigkeit zuzuschreiben, gesellschaftlichen Zusammenhalt zu bewirken, ist darüber hinaus, dass Demokratie aufgrund ihrer Grundlogik die Identifikation mit einer Gemeinschaft und deren kollektiver Entscheidungsfindung selbst dann ermöglicht, wenn man den konkret getroffenen Entscheidungen nicht zustimmt.¹³⁷

Grund hierfür ist die prinzipielle Reversibilität sämtlicher Entscheidungen in einer Demokratie, welche wiederum durch zweierlei Faktoren bedingt ist:¹³⁸ Zum einen dadurch, dass demokratische Entscheidungen zwar von der Mehrheit getragen, nicht aber im Konsens getroffen werden, weil andernfalls keine hinreichende Handlungsfähigkeit bestünde.¹³⁹ Zum anderen bleibt die zu organisierende Gemeinschaft über die Zeit fluide, was – neben weiteren Gesichtspunkten – bewirkt, dass auch Personen von Entscheidungen betroffen sind, an denen sie nicht beteiligt waren. Schon deshalb sind Entscheidungen in einer Demokratie nie endgültig, sondern stehen grundsätzlich unter dem Vorbehalt, jederzeit anders getroffen werden zu können. Obgleich die Reversibilität demokratischer Entscheidungen normativ somit auf anderen Gründen beruht als auf der Bewahrung gesellschaftlichen Zusammenhalts, ist gerade auch sie funktionell entscheidend dafür, Demokratie als maßgeblichen Faktor von Gemeinschaftsbildung zu begreifen.¹⁴⁰ Hierdurch wird den in einer Entscheidung Unterlegenen nämlich ermöglicht, sich der Mehrheitsentscheidung zu beugen, gleichzeitig jedoch an ihrer persönlichen Überzeugung festzuhalten und weiterhin für sie einzutreten, weil jede Entscheidung lediglich vorläufigen Charakter

135 Grundlegend hierzu Taylor, »Cross-Purposes«, S. 177 ff.; vgl. hierzu auch Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43 f.; Völzmann, »Partizipation durch Mobilisierung«, S. 122.

136 Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 190.

137 Dies als Gesichtspunkt ebenfalls betonend Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, S. 220.

138 Zur Reversibilität als Gesichtspunkt von Demokratie siehe Hohnerlein, *Recht und demokratische Reversibilität*, S. 11 ff.

139 Grundlegend zur Funktion der Mehrheitsregel Kelsen, »Wesen und Wert der Demokratie«, S. 193 ff., auch unter Hinweis auf deren soziologische Funktion der sozialen Integration.

140 So im Ergebnis wohl auch Dreier, »Der freiheitliche Verfassungsstaat«, S. 18 f., 35, der hierin zwar auch ein besonderes Wagnis mit Blick auf Zusammenhalt ausmacht, gleichzeitig aber die Idee der »gesamtschaftlichen Selbstbestimmung« als bleibender »Movens und Motor politischer Einheitsbildung« betrachtet.

hat. Die Identifikation mit der Gemeinschaft wird somit unter anderem dadurch bewirkt, dass jederzeit neu in den Diskurs eingetreten und anders entschieden werden kann.¹⁴¹

Dies bedeutet nicht, dass im Besonderen Dissidenten als die »wahren« Verfassungspatrioten anzusehen wären.¹⁴² Der Gedanke macht jedoch deutlich, weshalb Verfassungspatriotismus nicht mit einem Konsens über bestimmte Grundwerte gleichzusetzen ist. Stattdessen werden verfassungsrechtlich Bedingungen gewährleistet, die bewirken, dass Entscheidungen akzeptanzfähig sind und deshalb selbst dann prinzipiell mitgetragen werden, wenn sie nicht der persönlichen Überzeugung entsprechen. Die Kombination aus der Möglichkeit demokratischer Partizipation mit der generellen Unabgeschlossenheit und damit Vorläufigkeit jedes Entscheidungsprozesses stellt daher einen relevanten Faktor für Zusammenhalt dar.

Folglich gelingt es der Demokratie gerade dadurch, Einheit und Vielheit miteinander in Ausgleich zu bringen, dass mit demokratischen Entscheidungen generell kein Abbruch von Kommunikation über eine Frage und hiermit das prinzipielle Ausschließen einer Option einhergehen. Schließungen des integrierenden Diskurses erfolgen vielmehr immer nur zeitlich begrenzt. Dies bildet zugleich den Grund dafür, weshalb rechtlich die Bedingungen für die Möglichkeit am öffentlichen/politischen Diskurs teilzunehmen,¹⁴³ allgemein sicherzustellen gesucht werden, wie etwa die sprachlichen Anforderungen, die sowohl an aufenthaltsrechtliche Erlaubnisse¹⁴⁴ als auch an die Einbürgerung¹⁴⁵ gestellt werden, zeigen.

e) Eine Gesellschaft von Verfassungsschützern: Gerichte als Austragungsort von Konflikten

Als weiterer Gesichtspunkt von Verfassungspatriotismus wird vielfach das Rechtsstaatsprinzip ausgemacht, wobei hiermit vornehmlich die Bedeutung des Rechtsschutzes, insbesondere vor dem Bundesverfassungsgericht, angesprochen ist.¹⁴⁶ Indem – verfassungsrechtlich durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert und

141 So auch Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 44.

142 Anders demgegenüber Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*, S. 259 f.

143 So auch Habermas, der den Kommunikationszusammenhang besonders akzentuiert, Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 189; ähnlich auch Dreier, »Der freiheitliche Verfassungsstaat«, S. 35. Vgl. ebenfalls Rosenfeld, *Identity of the Constitutional Subject*, S. 29, der betont, dass allein eine Integration mittels Sprache nicht genüge, sondern hierneben noch andere Faktoren treten müssten.

144 Vgl. § 43 AufenthG.

145 Vgl. § 10 Abs. 1 Nr. 6 StAG, wobei zusätzlich in Nr. 7 Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung sowie der Lebensverhältnisse in Deutschland und in Nr. 1 ein Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland gefordert wird.

146 So beispielsweise Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 264.

vor allem mit der Verfassungsbeschwerde näher ausgestaltet – gewährleistet wird, dass Grundrechtsverletzungen gerichtlich geltend gemacht werden können, gelingt es, Konflikte auf dem Boden des Rechts auszutragen. Ferner wird hierdurch die Möglichkeit eröffnet, eine Perspektive im Diskurs nochmals gesondert zur Geltung zu bringen und auf diesem Wege gegebenenfalls vorhandene Defizite bei der Integration bestimmter Gesichtspunkte in die parlamentarische und/oder behördliche Entscheidungsfindung zu kompensieren.¹⁴⁷ Dabei scheint insbesondere die Organisation von Gerichten als unabhängige Dritte sowie die prozessuale Gestaltung des Prozesseses bedeutend dafür zu sein, Vertrauen in die getroffenen Entscheidungen zu stiften und dadurch Konflikte zu befrieden und eine Entzweiung zu verhindern.¹⁴⁸ Zwar macht der Versuch, vor dem Verfassungsgericht seine vermeintlichen Rechte einzuklagen, noch niemanden per se zum Verfassungspatrioten oder Verfassungsschützer.¹⁴⁹ Es wird jedoch die Möglichkeit eröffnet, mit der individuellen Position gesondert Gehör zu finden, wobei beim rechtlichen Vortrag zudem das Verständnis der Verfassung mitgeprägt werden kann.¹⁵⁰

f) *Verfassungspatriotismus dank Verfassung als Möglichkeitsraum*

Einen weiteren Aspekt, der sich für die Entstehung von Zusammenhalt auf Basis der Verfassung als relevant erweist, stellt die Offenheit¹⁵¹ beziehungsweise – negativ konnotiert gesprochen – die »Phraseologie«¹⁵² des Verfassungstextes dar, welche bewirkt, dass die Verfassung als Möglichkeitsraum fungiert.¹⁵³ Neben der Frage der Interpretation schlägt sich dies insbesondere in der im rechtlichen Diskurs vielfach kritisierten Methodik nieder, die Kollision von verschiedenen rechtlichen Interessen – insbesondere Verfassungsgütern – aufzulösen. Sowohl die Art und Weise, wie Grundrechte im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung – nämlich unter weitreichender Bezugnahme auf die subjektive Perspektive der Grundrechtsberechtigten – gewürdigt werden, als auch die Grundidee sowie die Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der praktischen Konkordanz erweisen sich hierfür gleich aus drei Gründen als hilfreich: Erstens, lassen

147 Vgl. Völzmann, »Partizipation durch Mobilisierung«, S. 127 ff.

148 Gärditz, »Steuerungspotenzial der Rechtsprechung«, S. 233.

149 Vgl. Merten, »Verfassungsschwärmerei«, S. 288. So indes Müller, *Verfassungspatriotismus*, S. 34.

150 Zur Relevanz des Kreises der Verfassungsinterpreten und der hierdurch möglichen Selbstaneignung der Verfassung siehe Vorländer, »Verfassung als symbolische Ordnung«, S. 237 f. Implizit auch bereits Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, S. 262 f. Vgl. ferner Hailbronner, »We the Experts«, S. 439, die insoweit kritisiert, dass der Kreis der Verfassungsinterpreten in Deutschland hierfür zu eng gezogen werde.

151 Vgl. zur Maßgeblichkeit der Offenheit des Textes Grimm, »Integration by Constitution«, S. 200.

152 Kritisch aus anderer Warte hierzu Kelsen, »Staatsgerichtsbarkeit«, S. 70.

153 So auch Wihl, »Unbestimmtheit der Verfassung«.

sich gerade mithilfe des Abwägungsparadigmas gesellschaftliche Problemlagen in die Rechtsdogmatik überführen.¹⁵⁴ Zweitens, ist es möglich, in diesem Kontext die individuellen, subjektiven Perspektiven einzubeziehen und umfangreich zu würdigen, was angesichts dessen, dass die Fähigkeit der Perspektivenübernahme als Voraussetzung für Zusammenhalt angesehen wird, maßgeblich ist.¹⁵⁵ Drittens, werden die Rechte jeder Seite im Rahmen von Verhältnismäßigkeit und praktischer Konkordanz nicht nur berücksichtigt, sondern es wird versucht, einen angemessenen Ausgleich zwischen ihnen zu erzielen, ohne eine Rechtssphäre prinzipiell zurückzuweisen.¹⁵⁶ Diese Art und Weise des Umgangs mit rechtlichen Konflikten verhilft dazu, eine Identifikation mit der Verfassung aufrechtzuerhalten, selbst wenn mit der eigenen Rechtsposition nicht vollständig durchgedrungen wurde.

5. Verfassungspatriotismus und die Funktion von Ästhetik und Symbolik

Trotz dieser vielfältigen normativen Ansatzpunkte für die rechtliche Rückführung von Verfassungspatriotismus und der insofern bestehenden rechtlichen Mechanismen zur Austragung und Überwindung von Konflikten vermag es die Verfassung als Text allein dennoch nicht einen hinreichenden Zusammenhalt zu gewährleisten. Sie bleibt stattdessen darauf angewiesen, dass die Bürger aktiv mitwirken wollen, ihre Rechte auf dem Rechtsweg geltend machen und auch Entscheidungen akzeptieren,¹⁵⁷ die lediglich anderen zugutekommen und sie belasten. Diese prinzipielle Bereitschaft scheint sich nicht unmittelbar rechtlich herstellen zu lassen. Vielmehr wird sie im Rahmen der bisherigen rechtlichen Konstruktionen zumeist entweder aufgrund unterstellten Eigeninteresses vorausgesetzt,¹⁵⁸ oder sie wird letztendlich doch auf das Vorhandensein von Homogenität zurückgeführt.¹⁵⁹ Beides erweist sich im Rahmen des Konzepts des Verfassungspatriotismus nicht als zielführend. Stattdessen scheint sich insoweit vor

154 Eifert, »Das Verwaltungsrecht«, S. 297.

155 Vgl. Denninger, »Verfassungspatriotismus und Integration«, S. 502; Limbach, »Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts«, S. 322.

156 Vgl. Ezli/Thym, »Verfassung und Gemeinsinn«, S. 28, die den Kompromiss als Gesichtspunkt von Verfassungspatriotismus ansehen.

157 Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 641; Lübke-Wolff, »Verfassung als Integrationsprogramm«, S. 43; Vorländer, »Verfassung als symbolische Ordnung«, S. 237 f.

158 Kritisch hierzu Depenheuer, »Integration durch Verfassung«, S. 858, der dies mit der geringen Wahlbeteiligung begründet. Selbst wenn man weitere Möglichkeiten der Beteiligung einbezieht und Schweigen eine demokratietheoretische Bedeutung zumisst, verbleibt indes eine argumentative Leerstelle.

159 Vgl. hierzu Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 131 f.; Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 859.

dem Hintergrund der dem Verfassungspatriotismus zugeschriebenen emotionalen Dimension eine Fortschreibung des Konzepts mit Blick auf die Funktion von Ästhetik und Symbolik anzubieten.¹⁶⁰ Dabei soll Symbolik allerdings nicht vornehmlich dahingehend verstanden werden, dass sowohl die Praxis als auch Sinnbildung in die Betrachtung einbezogen und als rekursiver Prozess verstanden wird. Dies stellt eine bereits stärker ausgearbeitete Perspektive auf Verfassungspatriotismus dar, die rechtlich insbesondere bei der Regelung des Verfahrens sowie der Organisation ohne Weiteres abbildbar ist. Vielmehr soll in den Blick genommen werden, wie Symbole und Ästhetiken die Wahrnehmung der Verfassung und damit einhergehend die Gemeinschaftsbildung beeinflussen.¹⁶¹ Da nicht nur die rechtliche Qualität und Funktionalität der Verfassung für Integration entscheidend ist, sondern auch wie diese gesellschaftlich wahrgenommen wird,¹⁶² sind gerade diese Facetten maßgeblich. Dies kann im Folgenden lediglich skizzenhaft erfolgen. Dabei werden einige Aspekte aufgegriffen, die bislang zwar nicht mit Verfassungspatriotismus in Verbindung gebracht, jedoch bereits an anderer Stelle im rechtlichen Diskurs thematisiert worden sind.

Mit Blick auf den Gesichtspunkt der Kreation von Zusammenhalt mittels Ästhetik und Symbolik bietet es sich zunächst an, allgemein in Erinnerung zu rufen, dass sich die Sprachtheorie schon seit Längerem Fragen des »Framings«¹⁶³ und seiner Wirkungsweise widmet. Überdies hält selbst die rechtswissenschaftliche Forschung, wie vor allem ihre aktuell intensive Auseinandersetzung mit Nudging sowie mit stilistischen Aspekten der Verfassung¹⁶⁴ zeigt, auch andere Formen von Einwirkungen für möglich und erachtet diese in anderen Kontexten offenbar durchaus als relevant.¹⁶⁵ Zudem sind symbolische und ästhetische Aspekte rechtlich – wenngleich wohl teils unbewusst – im Kontext von Zusammenhalt, hier vornehmlich verstanden als Akzeptanz, reflektiert worden, wie die Diskussion um die Neutralitätspflicht mit Blick auf die Zulässigkeit sowohl von Kopftüchern im Staatsdienst als auch von Tätowierungen bei Polizeibeamten verdeutlicht.¹⁶⁶ Eine Verbindung zum Konzept des Verfassungspatriotismus wurde indes, obgleich dies angesichts dessen Konzeption und des Bezugs auf das Vertrauen und Ansehen in der Bevölkerung¹⁶⁷ an sich naheliegt, bisher nicht hergestellt.

160 Siehe hierzu bereits Vorländer, »Verfassung als symbolische Ordnung«, S. 238.

161 Vgl. hierzu bereits Vorländer, »Verfassung als symbolische Ordnung«, S. 237 ff.

162 Grimm, »Integration by Constitution«, S. 199.

163 Siehe hierzu einfürend Ziem, »Frames interdisziplinär«, S. 7 ff.

164 Siehe hierzu insbesondere Kersten, »Prosa der Verfassung«, S. 175 ff. und Voßkuhle, »Verfassungsstil und Verfassungsfunktion«, S. 46 ff.

165 Vgl. Münkler, »Bauhaus-Ästhetik des Rechts«, S. 173 ff.

166 Siehe hierzu Münkler, »Bauhaus-Ästhetik des Rechts«, S. 175, 180 ff.

167 Besonders deutlich hierzu VGH München, NZA-RR 2019, 223 (Rn. 23); BVerwG NJW 2018, 1185 (1189); BVerwGE 125, 85 (92 f.).

Das hat jedoch zur Folge, dass die rechtlich als maßgeblich angesehene Symbolik weiterhin – zumindest partiell – von Homogenitätsvorstellungen oder der Formierung eines einheitlichen Körpers¹⁶⁸ geprägt ist, die mit der notwendigen Akzeptanz des Staates, seiner Einrichtungen und Entscheidungen durch die Bevölkerung gerechtfertigt wird.

Der Gedanke, dass auch die emotionalen Bedürfnisse für Identifikation befriedigt werden müssen, um Zusammenhalt sicherzustellen, scheint somit rechtlich bereits insofern aufgegriffen zu werden,¹⁶⁹ als dass Akzeptanz zu gewährleisten gesucht wird, indem eine neutrale und daher als vertrauenserweckend angesehene Ästhetik im Rahmen der Repräsentation des Staates gewählt wird. Somit wird aufgrund ihrer verbindlicher Vorgabe und damit dem Ausschluss von als nicht neutral gekennzeichneten Ästhetiken letzten Endes doch an leitkulturelle Vorstellungen angeknüpft,¹⁷⁰ welche der Idee des Verfassungspatriotismus, die ja gerade auf der Divergenz der Individuen und somit ästhetischer Offenheit beruht, widersprechen. Das bedeutet jedoch gerade nicht, dass Symbolik und Ästhetik im Konzept des Verfassungspatriotismus keinen Platz fänden. Vielmehr gilt es, dem im Kontext des Verfassungspatriotismus eine anderweitige Ästhetik und Symbolik entgegenzusetzen, indem auf andersartige ästhetische und symbolische Dimensionen aufmerksam gemacht wird, die ebenfalls auf emotionaler Ebene zu wirken vermögen, ohne jedoch Bevölkerungsgruppen zu exkludieren.

Mit Blick auf eine derart weiter auszuformende demokratische Staatsästhetik dürften sich nicht lediglich die offensichtlichen symbolischen Ebenen der Verfassung, wie etwa die Bundesflagge oder Bundeshauptstadt, als maßgeblich erweisen.¹⁷¹ Vielmehr wird dahingehend die Nutzung von Begriffen wie Verfassungsidentität, Verfassungsorgan, Staatsoberhaupt, Staatskörper aber auch Volk aufgrund ihrer Metaphorik und der insoweit verbleibenden Anklänge an Einheitsvorstellungen¹⁷² nicht nur erklärlich, sondern sie erweist sich als für die Aufrechterhaltung von Zusammenhalt bedeutsam.¹⁷³ Selbiges lässt sich mit Blick auf die Gestaltung der Gerichtsverfahren, des parlamentarischen Diskurses sowie der hierfür genutzten Räumlichkeiten in ihren Öffnungen und Schließungen annehmen,¹⁷⁴ die neben Transparenz auch Zugänglichkeit und Integration inszenieren. Der Blick lässt sich darüber hinaus auch darauf richten, wie sich das Parlament nicht nur im parlamentarischen Diskurs, sondern als Ort von Kunst repräsen-

168 Vgl. Frankenberg, »Rolle der Verfassung im Prozess der Integration«, S. 54.

169 So die Vorstellung von Depenheuer, »Integration durch Verfassung?«, S. 859 f.

170 Kritisch hierzu bereits Münkler, »Bauhaus-Ästhetik des Rechts«, S. 180 ff.

171 Vgl. hierzu Meinel, »Berlin ist nicht Bonn«, S. 584 ff.; Vorländer, »Integration durch Verfassung?«, S. 15.

172 Vgl. Lüdemann, *Metaphern der Gesellschaft*, S. 18; Schuppert, *Staat als Prozess*, S. 48.

173 Näher hierzu Münkler, »Metaphern im Recht«, S. 190 ff.

174 Siehe hierzu insbesondere Müller-Mall, »Juridische Szenen«.

tiert.¹⁷⁵ Insoweit sollte die Selbstdarstellung als Faktor der Einheitsbildung, welche eben nicht nur in gerichtlichen Verfahren, sondern gerade auch im Parlament erfolgt, im Rahmen des Verfassungspatriotismus noch stärker in den Blick genommen und insgesamt diversifizierter gedacht werden.

6. Verfassung als Symbol und zugleich Mechanismus des Zusammenhalts

Im Ergebnis geht Verfassungspatriotismus demnach zwar vornehmlich in einem Bekenntnis zur Verfassung auf. Dies aber nicht in einem rein pathetischen Sinne, sondern vielmehr dahingehend, dass hiermit die prinzipielle Bereitschaft bezeichnet wird, Konflikte auf dem Boden der Verfassung auszutragen und damit einer Rechtsgemeinschaft treu zu bleiben, selbst wenn deren Entscheidungen nicht in jedem Punkt mit den eigenen Vorstellungen harmonieren. Diese Bereitschaft bleibt im Rahmen des Verfassungspatriotismus nicht lediglich vorausgesetzt oder erhofft. Stattdessen verhilft die Idee des Verfassungspatriotismus dazu, sich der Funktion verschiedener Verfassungsinstitute für den gesellschaftlichen Zusammenhalt bewusst zu werden,¹⁷⁶ wodurch diese gestärkt werden können. Insoweit erweist sich die Idee des Verfassungspatriotismus bei näherer Analyse als sehr viel vielschichtiger als die Kritik am Konzept sowie die bisherigen Versuche der Konkretisierung von Verfassungspatriotismus glauben machen. Obgleich die verschiedenen Dimensionen von Verfassungspatriotismus noch nicht bis ins letzte Detail identifiziert sind und sich eine Fortschreibung daher sowohl mit Blick auf die symbolisch-emotionale Dimension als auch auf verschiedene rechtliche Mechanismen anbietet, stellt das Konzept schon jetzt nicht bloß einen schillernden Begriff ohne belastbaren Gehalt dar.

Der Rekurs auf Patriotismus und die hierdurch gewonnene Strahlkraft des Konzepts hat demzufolge zwar sicher das Aufgreifen der Idee des Verfassungspatriotismus mitbedungen.¹⁷⁷ Es ist jedoch nicht allein der Begriff selbst, dessen Schillern den gesellschaftlichen Zusammenhalt gleichsam selbst bewirkt. Vielmehr basiert Verfassungspatriotismus sowohl auf ästhetischer und symbolischer Einflussnahme als auch auf verfassungsrechtlich angeleiteten Praxen sowie den verschiedenen Partizipations- und Mitgestaltungsmöglichkeiten jedes Einzelnen. Gesellschaftlicher Zusammenhalt wird im Rahmen von Verfassungs-

175 Ausführlich hierzu Weischede, *Parlamentkunst*.

176 Grimm, »Integration by Constitution«, S. 193, bezeichnet dies als die »extralegal effects of a legal object«; ähnlich auch Bogdandy, »Europäische und nationale Identität«, S. 166.

177 Vgl. zu den Faktoren, die für die Rezeption einer Idee entscheidend sein dürften, Münkler, »Rezeption und Vergessen studieren?«, S. 3 ff.

patriotismus folglich als symbolisch und normativ angeleitete Selbstintegration gedacht. Auch dadurch wird gesellschaftlicher Zusammenhalt nicht garantiert.¹⁷⁸ Es erscheint aber plausibel, dass es mithilfe verschiedener rechtlicher Mechanismen sowie einer inklusiven Ästhetik und Symbolik gelingen kann, die Attraktivität von Diffusion gegenüber Inklusion in ausreichendem Maß zu reduzieren.

Literatur

- Abizadeh, Arash, »Does Liberal Democracy Presuppose a Cultural Nation? Four Arguments«, *American Political Science Review*, Jg. 96, H. 3 (2002), S. 495–509.
- Abraham, David, »Einwanderung im Wohlfahrtsstaat: Die Solidarität und das Problem der Homogenität«, *Der Staat*, Jg. 56, H. 4 (2017), S. 535–560.
- Achenbach, Jelena von/Müller-Mall, Sabine, »Die Wahl und das Kreuz – Formalisierung und Form des Demokratischen«, in: Koschorke, Albrecht (Hg.), *Komplexität und Einfachheit. DFG-Symposium 2015*, Stuttgart. 2017, S. 276–297.
- Augsberg, Ino, »Verfassung als Text und Versprechen«, *Rechtstheorie*, Jg. 47, H. 2 (2016), S. 183–197.
- Baer, Susanne, »Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik«, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden. 2004, S. 223–251.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Der säkularisierte Staat. Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert*, München. 2007.
- »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation«, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main. 1991, S. 92–114.
 - »Demokratie als Verfassungsprinzip«, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg. 2004, § 24.
 - »Die Nation«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30.09.1995, S. B1 f.
- Bogdandy, Armin von, »Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?«, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Jg. 62 (2003), S. 156–188.
- Britz, Gabriele, *Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz*, Tübingen. 2000.
- Buchholtz, Gabriele, »Die Herausforderungen der ›Integrationsverwaltung‹ im Spiegel der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft«, *Der Staat*, Jg. 57, H. 3 (2018), S. 407–442.
- Collings, Justin, »Verfassungspatriotismus und Verfassungsgedächtnis: Das Grundgesetz als deutscher Erinnerungsort«, *Juristenzeitung*, Jg. 74, H. 23 (2019), S. 1109–1115.

¹⁷⁸ So auch Grimm, »Integration by Constitution«, S. 195.

- Coutu, Michel, »Citoyenneté et Légitimité. Le Patriotisme Constitutionnel Comme Fondement de la Référence Identitaire«, *Droit et Société*, H. 40 (1998), S. 631–646.
- Damler, Daniel, *Der Staat der Klassischen Moderne*, Berlin. 2012.
- *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken*, Berlin. 2018.
- Danwitz, Thomas von, »Wert und Werte des Grundgesetzes«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21.1.2019, S. 6.
- Denninger, Erhard, »Verfassungspatriotismus und Integration«, *Der Staat*, Jg. 60, H. 3 (2021), S. 495–506.
- Deppenheuer, Otto, »Nationale Identität und europäische Gemeinschaft. Grundbedingungen politischer Gemeinschaftsbildung«, in: Buchstab, Günter/Uertz, Rudolf, *Nationale Identität im vereinten Europa*, Freiburg. 2006, S. 55–74.
- »Integration durch Verfassung? Zum Identitätskonzept des Verfassungspatriotismus«, *Die öffentliche Verwaltung*, Jg. 48, H. 20 (1995), S. 854–860.
- Dierse, Ulrich, »Verfassungspatriotismus« schon 1761/65?!«, *Archiv für Begriffsgeschichte*, Jg. 57 (2015), S. 277–285.
- Dreier, Horst, »Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung«, *Rechtswissenschaft*, Jg. 1, H. 1 (2010), S. 11–38.
- *Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne*, München. 2018.
- Dufour, Frédéric-Guillaume, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme: Sur Jürgen Habermas*, Montréal. 2001.
- Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlin. 1985.
- Eifert, Martin, »Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch«, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Jg. 67 (2008), S. 286–329.
- Engelmann, Andreas, »Verfassungspositivismus als widerständige Haltung. Zu Helmut Ridders »Methode« der Verfassungsinterpretation«, *Kritische Justiz*, Jg. 53, H. 2 (2020), S. 144–151.
- Ezli, Özkan/Thym, Daniel, »Verfassung und Gemeininn«, *Merkur*, 72. Jg., H. 832 (2018), S. 20–32.
- Fleiner, Rebekka, »Die drei Dimensionen des Verfassungspatriotismus – Sternberger Revisited«, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Jg. 42, H. 4 (2013), S. 407–424.
- Frankenberg, Günter, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt am Main. 2003.
- »Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration«, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden. 2002, S. 43–69.
- Friedman, Lawrence M., *Impact. How Law Affects Behavior*, Cambridge. 2016.
- Gärditz, Klaus-Ferdinand, »Verfassungsentwicklung und Verfassungsrechtswissenschaft«, in: ders./Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München. 2021, § 4.
- »Das Steuerungspotenzial der Rechtsprechung«, in: Kahl, Wolfgang/Mager, Ute (Hg.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungspraxis*, Baden-Baden. 2019, S. 207–240.
- Gebhardt, Jürgen, »Verfassung und politische Kultur in Deutschland«, in: ders., *Verfassung und politische Kultur*, Baden-Baden. 1999, S. 15–32.
- Grimm, Dieter, »Integration by Constitution«, *International Journal of Constitutional Law*, Jg. 3, H. 2/3 (2005), S. 193–208.

- »Identität und Wandel – das Grundgesetz 1949 und heute«, *Leviathan*, Jg. 37, H. 4 (2009), S. 603–616.
- Habeck, Robert, *Patriotismus: Ein linkes Plädoyer*, Gütersloh. 2010.
- Habermas, Jürgen, *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt am Main. 1987.
- *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main. 1992.
- *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main. 1996.
- *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main. 2005.
- Hailbronner, Michaela, »We the Experts. Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«, *Der Staat*, Jg. 53, H. 3 (2014), S. 425–443.
- Halter, Ulrich R., *Obamas politischer Körper*, Berlin. 2009.
- Hayward, Clarissa Rile, »Democracy's Identity Problem: Is Constitutional Patriotism the Answer?«, *Constellations*, Jg. 14, H. 2 (2007), S. 182–196.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, »Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen«, in: ders.: *Werke*, Bd. 7, Frankfurt am Main. 1986 [1821].
- Hillgruber, Christian, »Der Nationalstaat in übernationaler Verflechtung«, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg. 2004, § 32.
- Hofmann, Hasso, »Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension«, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Jg. 41 (1983), S. 42–83.
- Hohnerlein, Jakob, *Recht und demokratische Reversibilität. Verfassungstheoretische Legitimation und verfassungsdogmatische Grenzen der Bindung demokratischer Mehrheiten an erschwert änderbares Recht*, Tübingen. 2020.
- Ingold, Albert, »Grundrechtsschutz sozialer Emergenz. Eine Neukonfiguration juristischer Personalität in Art. 19 Abs. 3 GG angesichts webbasierter Kollektivitätsformen«, *Der Staat*, Jg. 53, H. 2 (2014), S. 193–226.
- »Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland. Karriere – Konzept – Kritik«, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Jg. 140, H. 1 (2015), S. 1–30.
- Isensee, Josef, »Die Verfassung als Vaterland. Zur Staatsverdrängung der Deutschen«, in: Mohler, Armin (Hg.), *Wirklichkeit als Tabu. Anmerkungen zur Lage*, München. 1986, S. 11–35.
- »Gemeinwohl im Verfassungsstaat«, in: ders./Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 4, 3. Aufl., Heidelberg. 2006, § 71.
- Kelsen, Hans, »Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit«, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Jg. 5 (1929), S. 30–84.
- »Vom Wesen und Wert der Demokratie (2. Auflage 1929)«, in: Kelsen, Hans, *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, hrsg. von Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver, Tübingen. 2006, S. 149–228.
- Kersten, Jens, »Die Prosa der Verfassung«, in: Mülder-Bach, Inka/ders./Zimmermann, Martin (Hg.), *Prosa schreiben. Literatur, Geschichte, Recht*, Paderborn. 2019, S. 175–197.
- Kirchhof, Paul, »Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen«, in: Isensee, Josef/ders., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 9, Heidelberg. 1997, § 221.
- »Die Identität der Verfassung«, in: Isensee, Josef/ders., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl., Heidelberg. 2004, § 21.

- Korioth, Stefan, »Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?«, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Jg. 62 (2003), S. 117–152.
- Kronenberg, Volker, *Patriotismus in Deutschland. Perspektiven für eine weltoffene Nation*, 2. Aufl., Wiesbaden. 2006.
- Lautsch, Eva Ricarda, »Die offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten?«, *Die öffentliche Verwaltung*, Jg. 72, H. 11 (2019), S. 441–447.
- Lepsius, Oliver, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, Tübingen. 1999.
- Leydet, Dominique, »Patriotisme constitutionnel et identité nationale«, *Philosophiques*, Jg. 19, H. 2 (1992), S. 81–92.
- Limbach, Jutta, »Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts«, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden. 2002, S. 315–327.
- Lübbe, Hermann, »Patriotismus, Verfassung und verdrängte Geschichte. Diskussion zwischen Micha Brumlik und Hermann Lübbe«, *Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte*, Jg. 36, H. 5 (1989), S. 408–415.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, »Verfassung als Integrationsprogramm«, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Jg. 69, H. 16/17 (2019), S. 43–48.
- Lüdemann, Susanne, *Metaphern der Gesellschaft. Studien zum soziologisch und politisch Imaginären*, München. 2004.
- Markell, Patchen, »Making Affect Safe for Democracy? On Constitutional Patriotism«, *Political Theory*, Jg. 28, H. 1 (2000), S. 38–62.
- Meinel, Florian, »Berlin ist nicht Bonn. Zur Kritik des Art. 22 Abs. 1 GG«, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Jg. 138, H. 4 (2013), S. 584–632.
- Merten, Detlef, »Verfassungspatriotismus und Verfassungsschwärmerei – Betrachtungen eines Politischen«, *Verwaltungsarchiv*, Jg. 83, H. 2 (1992), S. 283–295.
- Möllers, Christoph, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen. 2011.
- Molt, Peter, »Dolf Sternbergers Verfassungspatriotismus«, *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Jg. 16, H. 3 (2006), S. 875–900.
- Müller, Jan-Werner, »Verfassungspatriotismus – ein deutscher Mythos?«, *Vorgänge*, Nr. 177 (1/2007), S. 40–46.
- *Verfassungspatriotismus*, Berlin. 2010.
- Müller-Mall, Sabine, »Juridische Szenen. Vor dem Gesetz/Im Gericht/In Camera«, in: Münkler, Laura/Stenzel, Julia (Hg.), *Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen*, Weilerswist. 2019, S. 41–50.
- Münch, Richard, »Elemente einer Theorie der Integration moderner Gesellschaften. Eine Bestandsaufnahme«, in: Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Was hält die Gesellschaft zusammen? Bundesrepublik Deutschland: Auf dem Weg von der Konsens- zur Konfliktgesellschaft*, Bd. 2, Frankfurt am Main. 1997, S. 66–109.
- Münkler, Laura, »Metaphern im Recht. Zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht«, *Der Staat*, Jg. 55, H. 2 (2016), S. 181–211.
- »Was heißt und zu welchem Ende Rezeption und Vergessen studieren?«, in: Marsch, Nikolaus/dies./Wischmeyer, Thomas, *Apokryphe Schriften, Rezeption und Vergessen in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht*, Tübingen. 2018, S. 3–16.
- *Expertokratie. Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus*, Tübingen. 2020.

- »Die Bauhaus-Ästhetik des Rechts. Zum Widerstreit zwischen verschiedenen ästhetischen Bedürfnissen des Rechts«, in: Schürmann, Eva/Plato, Levno von (Hg.), *Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Absicht*, Baden-Baden. 2020, S. 169–185.
- Niethammer, Lutz, *Kollektive Identität. Quellen einer unheimlichen Konjunktur*, Reinbek bei Hamburg. 2000.
- Rosenfeld, Michel, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, London/New York. 2009.
- Rossol, Nadine, »Repräsentationskultur und Verfassungsfeiern der Weimarer Republik«, in: Lehnert, Detlef, *Demokratiekultur in Europa. Politische Repräsentation im 19. und 20. Jahrhundert*, Köln. 2011, S. 261–280.
- Rusteberg, Benjamin, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Tübingen. 2009.
- Schölderle, Thomas, *Verfassungspatriotismus – zum 50. Geburtstag einer Wortschöpfung*, Tutzing. 2020.
- Schönberger, Christoph, »Identitärä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes«, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts n. F.*, Jg. 63 (2015), S. 41–62.
- Schönberger, Sophie, »Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik«, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Jg. 79 (2020), 291–313.
- Scholz, Rupert, *Deutschland in guter Verfassung?*, Heidelberg. 2004.
- Schuppert, Gunnar Folke, *Der Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen*, Frankfurt am Main. 2010.
- Smend, Rudolf, »Verfassung und Verfassungsrecht«, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin. 1994 [1928], S. 119–276.
- Steinhauer, Fabian, *Vom Scheiden. Geschichte und Theorie einer juristischen Kulturtechnik*, Berlin. 2015.
- Sternberger, Dolf, »Verfassungspatriotismus«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23.5.1979, S. 1.
- »Verfassungspatriotismus«, in: ders., *Schriften*, Bd. 10, hrsg. von Peter Haungs, Frankfurt am Main. 1990.
- Strecker, David, »Das Paradox sozialer Integration. Zur kollektiven Identität moderner Gesellschaften«, *Berliner Debatte Initial*, Jg. 14 (2003), S. 96–107.
- Taylor, Charles, »Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate«, in: Rosenblum, Nancy L., *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (Mass.). 1989, S. 159–182.
- Thiele, Alexander, *Verlustdemokratie. Die drei Verlustebenen der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen. 2018.
- Thym, Daniel, »Verfassungspatriotismus in der Einwanderungsgesellschaft«, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Jg. 145, H. 1 (2020), S. 40–74.
- Tushnet, Mark, »Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism«, *Law and Philosophy*, Jg. 22, H. 3/4 (2003), S. 353–379.
- Vesting, Thomas/Korioth, Stefan/Augsberg, Ino, »Einleitung«, in: dies. (Hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen. 2014, S. 1–14.
- Volkman, Uwe, »Gespräche mit Hegel. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Suche nach dem ›Hal tenden‹ des liberalen Staates«, *Der Staat*, Jg. 59, H. 4 (2020), S. 489–511.
- »Sozialer Zusammenhalt und allgemeine Rechtsidee«, in diesem Band.

- Vözlmann, Berit, »Partizipation durch Mobilisierung – Gerichte als deliberative Räume«, in: Albrecht, Kristin Y./Kirchmair, Lando/Schwarzer, Valerie (Hg.), *Die Krise des Rechtsstaats im 21. Jahrhundert*, ARSP-Beiheft 164 (2020), S. 121–132.
- Vorländer, Hans, »Integration durch Verfassung? Die symbolische Bedeutung der Verfassung im politischen Integrationsprozess«, in: ders. (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden. 2002, S. 9–40.
- »Die Verfassung als symbolische Ordnung. Perspektiven einer kulturwissenschaftlich-institutionalistischen Verfassungstheorie«, in: Becker, Michael/Zimmerling, Ruth, *Politik und Recht*, Wiesbaden. 2006, S. 229–249.
 - »Verfassungspatriotismus als Modell. Der Rechts- und Verfassungsstaat im Ordnungsdiskurs der Bundesrepublik Deutschland«, in: Hertfelder, Thomas/Rödter, Andreas (Hg.), *Modell Deutschland. Erfolgsgeschichte oder Illusion?*, Göttingen. 2007, S. 110–120.
- Voßkuhle, Andreas, »Verfassungsstil und Verfassungsfunktion: Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk«, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Jg. 119, H. 1 (1994), S. 35–60.
- »Man muss das Grundgesetz nicht lieben, aber es respektieren«, in: Deutschlandfunk, 19.01.2016, www.deutschlandfunk.de/verfassungsgerichtspraesident-vosskuhle-man-mussdas.2852.de.html?dram:article_id=342992 [27.4.2023].
- Voßkuhle, Andreas/Wischmeyer, Thomas, *Die Verfassung der Mitte*, München. 2016.
- Weischede, Lea-Marie, *Parlamentskunst – Zur Staatsästhetik freiheitlicher Demokratie*, Tübingen. 2022.
- Wihl, Tim, »Die Unbestimmtheit der Verfassung: ›Verfassungspatriotismus‹ mit Jürgen Habermas nach 70 Jahren«, in: Verfassungsblog, 23.05.2019, <https://verfassungsblog.de/die-unbestimmtheit-der-verfassung-verfassungspatriotismus-mit-juergen-habermas-nach-70-jahren/> [27.4.2023].
- Wischmeyer, Thomas, »Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven«, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Jg. 140, H. 3 (2015), S. 415–460.
- Ziem, Alexander, »Frames interdisziplinär: zur Einleitung«, in: ders./Inderelst, Lars/Wulf, Detmer (Hg.), *Frames interdisziplinär. Modelle, Anwendungsfelder, Methoden*, Düsseldorf. 2018, S. 7–22.

Tocqueville vertrauen?

Günter Frankenberg

Abstract

Vertrauen wird hier eingeführt als Bereitschaft, ein Risiko einzugehen. Daran anschließend geht der Text der Frage nach, unter welcher Bedingung sich Vertrauen, also die Risikobereitschaft bilden kann, insbesondere ob dies in Kontexten streitiger Interaktion und bei Kontrollverlust möglich ist. Vertrauen, so die These, kann auf der Basis des sozialen Kapitals entstehen, das in Konflikten generiert werden kann. Dabei ist vorauszusetzen, dass die Regeln einer integrativen Grammatik gewahrt werden, insbesondere den jeweiligen Streitgegenstand nicht zu verabsolutieren, die Ebene ziviler Gleichheit nicht zu verlassen und Abstand halten zu Feinderklärungen.

Keywords: Vertrauen; Integration; Konflikt; Tocqueville; Un-/Gleichheit

»In God We Trust.« (US-Währung)

»Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.« (W. I. Lenin)

»In God We Trust«, verkündet die »Nation under God« auf ihrer Währung.¹ Die Frage drängt sich auf: Wem sonst hätten die US-amerikanischen Kolonisten und Gründerväter in der Gründungszeit und später vertrauen können? Den anderen Mitgliedern der Eliten? Wohl kaum. Sklavenhalter und Abolitionisten hegten tiefes gegenseitiges Misstrauen. Landwirtschaftliche Grundbesitzer und Rentierkapitalisten waren einander zutiefst feindlich gesinnt. Was ist mit den anderen Mitgliedern und Gruppen der Gesellschaft? Im Laufe der Jahrzehnte litten Afroamerikaner unter dem, was als »white rage« und entmenschlichende, diskriminierende Praktiken analysiert wurde.² Frauen hatten keinen Grund, sich auf die männlichen Machtinhaber zu verlassen. Weder in der Gründungszeit noch später, als die wiederholten Initiativen zum *Equal Rights Amendment* scheiterten.³ Nach Völkermord, Betrug und dem Elend der Internierungslager, die euphemistisch als Reservate bezeichnet werden, hatten die amerikanischen Ureinwohner (oder Mitglieder der *First Nations*) guten Grund, den Siedlern oder ihrer Regierung nicht über den Weg zu trauen.⁴

Ungeachtet der wohlwollenden, von Locke informierten Deutung von James Madison in *The Federalist Papers* No. 46: »The federal and State governments are in fact but different agents and trustees of the people, constituted with different powers, and designed for different purposes.«, gehen die Vereinigten Staaten während ihrer Gründungszeit, im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert und auch danach nicht wirklich als ein Land durch, in dem Vertrauen Teil des Sozialkapitals war (und ist). Daher war es eher kontraintuitiv, dass Alexis de Tocqueville sie – wohl nicht kontrafaktisch – als eine »Gesellschaft der Gleichheit« bezeichnete.⁵ Könnte das bedeuten, dass es in einer »extrem ungleichen« Gesellschaft keinen Platz für Vertrauen gibt? Und dass nicht einmal »Gottvertrauen« als Vertrauen gelten kann? Eher als Hoffnung, das »Höchste Wesen« möge weltliche Verbrechen übersehen oder gnädig abstrafen? Die Antwort hängt natürlich davon ab, wie Vertrauen definiert wird.

1 Offiziell seit 1864. Einer der Verweise auf das religiöse Erbe der USA, »erleuchtet von der Geschichte« – Walz v. Tax Comm'n, 397 U. S. 664, 671 (1970), findet sich in dem gesetzlich vorgeschriebenen nationalen Motto »In God We Trust«, 36 U. S. C. 302. Siehe auch den Coinage Act 1965.

2 Anderson, *White Rage*; dies., *The Second*.

3 Weiss u. a., »Brief History of the Equal Rights Amendment«. Die letzte Initiative wurde von Phyllis Schlafly, einer Protagonistin des Anti-Feminismus, sabotiert.

4 Dunbar-Ortiz, *Indigenous Peoples' History*; Ostler, *Surviving Genocide*.

5 Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*; Gauchet, »Tocqueville«.

I. Vertrauen, Risiko, Kontrolle

Was also ist »Vertrauen«? Der Höflichkeit halber sollten Philosoph:innen (zusammen mit Psychologen, Politik- und Sozialwissenschaftlern) den Weg in die Schlangengrube der Definitionskämpfe weisen, nicht aber Jurist:innen. Vor allem aber rät die Vernunft, nicht in den Kampf um eine endgültige Definition einzutreten, nachdem renommierte Kollegen bereits bezweifelt haben, dass man dem Vertrauen trauen kann.⁶ Ich führe Vertrauen daher als einen Begriff ein, der sowohl das ambivalente persönliche Vertrauen, das eigene Leben planen und kontrollieren zu können, als auch das ebenso ambivalente systemische, verallgemeinerte politische Vertrauen umfasst, das sich darauf richtet, dass staatliche Institutionen und Akteure ihr Handeln und ihre Entscheidungen an Prinzipien der fairen und gleichen Behandlung orientieren und die verfassungsmäßigen Rechte und Regeln weitgehend beachten.⁷

Zu diesem Zweck möchte ich eine etwas in die Jahre gekommene Idee aufsuchen und revidieren, dass Konflikte integrative Wirkungen haben können, wenn sie durch einen verfassungsrechtlichen Rahmen unterstützt werden. Ich greife »Tocquevilles Frage« und unsere »Demokratische Frage« wieder auf und frage, ob und unter welchen Bedingungen Vertrauen sich in Kontexten strittiger oder sogar antagonistischer Interaktion herausbilden kann und ob eine der entscheidenden Bedingungen das Recht oder genauer gesagt eine Verfassung sein könnte.⁸

Unter Umgehung des komplexen Diskurses⁹ und inflationären Gebrauchs von Vertrauen beschränke ich mich auf einige Aspekte, die es mir erlauben, Vertrauen als eine mögliche Ressource sozialer Integration¹⁰ zu erhellen. Daher konzentriere ich mich auf die Risikobereitschaft und den teilweisen Kontrollverzicht in Kontexten primär kollektiven Handelns, in denen Vertrauen auf einer »Hypothese zukünftigen Verhaltens« beruht, die zwischen Wissen und Unwissenheit über die Handlungen und Motive anderer Personen angesiedelt ist – zwischen dem, was fraglos akzeptiert wird, und der fragilen sozialen Realität:

»Vertrauen, als die Hypothese künftigen Verhaltens, die sicher genug ist, um praktisches Handeln darauf zu gründen, ist als Hypothese ein mittlerer Zustand zwischen Wissen und Nichtwis-

6 Offe, »Unseren Mitbürgern vertrauen«.

7 Günther, »Selbstbehauptung ohne Selbstbestimmung«, S. 175; Herzog, »Persönliches Vertrauen, Rechtsvertrauen, Systemvertrauen«; Luhmann, *Vertrauen*; ders., »Konflikt und Recht«.

8 Frankenberg, »Tocqueville's Question«; ders., »Tocquevilles Frage«; Rödel u. a., *Die demokratische Frage*.

9 Eine Auswahl der Perspektiven bieten Baier, »Trust and Antitrust«; dies., »Vertrauen und seine Grenzen«; Endreß, *Vertrauen*; Hartmann/Offe, *Vertrauen*; Luhmann, *Vertrauen*; Warren, *Democracy and Trust*; Günther, »Selbstbehauptung ohne Selbstbestimmung«; Sztompka, »Vertrauen«.

10 Im Folgenden werde ich die übliche Unterteilung psychischer Phänomene in kognitive, affektive und willensmäßige Aspekte aufheben.

sen um den Menschen. Der völlig Wissende braucht nicht zu vertrauen, der völlig Nichtwissende kann vernünftigerweise nicht einmal vertrauen.«¹¹

Der Akt des Vertrauens, wie er hier verstanden wird, geht mit dem Wissen oder der Überzeugung einher, dass die prekäre Übergabe der Kontrolle an den Betrauten (im Folgenden: Treuhänder:in) bis zu einem gewissen Grad freiwillig oder optional ist.¹² Und dass der/die Vertrauende hofft, es werde schon »klappen«, weil (a) der- oder diejenige, dem/der vertraut wird, für seinen/ihren guten Willen und sein/ihr Verantwortungsbewusstsein bekannt ist; oder weil (b) Recht und Verfassung als in demokratischen Prozessen verankert erlebt werden¹³ und daher das Vertrauen darauf, dass Freiheiten – in der Gegenwart – mehr oder weniger gerecht verteilt sind sowie dass legitime Erwartungen – in der Zukunft – effektiv durchgesetzt und nicht enttäuscht werden. Letzteres ist freilich eine problematische Annahme, sobald eine dritte Partei, etwa ein/eine Richter:in oder ein Gericht, in einen Konflikt eingreift. Dementsprechend lässt sich Vertrauen als Praxis charakterisieren, genauer gesagt als ein Akt des Gebens und Aufgebens,¹⁴ unabhängig davon, ob es das Ergebnis einer rationalen Wahl, einer Wette, einer spontanen Entscheidung oder einer festen Erfahrung ist. Ich werde mich in erster Linie mit Erfahrungen befassen, die aus einem Konflikt hervorgehen und sich als soziales Kapital einlösen lassen. Wenn der Akt des Vertrauens bedeutet, ein Risiko einzugehen, indem die Kontrolle über einen Kontext, ein Ereignis oder ein Ergebnis aufgegeben wird, muss die vertrauende Person überhaupt in der Lage sein, die Kontrolle zu übertragen, darf mithin nicht unter einem gänzlichen Kontrollverlust leiden.

Kontrollverlust, so das Argument, tritt wahrscheinlich in Zeiten schwerer Krisen auf und vertieft sich unter Bedingungen verschärfter Ungleichheit. Hält man zu apokalyptischen Visionen Distanz, kann man vier Kriterien heranziehen, die eine Krise der Kontrolle und damit des Vertrauens dadurch kennzeichnen, dass sie einen dramatisch »weiten Horizont von Möglichkeiten« eröffnen:¹⁵ Erstens sind die bisherigen politischen und rechtlichen, sozialen und kulturellen sowie wirtschaftlichen Routinen zur Bewältigung von Ereignissen und Problemen nicht mehr wirksam. Zweitens reichen die vorhandenen Wissensbestände und rechtlichen Regelungen nicht aus, um das Problem zu lösen – und die Offenheit drastisch zu reduzieren. Drittens können die Bedingungen, die vor diesen Ereignissen herrschten, nicht ohne Weiteres wiederhergestellt werden. Viertens konkurrie-

11 Simmel, *Soziologie*, S. 346.

12 Günther, nach: Balaneskovic, »Autonomie im Algorithmus?«.

13 Sztompka, »Vertrauen«.

14 Luhmann, *Vertrauen*; zu Vertrauen als Praxis: Hartmann, *Praxis des Vertrauens*, S. 22–29 und 296–338.

15 Heitmeyer, *Autoritäre Versuchungen*; Dörre, »Kontrollverluste, Autoritarismus und Exterminismus«.

ren in Krisensituationen, die weder kognitiv vollständig beherrschbar noch rechtlich regulierbar sind, verschiedene Realisierungsmöglichkeiten miteinander. Sie lösen sowohl Verhaltensunsicherheit als auch Ungewissheit der normativen Orientierung aus. Krisen dieser Art neigen dazu, individuelle und kollektive Ängste freizusetzen und, wie bei COVID-19, der globalen Klimakatastrophe oder dem Krieg in der Ukraine zu beobachten ist, Wahnvorstellungen, Verschwörungstheorien und allgemeines Misstrauen gegenüber Politik und Politikern zu entfachen.¹⁶ Die Kombination dieser Kriterien deutet darauf hin, dass Situationen mit notstandsähnlichem Charakter von Regierungen mit normalen Gesetzen nur schwer zu bewältigen sind. Sie führen fast unweigerlich zu Kontrollverlust und untergraben den stillschweigend angenommenen Rahmen des Vertrauens.

II. Wie Uneinigkeit fermentiert wird

Der Konflikt als Motor oder Medium der Integration muss für die Zwecke der politischen oder verfassungsrechtlichen Theorie nicht wiederentdeckt werden. Dennoch kann er eine Rehabilitierung gut vertragen. Zu seinem Nachteil kreisen, zumal in Rechts- und Verfassungstheorien, insbesondere Einheits- und Ordnungstheorien um den »Fetisch der Einstimmigkeit« und um Mythen kollektiver Harmonie, die mit Begriffen wie »Nation«, »Union« oder »Schicksalsgemeinschaft« umschrieben werden. Solche Theorien und Narrative übersehen hartnäckig die reiche sozialwissenschaftliche Konfliktliteratur¹⁷ und im Übrigen auch die Konfliktorientierung des Rechts selbst.¹⁸

Ausgangspunkt der Rehabilitierung ist der Blick auf einen epochalen Bruch zwischen traditionellen, hierarchischen und säkularen, egalitären Gesellschaften, der das neue Politisch-Imaginäre hervorbringt: »die sich selbst konstituierende autonome Gesellschaft«,¹⁹ die sich aus verfassungstheoretischer Sicht als »republikanisch-demokratische Gesellschaft«²⁰ übersetzen lässt.

Hierarchische und geschlossene Gesellschaften unterscheiden vor allem zwischen Rängen, Rassen, Kasten, Klassen, Eigentumsverhältnissen und Geschlecht. Zumal aus heutiger Sicht sind sie von zahllosen Ungleichheiten und diskriminierenden Praktiken zerrissen, die ebenso viele Ursachen für Dissens, Feindselig-

16 Frankenberg, »Negative Globalität der Angst«; Butter, »Nichts ist wie es scheint«; Bung, »Angstverfassungen«.

17 Simmel, *Soziologie*; Coser, *Functions of Social Conflict*; Dahrendorf, *Soziale Klassen*; Putnam, *Making Democracy Work*.

18 Bereits Jhering, *Kampf um's Recht*.

19 Castoriadis, *Gesellschaft als imaginäre Institution*, S. 54 ff. und 298 ff.

20 Rödel u. a., *Die demokratische Frage*.

keit, Opposition, Reibung, Zwietracht, Zusammenstoß, Streit, böses Blut, Zwist, Kampf und Antagonismus hervorrufen. So strukturierte Gesellschaften neigen dazu, blindes Vertrauen einzufordern oder zu erzwingen.

Im Gegensatz dazu machen sich passabel egalitäre Gesellschaften, die auch als »offene Gesellschaften«²¹ bezeichnet werden, permanent zum Gegenstand von Auseinandersetzungen und lassen zu, dass die Legitimität ihrer Ordnung grundsätzlich infrage gestellt wird.²² Ohne einen inhärenten göttlichen Plan oder einen starren, einheitsstiftenden Rahmen, der durch Gewohnheit, Konvention oder Tradition vorgegeben ist, institutionalisieren sie ein unablässiges und in manchen Kontexten obsessives Nachdenken darüber, wie eine wohlgeordnete und gerechte Gesellschaft aussehen sollte und wie eine solche Gesellschaft realisiert und zusammengehalten werden könnte.²³ Selbstbestimmung und Selbstregierung werden zu Schlüsselbegriffen für soziale Akteure, soziale Bewegungen und auch für Theorien moderner Gesellschaften, in deren soziales Gefüge Konflikte eingeschrieben sind.

Diese permanente Infragestellung und die damit verbundenen Auseinandersetzungen werden in der öffentlichen beziehungsweise politischen Sphäre ausgetragen,²⁴ die sich im Zuge des faktischen Zusammenbruchs und der symbolischen Entkörperung monarchischer Macht und der damit einhergehenden Dekorporation von Gesellschaften entfaltet.²⁵ Als die symbolische Einheit erodierte und der intime Dualismus von Staat und Gesellschaft, der einst im sakralen oder mystischen »body politic« oder später im absolutistischen Staat (illustriert im berühmten Diktum von Ludwig XIV: »L'État, c'est moi«) vereint war, dekonstruiert wurde, kam es zu einer schrittweisen Säkularisierung der Grundlagen legitimer Regierung. Schließlich wurden sowohl die Gesellschaft als auch die Staatsmacht als getrennte Sphären dargestellt.

Danach wird die Machtposition nicht mehr von einem Herrscher eingenommen, der über die Gesellschaft als sein quasi-privates Eigentum gebietet, legitimiert durch Gottes Gnade oder eine ehrwürdige Tradition. Und damit verbunden wird das dynastische Prinzip, das die Kontinuität des politischen Eigentums an Land, Reichtum und Volk verkörpert, obsolet oder verwandelt sich in königliche Folklore. Die Republiken erlauben keine ununterbrochene Nachfolge und keine reibungslose Übertragung von Machtbefugnissen mehr, was in Großbritannien bis heute durch das Mantra »The Queen is dead, long live the King« zum Ausdruck

21 Popper, *Die offene Gesellschaft*.

22 Gauchet, »Tocqueville«, S. 193; Lefort, »Frage der Demokratie«; Rödel u. a., *Die demokratische Frage*.

23 Heitmeyer (Hg.), *Was treibt die Gesellschaft auseinander?*; ders. (Hg.): *Was hält die Gesellschaft zusammen?*

24 Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*; ders., *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit*.

25 Rödel u. a., *Die demokratische Frage*.

kommt.²⁶ Von nun an kann die Machtposition nur noch symbolisch als ein physisch und personell leerer Raum – der symbolische Raum der Macht/des Rechts²⁷ – dargestellt werden, der zur Disposition steht und nach demokratisch-republikanischen Regeln und Verfahren vorübergehend besetzt und wieder neubesetzt werden kann.²⁸ Dazu führt Claude Lefort aus:

»Es ist überflüssig, hier auf die Einzelheiten der institutionellen Regelungen einzugehen; wesentlich ist, dass sie den Herrschenden die Aneignung und Usurpation der Macht untersagen. Die Ausübung der Macht ist nun einem Verfahren unterworfen, das sie periodisch wieder ins Spiel bringt. Letztlich geht sie aus einem geregelten Wettbewerb hervor [...]. Dieses Phänomen beinhaltet eine Institutionalisierung des Konflikts.«²⁹

So wird nicht die politische Macht selbst, sondern werden lediglich die Mechanismen ihrer Ausübung sichtbar und rechtlich geregelt. Und ein Kollektiv kann sich als autonome Zivilgesellschaft vorstellen, die in der Lage ist, sich selbst zu regieren – mit all ihren Risiken und Regressionen. Dementsprechend wird die Aneignung von Macht als quasi privates Eigentum durch den Herrscher zu einem Merkmal autoritärer Regime.³⁰

Eine Gesellschaft, die sich als republikanisch-demokratische instituiert, macht sich selbst zum Gegenstand öffentlicher Debatten und Meinungsverschiedenheiten, manifestiert die theoretisch unbegrenzte Macht, ihre Ordnung infrage zu stellen und mit einer Vielzahl von Regierungsformen zu experimentieren. Auf diese Weise perpetuieren demokratische Gesellschaften den Grundkonflikt sowie eine unendliche Anzahl von Kontroversen. Sie markieren »die unerschöpfliche Gärung der Uneinigkeit«³¹ und die konfliktive Natur von Gesellschaften.

Wie kann diese Uneinigkeit überwunden und transformiert werden? Im Allgemeinen gehen Liberale davon aus, dass eine gerechte Verteilung der gleichen Freiheit die Antwort ist oder ihr jedenfalls nahekommt. Konservative würden sich eher auf allgemeine, Einheit stiftende Werte und Pflichten verlassen, die, wenn (kommunale oder kirchliche) Gemeinschaften nicht zur Verfügung stehen, vom

26 Die Formel wurde wohl erstmals nach dem Tod des französischen Königs Karl VI. ausgerufen, um seinen Sohn Karl VII. 1422 zum König zu ernennen und damit einen Erbfolgekrieg zu vermeiden. In England verkündete der königliche Rat bereits 1272: »Der Thron soll niemals leer sein; das Land soll niemals ohne einen Monarchen sein.« Siehe Kantorowicz, *Zwei Körper des Königs*.

27 Gauchet, »Totalitäre Erfahrung«, S. 229.

28 So kommentierte Bertolt Brecht Verfassungsbestimmungen wie Art. 20 des Grundgesetzes (»Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.«) hintersinnig: »Die Macht geht vom Volke aus. Aber wo geht sie hin?«, Brecht, *Gedichte*, S. 378.

29 Lefort, *Frage der Demokratie*, S. 292–293.

30 Frankenberg, *Autoritarismus*.

31 Gauchet, »Tocqueville«, S. 134; Rödel u. a., *Die demokratische Frage*, Kap. IV.

Staat von oben nach unten durchgesetzt werden. Utilitaristen konzentrieren sich auf das Ergebnis und geben sich mit dem größten Glück der größten Zahl zufrieden. Sozialdemokraten kombinieren gleiche Freiheit mit Verteilungspolitik und Unterstützung der Bedürftigen – und hoffen auf das Beste. Keine dieser politischen Theorien und Strategien räumt dem Vertrauen explizit eine zentrale Stellung ein und geht davon aus, dass Konflikte Sozialkapital generieren können.

III. Tocqueville und Marx

1. Gelesen von Gauchet

In Bezug auf die soziale Integration in einer experimentellen Gesellschaft lasse ich mich in einem ersten Schritt von Marcel Gauchets Tocqueville-Lektüre leiten, um die integrativen Aspekte des Konflikts zu ermitteln. Ob losgelöst oder in sozialen Bewegungen, Parteien oder Gewerkschaften zusammengeschlossen, die einzelnen Mitglieder einer komplexen Gesellschaft begegnen einander meist als Fremde in einer Vielzahl von Auseinandersetzungen. In dem Maße, in dem sie ihren Platz in der Gesellschaft verteidigen oder für ihre unterschiedlichen Vorstellungen vom guten Leben und von dem, was eine legitime Herrschaft erfordert, eintreten, werden sie unweigerlich mit der grundlegenden Frage nach der etablierten politischen Ordnung verbunden, wie bereits angedeutet. Darüber hinaus wird die frontale Opposition zu einem Spiegel, der ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede reflektiert und in dem sich das »Geheimnis« ihrer Identität der Zugehörigkeit³² zu einem Kollektiv zeigt, das sich, ein Thema von Lévinas aufgreifend, auch als wechselseitige Anerkennung des Andersseins »unter dem Zeichen der Ähnlichkeit« interpretieren lässt.³³ Gauchet entwickelt das faszinierende Bild einer Gesellschaft, die soziale Allianzen hervorbringt und sich in einem paradoxen Wettstreit integriert, vorausgesetzt die Mitglieder halten den Traum, das Phantasma von einem einheitlichen, homogenen sozialen Körper auf Abstand. Gerade »durch ihre gegensätzlichen Standpunkte«, so argumentiert er, werden sie in eine permanente und unbegrenzte Infragestellung eingebunden (ob auch »verpflichtet« sei dahingestellt). So akzeptieren sie die der Gesellschaft innewohnende Konflikthaftigkeit als gemeinsames Lebensschicksal.

32 Gauchet, »Tocqueville«, S. 174 und 197.

33 Nach Emmanuel Lévinas erlangt das menschliche Ich erst dann seine »wahre Würde«, wenn es »Verantwortung für den anderen Menschen« übernimmt. Zu diesem Zweck wird es von »einem Gott« angerufen, der sich »im Antlitz des anderen Menschen« offenbart, im »Antlitz« dieses anderen Menschen, der einzigartig ist und dessen Sterblichkeit die Aufmerksamkeit aller erfordert (Lévinas, *Totalité et Infini*).

Während ich Gauchets »Integrationsfaktoren« (die Gleichheit der Kontrahenten, den Anschluss an die Grundsatzdebatte und die Verdrängung der Kontroversen durch Mechanismen der politischen Repräsentation) durchaus plausibel finde, trenne ich mich von seiner Umkehrung des Marx'schen Klassenkampf-begriffs und seiner ontologischen Überhöhung des »Konflikts«, die sich als Kritik von Carl Schmitts Begriff des Politischen³⁴ verstehen lässt. Im Unterschied zu Gauchet vertrete ich die Auffassung, dass weder antagonistische Klassenkonflikte noch durch aufgeheizten ethnischen oder religiösen Fundamentalismus aufgeladene Auseinandersetzungen zu einer besseren Anerkennung des Anderen beitragen, es sei denn, zuvor wird jede »affektiv überdeterminierte Polarität«³⁵ gebändigt oder entschärft.

Dennoch kann die kritische Lektüre von Gauchets Artikel über Tocqueville hinter der rohen Natur des Konflikts eine etwas versteckte Unterscheidung hervorheben: Gauchet scheint Kämpfe, die sich in das Medium der parlamentarischen Repräsentation übersetzen lassen, von solchen zu unterscheiden, bei denen das nicht gelingt. Man kann ihn also so verstehen, dass er auch unterhalb des Antagonismus ein Argument für möglicherweise integrative Konflikte liefern will.

2. Vertrauensbildung durch Konflikterfahrung

In komplexen Gesellschaften wissen wir weniger über die meisten Menschen – eigentlich wissen wir so gut wie gar nichts über sie. Meistens bleiben ihre Beweggründe, Interessen, politischen Zugehörigkeiten und Strategien im Dunkeln. Dies hat zur Folge, dass die Kontexte der Zusammenarbeit porös werden. Hinzu kommt, dass Gesellschaften mit zunehmenden Freiräumen und geringerer Dichte der Verhaltenskontrolle einen höheren Bedarf an Vertrauen mit sich bringen, weil die Wege und Mittel von Individuen und Gruppen weniger – wenn überhaupt – vorhersehbar sind. So wird Vertrauen unter Fremden zu einem knappen Gut und einer begrenzten Ressource. Es ist tendenziell mit einem erhöhten Risiko verbunden, da die Berechnung der Wahrscheinlichkeit (dass andere kooperieren, wenn ich einen Vertrauensvorschuss leiste) unsicherer geworden ist. Gleichwohl ist Vertrauen als Gegenmittel gegen das, was man als erlernte Hilflosigkeit in Krisen bezeichnen könnte, kaum verzichtbar.

Und doch scheint soziale Integration durch Konflikte kontraintuitiv oder zumindest eine steile, eher wenig plausible Annahme zu sein, wenn man sich von

³⁴ Schmitt, *Begriff des Politischen*.

³⁵ Günther, *Zwang und Vertrauen*.

der Nachbarschaft über Gemeinde und Stadt zur Gesellschaft hocharbeitet. Dennoch gehen mehrere Autoren davon aus, dass Integration durch Konflikte möglich, ja, sogar wahrscheinlich ist – vorausgesetzt, die Streite sind »zivilisiert« (und nicht enthemmt oder barbarisch), »eingegrenzt« (und nicht wild oder aus dem Ruder gelaufen), und außerdem vorausgesetzt, der umstrittene Gegenstand ist »teilbar« (und nicht kompakt), das heißt einem Geben und Nehmen zugänglich.³⁶ Sie alle teilen die Erwartung, dass Selbstbeschränkung, die Einhaltung von Streitregeln, die Lokalisierung von Kontroversen auf öffentlichen Foren (Parlamente, Gerichte, Zivilgesellschaft, Verhandlungssysteme) oder die spezifische Struktur eines Streits zur Integration beitragen können, soweit im Konflikt politische und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Trennungen verhandelt und überwunden werden können.³⁷

Dieselben Autoren gehen, wenn auch implizit, davon aus, dass integrative Konflikte auf persönlichen Erfahrungen beruhen, die geeignet sind, Vertrauen und Sozialkapital zu generieren. Eine vertrauensvolle Disposition beziehungsweise Erfahrung wird in der Regel durch Streitpraktiken hervorgerufen, die sich als beispielhaft verstehen lassen, weil sie allgemeine Strukturen enthalten und einer Grammatik mit verbindlichen Regeln folgen, oder auf kooperative Unterstützung durch Personen, Institutionen oder Organisationen treffen.³⁸ Während eine Konfliktgrammatik es erleichtert, Handlungs- und Reaktionsweisen zu antizipieren, überbrückt kooperative Unterstützung die Kluft (von Wissen und Empathie) unter Fremden. Sie reduzieren das Risiko, das mit Vertrauen verbunden ist, wenn dieses durch faire Praktiken, universelle Werte oder Tugenden gestützt ist, wie die Behandlung anderer als Gleiche oder die Bereitschaft, sich kommunikativ auf kontroverse Themen einzulassen und Differenzen nach Maßgabe von Geben und Nehmen zu lösen.

36 Hirschman, »Wieviel Gemeinsinn braucht die liberale Gesellschaft?«; Dubiel, *Ungewißheit und Politik*; Frankenberg, »Tocquevilles Frage«.

37 Überdies gehen diese Ansätze nicht von einer positiven Anthropologie (des Menschen, als grundsätzlich friedliches, vernünftiges Wesen) aus und schließen daher das Risiko störender Konfrontationen ein. Siehe die beiden von Wilhelm Heitmeyer herausgegebenen Bände (*Was treibt die Gesellschaft auseinander?*; *Was hält die Gesellschaft zusammen?*).

38 Offe, »Unseren Mitbürgern vertrauen«.

IV. Auf dem Weg zu einer konstitutionellen Grammatik von Konflikten

Aus der Perspektive der Verfassungstheorie lassen sich die verschiedenen politologischen und soziologischen Ansätze zu einer Konfliktypologie und -grammatik verbinden, die die Polarität zwischen integrativen und desintegrativen Kämpfen präzisiert. Der konstitutionelle Fokus zielt erstens auf den *Streitgegenstand* und *Streitwert*, zweitens auf die *Konfliktmethoden* und drittens auf die *Beziehung* zwischen den *Streitparteien*, das Streitverhältnis.

Eine an diesen Kriterien orientierte Verfassungsgrammatik beruht weder auf dem kategorischen Imperativ einer republikanisch-demokratischen Kultur, noch verbürgt sie eine normative Versicherung für und durch die Gesellschaft gegen die Risiken der Desintegration. Letztlich haben diese Kriterien keinen ontologischen Status, sondern sind *reflexiv* auf jeden einzelnen Kampf bezogen. Das heißt, sie bleiben umstritten und kritisierbar, auch wenn sie gesetzlich verankert sind, aber hegen das Risiko ein, das mit Auseinandersetzungen wegen ihres ungewissen Ausgangs zwangsläufig verbunden ist.

1. Der Streitgegenstand: Alles-oder-Nichts versus Mehr-oder-Weniger

Im Anschluss an Hirschman, Gauchet und andere lassen sich Streitfragen einerseits als Alles-oder-Nichts-Konflikte beziehungsweise *Do-or-Die*-Streitigkeiten (in denen es ums Ganze geht) typisieren, bei denen es um metaphysische Fragen – eine Wahrheit,³⁹ einen absoluten Wert,⁴⁰ eine Gewissensentscheidung oder ein anderes abstraktes, symbolisch aufgeladenes Ziel – geht. Im Unterschied dazu gibt es Dispute, die noch offen sind für einen Kompromiss, eine Einigung oder einen Deal, bei dem sich die Kontrahenten nach ihren Vorstellungen auf halbem Weg treffen können.

Absolute Wahrheitsansprüche (in Religion oder Ideologie), Authentizität (bezogen auf Identität) und Integrität (des Gewissens), zumal wenn sie durch Grundrechte geschützt sind, führen in der Regel zu antagonistischen Alles-oder-Nichts-Szenarien. Solche auf Hegemonie abzielenden Auseinandersetzungen werden in der Regel eine disruptive Dynamik in Gang setzen, die nur schwer einzudämmen

39 »A Truth that's told with bad intent / Beats all the Lies you can invent.« (Blake, *Auguries of Innocence*) »I maintain that Truth is a pathless land, and you cannot approach it by any path whatsoever, by any religion, by any sect.« (Krishnamurti, *Truth is a Pathless Land*).

40 Boehm, *Radikaler Universalismus*.

ist, bis oder solange die Kontrahenten erschöpft oder zahlenmäßig limitiert sind oder aber die Vorteile von pragmatischen Lösungen erkennen.

Beispielhafte Fälle, in denen es um absolute Ansprüche mit einer Alles-oder-Nichts- oder Entweder-Oder-Struktur geht, die in Grundrechte eingebettet sind oder auf Grundrechtskollisionen hinauslaufen, sind Kontroversen über Abtreibung, die Todesstrafe, das Kruzifix im Klassenzimmer oder Gerichtssaal, die strikte Ablehnung medizinischer Behandlungen aus religiösen Gründen, die Verweigerung jeglicher Art von Militär- oder Sozialdienst aus Gewissensgründen,⁴¹ das Verbot von Mischehen aus Gründen der »Rassenreinheit« oder der Sicherheit,⁴² und auch die religiös oder durch Tradition abgesegnete Genitalverstümmelung von Frauen.⁴³

In jüngerer Zeit hat die Identitätspolitik (und die aus ihr hervorgegangene »Cancel-Culture«)⁴⁴ das Ambivalente der Interpretation einer persönlichen oder gruppenspezifischen Erfahrung auf eine Wahrheit reduziert, die geglaubt werden muss, oder auf eine singuläre Vulnerabilität, die es zu schützen gilt. Dementsprechend entziehen sich Argumente ihrer Überprüfung der intersubjektiven Glaubwürdigkeit. Die Position der Sprecher:in (als Opfer) wird zum Maßstab für das Gesagte.⁴⁵ Die Subalterne kann sprechen, aber nicht befragt werden. Ihre Erfahrung des Leidens wird zu einer Autorität, die sich gegen Einwände immunisiert.

Dieses Beispiel illustriert, dass Alles-oder-Nichts-Konflikte nicht selten von einem »strategischen Essentialismus«⁴⁶ angetrieben werden. Dessen rhetorischer Mantel und normativer Status spiegeln und sichern die vermutete oder zugeschriebene persönliche Besonderheit (Individualität), ein kollektives Zugehörigkeitsgefühl, eine geteilte Ideologie oder Überzeugung, eine von der Tradition sanktionierte kulturelle Praxis oder eine spezifische, identitätsstiftende Erfahrung. In Machtkämpfen dieser Art wird verlangt, die Autorität der behaupteten Besonderheit ohne Wenn und Aber anzuerkennen. Anhänger:innen und Gläubige sind zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet. Andersdenkende werden gebrandmarkt: als Ketzler in der Religion, als Verräter in der Politik, als Abwechler in der Kultur, als Außenseiter im ethnischen Kollektiv. Wer sich auf universelle Rechte beruft, dem wird die Anerkennung des Leidens anderer Menschen verwehrt. Im Extremfall kehrt der von Carl Schmitt geläufige Feind

41 BVerfGE 78, 391 – Totalverweigerer.

42 Burtleigh, *Racial State*; Chacar, »Knesset barring Palestinian Spouses«.

43 Gruenbaum, *Female Circumcision Controversy*.

44 Mounk, »Cancel-Culture«; Pilarczyk, »Debatte über Cancel Culture«.

45 Stegemann, »Linke Identitätspolitik«, S. 352 f.

46 Stegemann, »Linke Identitätspolitik«, unter Bezugnahme auf Gayatri Spivaks bahnbrechenden Text *Can the Subaltern Speak?* [1988].

paradoxerweise zurück, um eine essentialisierte Vielfalt zu verteidigen. Nach Schmitt beinhaltet seine Konzeption von Demokratie notwendigerweise erstens Homogenität und zweitens, wenn nötig, die Beseitigung oder Vernichtung von Heterogenität.⁴⁷

Ansprüche, die auf den Schlachtfeldern von Religion, Ethnizität, Identität oder Kultur formuliert werden, sind darauf angelegt, Feindseligkeit zu schüren. Ihre Forderung nach unerschütterlicher Loyalität und strikter Befolgung lässt keinen Raum für Vertrauen. Außerhalb des Bereichs der Demokratie streben absolutistische oder fundamentalistische Ansprüche danach, sich zu einer Staatsreligion zu verdichten oder zumindest den Status einer von Verfassungswegen privilegierten Religion, einer besonders geschützten Ethnie oder einer einheitlichen Kultur zu erlangen.

Solche Streitthemen können durchaus integratives Sozialkapital schaffen, wenn die Akteure – trotz ihrer ursprünglich transzendenten, metaphysischen Ziele (und Rhetorik) – an den Verhandlungstisch und, metaphorisch gesprochen, auf die horizontale Ebene der Zivilgesellschaft zurückkehren. Indem sie in Verhandlungen eintreten, geben die Akteur:innen ihre zuvor hegemonialen Alles-oder-Nichts-Ansprüche auf und setzen sie kontingent.⁴⁸ Sie geben also zumindest teilweise die Kontrolle über das Ergebnis ab und gehen damit das Risiko des Vertrauens ein, soweit sie auf den guten Willen des Gegners vertrauen, einer wenngleich verzögerten oder partiellen Erfüllung ihrer Forderungen zuzustimmen und damit ihre Interessen, wenn auch nicht vollständig, zu respektieren. Um nur einige Beispiele zu nennen: Anstatt darauf zu bestehen, in einem religiösen Konflikt partout die Oberhand zu behalten, geben sie sich mit religiöser Parität zufrieden. Anstatt ethnische oder sonstige Homogenität zu erzwingen, stimmen sie einer ethnischen oder kulturellen Kohabitation zu. Anstatt in einem Identitätskonflikt die absolute Autorität der Opferposition zu beanspruchen, einigen sie sich auf einen Dialog und die gerechte Verteilung der öffentlichen Aufmerksamkeit und Anerkennung. Anstatt auf einem Verbot des Kreuzifixes zu beharren, wechseln sie den Kurs und erheben keine Einwände gegen ein Kreuz im Klassenzimmer. Anstatt ein totales Verbot von Abtreibungen zu fordern, stimmen sie einer Trimester-Lösung zu. Anstatt Bluttransfusionen strikt zu verweigern, akzeptieren sie (wie etwa die Zeugen Jehovas) Transfusionen bei Nachweis eines Notfalls. Auf diese Weise verwandeln Selbstbeherrschung, Toleranz und ein kooperativer Geist absolute Ansprüche in Mehr-oder-Weniger-Forderungen, deren Befürworter darauf vertrauen, dass es für die Zusammenarbeit und das Leben in Gesellschaft von Vorteil sein kann, sich für eine gerechte

47 Schmitt, *Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*.

48 Luhmann, *Konflikt und Recht*, S. 111.

Verteilung des öffentlichen Raums, Zuteilung öffentlicher Dienstleistungen und Anerkennung sowie für die gerechte Zuweisung von Rechten einzusetzen. So kann die integrative Logik des Nachgebens und Risikoeingehens triumphieren.

2. Mehr-oder-Weniger: Ausgehandelte Verteilungskonflikte

Nicht alle Konflikte fallen in die Kategorie des Alles-oder-Nichts. Tatsächlich geht es bei den meisten von ihnen um ein Mehr-oder-Weniger, nach dem Motto »Leben und leben lassen«. Im Unterschied zu Kontroversen mit absoluten Ansprüchen zeichnet sich diese Kategorie durch relative Ansprüche aus, die ausgehandelt, angepasst, arrangiert und teilweise erfüllt werden können – und insoweit den Theorien des Pluralismus Plausibilität verleihen.⁴⁹ Forderungen nach höheren Löhnen, mehr Sozialleistungen, einer geringeren Steuerlast, kürzeren Arbeitszeiten, besserer Bildung, mehr Urlaub, leichterem Zugang zur Justiz, mehr öffentlicher Aufmerksamkeit, etwa in Form von Sendezeit während des Wahlkampfs usw. verlagern den Akzent vom Inhalt der Streitsache auf das Verfahren, wie zum Beispiel auf Tarifverhandlungen, zivilprozessuale Vergleiche oder familienrechtliche Mediationen. Ihre Ergebnisse werden entsprechend als »Vereinbarung«, »Deal«, »Kompromiss« oder eben »Vergleich« bezeichnet.

Sich in Verteilungskämpfen mit weniger als der ursprünglichen Forderung zufrieden zu geben, folgt im Allgemeinen der Logik des strategischen Pragmatismus. Dieser orientiert sich an dem, was die Beteiligten für akzeptable Entscheidungen bei der Verteilung knapper Güter halten können, die von Verwaltungen, Parlamenten, Gerichten, Marktkräften wie Gewerkschaften und Unternehmerverbänden oder anderen Akteur:innen bereitgestellt werden. Während diese Konflikte durchaus über die Ufer treten können (wilde Streiks, gesellschaftsweite Blockaden), neigen sie dennoch eher dazu, einen gemäßigten Verlauf zu nehmen und grundsätzlich gesetzlichen Regelungen oder gerichtlichen Entscheidungen entgegenzukommen. Aufgrund der (Kompromiss-)Struktur ihrer Zielsetzung, der die Bindung an ultimative Fragen oder Werte fehlt, werden Verteilungskonflikte, wie solche über Leistungen, die durch das kollektive Arbeitsrecht oder die Sozialhilfe geregelt werden, oder über den Zugang zu öffentlichen Plätzen und Medien, »geschlossen«. Sie lassen sich vergleichsweise leicht lösen, indem man auf soziale Routinen oder rechtlich institutionalisierte Verfahren zurückgreift oder sich auf eingetübte Rituale der Auseinandersetzung verlässt.

⁴⁹ Trotz ihrer ideologischen Konnotationen, die Machtverhältnisse und Strukturen der Ungleichheit verschleiern, siehe Robotham, »Pluralism as an Ideology«.

In distributiven Praktiken wird eine vertrauensvolle Disposition herbeigeführt, jedenfalls soweit und solange die Regeln einer konstitutionellen Konfliktgrammatik gelten – und sofern die Interessenvermittlung nicht durch höchst ungleiche Verhandlungspositionen unterminiert wird oder in einer schweren Krise Schiffbruch erleidet.⁵⁰ Im Fall des Mehr-oder-Weniger erscheint das Risiko von Verhandlungen überschaubar.

3. Konfliktmethoden zwischen Disruption und Integration

Ob Konflikte soziale Integration und ein Klima des Vertrauens begünstigen – oder eben nicht, hängt nicht zuletzt davon ab, *wie* Interessen und Rechte (als deren juristische Form) eingefordert und durchgesetzt werden. Wo vermeintlich universelle Gewissheiten oder metaphysische Wahrheiten auf dem Spiel stehen, ist es schwierig oder nahezu unmöglich, die Mittel zu begrenzen, die die Gegner:innen zu ihrer Durchsetzung wählen. Alles-oder-Nichts-Angelegenheiten haben eine Affinität zum Aufs-Ganze-Gehen im Streit. Das Aufs-Ganze-Gehen privilegiert Methoden, deren Dynamik dazu angetan ist, die Grenzen der Zivilität und der Gleichheit zu überschreiten: Sie verlassen die Ebene der Zivilgesellschaft und treiben eher auseinander, denn zu integrieren; sie untergraben eher Vertrauen, als es zu fördern. Wo jedes Mittel recht ist, gerät auch das Risiko eines ungewissen Ausgangs außer Kontrolle, weil die Teilnehmer:innen gerade nicht darauf vertrauen können, dass ihre Opponent:innen die Erwartungen, Interessen und Rechte respektieren.

Dies gilt vor allem für gewaltsame Methoden. Gewalt⁵¹ kann hier nicht im Vorbeigehen adäquat definiert werden. Ich verwende hier einen reflexiven, gewiss umstrittenen Begriff, der ein breites Spektrum von (physischer) roher Gewalt bis hin zu massiven, verletzenden Eingriffen in die Integrität von Menschen und sie an den Pranger stellenden Maßnahmen wie öffentlichen Denunziationen oder Shitstorms umfasst. Während Gewaltakte unter Umständen im Einzelfall produktiv (und sogar integrativ) sein können, zerreißen sie regelmäßig das Gewebe der sozialen Interaktionen. Denn ein:e Gewalttäter:in beansprucht implizit oder offen das Privileg, über die Integrität der anderen freihändig disponieren zu können, und verlässt damit die horizontale Ebene einer »Beziehung unter Gleichen«. Ob die Anwendung von Gewalt und die Verletzung der körperlichen oder geistigen Integrität eines anderen Menschen oder einer Gruppe durch eine besonde-

⁵⁰ Olson, *Rise and Decline of Nations*; Lehner, »Political Economy of Distributive Conflict«.

⁵¹ WHO, *Global Status Report on Violence Prevention 2014*; Arendt, »On Violence«; Galtung, »Violence, Peace and Peace Research«.

re historische Mission oder Situation, durch überlegenes Wissen einer Avantgarde oder ein Update des Hobbes'sches Rechts auf alles (*jus ad omnium*) oder durch Selbstverteidigung in Notwehr gerechtfertigt wird, macht in Bezug auf Integration, Risiko und Vertrauen keinen Unterschied. Wer seine Konfliktmethoden lediglich auf ein persönliches, Gewalt rechtfertigendes »Gerechtigkeitsempfinden« stützt, bleibt der »Gesellschaft der Gleichen« letztlich ein Dorn im Auge. Weder verdient noch generiert er/sie Vertrauen.

Auch aus diesen Gründen behalten Verfassungen (und insbesondere Strafgesetzbücher) das Monopol legitimer Gewalt im Weber'schen Sinne den Institutionen des Staates vor.⁵² Ihre Maxime für die Lösung von Kontroversen: »Gleiche Konfliktrechte für alle, höhere Gewaltbefugnis für keinen«, kann bei aller Kritik als integrationsfördernd angesehen werden.⁵³ Auch hier erweist sich die Praxis des zivilen Ungehorsams als reiche Quelle relevanten Materials für die endlose Kontroverse um die Definition und Anwendung von Gewalt. Zivilen Ungehorsam als Verfassungsinterpretation zu deuten,⁵⁴ entspricht dem hier gewählten Ansatz, die Grenzen von Gewalt im Streit zu halten.

4. Streitverhältnisse: Von Gegnern und Feinden

Was das Verhältnis der Streitparteien zueinander betrifft, so kann man zwischen Streitigkeiten unterscheiden, bei denen der Gegner als Feind angesehen wird, und solchen, bei denen der/die andere trotz tiefgreifender Abneigungen oder faktischer Unterschiede »im Zeichen der Ähnlichkeit« bleibt. Die Erklärung des/der anderen zum Feind vollzieht den Übergang von einem gemeinsamen gleichen Status (der keine Homogenität impliziert) zu einem wesentlich heterogenen, abgestuften Status. Dieser Schritt impliziert in der Regel, dass der/die andere normativ abgewertet und auf die Ebene der Minderwertigkeit verwiesen wird, ebenso wie die Anwendung von Gewalt in der Regel die Reziprozität von Rechten und Pflichten beendet. Der/die andere als Feind:in nimmt nicht erkennbar an meiner Existenz teil: »[A]uch die bloße Vorstellung, sich in diesem substanziell heterogenen ›Anderen‹ wiederzuerkennen, [erscheint] a priori sinnlos«⁵⁵.

⁵² Weber, »Politics as a Vocation«.

⁵³ Das Gewaltverbot hat keinen unbestrittenen, gleichsam ontologischen Status; seine Reflexivität als normatives Kriterium, d. h. seine Kritik- und Veränderungsoffenheit, wird im Streit um den Gewaltbegriff deutlich: Brink/Keller, »Politische Freiheit und strafrechtlicher Gewaltbegriff«; Frankenberg, »Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie«; ders., »Passive Resistenz«. Vgl. auch BGHSt 23, 46; BVerfGE 69, 315/344 ff.

⁵⁴ Akbarian, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*.

⁵⁵ Gauchet, »Tocqueville«, S. 176.

Wer aufs Ganze geht, negiert das Recht des Gegners, in der öffentlichen Sphäre zu existieren und zu handeln. Das Modell des Ausschlusses verdrängt das Modell des Wettbewerbs. Der faktische Ausschluss anderer untergräbt, per Definition und durch Handeln, die Integration. Ein solcher Bruch und Ausschluss, oft motiviert durch militante Homogenitätsfantasien, lässt sich in der Tat kaum mit Gauchets zentralem Gedanken vereinbaren, sich selbst im Streit in den Konturen des anderen zu erkennen.

Fazit: Integration durch Konflikt bleibt nur unter der Bedingung plausibel, dass die Akteure (a) vom Sockel die Zivilgesellschaft transzendierender Ebenen herabsteigen, (b) auf die Anwendung von Gewalt in gleich welcher Form verzichten und (c) davon absehen, Gegnerschaft in Feindschaft zu transformieren.

5. Was Verfassungen leisten ... können

Diese Überlegungen zur Grammatik der Konflikte mögen, soweit sie in der Verfassungstheorie angesiedelt sind, eher abstrakt erscheinen. Dennoch stellen sie einen ziemlich praktischen Test für republikanisch-demokratische Verfassungen dar. Es liegt auf der Hand, dass Verfassungen – soweit sie Gesellschaften vor dem Schlimmsten im Alltag schützen und wesentliche Konflikte vorstrukturieren sollen – vor allem auf die oben erwähnten Verteilungskonflikte, das heißt die Verteilung von Freiheit und öffentlichen Gütern, unterhalb der Ebene massiver Gewalt ausgerichtet sind. Die gravierenderen Streitfälle, eigentlich: gesellschaftlichen Kämpfe, sind im Großen und Ganzen dem Notstandsrecht (Aufstände, Belagerungszustände, Bürgerkrieg) und insbesondere dem Strafrecht (Verbrechen von der Nötigung bis zur Tötung, schwere Eigentumsdelikte, Landfriedensbruch, Bildung terroristischer/krimineller Vereinigungen) vorbehalten. Davon abgesehen bleibt aber eine entscheidende Frage, welche (angemessene) Behandlung Verfassungen für diejenigen bereithalten können, die einen Streit nicht schlichten, sondern aufheizen (Beispiel: Hatespeech, politische Militanz) wollen.

Verfassungen, wenn man ihre Leistungen nicht überschätzt, machen in der Regel Integrationsangebote, indem sie an Bürgersinn und Solidarität der Bürger:innen appellieren, ein Schema gleicher Freiheiten anbieten und gerichtliche Kontrolle vorsehen. Wie dem auch sei: Was ist zu tun, wenn diese Appelle und Rechte, diese Verfahren und Ideologien nichts nützen? Könnten die Kriterien einer integrativen Konfliktpraxis zur Sicherheit in einer Verfassung festgeschrieben und sanktioniert werden?

Nach einer vertrauten Legitimationsmaxime entscheiden Mehrheiten; und Minderheiten müssen warten, bis sie kraft Unterstützung, das heißt gesteigertem Zuspruch, in der Lage sind, Mehrheitsentscheidungen zu revidieren. Neh-

men wir als Beispiel den rechtlichen Umgang mit politischem Extremismus: die Institution einer »militanten (wehrhaften) Demokratie« oder die Einschränkung politischer Grundrechte. Beide Strategien laufen Gefahr, der Idee demokratischer Selbstbestimmung zu widersprechen und eine demokratische Streitkultur zu gefährden, sofern sie den Weg einer Werteverteidigung von oben nach unten vorgeben, statt sich aus den Kämpfen um politische Wahrheiten herauszuhalten.

Solches Sich-Heraushalten beziehungsweise die Nicht-Identifikation verlangt auch, dass Verfassungen nicht in die Identitätsfindungsprozesse eingreifen, sondern sie für die vielfältigen Projekte der Bürger:innen offenlassen. Wenn Nicht-Identifikation die Maxime ist, ist es nicht nur normativ konsequent, sondern auch empirisch plausibel, dass Verfassungen kein Modell des guten Lebens propagieren, keine bestimmte politische Rationalität verteidigen und nicht über die Würde von Beiträgen zu öffentlichen Kontroversen urteilen. Soweit Gesellschaften unabänderlich (siehe oben) mit der Frage verbunden sind, wie eine legitime Ordnung und eine gelungene, das heißt integrierte Gesellschaft aussehen sollen, ist die Vorgabe einer »objektiven Wertordnung« weder ein geeignetes Integrationsangebot noch ein angemessener Rahmen für die Identitätsarbeit. Daraus folgt: Die Ehre eines bestimmten institutionellen Arrangements oder Staatssymbols kann von Verfassungswegen nicht vor radikaler Kritik geschützt werden.⁵⁶ So geht es auch nicht an, von Beamt:innen einzufordern, sich im »Staat zu Hause fühlen«.⁵⁷ Und widersprüchlich ist es, die Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole unter Strafe zu stellen, wie dies ehemals der Fall war: *lèse-majesté divine* (Majestätsbeleidigung) ist passé.

Die gleiche verfassungsrechtliche Logik gilt für verfassungsrechtlich eingetragene Streitverfahren. Ohne ihren Charakter einer »Grundkonvention« offen aufs Spiel zu setzen, können Verfassungen auch insoweit sehr wohl Integrationsangebote machen und die *minima legalia* sozialer Auseinandersetzungen vorgeben. Solche Angebote könnten darauf hinauslaufen, etwa die Rede- und Versammlungsfreiheit oder den Zugang zu öffentlichen Institutionen und Arenen einzuschränken, Agenturen für Streitverhandlungen zu institutionalisieren und Standards für die gerechte Verteilung umkämpfter öffentlicher Güter festzulegen. Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich ihrer dogmatischen Flexibilität und politischen Wahrnehmung von Protestthemen und Protestmethoden durchaus aufschlussreich. Seit dem Lüth-Urteil hat sich das Bundesverfassungsgericht, wenn auch vorsichtig und nicht immer konsequent, aus dem Schatten des Kalten-Kriegs-Konzepts der »wehrhaften Demokratie« und eines engen liberalen Verständnisses eines Marktplatzes

⁵⁶ Zu Weimar: Gusy, *Weimar*.

⁵⁷ So aber ein Diktum im unseligen Radikalenbeschluss des Verfassungsgerichts (BVerfGE 39, 334).

der Ideen herausgearbeitet. In der Brokdorf-Entscheidung distanzierte sich das Gericht von der Vision einer rein intellektuellen Darstellung von Ideen und legitimierte »nötigende Wirkungen« von Demonstrationen.⁵⁸ In Entscheidungen zu Sitzprotesten differenzierte der Gerichtshof weiterhin zwischen nicht friedlichem Fehlverhalten, das unter die Versammlungsfreiheit fällt, und gewaltsamen Protesten, die durch das Strafgesetzbuch sanktioniert werden. Zögernd erkannte es zivilen Ungehorsam als strafmildernden Umstand an und wandte sich gegen eine zu weite Auslegung des Nötigungs- und Gewaltbegriffs.⁵⁹ Diese Urteile können als zaghafte Schritte weg von der »Subjektivierung« oder Essentialisierung von Gewalt – und Gewaltlosigkeit – und auch der Staatsgewalt hin zur Betonung des reflexiven Charakters von Streitmethoden im magischen Dreieck von Republik, Demokratie und Rechtsstaat gelesen werden. Eine solche Reflexivität dämpft einerseits die legitime Gewalt, die von öffentlichen Agenturen monopolisiert wird, und verbindet sie mit – und vertraut – andererseits der Macht einer demokratischen Gesellschaft, sich selbst zu hinterfragen, mit verschiedenen Regierungsformen zu experimentieren und eine Debatte über die Grenzen der Gewalt zu führen. Reflexivität öffnet auch ehemals privatrechtlich ausgegrenzte Bereiche, wie Terminals von Flughäfen und Bahnhöfen, als öffentliche Foren für Protest.⁶⁰

Nicht-Identifikation erfasst nicht nur Streitgegenstände und Konfliktmittel, sondern bezieht sich auch auf Streitparteien und -verhältnisse: Trotz ihrer mangelnden Popularität als politische Extremist:innen, Corona-»Querdenkende«, Erzähler:innen von Verschwörungstheorien und dergleichen verlieren sie dennoch nicht ihren Status als Bürger:innen und Rechtspersonen, und zwar unabhängig von ihrer disruptiven Meinung und ihren absurden oder überzogenen Protesten.⁶¹ Nicht-Identifikation verbietet es einerseits, sie von Staatswegen als »Verfassungsfeinde« zu stigmatisieren – und damit ihre Verbannung aus der Öffentlichkeit zu normalisieren; Gerichten und Behörden sind andererseits nicht die Hände gebunden, diejenigen zu verfolgen, die die Beziehungen der Gleichberechtigung durch kriminelle Handlungen verletzt haben. Schwere Pflicht- oder Rechtsverletzungen können nicht mit Rekurs auf ein vermeintliches Sonderrecht zur (politischen) Selbsthilfe legitimiert werden. Allerdings verbleibt die Entscheidung, ob und wie zu bestrafen ist, im demokratischen Streit. Diesem

58 BVerfGE 7, 198; 69, 315/343.

59 BVerfGE 73, 206/248 und 92, 1/16 ff. und BGHSt 23, 46 (Laepple); dazu Akbarian, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*.

60 Vorbildlich das Fraport-Urteil des Verfassungsgerichts: Urteil v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 (BVerfGE 128, 226 ff.). Vgl. auch BVerwGE 113, 208 zur Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform; und das VersFG Berlin v. 23.02.2021 (GVBl. S. 180).

61 Günther, *Personenbegriff*.

scheint nach letztem Meinungsstand in zahlreichen Demokratien vorerst die Möglichkeit entzogen worden zu sein, Grundrechte verwirken zu können oder etwa das Wahlrecht in Haftanstalten auszusetzen.

Was bringen diese Integrationsangebote? Zunächst eine realistischere Einschätzung der (Neben-)Rolle von Verfassungen. Der Realismus zeigt sich in der Anerkennung des konflikthaften Charakters von Gesellschaften und in der Identifizierung einiger Bedingungen für integrative Streitbeilegung. Es ist wohl auch realistisch (oder pragmatisch?) anzunehmen, dass trennende, disruptive Konflikte auf verfassungsrechtlicher Ebene etwa mit der Installierung einer »objektiven Wertordnung«⁶² weder endgültig noch ohne erhebliche Restrisiken ausgetragen werden können. Allerdings: Verfassungen von der Etablierung einer Wertordnung und konsensbildenden Funktion, kurz: von einem top-down Integrationsmanagement, zu entlasten, befreit sie von überzogenen Integrationsforderungen und reduziert sie zugleich auf ein differenziertes und reflexives Integrationsschema, auf Angebote, die sich auf immer schon umstrittene, nicht unbedingt nur teilbare Streitgegenstände, wohl aber bestimmte Methoden und Streitverhältnisse konzentrieren. Dieser Ansatz greift die Selbsterklärung und Selbstinstitution von Gesellschaften als »republikanisch« und/oder »demokratisch« auf und macht die Bürgerschaft für die Aufrechterhaltung einer Konfliktkultur mitverantwortlich.

V. Epilog

Was würde Tocqueville im heutigen »Land of the Free« sehen? Ist seine Integrationsformel – inhaltlicher Konsens plus »Gewohnheiten des Herzens und des Verstandes« plus staatliche Eingriffe – aufgegangen? Könnte er sich nochmals auf die Reise machen, würde er eine Gesellschaft vorfinden, die zutiefst gespalten ist. Ein bedeutender Teil der Bevölkerung wählt nach Rassemerkmalen und befürwortet die Vorherrschaft der Weißen.⁶³ Fast eine Mehrheit hat keine Bedenken gegen den berühmten »Sturm auf das Kapitol«. Eine radikale weiße Minderheit kidnappt seit Jahren den Senat, um den demokratischen Prozess zu lähmen, so er denn nicht ihre ohnehin privilegierten Interessen in Schutz nimmt.⁶⁴ Viele schlagen die bescheidenen Bürgerrechtsgewinne der 1960er und 1970er Jahre in den Wind. Niemand stellt das hoffnungslos antiquierte Wahlsystem und das grotes-

62 Vom BVerfG erstmals »erkannt« in der Lüth-Entscheidung: BVerfGE 7, 198; später dann revidiert und zu objektivrechtlichen Gehalten der Grundrechte »umgebildet«.

63 Flint, *Spaces of Hate*; Anderson, *White Rage*.

64 Jentleson, *Kill Switch*.

ke Ungleichgewicht der staatlichen Repräsentation ernsthaft infrage. Fast fünfzig Prozent der US-Amerikaner sagen, sie hätten Bedenken gegenüber ihren Landsleuten und staatlichen Behörden.⁶⁵ Und die Unterschicht kann sich auf ein unvoreingenommenes und gerechtes Eingreifen der Behörden nicht verlassen. Und die Verfassung? Ihre Deutung durch den Supreme Court hat ganz offensichtlich kein Gespür für die Grundlagen sozialerer Integration; in modifizierender Anlehnung an Madison: Die Interpreten der Verfassung scheinen das Volk aus den Augen verloren zu haben.⁶⁶

So können weder Vertrauen noch ein Wertekonsens noch gemeinschaftliche »Gewohnheiten des Herzens« beschworen werden.⁶⁷ Integration durch Konflikt könnte ein neuer Anfang sein, wenn es nicht bei dem – in jeder Cash-Transaktion wiederholten – *trust in God* bleiben soll. Als ein letzter Ausweg? Gewiss kein einfacher Ausweg, weil grundlegende Konfliktregeln beachtet werden müssen (einige davon in Wahlgesetzen niedergelegt, die gerade fieberhaft zum Nachteil der Minderheiten revidiert werden).⁶⁸ Selbst wenn die Konfliktregeln angefochten werden, müssten die Teilnehmenden darauf vertrauen, dass sie gewahrt werden. In der »society of inequality« scheint das allzu riskant zu sein. Und für die Zukunft bleibt abzuwarten, ob die amerikanische Gesellschaft die politische Energie, das Quantum an Energie, Einsicht und Toleranz aufbringen wird, um eine reflexive Wende einzuschlagen. Tocqueville vertrauen? Derzeit lieber nicht.

Literatur

- Akbarian, Samira, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, Tübingen. 2023.
 Anderson, Carol, *White Rage. The Unspoken Truth of Our Racial Divide*, London. 2017.
 – *The Second. Race and Guns in a Fatally Unequal America*, London. 2021.
 Arendt, Hannah, »On Violence«, in: dies., *Crises of the Republic*, New York. 1969, S. 103–184.
 Associated Press-NORC Center for Public Affairs Research, »Divided America: Perceptions of What Unites and Divides the Country«, in: AP-NORC, <https://apnorc.org/projects/divided-america-perceptions-of-what-unites-and-divides-the-country/> [18.4.2023].
 Baier, Annette, »Trust and Antitrust«, *Ethics*, Jg. 96, H. 2 (1986), S. 231–260.
 – »Vertrauen und seine Grenzen«, in: Hartmann, Martin/Offe, Claus (Hg.), *Vertrauen. Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*, Frankfurt am Main/New York. 2001, S. 37–84.

65 Rainie u. a., »Trust and Distrust«.

66 Madison, »Federalist Papers No. 46«: »The adversaries of the Constitution seem to have lost sight of the people [...]«.

67 Rainie u. a., »Trust and Distrust«.

68 SZ/dpa/olk1, »Biden droht mit Änderung der Regeln im Senat«.

- Balaneskovic, Kristina, »Autonomie im Algorithmus? – Klaus Günther zur Frage der Krise des Normvertrauens«, in: *Normative Orders*, Forschungszentrum der Goethe-Universität Frankfurt am Main. 2020, <https://www.normativeorders.net/en/news/current-topics/7745-autonomie-im-algorithmus-klaus-guenther-zur-frage-der-krise-des-normvertrauens/> [6.6.2023].
- Blake, William, »Auguries of Innocence«, in: *Poetry Foundation*, <https://www.poetryfoundation.org/poems/43650/auguries-of-innocence> [18.4.2023].
- Boehm, Omri, *Radikaler Universalismus. Jenseits von Identität*, Berlin. 2022.
- Brecht, Bertolt, *Die Gedichte in einem Band*, Frankfurt am Main. 1981.
- Brink, Josef/Keller, Rainer, »Politische Freiheit und strafrechtlicher Gewaltbegriff«, *Kritische Justiz*, Jg. 16, H. 2 (1983), S. 107–126.
- Bung, Jochen, »Angstverfassungen«, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Jg. 70, H. 3 (2022), S. 430–444.
- Burleigh, Michael, *The Racial State: Germany 1933–1945*, Cambridge. 1991.
- Butter, Michael, »Nichts ist, wie es scheint«. *Über Verschwörungstheorien*, Berlin. 2018.
- Castoriadis, Cornelius, *Gesellschaft als imaginäre Institution*, Frankfurt am Main. 1990.
- Chacar, Henriette, »Israel's Knesset Passes Law Barring Palestinian Spouses«, in: Reuters, 10.3.2022, <https://www.reuters.com/world/middle-east/israels-knesset-passes-law-barring-palestinian-spouses-2022-03-10/> [15.9.2022].
- Coser, Lewis A., *The Functions of Social Conflict*, Milton Park. 1998.
- Dahrendorf, Ralf, *Soziale Klassen und Klassenkonflikt in der industriellen Gesellschaft*, Stuttgart. 1957.
- Dörre, Klaus, »Kontrollverluste, Autoritarismus und Extremismus in der Großen Transformation«, in: Frankenberg, Günter/Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main/New York. 2022, S. 215–249.
- Dubiel, Helmut, *Ungewißheit und Politik*, Frankfurt am Main. 1994.
- Dunbar-Ortiz, Roxanne, *An Indigenous Peoples' History of the United States*, Boston. 2014.
- Endreß, Martin, *Vertrauen und Misstrauen – Soziologische Überlegungen*, Wiesbaden. 2012.
- Flint, Colin, *Spaces of Hate. Geographies of Discrimination and Intolerance in the U.S.A.*, Milton Park. 2004.
- Frankenberg, Günter, »Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie«, *Juristenzeitung*, Jg. 39, H. 6 (1984), S. 266–275.
- »Passive Resistenz ist keine Nötigung. Untergerichte wider die herrschende Rechtsprechung zu § 240 StGB«, *Kritische Justiz*, Jg. 18, H. 3 (1985), S. 301–324.
 - »Why Care? – The Trouble with Social Rights«, *Cardozo Law Review*, Jg. 17, H. 4/5 (1996), S. 1365–1390.
 - »Tocqueville's Question. The Role of a Constitution in the Process of Integration«, *Ratio Juris*, Jg. 13, H. 1 (2000), S. 1–30.
 - »Tocquevilles Frage – Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration«, in: ders., *Autorität und Integration: Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt am Main. 2003, S. 136–170.
 - *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*, Berlin. 2020.
 - »Negative Globalität der Angst«, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Jg. 70, H. 3 (2022), S. 457–473.

- Frankenberg, Günter/Heitmeyer, Wilhelm, »Autoritäre Entwicklungen. Bedrohungen pluralistischer Gesellschaften und moderner Demokratien in Zeiten der Krisen«, in: dies. (Hg.), *Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main/New York. 2022, S. 15–86.
- Galtung, Johan, »Violence, Peace and Peace Research«, *Journal of Peace Research*, Jg. 6, H. 3 (1969), S. 167–191.
- Gauchet, Marcel, »Tocqueville, Amerika und wir«, in: Rödel, Ulrich (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt am Main. 1990, S. 123–206.
- »Die totalitäre Erfahrung und das Denken des Politischen«, in: Rödel, Ulrich (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt am Main. 1990, S. 207–238.
- Gruenbaum, Ellen, *The Female Circumcision Controversy. An Anthropological Perspective*, Philadelphia. 2001.
- Günther, Klaus, »Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts?«, in: Brunkhorst, Hauke/Niesen, Peter (Hg.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main. 1999, S. 83–104.
- »Zwang und Vertrauen im Konflikt«, Frankfurt am Main. 2022 (unveröffentlichtes Manuskript).
- »Selbstbehauptung ohne Selbstbestimmung«, in: Frankenberg, Günter/Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main/New York. 2022, S. 159–195.
- Gusy, Christoph, *Weimar – die wehrlose Republik?*, Tübingen. 1991.
- Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Frankfurt am Main. 1990.
- *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, Berlin. 2022.
- Hartmann, Martin, *Die Praxis des Vertrauens*, Berlin. 2011.
- Hartmann, Martin/Offe, Claus (Hg.), *Vertrauen. Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*, Frankfurt am Main/New York. 2001.
- Herzog, Lisa, »Persönliches Vertrauen, Rechtsvertrauen, Systemvertrauen«, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Jg. 61, H. 4 (2013), S. 529–548.
- Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Was treibt die Gesellschaft auseinander?*, Frankfurt am Main. 1997.
- *Was hält die Gesellschaft zusammen?*, Frankfurt am Main. 1997.
- *Autoritäre Versuchungen. Signaturen der Bedrohung I*, Berlin. 2018.
- Hirschman, Albert O., »Wieviel Gemeinsinn braucht die liberale Gesellschaft?«, *Leviathan*, Jg. 22, H. 2 (1994), S. 293–304.
- Jhering, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht* [1872], Wien. 1992.
- Jentleson, Adam, *Kill Switch: The Rise of the Modern Senate and the Crippling of American Democracy*, New York. 2021.
- Kantorowicz, Ernst, *Die zwei Körper des Königs*, München. 1990.
- Krishnamurti, Jiddu, »Truth is a Pathless Land«, in: *J. Krishnamurti Online*, Rede v. 3.8.1929, <https://jkrishnamurti.org/about-dissolution-speech> [18.4.2023].
- Lefort, Claude, »Die Frage der Demokratie«, in: Rödel, Ulrich (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt am Main 1990, S. 281–297.
- Lehner, Franz, »The Political Economy of Distributive Conflict«, in: ders./Castles, Francis G./Schmidt, Manfred G. (Hg.), *The Future of Party Government*, Bd. 3: *Managing Mixed Economies*, Berlin/New York. 1988, S. 54–96.
- Lepore, Jill, *These Truths. A History of the United States*, New York. 2018.
- Lévinas, Emmanuel, *Totalité et Infini*, Leiden. 1961.

- Luhmann, Niklas, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 5. Aufl., Konstanz. 2014.
- »Konflikt und Recht«, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main. 1981, S. 91–112.
- Madison, James, »The Federalist No. 46«, in: ders. u. a., *The Federalist Papers* [1788], Ann Arbor, Michigan. 2014.
- Mounk, Yascha, »Cancel-Culture: Kollektive Zensur«, *Zeit Online*, 17.8.2020, <https://www.zeit.de/2020/34/cancel-culture-zensur-usa-meinungsfreiheit-debattenkultur> [18.4.2023].
- Oevermann, Ulrich, »Krise und Routine« als analytisches Paradigma in den Sozialwissenschaften«, in: Becker-Lenz, Roland/Franzmann, Andreas/Janse, Axel/Jung, Matthias (Hg.), *Die Methodenschule der Objektiven Hermeneutik. Eine Bestandsaufnahme*, Wiesbaden. 2016, S. 43–114.
- Offe, Claus, »Wie können wir unseren Mitbürgern vertrauen?«, in: ders./Hartmann, Martin (Hg.), *Vertrauen. Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*, Frankfurt am Main/New York. 2001, S. 241–294.
- Olson, Mancur, *The Rise and Decline of Nations. Economic Growth, Stagflation and Social Rigidities*, New Haven. 1982.
- Ostler, Jeffrey, *Surviving Genocide: Native Nations and the United States from the American Revolution to Bleeding Kansas*, New Haven. 2019.
- Pilarczyk, Hannah, »Debatte über Cancel Culture. Viele Gräben, viele Kämpfe«, *Der Spiegel*, 2.8.2020, <https://www.spiegel.de/kultur/cancel-culture-viele-graeben-viele-kaempfe-essay-a-60615caf-c115-467e-a2e3-3e3e7bdca606> [18.4.2023].
- Popper, Karl, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde I* [1945], 7. Aufl., Tübingen. 1992.
- Putnam, Robert, *Making Democracy Work*, Princeton. 1994.
- Rainie, Lee u. a., »Trust and Distrust in America«, in: *Pew Research Center*, 22.7.2019, <https://www.pewresearch.org/politics/2019/07/22/trust-and-distrust-in-america/> [27.9.2022].
- Robotham, Don, »Pluralism as an Ideology«, *Social and Economic Studies*, Jg. 29, H. 1 (1980), S. 69–89.
- Rödel, Ulrich/Frankenber, Günter/Dubiel, Helmut, *Die demokratische Frage*, Frankfurt am Main. 1989.
- Schmitt, Carl, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* [1923], 10. Aufl., Berlin. 2017.
- *Der Begriff des Politischen*, Berlin. 1932.
- Simmel, Georg, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Frankfurt am Main. 1992.
- Spivak, Gayatri Chakravorty, *Can the Subaltern Speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation*, Wien/Berlin. 2007.
- Stegemann, Bernd, »Linke Identitätspolitik als Treiber autoritärer Entwicklungen«, in: Frankenber, Günter/Heitmeyer, Wilhelm (Hg.), *Treiber des Autoritären. Pfade von Entwicklungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main/New York. 2022, S. 345–362.
- SZ/dpa/olkl, »Biden droht mit Änderung der Regeln im Senat«, *Süddeutsche Zeitung*, 12.1.2022, <https://www.sueddeutsche.de/politik/biden-filibuster-republikaner-1.5505599> [11.5.2023].
- Sztompka, Piotr, »Vertrauen: Die fehlende Ressource in der postkommunistischen Gesellschaft«, in: Nedelmann, Birgitta (Hg.), *Politische Institutionen im Wandel*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 35, Opladen. 1995. S. 254–278.

-
- Tocqueville, Alexis de, *Über die Demokratie in Amerika*, hrsg. v. Jacob P. Mayer, Ditzingen. 2021.
- Warren, Mark E. (Hg.), *Democracy and Trust*, Cambridge. 1999.
- Weber, Max, »Politics as a Vocation« [1918], in: ders., *From Max Weber: Essays in Sociology*, New York. 1949, S. 77–128.
- Weiss, Nichola u. a., »A Brief History of the Equal Rights Amendment from 1923 to Present«, *ERA University*, <https://erauniversity.com/blogs/a-brief-history-of-the-equal-rights-amendment/> [8.5.2023].
- WHO, *Global Status Report on Violence Prevention 2014*, Genf. 2014, <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564793/> [12.5.2023].

Integration durch Recht? Erfolge und Grenzen der rechtlichen Gemeinschaftsbildung in der Europäischen Union

Daniel Thym

Abstract

Die Europäische Union wird häufig als »Rechtsgemeinschaft« bezeichnet, um die zentrale Stellung des Rechts für den Einigungsprozess zu beschreiben. Das trifft insofern zu, als der rechtliche Zusammenhalt bis heute weitaus stärker ausgeprägt ist als die politische Integration und die bürgerschaftliche Legitimationsbasis. Ein Missverständnis wäre es jedoch, wenn man die Tradition der rechtsbasierten Integration so verstünde, dass die Rechtsgemeinschaft ihre Grundlagen selber sichert. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und die Kommission waren auch deshalb erfolgreich, weil ihre Tätigkeit von einer prinzipiellen politischen Unterstützung getragen war. Hieraus folgt zugleich, dass die klassischen Instrumente der Rechtsintegration keine institutionelle Blaupause bereitstellen, wie die EU ihren Zusammenhalt in Zeiten garantiert, in denen europäische Entscheidungen anders als früher das Leben der Menschen sichtbar beeinflussen und insofern politisch salient sind. Der gescheiterte Verfassungsvertrag zeigt ebenso wie die Grundrechtejudikatur, dass ein europäischer Verfassungspatriotismus mehr verlangt als Gerichtsurteile. Notwendig ist eine identifikatorische Verankerung, die das europäische Recht bisher nur teilweise besitzt. Insofern ist es kein Zufall, dass die zentralen Reformschritte der letzten Jahre zwar mittels Rechtsakten umgesetzt, vom EuGH nicht jedoch maßgeblich angestoßen wurden.

Keywords: Europäische Union; Rechtsgemeinschaft; Integration durch Recht; Europäischer Verfassungsvertrag; Zusammenhalt

In einem Buch mit dem programmatischen Titel »Der unvollendete Bundesstaat« beschreibt der erste Präsident der EU-Kommission, Walter Hallstein, mit pathetischen Worten das Wesen der heutigen Europäischen Union:

»Die Gemeinschaft ist eine Schöpfung des Rechts. Das ist das entscheidend Neue [...]. Nicht Gewalt, nicht Unterwerfung ist als Mittel eingesetzt, sondern eine geistige, eine kulturelle Kraft, das Recht. Die Majestät des Rechts soll schaffen, was Blut und Eisen in Jahrhunderten nicht vermochten.«¹

Dass heute, anders als im berühmten Bismarck-Zitat, nicht mehr »Blut und Eisen« die großen Fragen entscheiden, fasste Hallstein an anderer Stelle in ein einziges Wort: »Rechtsgemeinschaft«.² Das Zitat und der Begriff sind weitaus mehr als der selbstreferenzielle Fokus des früheren Frankfurter Juraprofessors Hallstein auf seine Heimatdisziplin. Für die europäische Integration war das Recht immer ein bevorzugtes Einigungsinstrument. Seine Rolle war und ist hierbei eine doppelte. Zum einen geht es um die technischen Aspekte juridischer Kooperationsformen. Dabei bleibt es jedoch nicht. Zum anderen besitzen Recht und Verfassung, nicht nur auf EU-Ebene, einen überschießenden Anspruch. Das technische Recht dient einer »Gemeinschaft«, die in der Hallstein'schen Begriffsprägung – ähnlich wie heutzutage der »Zusammenhalt« – eine positiv konnotierte Chiffre darstellt, die den theoretischen Unterschied zwischen »Gesellschaft« und »Gemeinschaft« nicht weiter reflektiert.

Diese überschießende Zielsetzung betraf zu Hallsteins Zeiten zuvorderst die Friedensstiftung nach zwei Weltkriegen. Man beabsichtigte – in den Worten der Präambel des Grundgesetzes – »in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen«. Hinzu kam der wirtschaftliche Wohlstand, der für den kriegszerstörten Kontinent jenseits aller praktischen Vorteile immer auch ein Zukunftsversprechen beinhaltete, das wir in der postmodernen Gegenwart schwer nachvollziehen können. Die Gestaltformen der europäischen Einigung wurzeln im Fortschrittsglauben der Hochmoderne mit ihrem Fokus auf technokratische Planung, durch die EU-Kommission, und technische Innovation, exemplarisch in der Atomgemeinschaft.³

Heutzutage ist im öffentlichen Diskurs der Begriff der »Wertegemeinschaft« anstelle der »Rechtsgemeinschaft« en vogue. Man denke an die Auseinandersetzungen um die Rechtsstaatlichkeit in Ungarn und Polen sowie den Umgang mit Migranten und Flüchtlingen an den Außengrenzen. Diese veränderte Terminologie ist zuerst einmal eine sprachliche Verschiebung, die auch darauf

1 Hallstein, *Bundesstaat*, S. 33.

2 Ebd. S. 48.

3 Hierzu Hänseroth, »Technischer Fortschritt«, S. 267–288.

reagiert, dass die »Rechtsgemeinschaft«, ähnlich wie der »Rechtsstaat« (*rule of law, état de droit*), in anderen Sprachen als dem Deutschen häufig formal-juristisch verstanden wird. Bei den »Werten« ist dies anders. Sie transportieren einen verfassungsrechtlichen Gestaltungsanspruch, den die heutige EU erst im Laufe der Zeit entwickelte. Was auf den ersten Blick wie eine konsequente Fortführung des ursprünglichen Ansatzes erscheinen mag, verweist bei näherer Betrachtung auf einen Systemwandel, der die Fragilität des Einigungswerkes erklären hilft.

I. Recht als technisches Steuerungsinstrument

Walter Hallstein verband in seiner Person den doppelten Anspruch von Technizität und Gestaltung. Der frühere Juraprofessor und spätere Staatssekretär im Auswärtigen Amt leitete die deutsche Delegation bei den Verhandlungen über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, bevor er 1958 zum ersten Präsidenten der Kommission für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft ernannt wurde. Qua Biografie und Amt stand Hallstein damit für die überschießende Teleologie von Frieden, Wohlstand und Werten sowie für die technischen Einzelheiten einer Gesetzgebung, mittels derer die Ambitionen verwirklicht werden sollten.

1. Dualer Charakter der Supranationalität

Wie fragil das Integrationsprojekt in den Anfangsjahren war, erfuhr Hallstein als Kommissionspräsident leidvoll. Nicht der polnische Rechtsstaat oder Streitigkeiten um die Migration gefährdeten damals den Zusammenhalt. Nein, es war Charles de Gaulle, der mit seiner Politik des leeren Stuhls die institutionelle Entscheidungsfindung lahmlegte. Alle Mitgliedstaaten leisteten später gemeinsam hartnäckig Widerstand, als die Kommission eigene Finanzmittel anstrebte und ambitionierte Vorhaben für eine gemeinsame Sozial- und Verkehrspolitik vorlegte. Hallsteins Verzicht auf eine erneute Kandidatur war insofern auch der Ausdruck eines partiellen Scheiterns.⁴ Der spätere Erfolg des Gemeinschaftsprojekts verdeckt leicht, welche Rückschritte die Brüsseler Exekutive einstecken musste.

Es ist dies weitaus mehr als eine historische Episode. Der Kontext lässt das emphatische Hallstein-Zitat über eine »geistige, kulturelle Kraft, das Recht«

4 Näher Ludlow, »Supranational Icarus?«, S. 34–54.

in einem anderen Licht erscheinen. Hallstein wusste sehr genau, dass zwar nicht Blut und Eisen, wohl jedoch heftiges politisches Ringen dazugehörten, das Recht allein also nicht ausreicht. Die »Rechtsgemeinschaft« leugnete nicht, dass die Grundsatzentscheidungen von den nationalen Regierungen mitgetragen werden mussten – und war doch mehr als ein deskriptiver Verweis auf das Ergebnis der politischen Verhandlungen. Die Rechtsintegration verkörpert eine Strategie, wonach die Kommission gemeinsam mit dem Gerichtshof und einer transnationalen Elite über den Umweg des Rechts zu erreichen suchte, was politisch unmittelbar nicht durchzusetzen war.⁵ Recht hing von politischen Entscheidungen ab und überschritt diese in seinem technischen Eigenstand zugleich.

Einer der einflussreichsten Artikel der Europarechtswissenschaft ist der Beitrag »The Transformation of Europe« von Joseph Weiler aus dem Jahr 1990. Darin zeigt Weiler, dass die Supranationalität einen dualen Charakter besitzt, weil sie eine quasi-föderale Rechtsintegration mit einer konsensbasierten politischen Entscheidungsfindung verbindet. Diese Doppelköpfigkeit erkläre den Integrationserfolg.⁶ Im Diskurs über die Rechtsintegration wird dieser duale Charakter häufig ausgeblendet. Das Recht scheint einen Eigenstand zu besitzen, der anderweitige Kampfplätze verdeckt. Ein solch einseitiger Fokus übersieht, dass eine Rechtsgemeinschaft sich – ebenso wie ein Verfassungspatriotismus – nicht am eigenen Schopfe aus dem Sumpf ziehen kann. Die Verwirklichung überschießender Zielsetzungen, die in der Sprache des Rechts formuliert werden, lebt von Voraussetzungen, die das Recht beeinflusst, nicht jedoch gewährleisten kann. Diese Einsicht mag für Nichtjuristen banal sein, führt uns jedoch zum Kern der Debatte.

2. Erfolge einer »Integration durch Recht«

In den 1980er Jahren ging vom Europäischen Hochschulinstitut in Florenz eine wissenschaftliche Bewegung aus, die sich der »Integration durch Recht« (*Integration through Law*) verschrieb. In der Sache war der Anspruch vorrangig analytisch: Es ging um die Rolle des Rechts (und dessen Grenzen), ausgehend von einem Vergleich des europäischen Einigungswerks mit der klassischen Bundesstaatlichkeit.⁷ Dennoch schwingt im Titel eine programmatische Stoßrichtung mit, die

⁵ Siehe auch Bogdandy, »Rechtsgemeinschaft«, S. 488–490.

⁶ Siehe Weiler, »Transformation of Europe«, S. 2403–2483.

⁷ Siehe Cappelletti/Secombe/Weiler, »Federal Experience«, S. 3–68; und Azoulay, »Integration Through Law«, S. 449–463.

gerade in der deutschen Rechtswissenschaft verbreitet war und ist. Das Recht erscheint als eigenständiges Integrationsinstrument und die Gerichte als »Motor der Integration«.

Dieser Ehrentitel, den die Kritik als sarkastische Schmähung verwendet, wird kontextabhängig sowohl der EU-Kommission als auch dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zugebilligt. Aus einer analytischen Perspektive ist er durchaus berechtigt. Die Kommission besitzt mittels des politischen Agenda-Settings und aufgrund ihrer technokratischen Expertise eine Schlüsselrolle, die dadurch verstärkt wird, dass sie renitente Mitgliedstaaten vor dem EuGH verklagen kann. Letzterer war jedoch weitaus mehr als Erfüllungsgehilfe der Kommission. Seine Rechtsprechung stellt sicher, dass das Europarecht im Alltag beachtet wird. Selbst die Politikwissenschaft, die das Recht häufig ignoriert, weil sie es als Instrument anderweitiger Interessen wahrnimmt, betont seit Längerem die Schlüsselstellung des Gerichtshofs.⁸

Im Kern gründet der Erfolg der Luxemburger Rechtsprechung darauf, die Gründungsverträge »[z]um Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen« als »eine eigene Rechtsordnung«⁹ konzipiert zu haben, die durch eine ganze Reihe von Charaktereigenschaften geprägt sind, die dem Europarecht zum Durchbruch verhelfen. Eine Schlüsselrolle nimmt der Vorrang des europäischen vor dem nationalen Recht ein, der bis heute in den Verträgen nicht ausdrücklich niedergelegt ist, seit 1964 jedoch die Rechtsprechung prägt. Praktisch relevant wird der Vorrang vor allem dadurch, dass Einzelpersonen sich vor innerstaatlichen Gerichten unmittelbar auf das Unionsrecht berufen können und dieses damit dezentral durchsetzen. Alle nationalen Gerichte können im Wege der Vorabentscheidung direkt mit dem EuGH kommunizieren und dabei die innerstaatliche Gerichtshierarchie unterlaufen. So beruht das bahnbrechende Urteil zum Vorrang des EU-Rechts auf der Vorlage eines lokalen Mailänder Gerichts, das sich, unter aktiver Beteiligung monarchistischer Regierungskritiker, über ein früheres Urteil des Verfassungsgerichtshofs hinwegsetzte.¹⁰ Von den beinahe dreitausend Vorlagen deutscher Gerichte stammen zwei Drittel von Instanzgerichten.¹¹

Der Vorrang und die unmittelbare Anwendung sind nur die prominentesten Beispiele einer ganzen Palette an Rechtsinstituten, mittels derer der Gerichtshof dem Europarecht zum Durchbruch verhilft. All diese Rechtsinstitute werden in den universitären Pflichtvorlesungen zum Europarecht gelehrt. Sie erklären den

8 Siehe nur Alter, *Political Power*.

9 EuGH, *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251.

10 Zum Kontext Arena, »Stromrechnung«, S. 527–550.

11 Siehe Europäischer Gerichtshof, *Jahresbericht 2021*, S. 264–266.

Erfolg der Rechtsgemeinschaft, weil auf ihrer Grundlage Privatpersonen und Unternehmen über nationale Gerichte gemeinsam mit EuGH und Kommission das Unionsrecht durchsetzen. Das Europarecht mutierte vor dem EuGH vom zwischenstaatlichen Völkerrecht zu einer quasi-föderalen Rechtsordnung, die in rechtlicher Hinsicht nicht viel anders funktioniert als diejenige der Bundesrepublik oder der USA.

Eines der berühmtesten Zitate zum EuGH stammt vom amerikanischen Juraprofessor Eric Stein, der als böhmischer Jude kurz vor dem Ausbruch des Zweiten Weltkriegs nach Michigan emigriert war: »Verborgen im ›Märchenland‹ eines Großherzogtums formte der Gerichtshof, gesegnet durch gnädige Vernachlässigung durch die Mächtigen und Massenmedien, den Verfassungsrahmen für ein föderatives Gebilde.«¹² Diese Beschreibung verweist auf das Element des Umweges, den Walter Hallstein und andere ganz bewusst beschritten hatten. Die zeitliche Nähe der Leitentscheidungen zur unmittelbaren Anwendung und dem Vorang sowie der Politik des leeren Stuhls sind kein Zufall. Die Kommission und eine transnationale Elite entwickelten mit dem Luxemburger Gerichtshof eine Rechtsgemeinschaft, deren Erfolg sich partiell von der Politik löste.¹³

Diese Erfolgsgeschichte supranationaler Rechtsintegration wird bis heute fortgeschrieben – Tag für Tag in deutschen Amtsstuben. Fragen Sie einmal eine Verwaltungsrichterin, was sie so macht: »Richtlinien zum Verbraucherschutz oder Umweltrecht auslegen und anwenden«, wird eine ihrer Antworten sein. Europarecht lebt und gedeiht in denjenigen Rechtsbereichen, die im weiteren Sinn mit der wirtschaftlichen Integration im Binnenmarkt zusammenhängen. Hierbei geht es nicht nur um die effektive Durchsetzung politischer Entscheidungen, wenn nationale Gerichte diejenigen Richtlinien durchsetzen, auf die sich Ministerrat und Europäisches Parlament zuvor geeinigt hatten. Der Gerichtshof entwickelt neue Ideen.

Besonders dynamisch war die Rechtsprechung zu den sogenannten Grundfreiheiten: dem freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Diese baute der Gerichtshof in einer Serie von dynamischen Urteilen zu grundrechtsgleichen Rechten aus, die den politischen Stillstand überwinden halfen, der in den 1970er Jahren in Brüssel herrschte, als die Boomjahre des Wirtschaftswunders endeten. Der Clou der Grundfreiheiten bestand darin, dass diese auch Bereiche erfassen, für die bisher keine europäische Gesetzgebung existiert. Kommission und Unternehmen nutzten den Gerichtshof, um mittels Vertragsverletzungsverfahren und Vorlagen durch innerstaatliche Gerichte allfällige Hürden für den innereuropäischen Handel anzugreifen. Auf diesem Wege entstand

12 Stein, »Transnational Constitution«, S. 1 (eigene Übersetzung).

13 Näher Vauchez, *Brokering Europe*; und Boerger/Rasmussen, »Transforming European Law«, S. 199–225.

in immer mehr Wirtschaftssektoren ein Liberalisierungsdruck, auf den die Politik mit dem Binnenmarktprogramm reagierte. Urteile schufen den Bedarf nach einer Harmonisierung im Sinn eines funktionalistischen *Spillovers*.¹⁴

In der Gegenwart zeigt sich eine ganz ähnliche Entwicklung im Bereich der Rechtsstaatlichkeit. In einer ganzen Reihe von dynamischen Urteilen verlieh der Gerichtshof dem abstrakten Verweis auf die »Werte« des Artikels 2 des EU-Vertrags plötzlich eine rechtspraktische Bedeutung, die noch vor wenigen Jahren kaum jemand für möglich gehalten hätte.¹⁵ Erneut erweist sich die Rechtsprechung in einem Bereich als zentral, wenn die politischen Entscheidungsprozesse nur partielle Ergebnisse liefern.

3. Prinzipielle politische Unterstützung

Das Beispiel der Politik des leeren Stuhls, die Walter Hallstein frustrierte, war insofern atypisch, als es suggeriert, dass die Rechtsintegration klammheimlich gegen den Willen oder sogar gegen den offenen Widerstand der nationalen Regierungen durchgesetzt wurde. Dem war nicht so. Alle wichtigen Integrations-schritte wurden von einer prinzipiellen Zustimmung der Mitgliedstaaten getragen. Gewiss gibt es immer auch Spannungen, und Regierungen sind nicht über alle Urteile glücklich, aber die in Deutschland zuletzt von Dieter Grimm popularisierte Vorstellung stimmt nicht, dass die EU-Kommission einer Regierung gleich im »kollusiven« Zusammenwirken mit dem Gerichtshof die Geschicke des Kontinents lenke.¹⁶ Diese Sicht wird dem interdisziplinären Forschungsstand nicht gerecht.

So überspielt das frühere Zitat von der »Erfindung« der Supranationalität durch innovative Gerichtsentscheidungen die politische und verfassungsrechtliche Einbettung. Ganz bewusst hatten nämlich die Gründungsverträge die Lehren aus früheren Fehlschlägen gezogen, die Jean Monnet als intellektuelles Mastermind des Schuman-Plans und früherer Generalsekretär des Völkerbundes miterlebt und -erlitten hatte. Bereits die Bezeichnung »Gemeinschaft« suchte einen sprachlichen Abstand zu »Organisationen«, wie man damals gemeinhin sagte. Die heutige EU verfügt über eigene Hoheitsrechte, deren Übertragung das Grundgesetz ausdrücklich erlaubte.¹⁷ Ein überstaatlicher Gerichtshof, der noch dazu von Einzelpersonen mittelbar angerufen werden kann, war damals

14 Im Überblick Kingreen, »Grundfreiheiten«, S. 705–748.

15 Siehe Schorkopf, »Wertekonstitutionalismus«, S. 477–485.

16 Vgl. Grimm, *Europa*.

17 Art. 24 Abs. 1 GG war 1949 aufgenommen wurden.

ein Novum.¹⁸ So betonte die Bundesregierung in ihrer Denkschrift zu den Römischen Verträgen, dass diese »nicht nur« zwischenstaatliche Pflichten begründen, sondern ein »Gebilde verfassungsrechtlicher Gattung ins Leben« rufen, an das Hoheitsfunktionen »ausgegliedert« werden.¹⁹

Dieser Verweis darauf, dass die Mitgliedstaaten in den Gründungsverträgen in institutioneller Hinsicht ganz bewusst neue Wege beschritten hatten,²⁰ soll in keiner Weise das Element der Innovation verdecken, das die EuGH-Rechtsprechung inhaltlich entfaltete. Vorrang und unmittelbare Anwendung waren keine zwangsläufige Folge der politischen und verfassungsrechtlichen Weichenstellungen. Die Rechtsgeschichte hätte auch anders aussehen können. Allein die Vorstellung stimmt nicht, dass ein Gericht irgendwo hinter den sieben Bergen in Luxemburg die Politik konsequent hinterging. Die Mitgliedstaaten und nationalen Verfassungsgerichte beeinflussten die Debatte und trugen bei allen Zweifeln die Ergebnisse letztlich mit.²¹ In Deutschland etwa intervenierte der Juraprofessor und spätere Bundespräsident, Karl Carstens, als Staatssekretär im Auswärtigen Amt persönlich, um kritische Stellungnahmen der deutschen Prozessvertretung im Verfahren *Costa/ENEL* zu verhindern, das den Vorrang etablierte.²²

Erleichtert wurde die schrittweise Akzeptanz der Luxemburger Rechtsprechung dadurch, dass bahnbrechende Innovationen in den streitgegenständlichen Verfahren häufig keine sofortigen Rechtswirkungen entfalteten. So etablierte das Urteil *Costa/ENEL* den Vorrang, ohne das italienische Gesetz zu kippen, weil dieses inhaltlich mit dem Europarecht übereinstimmte. Andere höchstrichterliche Innovationen sind anfangs allgemein gehalten, sodass Folgeurteile eine Feinjustierung vornehmen können, die ihrerseits auf Kritik reagieren kann.²³ Exemplarisch hierfür steht die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft, die mehrfach zu einer revolutionären Umwälzung ansetzte, die jedoch in späteren Entscheidungen vom EuGH selbst ausgebremst wurde.²⁴ Eine empirische Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass der EuGH in den allermeisten Verfahren den Rechtsüberzeugungen der Mitgliedstaaten folgt.²⁵ Das gilt selbst für die

18 Deutschland und die kleinen Benelux-Staaten hatten darauf bestanden, letztere als Gegengewicht zu den großen Mitgliedstaaten.

19 Bundestags-Drucksache II/3440 v. 4.5.1957, S. 108; siehe auch Ophüls, »Juristische Gedanken«, S. 289–292.

20 Vorläufer waren die supranationalen Verwaltungsunionen des späten 19. Jahrhunderts sowie, als »dunkle Seite«, imperiale Regierungsstrategien für einen Großraum jenseits des Nationalstaats; siehe Thiemeyer, »Volonté Générale«, S. 229–248; und Joerges/Ghaleigh, *Darker Legacies*.

21 Siehe Rasmussen/Sindbjerg Martinsen, »EU Constitutionalisation«, S. 251–272.

22 Siehe Davies, *Resisting*, S. 156–162.

23 Allgemein Stone Sweet, »Court of Justice«, S. 121–153.

24 Im Überblick Kostakopoulou/Thym, *Handbook*.

25 Siehe Carrubba/Gabel, *International Courts*.

wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Binnenmarkts, deren Liberalisierungswirkung sich darauf beschränkte, restriktive Mitgliedstaaten an einem ungefähren Mittelwert auszurichten. So sorgte der Gerichtshof für Einheitlichkeit.²⁶

Noch viel deutlicher als die Luxemburger Judikatur wird die überstaatliche Gesetzgebung von den nationalen Regierungen mitgetragen. Der Europäische Rat ist keine Erfindung der Eurokrise, sondern wurde 1969 eingerichtet, damit die Staats- und Regierungschefs die notwendigen Impulse setzen. Selbst in der Hochzeit der EU-Kommission unter Jacques Delors hing deren Erfolg auch davon ab, dass alle Mitgliedstaaten unter Einschluss Großbritanniens das Binnenmarktprogramm mittrugen. Eben dies ist typisch für den dualen Charakter der Supranationalität. Quasi-föderale Rechtsintegration sowie konsensbasierte Entscheidungsfindung sind zwei Seiten derselben Medaille. Gewiss werden Staaten hin und wieder überstimmt. Grundlegende Weichenstellungen tragen jedoch alle mit.

II. Fragilität überschießender Zielsetzungen

Helmut Kohl wird das Bonmot zugeschrieben, dass das europäische Einigungswerk einem Fahrrad gleiche: Entweder es fährt oder es fällt um. Auch der Integrationsbegriff verweist auf eine ständige Bewegung – ganz im Sinn des Ziels eines »immer engeren Zusammenschlusses« (*ever closer union*), den der EU-Vertrag im Einklang mit dem früheren Vertrag über eine Europäische Wirtschaftsgemeinschaft vorgibt.²⁷ Ein derartiges Selbstverständnis der Bewegung entspricht dem Fortschrittsdenken der Moderne und erinnert uns an die doppelte Funktion, die das Recht für die heutige EU traditionell besitzt. Das Recht umfasst die technischen Einzelheiten der Gesetzgebung ebenso wie die überschießenden Zielsetzungen von Frieden, Wohlstand und Werten. Die Schwierigkeiten der letzten Jahre erklären sich auch dadurch, dass man die künftige Gestaltform (»Finalität«) nicht länger offenlassen kann. Dies führt zu Konflikten, die die technokratische Struktur einer rechtsbasierten Integration herausfordern.

²⁶ Grundlegend Poiares Maduro, *We, the Court*, Kap. 3.

²⁷ Art. 1 Abs. 2 EUV spricht anders als die Präambel des EWG-Vertrags von 1957 von »Union« anstelle von »Zusammenschluss«.

1. Politisierung als Ende des »permissiven Konsenses«

Noch vor einem Jahrzehnt verwechselten deutsche Qualitätsmedien den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg regelmäßig mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Die Abkürzung EuGH war nur Fachleuten geläufig. Heute kommt sie in der Tagesschau sowie in Presseberichten vor. Rechtsfragen wie die Zurückweisung von Flüchtlingen an den europäischen Außengrenzen, EuGH-Urteile zur Unabhängigkeit der polnischen Justiz oder auch die Vertragskonformität der EZB-Anleihekäufe werden europaweit diskutiert. Europa ist im Mainstream angekommen – und damit ändern sich die Rahmenbedingungen für eine gelingende Rechtsintegration. Warum?

Eine Grundannahme der Europaforschung besagt, dass die Erfolge der Anfangsdekaden auf einen »permissiven Konsens« aufbauten. Die Bürger stimmten dem Prozess grundsätzlich zu, interessierten sich aber nicht näher für diesen. Man gewann oder verlor keine Wahlen mit europäischen Themen.²⁸ Die Römischen Verträge waren auch deshalb so erfolgreich, weil sie ein wirkungsvolles Integrationsregime unterhalb der Aufmerksamkeitsschwelle der großen Politik errichteten. Europa hat auf indirektem Wege viel verändert, die Brot-und-Butter-Themen, die die öffentliche Meinung umtreiben, jedoch lange Zeit anderen überlassen. Exemplarisch dafür steht das Vorhaben einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft nebst politischer Union, das 1954 von Frankreich abgelehnt wurde. Die spätere Entscheidung zugunsten von Wirtschaft und Binnenmarkt war eine Ersatzlösung, die auch deshalb funktionierte, weil diese seinerzeit sehr viel weniger beachtet wurde als die »High Politics« von Krieg und Frieden.

Die Organstruktur spiegelt den permissiven Konsens. Ihre Stärke ist der zwischenstaatliche Interessenausgleich im Modus der permanenten Großen Koalition. Politische Debatten werden – ganz ähnlich wie Gerichtsverfahren – mit technokratischen Argumenten geführt und man umgeht öffentlichkeitswirksame Kontroversen.²⁹ Was hat das mit meinem Thema zu tun? Sehr viel, denn die neue Sichtbarkeit bewirkt, dass der permissive Konsens zerbricht. Eurokrise, Migration und Rechtsstaatlichkeit sind saliente Themen, die öffentliche Debatten prägen und nationale Wahlen mitentscheiden. Europäische Politik erreicht die Titelseiten der Zeitungen und Online-Portale nicht mehr nur anlässlich von Sonntagsreden. Der legitime Streit um den Inhalt supranationaler Vorgaben bewirkt schlimmstenfalls einen »constraining dissensus«,³⁰ der aufgrund

²⁸ Grundlegend Scheingold/Lindberg, *Would-Be Polity*.

²⁹ Siehe Dawson/Witte, *Governance*.

³⁰ Begriffsprägend Hooghe/Marks, »Postfunctionalist Theory«, S. 1–23.

politischer Kontroversen die Entscheidungsfindung lahmlegt oder jedenfalls erschwert.

Das änderte sich spätestens mit dem Vertrag von Maastricht, dessen Ratifikation in Frankreich, dem Vereinigten Königreich und Dänemark beinahe scheiterte (in Deutschland hingegen bestand ein politischer Grundkonsens, was ein Grund sein dürfte, warum die Kritik sich in Klagen vor dem Bundesverfassungsgericht artikulierte, das zum mächtigen Gegenspieler des EuGH mutierte³¹). Seither wird die Integration offen politisch herausgefordert. Das ist prinzipiell nichts Schlechtes. Für Entscheidungen, die direkt auf die Lebensumstände der Bürger einwirken, benötigt die EU eine belastbare Legitimationsbasis. Das ist keine Desintegration im Sinn einer zerbrochenen Akzeptanz, sondern die notwendige Folge, wenn die EU heute – anders als früher – über saliente Themen mitentscheidet.

In einer solchen Situation braucht es statt technokratischer Sprache und zwischenstaatlichem Interessenausgleich eine politische Führungsstärke und öffentliche Debattenkultur – zwei Eigenschaften, die die EU-Organe ebenso wenig auszeichnen wie Gerichtsurteile. Es macht einen Unterschied, ob in Brüssel und Luxemburg über die Einfuhrzölle von Formaldehyd entschieden wird, wie es im bahnbrechenden Urteil zur unmittelbaren Anwendung der Fall gewesen war, oder man mit der polnischen Regierung über die Unabhängigkeit der Justiz streitet. Die Vorstellung bleibt eine Illusion, dass die klassischen Instrumente der Rechtsgemeinschaft für derartige Themen ebenso reibungslos funktionieren wie im Binnenmarkt.³²

Insofern ist es kein Zufall, dass der EuGH in der Eurokrise und der Flüchtlingspolitik eine weitgehend passive beziehungsweise wohlwollend begleitende Rolle einnahm³³ – ganz ähnlich wie zuletzt während der Corona-Pandemie und des Ukraine-Kriegs. In all diesen Fällen lag das Heft des Handelns in den Händen der politischen Akteure. Diese agierten kontextabhängig mit mehr oder weniger Erfolg und zeigten damit auch, dass die EU-Organe bei allen Schwierigkeiten durchaus in der Lage sind, in schwierigen Gewässern einen tragfähigen Kurs zu finden und durchzuhalten. Für unsere Zwecke entscheidend ist, dass der Integrationsmodus sich verändert.

In der Hochphase der Supranationalität mag der Eindruck geherrscht haben, dass Kommission und Gerichtshof, gemeinsam mit der später errichteten Europäischen Zentralbank, einer Regierung gleich die Geschicke des Kontinents lenken. Eine solche Annahme übersähe jedoch nicht nur die politische Einbettung, die die supranationale Politik immer stützte. Sie missverstehe vor allem das in-

31 Im Überblick Streinz, *Europarecht*, S. 75–94.

32 Näher Dani, »Social Conflicts«, S. 621–643.

33 Siehe Scicluna, *Constitutionalism*, Kap. 5; und Thym, »Administrative Mindset«, S. 138–158.

stitutionelle Design einer weitgehend apolitischen Entscheidungsfindung als institutionelle Blaupause für eine politische Union, deren Entscheidungen sichtbar und bisweilen auch schmerzhaft das Alltagsleben der Menschen beeinflussen. Recht und Institutionen allein vermögen aus sich heraus eine »immer enger Union« nicht zu verwirklichen. Ein solches Unterfangen bedarf einer breiteren Einbettung.

2. Gescheiterter Verfassungsvertrag und fragile Unionsbürgerschaft

Die Tradition einer »Integration durch Recht« steht nicht nur für effektive Rechtsdurchsetzungsinstrumente, sondern zugleich für einen instrumentellen Einsatz des Rechts zur Zukunftsgestaltung. Europarecht hat häufig einen transformativen Charakter. Es bezweckt nicht die Festigung vorgefundener Strukturen, sondern ist – weitaus häufiger als innerstaatlich oder im Völkerrecht – auf die Veränderung des Status quo gerichtet. Der Erfolg des Binnenmarktprogramms nährte den Eindruck, dass mit rechtlichen Mitteln nahezu alles erreicht werden könne. Wenn die EU rechtlich ähnlich funktioniert wie ein Bundesstaat, kann man dies doch auch ganz offiziell sagen und die Verträge offiziell als Verfassung bezeichnen, die funktional bei einer juristischen Betrachtung bereits existiert?

Versuche in diese Richtung gab es mehrfach. Am prominentesten versuchte der »Vertrag über eine Verfassung für Europa« zwischen 2002 und 2004 die Einsicht in den funktionalen Verfassungscharakter der Verträge in eine politische Gemeinschaftsbildung zu übersetzen. Im Wege der Vertragsänderung sollte die gedankliche Trennlinie zwischen den beiden Elementen der dualen Supranationalität niedergerissen werden, die quasi-föderale Rechtsintegration also im Sinn eines *Spillovers* die politische Union schaffen.³⁴ Dieser Verfassungsvertrag blieb nicht nur begrifflich auf halbem Wege zwischen »Verfassung« und »Identität« stehen, sondern scheiterte letztlich in zwei Referenden in Frankreich und den Niederlanden.

Dass die zentralen Inhalte des gescheiterten Verfassungsvertrags wenig später in Form des Vertrags von Lissabon dennoch verwirklicht wurden, war kein »Verrat« an den gescheiterten Referenden. Man verzichtete auf die verfassungspolitische Symbolik (Bezeichnung, Flagge, »Rahmengesetze« statt »Richtlinien«, Kodifizierung des Vorrangs), setzte also den Weg einer supranationalen Rechtsintegration fort, anstatt einen Gleichschritt von juridischer und politischer Integrationstiefe vorzugeben.³⁵ Eine Verfassungsgebung braucht mehr als Vertrags-

34 Siehe Cohen, »Statecraft«, S. 111–128; und Avbelj, »Revitalisation«, S. 3–19.

35 Siehe Hofmann/Wessels, »Vertrag von Lissabon«, S. 3–20.

änderungen und Gerichtsurteile.³⁶ Dies besagt wohlgerne nicht, dass die EU im Legitimationshaushalt der Bürgerinnen und Bürger nicht verankert sei. Das ist durchaus der Fall, auch wenn man über das Ausmaß trefflich streiten kann. Allein die Vorstellung wäre zu einfach, dass diese bürgerschaftliche Legitimationsbasis wie von selbst aus rechtlichen Vereinbarungen folgte. Ob dies der Fall ist oder nicht, kann das Recht immer nur begrenzt beeinflussen.

Das zeigt eine verfassungsrechtliche Innovation, die der Vertrag von Maastricht eingeführt hatte, um der Zielsetzung einer politischen Union eine greifbare Ausrichtung zu verleihen. Die »Unionsbürgerschaft« (*Union citizenship*, *citoyenneté de l'Union*) verwendete einen Begriff, der in vielen Sprachen seit der Französischen Revolution einen ambitionierteren Klang besitzt als im Deutschen, wo die Bürgerschaft in semantischer Elastizität die »Kleinbürgerin« ebenso umfasst wie den »Weltbürger«. ³⁷ In der Sache fasst die Unionsbürgerschaft die bestehenden Rechte und Pflichten zusammen: von der Freizügigkeit, über das Europawahlrecht und der Charta der Grundrechte bis hin zur Verpflichtung, die europarechtlichen Vorgaben alltäglich zu beachten. Eine solche Bürgerschaft »von oben« kontrastiert mit dem revolutionären Gehalt, die *citizenship* oder *citoyenneté* in der europäischen Verfassungsgeschichte bisher besaßen. Sie wurde deshalb auch als »zynische PR-Maßnahme«³⁸ der Staats- und Regierungschefs bezeichnet.

Das muss nicht das letzte Wort sein. Mehrfache Versuche, die Unionsbürgerschaft kraft innovativer Rechtsprechung juristisch aufzuwerten, waren zwar nur begrenzt erfolgreich.³⁹ Als analytische Kategorie eignet sich die europäische Bürgerschaft gleichwohl für eine Betrachtung der lebensweltlichen Entwicklungspfade, wie sich die Rechtsunterworfenen gegenüber der EU verhalten. So betont auch das Bundesverfassungsgericht, dass die Unionsbürgerschaft prinzipiell »dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit [...] einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht«. ⁴⁰ Im Übrigen verwies die Karlsruher Richterschaft auf die Zukunft. Eine europäische Öffentlichkeit könne sich herausbilden und das Europäische Parlament schrittweise zu einem veritablen Parlament erstarken. Das Recht beeinflusst diesen Wandel, kann ihn jedoch nicht garantieren.

Die Einsicht in die Leistungsgrenzen einer rechtsbasierten Integrationsmethode beinhaltet keine Lobeshymne auf den Nationalstaat. Auch wäre ein binäres Denken grundfalsch, das Identifikationsmuster in einem dichotomen Schwarz-

36 Näher Walker, »Constitutional Theory«, S. 90–122; und pointiert Weiler, »Political and Legal DNA«, S. 137–158.

37 Siehe Thym, »citizenship«.

38 Weiler, »European Citizenship«, S. 68.

39 Hierzu bereits Fn. 1.

40 BVerfGE 89, 155, 184.

Weiß-Schema entweder auf der nationalen oder supranationalen Ebene verortet. Eine »echte« EU-Bürgerschaft kann sich entwickeln und hierbei lokale, regionale, nationale und kontinentale Identifikationsmuster miteinander verbinden.⁴¹ Ob dies der Fall ist oder nicht, soll hier nicht unser Thema sein. Das Beispiel zeigt vielmehr, dass die Vorstellung zu simpel war, dass der Verfassungsvertrag oder die Unionsbürgerschaft als sich selbst erfüllende Prophezeiung aus sich heraus die lebensweltlichen Grundlagen für ein dichteres Gefühl des Zusammenhalts schaffen. Die Kontextbedingungen für die Genese einer politischen Einheitsbildung sind andere als für die funktionale Verwirklichung des Binnenmarkts.

3. Verfassungspatriotismus europäischer Prägung?

Es ist kein Zufall, dass es eine deutsche Bundesregierung war, die während der deutschen Ratspräsidentschaft Anfang 1999 die Ausarbeitung einer Grundrechtecharta anstieß.⁴² Die Begeisterung für das Grundgesetz sollte auf Europa übertragen werden. Es war dies der Auftakt zum Verfassungsprozess – und auch dessen verfassungsrechtlich wichtigster Ertrag. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Grundrechtecharta offiziell in Kraft gesetzt.⁴³ Seither verfügt die EU über einen eigenen Grundrechtekatalog in Form einer Charta, die durch die allgemeine Verpflichtung auf Grundwerte in Artikel 2 des EU-Vertrags noch verstärkt wird.

Diese Grundrechtecharta dient, ebenso wie der Werteartikel, als Grundlage für zahlreiche EuGH-Urteile, die in rechtsdogmatischer Hinsicht mindestens ebenso wichtig sind wie das Grundgesetz. Das Verbot der Vorratsdatenspeicherung, die Unabhängigkeit der Justiz, die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Diskriminierungsverbot unter anderem aus Gründen der Religion und des Alters – all diese Fragen werden heutzutage vorrangig in Luxemburg entschieden. Der EuGH ersetzt zunehmend das Bundesverfassungsgericht, weshalb dieses in einer überraschenden Rechtsprechungswende die Grundrechtecharta umarmte, um einem Bedeutungsverlust vorzubeugen.⁴⁴ Karlsruhe wollte nicht von Luxemburg ersetzt werden.

All dies bedeutet freilich nicht, dass die Charta europaweit automatisch dieselbe verfassungspatriotische Zustimmung hervorruft, die das Grundgesetz in Deutschland entfaltet. Es geht beim öffentlichkeitswirksamen Verfassungspatriotismus nur am Rande um die juristischen Gehalte oder Gerichtsurteile. Die

41 Siehe Pernice, »Verfassungsrecht«, S. 160–172.

42 Zur Vorgeschichte Däubler-Gmelin, »Grundrechte-Charta«, Rn. 5–9.

43 So Artikel 3 EUV.

44 Näher Thym, »Freundliche Übernahme«, S. 1017–1027.

Verfassung steht als Symbol für das freiheitliche Gemeinwesen, das Deutschland seit Jahrzehnten im Zeichen der Verfassung organisiert. Der Verfassungspatriotismus ist insofern kontingent und lässt sich nicht unbesehen auf die EU-Ebene übertragen.⁴⁵ Ein ernst gemeinter Verfassungspatriotismus ist anspruchsvoller, als es scheint.

Die Existenz eines Verfassungsgerichts dürfte hierbei eine notwendige Voraussetzung sein, dass die Grundrechte im öffentlichen Diskurs zum zentralen Referenzpunkt erstarken.⁴⁶ Mit Blick auf die Verfassungsfunktionen des EuGH ist dies in der Europäischen Union ebenso der Fall wie in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik.⁴⁷ Allein hinreichend ist die Existenz einer Verfassungsjudikatur nicht. Notwendig ist, dass politische und gesellschaftliche Streitigkeiten im Zeichen der Verfassung ausgetragen und im Idealfall einer Lösung zugeführt werden.⁴⁸ Eine jede Generation muss sich hierbei von Neuem in das Verfassungsrecht einschreiben. Ein Verfassungspatriotismus, der nicht gelebt wird, erschläft. Ob dies gelingt oder nicht, steht nicht fest. Ein Scheitern ist ebenso möglich wie eine »immer engere[] Union« (Artikel 1 Absatz 2 des EU-Vertrags). Hierbei erhöht man den Einsatz, wenn man Auseinandersetzungen als Wertekonflikte diskutiert, die es schwerer machen, eine Lösung zu finden, mit der letztlich alle leben können.

Hierfür stehen exemplarisch der Umgang mit Flüchtlingen und Migranten und die Wertejudikatur des EuGH. Es gibt unterschiedliche Meinungen, wie man Werte und Grundrechte konzipiert – zwischen den Mitgliedstaaten und innerhalb derselben. In vielen dieser Konstellationen bieten die Grundrechte, so wie sie bisher gehandhabt wurden, nur eine begrenzte Vorgabe (bei Migration mehr als bei der Rechtsstaatlichkeit). Es geht darum, zukunftsgerichtet neue Leitlinien zu finden, was die Gerichte immer nur gemeinsam mit dem politischen Prozess erreichen können. Im Fall des Streits um die Unabhängigkeit der polnischen Justiz scheint eine Kombination von innovativen Gerichtsurteilen und politischen Maßnahmen, exemplarisch in Form der Haushaltskonditionalität, eine gewisse Befriedung erreicht zu haben, gefördert durch die geopolitische »Zeitenwende«.⁴⁹ Ob dies dauerhaft gelingt, bleibt jedoch eine offene Frage.

45 Pointiert kritisch Haltern, *Europarecht*, Kap. 6.

46 Siehe Grimm, »Integration by Constitution«, S. 198–203.

47 Der EuGH ist nicht nur Verfassungsgericht, sondern dient gleichzeitig als Höchstgericht für die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts, was in Deutschland unter anderem dem Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht obliegt.

48 Ausführlicher Thym, »Verfassungspatriotismus«, S. 174–193.

49 Im Überblick Pech, »Rule of Law«, S. 307–338.

III. Fazit

Vor einem Jahrzehnt schien die EU am Ende zu sein. Die Währungsunion offenbarte wirtschaftspolitische Differenzen und bewirkte zwischenstaatliche Streitigkeiten; Migration und Flucht veranlassten heftige Debatten; außenpolitisch war die EU zwischen China, Russland und den USA hin- und hergerissen; der Brexit schien Zentripetalkräfte freizusetzen, die als Dominoeffekt das Einigungswerk zerstören könnten. Trotz all dieser Schwierigkeiten erwies sich die EU als resilient. Die vielfach prognostizierte Desintegration blieb aus. Stattdessen wurden auf verschiedenen Politikfeldern neue Initiativen gestartet. Man denke an den Wiederaufbaufonds nach der Corona-Pandemie, die Sanktionen gegen Russland oder die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Klimawandels. Gewiss steht der Erfolg all dieser Unterfangen nicht fest, die Prognose dürfte jedoch moderat positiv sein.

Auffällig an den jüngeren Initiativen ist, dass diese zwar mittels Rechtssetzungsakten verwirklicht werden, nicht jedoch vorrangig durch Gerichte angestoßen sind. Dies war früher anders, jedenfalls auf den ersten Blick. Jahrzehntelange war die EU der Inbegriff einer »Rechtsgemeinschaft«, deren politischer Zusammenhalt und gesellschaftliche Identifikationsbasis sehr viel schwächer ausgeprägt waren als die Rechtsintegration. Unsere Rekonstruktion offenbart, dass diese Erzählung von einer Rechtsgemeinschaft nicht stimmt, die sich scheinbar aus sich selbst heraus verwirklicht. Die vorrangig rechtlich indizierte Integration basierte auf einer prinzipiellen Zustimmung der Mitgliedstaaten und der Bevölkerung. Sie funktionierte im erweiterten Umfeld eines Binnenmarkts, der strukturell zwar viel veränderte, die Brot-und-Butter-Themen jedoch anderen überließ. Wenn sich dies in der Gegenwart ändert, muss auch das europäische Recht sehr viel stärker als bisher an öffentliche Debatten rückgebunden werden. Das Recht kann für sich genommen den Zusammenhalt nicht gewährleisten.

Literatur

Alter, Karen J., *The European Court's Political Power*, Oxford. 2010.

Arena, Amedeo, »Von einer unbezahlten Stromrechnung zum Vorrang des Europarechts: Die Hintergründe des Falls Costa gegen ENEL«, *Europarecht*, Jg. 56, H. 5 (2021), S. 527–550.

Avbelj, Matej, »Revitalisation of EU Constitutionalism«, *European Law Review*, Jg. 46, H. 1 (2021), S. 3–19.

- Azoulai, Loïc, »Integration Through Law' and Us«, *International Journal of Constitutional Law*, Jg. 14, H. 2 (2016), S. 449–463.
- Boerger, Anne/Rasmussen, Morten, »Transforming European Law«, *European Constitutional Law Review*, Jg. 10, H. 2 (2014), S. 199–225.
- Bogdandy, Armin von, »Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise«, *Europarecht*, Jg. 52, H. 4 (2017), S. 487–511.
- Cappelletti, Mauro/Secombe, Monica /Weiler, Joseph H. H., »Europe and the American Federal Experience«, in: dies. (Hg.), *Integration through Law*, Band I, Buch 1, Berlin. 1986, S. 3–68.
- Carrubba, Clifford/Gabel, Matthew, *International Courts and the Performance of International Agreements*, Cambridge. 2014.
- Cohen, Antonin, »Transnational Statecraft«, in: Petersen, Hanne, u. a. (Hg.), *Paradoxes of European Legal Integration*, London. 2008, S. 111–128.
- Dani, Marco, »Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law«, *European Law Journal*, Jg. 18, H. 5 (2012), S. 621–643.
- Däubler-Gmelin, Hertha, »Eine Grundrechte-Charta für ein Europa der Bürgerinnen und Bürger«, FCE-Vortrag 8/00 an der HU Berlin am 19.10.2000, in: Walter Hallstein-Institut an der Humboldt-Universität Berlin, www.rewi.hu-berlin.de/de/lfoe/whi/FCE/2000/daebler-gmelin.pdf [8.5.2023].
- Davies, Bill, *Resisting the European Court of Justice*, Cambridge. 2012.
- Dawson, Mark/Witte, Floris de, *EU Law and Governance*, Cambridge. 2022.
- Europäischer Gerichtshof, *Jahresbericht 2021. Rechtsprechungstätigkeit*, Luxemburg. 2021.
- Grimm, Dieter, »Integration by Constitution«, *International Journal of Constitutional Law*, Jg. 3, H. 2 & 3 (2005), S. 193–208.
- *Europa ja – aber welches?*, 3. Aufl., München. 2017.
- Hänseroth, Thomas, »Technischer Fortschritt als Heilsversprechen und seine selbstlosen Bürgen«, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Transzendenz und die Konstitution von Ordnungen*, Berlin. 2013, S. 267–288.
- Hallstein, Walter, *Der unvollendete Bundesstaat*, Düsseldorf. 1969.
- Haltern, Ulrich, *Europarecht und das Politische*, Tübingen. 2005.
- Hofmann, Andreas/Wessels, Wolfgang, »Der Vertrag von Lissabon«, *Integration*, Jg. 31, H. 1 (2008), S. 3–20.
- Hooghe, Liesbet/Marks, Gary, »A Postfunctionalist Theory of European Integration«, *British Journal of Political Science*, Jg. 39, H. 1 (2009), S. 1–23.
- Joerges, Christian/Singh Ghaleigh, Navraj (Hg.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford. 2003.
- Kingreen, Thorsten, »Grundfreiheiten«, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen, (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin. 2009, S. 705–748.
- Kostakopoulou, Dora/Thym, Daniel (Hg.), *Handbook on European Union Citizenship Law and Policy*, Cheltenham. 2022.
- Ludlow, Piers, »A Supranational Icarus?«, in: Varsori, Antonio (Hg.), *Inside the European Community*, Baden-Baden. 2006, S. 34–54.
- Ophüls, Carl Friedrich, »Juristische Gedanken des Schumanplans«, *Neue Juristische Wochenschrift*, Jg. 4, H. 7 (1951), S. 289–292.
- Pech, Laurent, »The Rule of Law«, in: Craig, Paul/ Búrca, Gráinne de (Hg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl., Oxford. 2021, S. 307–338.

- Pernice, Ingolf, »Europäisches und nationales Verfassungsrecht«, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Jg. 60 (2001), S. 148–193.
- Poiaras Maduro, Miguel, *We, the Court*, Oxford. 1998.
- Rasmussen, Morten/Sindbjerg Martinsen, Dorte, »EU Constitutionalisation Revisited«, *European Law Journal*, Jg. 25, H. 3 (2019), S. 251–272.
- Scheingold, Stuart/Lindberg, Leon N., *Europe's Would-Be Polity*, Upper Saddle River, New Jersey. 1970.
- Schorkopf, Frank, »Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union«, *Juristenzeitung*, Jg. 75, H. 10 (2020), S. 477–485.
- Scicluna, Nicole, *European Union Constitutionalism in Crisis*, London. 2015.
- Stein, Eric, »Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution«, *American Journal of International Law*, Jg. 75, H. 1 (1981), S. 1–27.
- Stone Sweet, Alec, »The European Court of Justice«, in: Craig, Paul/Búrca, Gráinne de (Hg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl., Oxford. 2011, S. 121–153.
- Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 12. Aufl., Heidelberg. 2023.
- Thiemeyer, Guido, »Die ›Volonté Générale‹, das europäische Staatensystem und die Genese supranationaler internationaler Organisationen vom frühen 19. Jahrhundert bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts«, *Journal of European Integration History*, Jg. 22, H. 2 (2016), S. 229–248.
- Thym, Daniel, »Between ›Administrative Mindset‹ and ›Constitutional Imagination‹«, *European Law Review*, Jg. 44, H. 2 (2019), S. 138–158.
- »Freundliche Übernahme«, *Juristenzeitung*, Jg. 75, H. 21 (2020), S. 1017–1027.
 - »Verfassungspatriotismus in der Migrationsgesellschaft«, in: Deitelhoff, Nicole/Groh-Samberg, Olaf/Middell, Matthias (Hg.), *Gesellschaftlicher Zusammenhalt. Ein interdisziplinärer Dialog*, Frankfurt/M. 2020, S. 174–193.
 - »Citizenship«, in: Pollmann, Anna/Möllmann, Christopher (Hg.), *Schlüsselbegriffe gesellschaftlichen Zusammenhalts*, Göttingen. 2024, in Vorbereitung.
- Vauchez, Antoine, *Brokering Europe. Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge. 2015.
- Walker, Neil, »Legal and Constitutional Theory of the European Union«, in: Craig, Paul/Búrca, Gráinne de (Hg.), *The Evolution of EU Law*, 3. Aufl., Oxford. 2021, S. 90–122.
- Weiler, Joseph H. H., »The Transformation of Europe«, *Yale Law Journal*, Jg. 100, H. 8 (1990/91), S. 2403–2483.
- »European Citizenship and Human Rights«, in: Winter, Jan, u. a. (Hg.), *Reforming the Treaty on European Union*, Alphen aan den Rijn. 1996, S. 57–86.
 - »Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration«, in: Dickson, Julie/Eleftheriadis, Pavlos (Hg.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford. 2012, S. 137–158.

Integration durch Verfassungsrechtsprechung

Ute Sacksofsky

Abstract

Der Beitrag geht am Beispiel des deutschen Bundesverfassungsgerichts – der Frage nach, welchen Beitrag verfassungsgerichtliche Entscheidungen zur gesellschaftlichen Integration leisten können. Damit ist die Fragestellung zwar verknüpft mit der schon seit der Weimarer Zeit geführten Diskussion um Integration durch Verfassung, unterscheidet sich von ihr aber in wesentlichen Aspekten. Gezeigt wird, dass Integration durch Verfassungsrechtsprechung nicht mit möglichst großer Akzeptanz oder der Förderung gesellschaftlichen Friedens gleichgesetzt werden darf. Stattdessen muss sich der verfassungsgerichtliche Beitrag zur gesellschaftlichen Integration auf die spezifischen Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit beziehen: die Sicherstellung der Einhaltung demokratischer Spielregeln, die einen Machtwechsel real ermöglichen, sowie den Grundrechtsschutz, insbesondere als Schutz vor Diskriminierung. In diesen Bereichen verlangt Integration durch Verfassung intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle.

Keywords: Verfassungsgerichtsbarkeit; Integration; Konflikt; Minderheitenschutz; Offenheit der Verfassung

Die Diskussion um Integration wird im Verfassungsrecht schon seit etwa einem Jahrhundert geführt, freilich mit durchaus unterschiedlichen Schwerpunkten. Heutzutage dominiert Integration vor allem im Hinblick auf das Verhältnis zu Europa: »Integration durch Recht« war lange das Schlagwort für den Prozess der europäischen Einigung,¹ landläufig wird der EuGH als »Motor der Integration« bezeichnet² und das Bundesverfassungsgericht hat die »Integrationsverantwortung« erfunden.³ Doch um Integration in dieser Hinsicht soll es in dieser Untersuchung nicht gehen. Stattdessen wird ein Strang des verfassungsrechtlichen Diskurses aufgenommen, der schon in der Weimarer Republik begonnen hatte: den Beitrag der Verfassung zu gesellschaftlicher und/oder politischer Integration.

Die Diskussion um eine mögliche Integrationsaufgabe der Verfassung wurde über die Jahrzehnte unterschiedlich intensiv geführt. Es gibt Phasen, in denen diesem Fragenkreis besondere Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Eine solche »Welle« findet sich kurz vor und um den Jahrtausendwechsel, als viele über dieses Thema nachdachten.⁴ Auslöser dieser Welle war – vermutlich gemeinsam mit der Wiedervereinigung – eine Reihe von besonders umstrittenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den 1990er Jahren. Zur Erinnerung seien beispielhaft die Entscheidungen zu Kruzifix⁵, »Soldaten sind Mörder«⁶ und Sitzblockaden⁷ genannt. Es ist kein Zufall, dass sich gerade an verfassungsgerichtlichen Entscheidungen die Frage um die Integrationskraft der Verfassung entzündet. Verfassungsgerichte konkretisieren die Normen der Verfassung und geben ihr damit ihren gesellschaftlich wirksamen Gehalt.

Der Beitrag geht in drei Schritten vor. Vorab gilt es, sich der Integrationskraft von Verfassungen wenigstens knapp zu vergewissern (I.), um sich dann dem spezifischen Beitrag der Verfassungsrechtsprechung zur Integration widmen zu

1 Voßkuhle, »Integration durch Recht«, S. 161; ausführlich Haltern, »Integration durch Recht«, S. 399.

2 Zur Herkunft des Begriffs Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, S. 89.

3 BVerfGE 123, 267.

4 Ein Zeichen dafür ist, dass innerhalb kurzer Zeit zwei Sammelbände dazu erschienen sind: Vorländer (Hg.), *Integration durch Verfassung*; Schuppert/Bumke (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*.

5 BVerfGE 93, 1. Das BVerfG erklärte die in der bayerischen Schulordnung normierte Pflicht, in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen, für unvereinbar mit der Glaubensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG. Erläuterung der Entscheidung unten unter III. 3.b).

6 BVerfGE 93, 266. Das BVerfG sah in der strafgerichtlichen Verurteilung wegen Beleidigung der Bundeswehr und einzelner Soldaten durch Äußerungen wie »Soldaten sind Mörder« eine Verletzung der Meinungsfreiheit.

7 BVerfGE 92, 1. Das BVerfG sah in der erweiternden Auslegung des Gewaltbegriffs im Nötigungstatbestand, § 240 Abs. 1 StGB, im Zusammenhang mit Sitzdemonstrationen (Gleichstellung rein psychischer Wirkungen mit körperlichem Zwang) einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG.

können. Hierzu werden zunächst die Grundsätze eines Integrationsbeitrags von Verfassungsgerichten geklärt (II.); im Anschluss werden diese konkretisiert (III.).

Im Rahmen der folgenden Ausführungen liegt der Fokus auf dem spezifischen Beitrag, den das deutsche Bundesverfassungsgericht zur gesellschaftlichen Integration leisten kann und soll. Auch wenn viele der in diesem Beitrag getroffenen Aussagen abstrakt auf Verfassungsgerichte zutreffen, greift dieser Aufsatz daher vor allem auf Beispiele oder Konkretisierungen aus dem deutschen Rechtsraum zurück.

I. Vorklärung: Integration durch Verfassung

Die Frage nach der Integration ist in erster Linie eine soziologische.⁸ Obwohl in der Soziologie um das Verständnis von Integration schon seit Langem gerungen wird, ist es noch nicht zu einer abschließenden Klärung des genauen Gehalts von Integration gekommen. Integration kann als Prozess der Vergesellschaftung oder als dessen Resultat verstanden werden.⁹ Im Folgenden wird der Begriff recht unspezifisch verwendet, als Herstellung oder Wiederherstellung eines Ganzen, insbesondere Förderung des gesellschaftlichen Zusammenhalts. Für den Zweck dieses Beitrags reicht ein solch allgemeines Verständnis von Integration aus; es ist nicht erforderlich, den Integrationsbegriff präzise zu definieren oder alle Faktoren, die zu Integration bzw. Desintegration beitragen, zu identifizieren. Das Recht, zumal das Verfassungsrecht, kann von vornherein nur in eingeschränktem Ausmaß zur Integration beitragen. So sind beispielsweise ökonomische Faktoren für Integration von herausragender Bedeutung: Wohlstand erleichtert Integration. Fragen der Wirtschaftsgestaltung sind aber gerade der Bereich, in dem das Verfassungsrecht relativ wenige Festlegungen enthält. Das Grundgesetz hat auf die Festlegung einer Wirtschaftsordnung ganz verzichtet, sodass ökonomische Grundentscheidungen nicht verfassungsrechtlich determiniert sind; aus den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip lassen sich nur minimale

⁸ Siehe insbesondere Peters, *Integration moderner Gesellschaften*; einen Überblick über die Diskussion geben Friedrichs/Jagodzinski, »Theorie sozialer Integration«, S. 9; sowie die Beiträge in dem von ihnen herausgegebenen Band: Friedrichs/Jagodzinski (Hg.), *Soziale Integration*. Zu verschiedenen Modi der Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung aus Sicht der politischen Theorie: Schaal, »Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung?«, S. 223–228; Schaal, *Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung?*, S. 47 ff.

⁹ Für eine instruktive Einführung Vorländer, *Integration durch Verfassung*, S. 9 ff.

Rahmendaten für die Wirtschafts- und Sozialpolitik ableiten. Was also kann die Verfassung zur Integration beitragen?¹⁰

In der staatsrechtlichen Diskussion ist der Begriff der Integration unmittelbar mit dem Weimarer Staatsrechtslehrer Rudolf Smend verbunden. Sein gesamtes Staatsverständnis basiert auf dem Begriff der Integration.¹¹ Für ihn ist Integration der »grundlegende Lebensvorgang des Staates«:¹² »Der Staat ist nur, weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut – dieser dauernde Vorgang ist sein Wesen als geistig-soziale Wirklichkeit«.¹³ Aus seinen staatstheoretischen Überlegungen zieht er verfassungstheoretische Folgerungen. Die Verfassung ist für Smend eine »Integrationsordnung«,¹⁴ er versteht sie als »integrierende Wirklichkeit«.¹⁵ Ausgerichtet ist die Verfassung für ihn aber immer auf die »Ordnung des staatlichen Lebens«.¹⁶ Smends Konzept kann jedoch nicht ungefiltert übernommen werden.¹⁷ Seine Vorstellung von Integration ist zu stark etatistisch aufgeladen, und sein Verständnis von Integration orientiert sich zu sehr am Konsens – er spricht von der »stetigen Harmonisierung«,¹⁸ statt auch den Konflikt als produktiv und notwendig zu reflektieren. Für eine plurale Gesellschaft ist eine solche Integrationsvorstellung nicht länger adäquat.¹⁹ Ohnehin hilft Smends Konzept schon deshalb für die Spezifika von Integration durch Verfassungsrechtsprechung kaum weiter, weil er zur Zeit der Entwicklung seines Konzepts ein Verfassungsgericht zwar als »Schlußstein [sic] des Integrationssystems« für »sehr erwünscht« hielt,²⁰ es aber in Weimar noch keine ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit gab.

Über Integration muss also anders als von Smend vorgezeichnet nachgedacht werden. Doch die Frage danach, was die Gesellschaft zusammenhält, ist in einer Gesellschaft, die durch Individualisierung und Pluralisierung geprägt ist, besonders dringend. Insoweit ist die Verfassung ein starker Kandidat, da viele an-

10 Für eine konzise Analyse des Standes und der Entwicklung der Diskussion Koriath, »Europäische und nationale Identität«, S. 121 ff.

11 Zur Integrationslehre Smends mit besonderem Fokus auf den Bundesstaat Koriath, *Integration und Bundesstaat*.

12 Smend, »Verfassung und Verfassungsrecht«, S. 136.

13 Ebd., S. 138.

14 Ebd., S. 195.

15 Ebd., S. 192.

16 Ebd., S. 205.

17 Kritiker werfen Smend Antiliberalismus und Antiparlamentarismus vor, er »liebäugelte« mit dem italienischen Faschismus (z. B. ebd., S. 175) und verklärte die Bismarcksche Reichsverfassung, zusammengefasst mit Nachweisen bei Vorländer, *Integration durch Verfassung*, S. 15; kritisch auch Lhotta, »Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion«; Ooyen, *Integration*.

18 Smend, »Verfassung und Verfassungsrecht«, S. 175.

19 Schaal, »Bundesverfassungsgericht als Motor gesellschaftlicher Integration?«, S. 29.

20 Smend, »Verfassung und Verfassungsrecht«, S. 203.

dere Bande, die Zusammenhalt stiften könnten, im freiheitlichen Verfassungsstaat ausscheiden. Dies gilt – trotz aller Versuche, eine Leitkultur zu etablieren – offensichtlich für die Religion, da die Gewährleistung von Glaubensfreiheit gerade sicherstellt, dass eine bestimmte Religionsgemeinschaft – selbst wenn ihr (noch) eine Mehrheit angehört – keine Privilegien genießen darf. Der freiheitliche Verfassungsstaat baut darauf auf, dass Menschen unterschiedliche Vorstellungen vom guten Leben haben und nach diesen grundsätzlich auch leben dürfen, sodass auch eine gemeinsame Vorstellung vom guten Leben gesellschaftlichen Zusammenhalt nicht vermitteln kann. Schließlich können auch ethnisch-kulturelle Gemeinsamkeiten in einer Einwanderungsgesellschaft, die Deutschland schon seit Langem ist, keine hinreichende Grundlage des Zusammenlebens stiften. Damit kann sich das Gemeinsame nur auf die Einigung über die Spielregeln und Grundvoraussetzungen des Zusammenlebens beziehen, also genau auf das, was in der Verfassung niedergelegt ist: Integration durch Verfassung. Vielfach wird daher die Verfassung als Grundkonsens der Gesellschaft beschrieben.²¹

Die Integrationskraft der Verfassung wäre freilich nur schwach ausgeprägt, wenn sie allein auf ihren normativ-juristischen Gehalt reduziert würde. Daher ist die Verfassung in einer doppelten Rolle zu sehen. Zum einen hat sie – Jurist:innen wohlvertraut – einen normativ-juristischen Gehalt, zum anderen aber ist sie Teil der symbolischen Ordnung.²² Integrationskraft kann die Verfassung nur entfalten, wenn sie auch affektiv bejaht und aktiv unterstützt wird. Der freiheitliche Staat kann nicht überleben – Weimar hat es uns gelehrt –, wenn die freiheitlich-demokratischen Überzeugungen nicht hinreichend in den Menschen verankert sind und tatsächlich gelebt werden. In diesem Sinne ist ein gewisser »Verfassungspatriotismus« für den Zusammenhalt in der Gesellschaft von großer Bedeutung.²³ Die Erzeugung oder Pflege eines solchen Verfassungspatriotismus ist sowohl zivilgesellschaftliche als auch staatliche Aufgabe. Staatliche Institutionen können Verfassungsbewusstsein stärken. Dabei ist die Einwirkungsmöglichkeit der verschiedenen Institutionen sehr unterschiedlich. Eine zentrale Rolle spielt etwa die Schule, in der die Bedeutung von Demokratie, Rechtsstaat und universalen Menschenrechten gelehrt werden kann. Nicht ausreichend sind dafür leere Rituale (wie etwa ein Grüßen der Flagge) oder der Versuch, Affekte einzupflanzen (»Du musst die Verfassung lieben und ehren«). Echter Verfassungspatriotismus kann vielmehr nur durch rationalen Diskurs und Ermunterung zu kritischem Denken entstehen.

21 Ausführlich Ebsen, »Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens«, S. 83.

22 Zur Theorie Schaal, »Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung?«, S. 228.

23 Grundlegend (wenn auch unterschiedlich nuanciert) Habermas, »Eine Art Schadensabwicklung«; Sternberger, *Verfassungspatriotismus*.

Dieses Plädoyer für die Pflege eines Verfassungspatriotismus hat freilich keine unmittelbaren Konsequenzen für die Frage, was dies für die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet. In den nächsten Abschnitten wird daher danach gefragt, inwieweit Verfassungsgerichte zur Integration beitragen können und sollen.

II. Integration als Entscheidungsmaßstab? – Grundsätze

Es wäre legitim, Integration beim Fällen von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen, wenn sie juristischer Entscheidungsmaßstab sein kann. Eine solche Maßstabsqualität könnte sich zunächst unmittelbar aus der Verfassung selbst ableiten lassen (1.). Denkbar wäre aber auch, die spezifische Rolle des Bundesverfassungsgerichts heranzuziehen und aus dieser eine Integrationsaufgabe abzuleiten (2.). Schließlich ließe sich eine Berücksichtigung von Integration möglicherweise verfassungstheoretisch begründen (3.). Die Überlegungen kulminieren in einem anderen Blick auf Integration, der nicht die gesamtgesellschaftliche Integration in den Vordergrund stellt, sondern – überspitzt formuliert – auf die Integration der »Macht-Losen« setzt.

1. Verfassungstext

Integration wäre jedenfalls dann unmittelbar im Rahmen der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, wenn die Verfassung dahingehende normative Vorgaben enthielte. Beim Grundgesetz ist dies nicht der Fall. Der Begriff »Integration« findet sich im Grundgesetz nicht; insbesondere ist gesellschaftliche Integration auch nicht als Staatsziel genannt. Integration ist also kein vom Text der Verfassung vorgegebener Maßstab.

2. Aufgabe

Fraglich ist aber, ob die Berücksichtigung von Integration unmittelbar aus der spezifischen Rolle des Bundesverfassungsgerichts abgeleitet werden kann.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht ist als Gericht Teil der rechtsprechenden Gewalt. Sei-

²⁴ Rossen-Stadtfeld, »Verfassungsgericht und gesellschaftliche Integration«, S. 169, unterscheidet zwischen Integrationsaufgabe und Integrationsfunktion.

ne Funktion liegt darin, letztverbindlich über verfassungsrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden. Nichts anderes bedeutet die viel verwendete Kennzeichnung als »Hüter der Verfassung«; Verfassungsgerichte sichern das verfassungsmäßige Handeln aller staatlichen Gewalt im Rahmen ihrer Verfahrensordnungen. Wie alle anderen Gerichte hat auch das Bundesverfassungsgericht Rechtsstreitigkeiten dann zu entscheiden, wenn es im Konfliktfall angerufen wird. Seine Aufgabe besteht darin, diesen Konfliktfall zu entscheiden, nicht aber möglichst große Befriedung der Parteien zu erreichen. Allenfalls könnte man die Möglichkeit des Vergleichs, die insbesondere im Zivilprozess eine bedeutende Rolle spielt, als besonders integrationsfördernd ansehen. Genau diese Möglichkeit ist dem Verfassungsgericht aber versagt; das Verfassungsprozessrecht kennt den Vergleich – grundsätzlich – nicht.²⁵ Ohnehin wäre eine Befriedung der streitenden Parteien nicht ausreichend, um gesamtgesellschaftliche Integration zu erreichen.

Möglicherweise kommt Verfassungsgerichten aber eine Rolle zu, die über die anderer Gerichte hinausreicht. Zu denken ist an die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan. So betont etwa Konrad Hesse, die »selbständig [sic] gestaltende Wirkung« der Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit, die »den verfassungsrechtlich geordneten Bereich politischer Einheitsbildung, politischer Gesamtleitung und politischer Willensbildung« betreffen.²⁶ Er spricht daher dem Bundesverfassungsgericht einen Anteil an der obersten Staatsleitung zu.²⁷ Auch das Gericht selbst hat sich in seiner Status-Denkschrift aus dem Jahr 1952 nicht nur als »oberste[n] Hüter der Verfassung«, sondern zugleich als ein »mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan« bezeichnet.²⁸ Inzwischen ist die Qualität als Verfassungsorgan auch einfachgesetzlich in Paragraph 1 BVerfGG anerkannt. Fraglich ist aber, welche Folgerungen aus der Anerkennung der Verfassungsorganqualität zu ziehen sind.

Teilweise wird aus dem Charakter als Verfassungsorgan abgeleitet, dass dem Bundesverfassungsgericht deshalb auch weitere Kompetenzen zukommen sollten. Dies ist jedoch abzulehnen.²⁹ Auch für das Bundesverfassungsgericht gilt, dass es selbst durch die Verfassung gebunden ist. Verfassungsorgancharakter bedeutet daher im ersten Zugriff nicht mehr, als dass das Bundesverfassungsgericht unmittelbar in der Verfassung mit Kompetenzen ausgestattet wird. Daraus können organisatorische Konsequenzen, etwa im Hinblick auf die Stellung des Ge-

25 Dennoch hat das Gericht in seltenen Fällen Vergleichsvorschläge gemacht, so etwa im Streit um das brandenburgische Lehrfach Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde, BVerfG, Beschluss vom 11.12.2001 – 1 BvF 1/96; dazu Kotzur, »Vergleich« im verfassungsgerichtlichen Verfahren«.

26 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 566.

27 Ebd., Rn. 669.

28 Bundesverfassungsgericht, »Denkschrift«, S. 144.

29 Voßkuhle, »Art. 93 GG«, Rn. 29 mit Nachweisen zur Diskussion.

richts gezogen, nicht aber neue oder andere Aufgaben begründet werden. Dies zeigt schon die Status-Denkschrift selbst, deren primäre Zielrichtung es war, den Status des Bundesverfassungsgerichts insoweit zu sichern bzw. zu erkämpfen, dass das Bundesverfassungsgericht »weder einem anderen Bundesorgan noch einer Bundesbehörde unterstellt sein kann«. ³⁰ Im Ergebnis lässt sich daher auch aus der Sonderrolle des Bundesverfassungsgerichts innerhalb der Gerichtsbarkeit keine eigene Integrationsaufgabe ableiten.

3. Verfassungstheoretisch

Bleibt der Versuch, eine Integrationsaufgabe des Bundesverfassungsgerichts verfassungstheoretisch – etwa in Anknüpfung an die bereits erwähnte Smendsche Position – darüber zu begründen, dass die gesamte Verfassung auf Integrationsziele und damit auch das Bundesverfassungsgericht anleiten müsse. Ob man Integration solcherweise etwa als Verfassungsvoraussetzung oder impliziten Bestandteil der Verfassung annimmt, hängt davon ab, was genau Integration in diesem Zusammenhang bedeutet.

a) Kein auf die Gesamtgesellschaft bezogener Integrationsbegriff als Maßstab

Es liegt nahe, Integration gesamtgesellschaftlich zu begreifen, sodass der Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit darin liegen würde, den möglichst breit geteilten Grundkonsens über die Verfassung zu stärken und zu verfestigen. Doch ein solches Verständnis ist nicht ohne Probleme.

Zum einen ist keineswegs klar, dass mit der Einrichtung von Verfassungsgerichtsbarkeit der Grundkonsens über die Verfassung wirklich gestärkt wird. Brun-Otto Bryde hat herausgearbeitet, dass in der Institutionalisierung von Verfassungsgerichtsbarkeit die spezifische Gefahr liegt, dass durch die Anwendung konsentierter Verfassungsprinzipien auf den strittigen Einzelfall die Konsensfähigkeit der Verfassung verloren gehen kann. Während er anerkennt, dass durch die Festschreibung des Grundkonsenses durch Verfassungsrechtsprechung eine besondere Integrationskraft liegen kann, hebt er zusammenfassend hervor, dass die symbolische Funktion der Verfassung durch Verfassungsgerichtsbarkeit eher geschwächt, die normative aber gestärkt wird. ³¹ Für ihren zweiten Teil ist die Analyse sicherlich richtig – ohne justizielle Durchsetzung ist normative Kraft kaum herzustellen, aber hinsichtlich des ersten Teils ist die Pauschalität der These zwei-

³⁰ Bundesverfassungsgericht, »Denkschrift«, S. 144.

³¹ Bryde, »Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit«, S. 330.

felhaft. Zwar hat sie vordergründig eine hohe Plausibilität für sich: Niemand wird sich gegen die Gewährleistung von Glaubensfreiheit wehren, deren Konkretisierung – etwa im Hinblick auf Kreuzifix- oder Kopftuchverbote – ist aber heftig umstritten. Doch auch im Fehlen von Konkretisierung durch Verfassungsrechtsprechung liegt eine erhebliche Gefahr für die Integrationsfunktion der Verfassung. Sehen Menschen nicht, dass die Verfassungsprinzipien auch praktische Folgen haben und tatsächlich Lebenswirklichkeit prägen, können sie als bloßer Schein entlarvt werden; integrationsfördernd wirken sie dann nicht mehr. Gerade durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts gewinnt die Verfassung den konkreten Gehalt, der überhaupt nur als Basis für einen Grundkonsens in der Bevölkerung dienen kann.

Der Umstand, dass eine Verfassungsgerichtsbarkeit durch ihre Rechtsprechung im Ergebnis die Identifikation mit der Verfassung stärken und dadurch zur Integration beitragen kann, hat aber nicht zwangsläufig zur Folge, dass das Gericht sich selbst Integrationsförderung zur Aufgabe machen sollte, indem es sich unmittelbar auf Integration in seiner Rechtsprechung bezöge.

Zunächst einmal stößt ein unmittelbarer Integrationsbezug in der Rechtsprechung auf unlösbare methodische Probleme für das Gericht. Die Frage, ob eine bestimmte Entscheidung integrierend wirken würde, ist als Prognoseentscheidung von erheblicher Unsicherheit getragen. Sie ist zudem nur mit soziologischen Mitteln zu beantworten; dafür bedarf es Instrumente, die dem Verfassungsgericht nicht zur Verfügung stehen.

Vor allem aber verfehlt die Gewinnung eines Auslegungsergebnisses durch den Blick auf (vermutete) Integrationsförderung die Aufgabe eines Verfassungsgerichts grundlegend. Dies zeigt schon eine Folgenbetrachtung. Wenn die Förderung der gesamtgesellschaftlichen Integration Aufgabe eines Verfassungsgerichts wäre, dann wäre Indikator für gelingende Rechtsprechung die Akzeptanz des Gerichts. Seit Jahrzehnten steht das Bundesverfassungsgericht – gemeinsam mit der Polizei – an der Spitze der demoskopischen Umfragen, welche Institutionen Vertrauen genießen. Die frühere Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, Jutta Limbach, wertete dies uneingeschränkt positiv, als Indiz für eine besondere Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts.³² Doch dies kann man auch anders sehen. Brun-Otto Bryde bezeichnete es als »nicht besonders gesund« für eine Demokratie, wenn die Gerichte bis heute ein so viel höheres Ansehen genießen als die politischen Akteure. Er deutet dies im Hinblick auf die deutsche Geschichte als Ausdruck einer autoritären, anti-pluralistischen Haltung. Diese passe zu einem mächtigen Verfassungsgericht: Eine autoritätsgläubige Tradition vertraut lieber weisen Männern – weise Frauen gab es damals, als er 2001 diesen

³² Limbach, »Integrationskraft des BVerfG«, S. 153 f.

Text verfasste, nur sehr wenige – in roten Roben, während Politik als »schmutziges« Geschäft abgewertet wird.³³ Er beschreibt aber auch, dass dies in Transformationsphasen von früher autoritären Regimen zu Demokratien hilfreich sein kann.³⁴ So hat das Bundesverfassungsgericht in der Frühzeit der Bundesrepublik viel dazu beigetragen, dass die Demokratie in Deutschland verankert wurde.³⁵ Doch diese Phase ist nun vorbei.

In einer gereiften Demokratie kann die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht mehr als »Erziehungsaufgabe« begriffen werden. Stattdessen geht es darum, den verfassungsrechtlichen Rahmen so zu definieren, dass eine lebendige, freiheitliche Demokratie ermöglicht wird. Verabschiedet man sich von früheren, autoritären Denkmustern und von (imaginiertes) Homogenität, liegt auf der Hand, dass eine solche Demokratie nicht auf Konsens ausgerichtet sein darf. Mitglieder einer pluralen, säkularisierten Gesellschaft vertreten unterschiedliche Positionen, haben unterschiedliche Interessen und Blickweisen auf die Welt. Die lebendige Demokratie lebt daher nicht vom Konsens, sondern vom Konflikt; dies muss auch das Verständnis von Integration reflektieren.³⁶ Entscheidend ist die Entwicklung einer Streitkultur, die es erlaubt, den Konflikt so auszutragen, dass er nicht in Gewalt eskaliert. Dazu gehört auch, Verfahren und Institutionen so einzurichten, dass den jeweils Unterlegenen ermöglicht wird, Entscheidungen zu akzeptieren. Die Chancen für Akzeptanz werden erhöht, wenn das Verfahren, in dem die Entscheidung getroffen wurde, als (einigermaßen) fair erlebt wird. Hinzukommen muss aber auch die reale Chance, dass sich zu einem anderen Zeitpunkt die unterlegene Position durchsetzen könnte.

b) Integration – anders gedacht

Geht es bei Integration durch Verfassung also nicht um das Erreichen möglichst großer Akzeptanz in der Bevölkerung insgesamt, sondern um die Institutionalisierung fairer Verfahren und die Chance auf Änderung der Verhältnisse, hat dies Folgen für den Integrationsbeitrag von Verfassungsgerichten. Ihre zentrale Aufgabe ist zum einen die Sicherstellung, dass demokratische Entscheidungsverfahren eingehalten werden. Die »Spielregeln« müssen so konkretisiert werden, dass die Minderheit zur Mehrheit werden kann. Zum anderen müssen Verfassungsgerichte die fundamentalen Rechte von Minderheiten sicherstellen, deren Nichtbeachtung in der Demokratie als Mehrheitsherrschaft gefährdet ist. Der Integra-

33 Bryde, »Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit«, S. 201.

34 Ebd., S. 199 ff.

35 Bryde, »Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Demokratisierung«, S. 500 f.

36 Dazu insbesondere Frankenberg, »Tocquevilles Frage«; ders., »Rolle der Verfassung«.

tionsbeitrag von Verfassungsgerichten liegt also nicht in der »Bestätigung« eines vorfindlichen Grundkonsenses in der Bevölkerung, sondern in der Gewährleistung der Rechte von »Macht-Losen«.

Auch in dieser Beschreibung der Aufgabe von Verfassungsgerichten wird Integration nicht zum unmittelbar heranzuziehenden Argument in der Verfassungsauslegung. Es kann und sollte aber dirigieren, wie engmaschig die verfassungsgerichtliche Kontrolle vorgenommen wird. Verfassungsgerichte können intensive oder weniger intensive Prüfungsmaßstäbe anlegen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies vor allem in Gleichheitsfällen sehr deutlich gemacht, wenn es etwa betont, dass sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen ergeben, die »vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen«.³⁷ Integration ist also nicht unmittelbar Maßstab für die verfassungsgerichtliche Entscheidung, kann aber Kontrollmaßstäbe beeinflussen.

III. Konsequenzen

In diesem Abschnitt sollen die Konsequenzen der bisherigen Überlegungen ausbuchstabiert werden. Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist im Hinblick auf Integrationsförderung als zweifache beschrieben worden. Zum einen geht es um die Gewährleistung der demokratischen Entscheidungsverfahren, also um Staatsorganisationsrecht (2.), zum anderen geht es um Grundrechtsschutz als Minderheitenschutz (3.). An den Anfang sollen aber einige Bemerkungen zur Offenheit der Verfassung gestellt werden (1.).

1. Offenheit der Verfassung

Offenheit der Verfassung ist für die Integrationskraft der Verfassungsrechtsprechung insbesondere in zwei Aspekten bedeutsam. Erstens geht es um die Frage, wie engmaschig die Vorgaben der Verfassung gefasst sind, soweit es um das Verhältnis von Verfassungsgericht und Gesetzgeber geht (a). Zweitens ist die zeitliche Offenheit ein zentrales Thema (b).

³⁷ BVerfGE 133, 377, Rn. 74.

a) *Verfassungsgericht und Gesetzgeber*

Das Verhältnis von Verfassungsgericht und Gesetzgeber ist in der Demokratie nicht einfach. Einerseits bedeutet Demokratie als Selbstgesetzgebung von Gleichen, dass die Mehrheit entscheidet. Das Verfassungsgericht hat die Macht, diese Entscheidungen zu kontrollieren und gegebenenfalls zu revidieren – ein prekäres Verhältnis; in den USA wird es mit dem Begriff der *countermajoritarian difficulty* auf den Punkt gebracht. Aus den USA stammen auch die Versuche, die Macht des Verfassungsgerichts durch Figuren wie *political question doctrine* oder *judicial self-restraint* zu begrenzen. In der deutschen Diskussion konnten beide Ansätze nicht überzeugen; implizieren sie doch, dass es um eine Art freiwilliges Ethos der Richter statt um Verfassungsauslegung geht. Das Problem lässt sich als Nachdenken über »funktionell-rechtliche Grenzen«³⁸ der Verfassungsgerichtsbarkeit reformulieren. Denn das Sachproblem gibt es natürlich auch in Deutschland. Auch hier besteht die Gefahr, dass Politik durch verfassungsgerichtliche Vorgaben zu stark in ihrem Gestaltungsspielraum beschränkt wird: Angst vor dem »Jurisdiktionsstaat«.³⁹

Um einen hinreichenden Raum für die Politik zu erhalten, muss sich das Bundesverfassungsgericht stets bewusst sein, dass primär der Gesetzgeber zur Gestaltung der Lebensverhältnisse berufen ist; es ist dem Gericht nicht gestattet, ihm diese Aufgabe streitig zu machen. In seiner ständigen Rechtsprechung betont das Gericht denn auch immer wieder den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers; in der Praxis freilich wird diesen hehren Prinzipien nicht immer Rechnung getragen.

Die Respektierung des Gestaltungsauftrags des Gesetzgebers ist auch ein Beitrag der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Integration. Oben ist bereits beschrieben worden, wie ambivalent es zu sehen ist, wenn die Bürger:innen primär dem Verfassungsgericht und nicht den politischen Entscheidungsträger:innen vertrauen. Demokratie als Staatsform benötigt die partizipative Teilnahme der Bürger:innen und das Vertrauen in den demokratischen Prozess, statt auf die Entscheidungen von Expert:innen oder Autoritäten zu setzen.

b) *Zeitliche Dimension*

Wenn Aufgabe von Verfassungsgerichten die Festschreibung des Grundkonsenses ist, der in der Verfassung seinen Niederschlag gefunden hat, darf dies nicht dazu führen, dass dieser Grundkonsens für immer in einer bestimmten Weise

³⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 83.

³⁹ Böckenförde, »Grundrechte als Grundsatznormen«, S. 190.

fixiert wird. Zumal dann, wenn die Schaffung der Verfassung viele Jahre zurückliegt, reicht es nicht aus, dass die Verfassung allein den Grundkonsens längst Verstorbener widerspiegelt. Integrationskraft kann eine Verfassung nur dann entfalten, wenn auch ihre Konkretisierung den gesellschaftlichen Entwicklungen und neuen Problemlagen Rechnung trägt. Konrad Hesse hat die Polarität von »Starrheit« und »Beweglichkeit« der Verfassung und die Notwendigkeit der Berücksichtigung beider schön herausgearbeitet:

»Beide sind um der Aufgabe der Verfassung willen notwendig, die Offenheit und Weite, weil nur sie es ermöglichen, dem geschichtlichen Wandel und der Differenziertheit der Lebensverhältnisse gerecht zu werden, die verbindlichen Festlegungen, weil sie in ihrer stabilisierenden Wirkung jene relative Konstanz schaffen, die allein das Leben des Gemeinwesens vor der Auflösung in ständigen, unübersehbaren und nicht mehr zu bewältigenden Wechsel zu bewahren vermag«. ⁴⁰

In den USA wird diese Debatte in der Polarität zwischen dem Verständnis als *living instrument* versus *originalism* geführt; die Debatte bekommt dort noch mehr Brisanz als bei uns, weil die Verfassung der USA sowohl älter als das Grundgesetz als auch schwerer abänderbar ist – und weil Vertreter letzterer Position im *Supreme Court of the United States* inzwischen die Mehrheit bilden. Die Konsequenzen der originalistischen Position für Frauenrechte oder das Verbot von *cruel and unusual punishment* sind gravierend und ganz sicher nicht integrationsfördernd. ⁴¹ Gerade die jüngsten Entscheidungen des *Supreme Court*, die in vielen Bereichen bisherige Rechtsprechungsstandards verwerfen, zeigen dies deutlich. ⁴² Besonders markant war die Entscheidung zum Abtreibungsrecht, die das seit fast fünfzig Jahren bestehende Recht für Frauen, selbstbestimmt über ihre Schwangerschaft zu entscheiden, abschaffte. ⁴³

In Deutschland wird eine solche originalistische verfassungsmethodische Position kaum vertreten. Gefahren für eine Versteinerung der Verfassung können sich in Deutschland vor allem bei Entscheidungen realisieren, die die Ewigkeitsklausel von Artikel 79, Absatz 3 GG aufrufen. Wenn das Gericht die Ewigkeitsklausel gegen gesellschaftliche Entwicklungen – etwa im Hinblick auf die Integration

⁴⁰ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 37.

⁴¹ Integration war ganz sicher nicht das Anliegen von Richter Scalia, einem der prominentesten Befürworter einer originalistischen Haltung, dazu Sacksofsky, »Große Richter?«.

⁴² Zu nennen sind etwa *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen*, 597 U.S. __ (2022); *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. __ (2022); *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. __ (2022).

⁴³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. __ (2022); ausführlich dazu Sacksofsky, »Verfassungsgerichtlicher Backlash«.

Europas⁴⁴ oder beim Schwangerschaftsabbruch⁴⁵ – in Anschlag bringt, verliert es Integrationsfähigkeit.

2. Staatsorganisationsrecht

Das Staatsorganisationsrecht ist der Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Verfassungsgerichtsbarkeit soll als unabhängige Dritte darüber wachen, dass die Kompetenzverteilung, die in der Verfassung vorgesehen ist, auch eingehalten wird. Für die freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie ist die Gewaltenteilung ein zentrales Element. Wird zu große Machtanhäufung nicht verhindert, ist die Demokratie in Gefahr.

Daher gibt es im Staatsorganisationsrecht Bereiche, in denen das genaue Hinsehen seitens des Gerichts unerlässlich ist – insbesondere dann, wenn es um die demokratischen Spielregeln geht. Das Gericht muss daher besonders streng kontrollieren, wo die Mehrheit in eigener Sache tätig wird und geneigt ist, die Spielregeln so zuzuschneiden, dass sie die Macht nicht verliert oder nicht kontrolliert wird. Beispiele dafür sind insbesondere das Wahlrecht. Mit dem Begriff des *gerrymandering* wird in den USA etwa das Vorgehen bezeichnet, dass Wahlkreise so zugeschnitten werden, dass es der herrschenden Partei möglichst nützt. Auch in Deutschland hat das Design des Wahlrechts immer wieder das Gericht beschäftigt. Hierbei betont das Gericht, dass eine strenge Prüfung im Bereich des Wahlrechts deshalb erforderlich ist, weil bei »Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die jeweilige parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird.«⁴⁶ Hier betreibt das Gericht angemessene Integrationsförderung im hier vertretenen Sinne.

Ein anderer Bereich, in dem ebenfalls eine intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle notwendig ist, sind die Oppositionsrechte, wie beispielsweise das Recht der Untersuchungsausschüsse. Durch Sicherung der Rechte der Einsetzungs-minderheit kann das Gericht dazu beitragen, dass Machtwechsel real möglich werden – eine zentrale Funktion in der Demokratie, die erstarrt, wenn das

44 BVerfGE 123, 267, Rn. 208 ff.

45 Bei einer Umfrage der Zeitschrift für öffentliches Recht nach den misslungensten Entscheidungen in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts wählten drei Verfassungsrechtler:innen die Abtreibungsentscheidung(en): Bickenbach, »Urteile des Bundesverfassungsgerichts«; Sacksofsky, »Das Patriarchat lässt grüßen«; Wieland, »Recht auf Schwangerschaftsabbruch«.

46 BVerfGE 120, 82, 105.

Premium der Macht zu stark wird. Auch hier hat das Bundesverfassungsgericht einige wegweisende Entscheidungen erlassen.⁴⁷

3. Grundrechte

Die Rechtsprechung zu Grundrechten kann ebenfalls in erheblichem Umfang zur Integrationswirkung von Verfassungsgerichten beitragen.

a) Prozessuale Ausgestaltung

Ein Moment ist dabei die prozessuale Ausgestaltung: Das Verfahren der Verfassungsbeschwerde ermöglicht es jeder und jedem Einzelnen das Gericht anzurufen. Diese – viel genutzte – Chance ist zudem formell niedrigschwellig: Für die Einlegung der Verfassungsbeschwerde benötigt man nicht einmal anwaltliche Vertretung. Das zeichnet das Bundesverfassungsgericht als »Bürgergericht« aus.⁴⁸ Doch dies gilt nicht ganz uneingeschränkt: Dass die Substanziierungserfordernisse vom Bundesverfassungsgericht äußerst streng gehandhabt werden, ist der breiten Öffentlichkeit nicht bekannt – nicht einmal bei allen Rechtsanwält:innen scheint sich dies herumgesprochen zu haben. Auch die Erfolgsaussichten von Verfassungsbeschwerden sind äußerst gering: Von den 240.000 Verfassungsbeschwerden, die beim Gericht bis zum 31.12.2020 anhängig gemacht wurden, waren 2,3 Prozent erfolgreich.⁴⁹ Immerhin.

b) Grundrechtsschutz als Minderheitenschutz

Wichtiger ist aber die inhaltliche Seite. Gerade bei der Rechtsprechung zu Grundrechten zeigt sich der unterschiedliche Blick auf Integration. Grundrechtsschutz für Minderheiten führt nicht selten zur Empörung der Mehrheitsgesellschaft. Die bereits erwähnten Empörungswellen über das Gericht werden zumeist durch Grundrechtsentscheidungen ausgelöst, sodass sie als wenig integrativ wirkend gedeutet werden könnten. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: In der Kruzifix-Entscheidung untersagte das Bundesverfassungsgericht das in Bayern staatlich angeordnete Anbringen von Kreuzen in Klassenzimmern

47 Siehe z. B. BVerfGE 67, 100 (Flick-Untersuchungsausschuss); 105, 197 (Minderheitenrechte im Untersuchungsausschuss); 142, 25 (Oppositionsrechte); 143, 101 (NSA-Untersuchungsausschuss).

48 Limbach, »Integrationskraft des BVerfG«, S. 151.

49 Bundesverfassungsgericht, *Jahresstatistik 2020*, S. 1.

öffentlicher Schulen.⁵⁰ Diese Entscheidung hat in den unmittelbaren Reaktionen der Öffentlichkeit massive Kritik erfahren. Vordergründig könnte man sie daher als eine desintegrativ wirkende Entscheidung ansehen. Betrachtet man die Entscheidung aber aus der Perspektive religiöser Minderheiten, liegt gerade in der Durchsetzung ihres Rechts auf Gleichbehandlung der Religionen die integrierende Wirkung.

Empörung des Mainstreams ist also nicht gleichbedeutend mit mangelnder Integrationsleistung. Die Hauptfunktion von Grundrechten ist der Minderheitenschutz. Gerade, weil in der Demokratie durch Mehrheitsentscheidungen bestimmt wird, ist entscheidend, dass Minderheiten davor geschützt sind, übergangen oder gar benachteiligt zu werden. Gesellschaften sind von Hierarchien geprägt; diese haben diskriminierende Strukturen zur Folge. Es gibt in allen Gesellschaften diskriminierte, strukturelle Minderheiten, deren Interessen übergangen und deren Perspektiven im politischen Prozess nicht hinreichend berücksichtigt werden. Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist es, die Perspektiven gerade solcher strukturell diskriminierter Minderheiten aufzunehmen, mit anderen Worten einen Perspektivenwechsel⁵¹ vorzunehmen. Vor dem Bundesverfassungsgericht können diese Minderheiten gehört werden, und hier können ihre Rechte durchgesetzt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat dies beispielsweise in seinen Entscheidungen zur Geschlechterordnung deutlich vorgeführt: Ohne die Rechtsprechung des Gerichts wäre die Gleichberechtigung von Männern und Frauen, die Anerkennung homosexueller Lebensgemeinschaften seit diesem Jahrtausend (trotz der unrühmlichen Entscheidung von 1959) und die Ermöglichung von Lebensentwürfen von Personen, die nicht in eine binäre Geschlechterordnung passen – trans* und intergeschlechtliche Menschen –, nicht so schnell akzeptiert worden. Das ist im Übrigen einer der Unterschiede zu den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch – einem der zentralen Sündenfälle des Gerichts. In diesen Entscheidungen ist – trotz ihres kreativen Moments der Anerkennung der Schutzpflicht – der Grundrechtsschutz pervertiert worden, indem zwingend strafrechtliche Regelungen gefordert wurden; sicherlich ein Moment, weshalb die zweite Frauenbewegung in Deutschland stärker als in vielen anderen Ländern sehr staatsfern war und wenig auf Recht setzte. Aber es lassen sich auch viele weitere Beispiele für gelingenden Minderheitenschutz finden. Kandidaten sind etwa die Glaubensfreiheit oder die Meinungsfreiheit. In diesem Bereich gibt es viele Entscheidungen, die denjenigen, die nicht in den Mainstream passen (wollen), ermöglichen, ihr Leben nach ihrer Fassung selbstbestimmt führen zu können. Für Integration ist entscheidend, dass auch

50 BVerfGE 93, 1.

51 Denninger, »Verfassungspatriotismus und Integration«, S. 502.

diejenigen, die sich ausgegrenzt fühlen, ihren Platz in der Gesellschaft finden können. Freilich kann auch eine großzügige Auslegung der Meinungsfreiheit nicht sicherstellen, dass Querdenker:innen zum Umdenken finden. Aber es ist eine Chance, auf die Verfassungsgerichte setzen sollten, um – in der altmodisch klingenden, aber sehr treffenden Formulierung des Bundesverfassungsgerichts – das Gemeinwesen zu einer »Heimstatt« für alle Bürger:innen zu machen.

c) *Scheinbar integrationsaffine Argumente*

Diese Überlegungen haben zur Folge, dass einige scheinbar integrationsaffine Argumente zweifelhaft werden. Ein solches Beispiel ist der gesellschaftliche Friede. Integration durch Verfassungsrechtsprechung darf nicht missverstanden werden als Anforderung der Orientierung der Entscheidungspraxis dahingehend, dass möglichst weitgehender gesellschaftlicher Frieden erreicht wird. Es erscheint fast trivial, festzustellen, dass die Aufgabe von Verfassungsgerichten ist, sicherzustellen, dass verfassungsrechtliche Normen eingehalten werden. Ob dies zu gesellschaftlichem Frieden beiträgt, ist eine bloße Folge der Entscheidung, nicht aber ihr Ziel. Dieter Grimm, damals Richter am Bundesverfassungsgericht, formulierte zutreffend:

»Die Aufgabe des Verfassungsgerichts besteht nicht in der Friedensstiftung, sondern in der Durchsetzung der Verfassung. Wenn seine Entscheidungen den gesellschaftlichen Frieden wiederherstellen, ist das ein beglückendes Ergebnis, über das man froh sein darf.«⁵²

Gesellschaftlicher Frieden ist auch inhaltlich kein Wert, der Verfassungsgerichte leiten darf. Gesellschaftlicher Frieden ist besonders leicht – kurzfristig gesehen – durch verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu erschüttern, die dem Minderheitenschutz dienen. Man denke etwa an die Entscheidung des Supreme Court of the United States im Fall *Brown vs. Board of Education*, mit der die Rassentrennung an Schulen für verfassungswidrig erklärt wurde.⁵³ Die gesellschaftlichen Widerstände waren erheblich – heute ist aber klar, dass diese Entscheidung zu einer Verwirklichung zentraler verfassungsrechtlicher Prinzipien geführt hat.

Diese Überlegungen finden allerdings nicht immer Eingang in die verfassungsrechtliche Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht hat noch in seiner zweiten – eigentlich weniger restriktiven – Kopftuchentscheidung aus dem Jahr 2015 den Schulfrieden als kollidierendes Verfassungsgut zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Glaubensfreiheit grundsätzlich anerkannt.⁵⁴

⁵² Grimm, »Muß der Kanzler Truppen nach Bayern schicken?«, S. 10.

⁵³ *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁴ BVerfGE 138, 296, Rn. 99 ff.

Selbst wenn man unterstellt, der Schulfrieden genieße – vermittelt über den Erziehungsauftrag des Staates nach Artikel 7, Absatz 1 GG – Verfassungsrang, reicht dies nicht aus, um ein Kopftuchverbot zu rechtfertigen. Aus dem Versammlungsrecht ist der Grundsatz bekannt, dass zunächst gegen störende Gegendemonstranten vorzugehen ist und nicht gegen die friedlichen Demonstranten als Nichtstörer. Nichts anderes hätte hier gelten müssen. Eine Person, die ein Kopftuch trägt oder ein Gebet verrichtet, wird dadurch nicht zur Stölerin, sondern diejenigen, die am Kopftuch oder Gebet Anstoß nehmen, sind es, die den Schulfrieden gefährden und gegen die folglich vorzugehen ist. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vorstellt, rechtsextreme Schüler und Eltern würden intensiv gegen einen Schwarzen Lehrer protestieren. Der »Erziehungsauftrag« des Staates wird in diesen Konstellationen ganz sicher nicht dadurch verwirklicht, dass die entsprechenden Lehrkräfte versetzt werden.

IV. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass Integration durch Verfassungsrechtsprechung nicht mit möglichst großer Akzeptanz oder der Förderung gesellschaftlichen Friedens gleichgesetzt werden darf. Stattdessen muss sich der verfassungsgerichtliche Beitrag zur gesellschaftlichen Integration auf die spezifischen Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit beziehen: die Sicherstellung der Einhaltung demokratischer Spielregeln, die einen Machtwechsel real ermöglichen, sowie den Grundrechtsschutz, insbesondere als Schutz vor Diskriminierung. In diesen Bereichen verlangt Integration durch Verfassung intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle.

Während dieser Beitrag ganz auf die Bedeutung von Integration für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fokussierte, lässt sich ein vollständiges Bild von Integration durch Verfassungsgerichte erst zeichnen, wenn die rahmenden Faktoren der Verfassungsrechtsprechung, etwa der Modus der Richterwahl, die Stellung von Richter:innen in der Öffentlichkeit, die Rolle von Sondervoten oder unterschiedliche Beratungskulturen⁵⁵ betrachtet werden. Doch diese Fragestellung bleibt einem anderen Beitrag vorbehalten.

⁵⁵ Dazu jüngst umfassend Lübke-Wolff, *Beratungskulturen*.

Literatur

- Bickenbach, Christian, »Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen«, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Jg. 77, H. 3 (2022), S. 485–488.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, »Grundrechte als Grundsatznormen«, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main. 1991, S. 159–199.
- Bryde, Brun-Otto, »Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen«, in: Hesse, Joachim Jens/Folke Schuppert, Gunnar/Harms, Katharina (Hg.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen. Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa*, Baden-Baden. 1999, S. 197–210.
- »Integration durch Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Grenzen«, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden. 2002, S. 329–342.
 - »Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Demokratisierung der Bundesrepublik«, in: Ooyen, Christian R. van/Möllers, Martin H. W. (Hg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden. 2015, S. 497–510.
- Bundesverfassungsgericht, »Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952«, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge*, Jg. 6 (1957), S. 144–148.
- Bundesverfassungsgericht, »Jahresstatistik 2020«, www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/statistik_2020_node.html [9.1.2023].
- Denninger, Erhard, »Verfassungspatriotismus und Integration«, in: *Der Staat*, Jg. 60, H. 3 (2021), S. 495–506.
- Ebsen, Ingwer, »Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens«, in: Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden. 2000, S. 83–110.
- Frankenberg, Günther, »Tocquevilles Frage. Zur Rolle der Verfassung im Prozeß der Integration«, in: Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden. 2000, S. 31–58.
- »Zur Rolle der Verfassung im Prozess der Integration«, in: Vorländer, Hans (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden. 2002, S. 43–69.
- Friedrichs, Jürgen/Jagodzinski, Wolfgang (Hg.), *Soziale Integration*, Opladen. 1999.
- »Theorie sozialer Integration«, in: dies. (Hg.), *Soziale Integration*, Opladen. 1999, S. 9–46.
- Grimm, Dieter, »Muß der Kanzler Truppen nach Bayern schicken?«, *SZ-Interview mit Bundesverfassungsrichter Dieter Grimm*, *Süddeutsche Zeitung*, 9.12.1995, S. 10–11.
- Habermas, Jürgen, »Eine Art Schadensabwicklung«, *Die Zeit*, 11.7.1986, www.zeit.de/1986/29/eine-art-schadensabwicklung [9.1.2023].
- Halter, Ulrich, »Integration durch Recht«, in: Bieling, Hans-Jürgen (Hg.), *Theorien der europäischen Integration*, Wiesbaden. 2006, S. 399–423.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. neu bearb. Aufl., Heidelberg. 1995.
- Korioth, Stefan, *Integration und Bundesstaat: Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, Berlin. 1990.
- »Europäische und nationale Identität. Integration durch Verfassungsrecht?«, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, Jg. 62 (2003), S. 117–152.
- Kotzur, Markus, »Der ›Vergleich‹ im verfassungsgerichtlichen Verfahren«, *JuristenZeitung*, Jg. 58, H. 2, S. 73–82.

- Lhotta, Roland, »Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Integration als Philosophie des »Als-ob««, in: Gusy, Christoph (Hg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden. 2000, S. 286–325.
- Limbach, Jutta, »Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts«, in: dies., *Im Namen des Volkes. Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart. 1999, S. 148–164.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, *Beratungskulturen*, Berlin. 2022, www.kas.de/de/einzelitel/-/content/beratungskulturen [9.1.2023].
- Mangold, Anna Katharina, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, Tübingen. 2011.
- Ooyen, Robert Christian van, *Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*, Wiesbaden. 2014.
- Peters, Bernhard, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main. 1993.
- Rossen-Stadtfeld, Helge, »Verfassungsgericht und gesellschaftliche Integration«, in: Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden. 2000, S. 169–195.
- Sacksofsky, Ute, »»Große Richter?: Vergleichende Beobachtungen zum Tod von Antonin Scalia«, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge*, Jg. 65 (2017), S. 743–763.
- »Das Patriarchat lässt grüßen – die Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts«, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Jg. 77, H. 3 (2022), S. 747–753.
 - »Verfassungsgerichtlicher Backlash – die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court«, *Kritische Justiz*, Jg. 56, H. 1 (2023), S. 80–92.
- Schaal, Gary S., *Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung? Über den Zusammenhang von Demokratie, Verfassung und Integration*, Berlin. 2000.
- »Integration durch Verfassung und Verfassungsrechtsprechung? Theoretische Anmerkungen«, *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, Jg. 30, H. 2 (2001), S. 221–232.
 - »Das Bundesverfassungsgericht als Motor gesellschaftlicher Integration?«, *APuZ*, Jg. 61, H. 35/36 (2011), S. 29–35.
- Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden. 2000.
- Smend, Rudolf, »Verfassung und Verfassungsrecht«, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4. Aufl., Berlin. 2010 [1955], S. 119–276.
- Sternberger, Dolf, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main. 1990.
- Vorländer, Hans (Hg.), *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden. 2002.
- Voßkuhle, Andreas, »Art. 93 GG«, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 3, 7. Aufl., München. 2018.
- »Integration durch Recht. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts«, *JuristenZeitung*, Jg. 71, H. 4 (2016), S. 161–168.
- Wieland, Joachim, »Recht auf Schwangerschaftsabbruch und väterlicher Stichtentscheid«, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Jg. 77, H. 3 (2022), S. 835–839.

Leisten Justizjuristinnen und -juristen einen Beitrag zum Zusammenhalt? – Befunde einer justizsoziologischen Studie¹

Berthold Vogel

Abstract

Welche Rolle kommt dem Recht zu, wenn es um die Gestaltung des gesellschaftlichen Zusammenhalts geht? Genauer: Welchen Beitrag leisten diejenigen für das soziale Miteinander, die Recht sprechen? Nicht das Recht als Prinzip, sondern als Praxis steht im Zentrum dieses Beitrags. Mit kritischem Blick auf die justizsoziologische Forschung und auf der Grundlage einer umfangreichen empirischen Studie in der Justiz zeigt der Aufsatz, welche hohe Bedeutung Justizjuristinnen und -juristen dem sozialen Zusammenhalt beimessen und wie stark sie sich als dessen Gestalterinnen und Gestalter sehen. Dieser Befund ist überraschend und korrespondiert mit einer recht hohen Arbeitszufriedenheit der befragten Justizjuristinnen und -juristen. Zugleich werden in der Untersuchung auch aktuelle Herausforderungen sichtbar, die die Justiz bewältigen muss, wenn sie dem Anspruch gerecht werden möchte, auch in der Zukunft sozialen Ausgleich, rechtliche Balancen und ein kohäsives Klima in der Gesellschaft zu gewährleisten.

Keywords: Zusammenhalt; Justizsoziologie; Rechtsstaat und demokratische Institutionen

¹ Grundlage dieses Textes ist der Aufsatz »Die Hüter von Recht und Ordnung«. Die Kaupen-Studie im Lichte neuer justizsoziologischer Befunde«, der im Herbst 2022 im Schwerpunktheft »Reform, Revolte, Rechtssoziologie« von *Mittelweg 36. Zeitschrift des Hamburger Instituts für Sozialforschung* erschienen ist.

Die Justiz und das Gerichtswesen sind zweifelsohne Kernelemente einer freiheitlichen Demokratie und eines leistungsfähigen sozialen Rechtsstaats. Doch beide sind auch ein Stiefkind in der Soziologie und Sozialforschung. Dieser Sachverhalt irritiert. Denn Rechtspraxis und Rechtskultur sind von öffentlichem Belang. Wer die strukturellen und normativen Grundlagen lebendiger Demokratie verstehen will, muss sich den Institutionen des Rechts zuwenden, insbesondere den Akteuren des Rechts, deren Orientierung und Arbeitsethos für soziale Integrations- und Kohäsionskräfte wesentlich verantwortlich sind. Auffallend ist, wie wenig Aufmerksamkeit in der Vergangenheit gerade die ordentliche Gerichtsbarkeit erhielt. Es ist kaum zu bestreiten, dass sie ein blinder Fleck in der soziologischen Forschung zu Rechtsstaat, Demokratie und sozialem Wandel ist.

Diese soziologische Rechtsvergessenheit irritiert noch aus einem weiteren Grund. Denn die Soziologie verfügt disziplingeschichtlich über reiche Bestände eines Denkens mit dem Recht und vom Recht her. Die akademische Disziplin Soziologie etablierte sich über das Wissen, dass »das Recht zugleich Ausdruck und Instrument, Produkt wie Faktor (und zuweilen möglicherweise gar Motor) der gesellschaftlichen Entwicklung ist.«² Für Max Weber und Emile Durkheim, für Theodor Geiger und Helmut Schelsky, für Niklas Luhmann und Ralf Dahrendorf waren Fragen nach der Wirklichkeit und Wirkung des Rechts zentrale Ansatz- und Ausgangspunkte der Gesellschaftsdiagnostik. Ihnen war klar, dass die Genese und Stabilisierung einer bürgerlichen, marktgeprägten und politisch wie kulturell pluralen Gesellschaft ohne den Aufstieg des Rechts als zentralem Steuerungsprinzip nicht möglich gewesen wären. Das Recht ist ein Bauprinzip moderner Gesellschaften. Verrechtlichung ist ohne Zweifel ein starker sozialer Prozess, den wir im Alltag der Arbeitswelt ebenso finden wie in der Verwaltung des Sozialstaats, im Gesundheitswesen wie auch in den Fragen des Konsums und der Lebensführung. Die Rechts- und Sozialordnung hat sich in eine Richtung entwickelt, die »durch eine allgemeine Verrechtlichung, Subjektivierung und eine umfassende Gerichtsbarkeit geprägt ist – man kann dies als Verrechtlichung und Justitialisierung [...] bezeichnen.«³ Das Recht als normatives Strukturprinzip des Sozialen expandiert und diffundiert seit Jahrzehnten.⁴ Gleichwohl bleibt die sozialwissenschaftliche Rede über das Recht als formatives Prinzip und als formierende Kraft allzu oft abstrakt. Sie wird als Frage des »Systems«, der »Institutionen«, der »Prozesse« und »Strukturen« behandelt. Das ist zu dürftig. Denn gerade die Sozialwissenschaften, die handlungs- und akteurtheo-

2 Dreier (Hg.), *Rechtssoziologie*, S. 1.

3 Wahl, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, S. 419 f.

4 Masuch u. a. (Hg.), *Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats*, darin insbesondere: Vogel, »Bedeutung eines verrechtlichten Sozialsystems«, S. 297–309.

retisch orientiert sind, wissen sehr genau, dass das Recht Praxis ist.⁵ Zu dieser Praxis des »lebenden Rechts«,⁶ von dem einst Eugen Ehrlich sprach,⁷ gehören substanziell die *dramatis personae*, die Richterinnen und Richter, die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die sich in einer spezifischen institutionellen Kultur bewegen, die sie prägt, die sie selbst aber auch prägen. Ihr Arbeitsethos und Professionsverständnis bestimmt wesentlich die Rechtskultur. Interessant ist aus soziologischer Perspektive zudem der Generationenwandel, den wir allenthalben im öffentlichen Sektor finden und der in starkem Maße auch die Justiz prägt. Die Generation expandierender öffentlicher Institutionen in den 1970er Jahren tritt ab, eine neue Generation übernimmt in den Gerichten und Staatsanwaltschaften Amt und Verantwortung. Wie viel habituellem Wandel findet hier statt? Wie viel Stabilität prägt diesen Übergang? Der demokratische Rechtsstaat im Allgemeinen und die Justiz im Besonderen benötigen Trägergruppen, die sie repräsentieren, ja, die mit »Institutionenverstand«⁸ an ihrer Fortentwicklung mitwirken wollen. Es ist für die Zukunft des Rechtsstaates und der Rechtsordnung ein entscheidender Faktor, welche Personen in welcher Weise welche öffentlichen Ämter ausfüllen.

I. Wie weiter in der soziologischen Justizforschung?

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die drängenden Fragen nach der sich verändernden institutionellen Wirklichkeit des Justizwesens und der Rechtspflege in Gerichten und Staatsanwaltschaften entstand als ein Beitrag für eine empirische Rechts- und Justizsoziologie das Forschungsvorhaben »Die Hüter von Recht und Ordnung? – Generationenwandel und institutionelle Kultur in der Rechtsprechung«. Der Titel des Projekts spielt auf die »Kaupen-Studie«⁹ aus den späten 1960er Jahren an, beabsichtigt aber, mehr als eine Aktualisierung zu sein. Vielmehr geht es dieser zwischen 2017 und 2020 durchgeführten Studie darum, neues Licht auf die soziale Lage, die Haltungen und Orientierungen, die Biografien und die Arbeitswirklichkeiten von Richterinnen und Richtern sowie von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten zu werfen.

Die Ergebnisse der Studie beziehen sich auf Erhebungen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit Niedersachsens, in den drei Oberlandesgerichtsbezirken Braun-

5 Bourdieu, »Force du droit«; Wrase, »Recht und soziale Praxis«.

6 Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*.

7 Ehrlich, *Recht und Leben*.

8 Lübke-Wolff, *Rede zur Verleihung des Hegel-Preises*; und Vogel u. a., *Wert öffentlicher Güter*.

9 Kaupen, *Hüter von Recht und Ordnung*, S. 12.

schweig, Celle und Oldenburg. In allen drei Bezirken fanden in ausgewählten Amtsgerichten, Land- und Oberlandesgerichten sowie in den Staatsanwaltschaften und in den Generalstaatsanwaltschaften Gespräche statt, ebenso im Niedersächsischen Ministeriums für Justiz. Hervorzuheben ist die außerordentlich große Offenheit und das konstruktive Interesse sowohl der ministerialen Justizverwaltung als auch der jeweiligen Leitungen der Gerichte und Staatsanwaltschaften. Die Türen für unsere Befragungen waren weit geöffnet. Es war eindrucksvoll zu erleben, welches hohe Maß an Selbstkritik und Reflexionsbereitschaft in der Justiz und unter Justizjuristinnen und -juristen anzutreffen war. Allein dies ist schon ein wichtiger empirischer Befund, der deutlich mit der sogenannten Kaupen-Studie kontrastiert.

Zur Studie selbst: Wie sind wir vorgegangen?¹⁰ Das Projekt kombinierte qualitative und quantitative Methoden. Wir führten 20 Experteninterviews, 64 Einzelinterviews sowie 12 Gruppendiskussionen mit durchschnittlich vier Beteiligten in Amtsgerichten, Landgerichten und Oberlandesgerichten sowie in Staatsanwaltschaften und Generalstaatsanwaltschaften. Diese offenen Gespräche wurden durch eine quantitative Onlinebefragung unter niedersächsischen Justizjuristinnen und -juristen ergänzt. Die *Experteninterviews* in der Justizverwaltung sowie auf der Leitungsebene von Gerichten und Staatsanwaltschaften wurden in der ersten Erhebungsphase zur Vorbereitung der Gespräche mit Richterinnen und Richtern sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälten geführt, um erstens die Fallauswahl zu konkretisieren und um sozialräumliche, organisationale und personelle Spezifika des jeweiligen Gerichts oder der Staatsanwaltschaft zu erheben, die für die Auswertung der Einzelinterviews wichtige Kontextinformationen darstellen. Die *themenzentrierten Interviews* mit den einzelnen Justizjuristinnen und Justizjuristen bestanden aus offenen Fragen zu den erwerbsbiografischen Wegen in die Justiz, zu Arbeitsalltag und Selbstverständnis der Amtsführung, zu Ethos und Qualität der Rechtsprechung, aber auch zur Bewertung der Stellung der Justiz in der Gesellschaft. Die *Gruppendiskussionen* eigneten sich besonders für Fragen nach »dem Kollektiven«. Hier kommen geteilte und kontroverse Normen zur Sprache; zugleich werden in den Gesprächen zentrale Erfahrungen und Einschätzungen wechselseitig geschildert und bewertet. Wir haben in den Gruppendiskussionen zwei Fragen in den Mittelpunkt gerückt: Was macht einen guten Richter/eine gute Richterin beziehungsweise einen guten Staatsanwalt/eine gute Staatsanwältin aus? Sowie: Inwiefern gestalten

10 An der Durchführung der Studie war maßgeblich und verantwortlich Birgit Apitzsch (seinerzeit SOFI Göttingen, heute Professorin für Soziologie an der Universität Bochum) beteiligt. Die nachfolgenden Daten, Auswertungen und Interpretationen beziehen sich auf die gemeinsame Arbeit im genannten Forschungsprojekt.

Justizjuristinnen und Justizjuristen Recht und Gesellschaft? Die *Onlinebefragung* richtete sich schließlich an Justizjuristinnen und Justizjuristen in den Amts-, Land- und Oberlandesgerichten und den Staatsanwaltschaften und Generalstaatsanwaltschaften in Niedersachsen. Schwerpunkte dieser Erhebung waren das professionelle Selbstverständnis, die berufliche Situation und die biografischen sowie sozialstrukturellen Hintergründe der Richterinnen und Richter sowie der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte. Die Onlinebefragung erlaubte es, einen Teil der Ergebnisse aus den qualitativen Erhebungen auf eine breitere Basis zu stellen und ermöglichte einen partiellen Vergleich mit quantitativen Befragungen früherer justizsoziologischer Untersuchungen. Insgesamt erreichten wir mit den Interviews, Gruppendiskussionen und der Onlinebefragung jeweils »dienstjunge« und erfahrenere Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, zu etwa gleichen Anteilen Männer und Frauen, Personen in verschiedenen Positionen und Besoldungsstufen sowie in unterschiedlichen Rechtsgebieten.

II. Die Sorge um den Zusammenhalt – Von der staatstragenden Klasse zum gesellschaftsgestaltenden Milieu

Mit Blick auf die Befunde unserer Untersuchungen in der niedersächsischen Justiz ist die »Kaupen-Studie« ein interessanter Referenzpunkt, der den Wandel im Institutionenverständnis und im Amtsethos der Justizjuristinnen und -juristen zeigt. Dieser Wandel lässt sich auf die Formel bringen, dass sich *die Justizjuristinnen und -juristen im Unterschied zu den justizsoziologischen Studien der 1970er Jahre weniger als eine staatstragende Klasse sehen, sondern viel eher als ein gesellschaftsgestaltendes Milieu*. Was führt uns zu dieser Einschätzung?

Vier zentrale Punkte sind hier zu nennen: Zunächst ist hervorzuheben, dass die von uns befragten Richterinnen und Richter sowie die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sich ausdrücklich als *Teil einer pluralen Gesellschaft* sehen, deren soziale und wirtschaftliche Fliehkräfte durch Recht einzuhegen sind. Für sie ist mitnichten die Hälfte der Gesellschaft »in ein Halbdunkel« getaucht, wie es von Dahrendorf vor über fünfzig Jahren formuliert wurde.¹¹ Im Gegenteil sind ihnen die sozialen und wirtschaftlichen Fliehkräfte, die auf der Ebene der Arbeitswelt, der sozialen Beziehungen, der globalen wirtschaftlichen Verflechtungen oder in Anbetracht der Digitalisierung wirken, sehr bewusst und vertraut. Sie stellen sie bei der Urteilsfindung und in ihrer Amtsführung in Rechnung. Zugleich heben

¹¹ Dahrendorf, »Deutsche Richter«, S. 194.

sie den Wert einer offenen und pluralen Gesellschaft hervor, die sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher Interessenlagen auszeichnet und in der immer wieder neue Konfliktzonen sichtbar werden – zuletzt in der Bewertung der Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie oder des Impfschutzes, aber auch in der Herausforderung neuer Formen des Rechtsbruchs, beispielsweise in der Cyber-Kriminalität oder in der Bekämpfung der Clan-Kriminalität. Offensiv setzen die befragten Justizjuristinnen und -juristen auf die *kohäsive Kraft des Rechts und der Justiz* – das gilt für die Richterschaft, aber in starkem Maße auch für die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte.

Ein weiterer Aspekt, der in unseren Gesprächen in der Justiz immer wieder ein zentrales Thema war, sind die Inszenierungen der Justiz, der Rechtsprechung, der Anklage und der Urteilsfindung. In nahezu allen Interviews und Gruppengesprächen kommt zum Ausdruck, dass sich Justiz heute mehr denn je um kommunikative Kompetenz bemühen muss. Es geht nicht mehr allein um das Verkünden von Urteilen, um die exakte Ausführung des Prozessrechts oder um die Demonstration des richterlichen oder staatsanwaltlichen Urteils. Vielmehr kommt bei den allermeisten der von uns Befragten deutlich zum Ausdruck, dass sie sich nicht nur um eine verständliche Kommunikation des Rechts innerhalb und außerhalb des Gerichtssaals stark machen, sondern dass sie hervorheben, dass gute Kommunikation des Rechts und der Rechtsprechung ein zentraler Baustein für die Legitimation des Rechtsstaates ist. Selbstverständlich benennen sie Neutralität, Distanz und Autorität als wichtige Grundlagen ihrer Tätigkeit, aber ihnen ist auch bewusst, wie wichtig »Empathie« ist und von welcher hohen Bedeutung die Tatsache ist, nicht nur als Robenträger zu erscheinen, sondern auch »als Mensch sichtbar zu sein«. Diese in unserem Sample weit verbreiteten Haltungen im Selbstverständnis der Amtsführung bei Gericht und in der Staatsanwaltschaft stehen in starkem Kontrast zur Beschreibung der zwanghaften, regelkonformen und überangepassten Richterpersönlichkeiten bei Kaupen und anderen in den 1960er und 1970er Jahren. Richterkönige und Subsumptionsautomaten tauchen als soziale Figuren in den Gesprächen noch auf, aber lediglich als negatives Rollenmodell, von dem man sich verabschiedet hat (ohne zu bestreiten, dass dieser Typus sporadisch noch anzutreffen ist). Wenn wir in der Justiz danach fragen, welche Eigenschaften für das Richteramt und die Rolle des Staatsanwalts wichtig sind, erhalten Werte wie »kompromisslos« (12 Prozent), »autoritär« (25 Prozent) und »machtbewusst« (40 Prozent) nur relativ geringe Zustimmung. Am ehesten noch unter den Dienstjüngeren und unter den weiblichen Befragten. Hier spielen offenbar Erfahrungen, sich durchsetzen zu müssen und sich im Laufe der Zeit als Richterin oder Staatsanwältin Respekt zu erwerben, eine Rolle. Deutlich höhere Zustimmungswerte (allesamt über 90 Prozent in der Online-Erhebung) erhalten Eigenschaften wie »entscheidungsfreudig«, »sozial kompetent«, »sich verständ-

lich machen können«, »vorurteilsfrei«, »belastbar« oder »unparteilich«. Interessanterweise artikulieren allerdings in unseren Expertengesprächen die Gerichtsleitungen und die Leitungen der Staatsanwaltschaften die Sorge, dass es in der Justiz so etwas wie einen autoritären »Backlash« geben könnte, wenn es nicht gelingt, im Generationenwandel den skizzierten und durch unsere Erhebung bestätigten habituellen und mentalen Wandel unter Justizjuristinnen und Justizjuristen zu sichern. In dieser Sorge, aber auch in diesem Bemühen, den institutionellen und mentalen Wandel der Justiz in die Zukunft zu bringen, spiegelt sich ein dritter wichtiger Aspekt, wenn wir von der Transformation der Justizjuristen von der staatstragenden Klasse zum Milieu der Gesellschaftsgestalter sprechen.

Die von uns befragten Richterinnen und Richter beziehungsweise Staatsanwältinnen und Staatsanwälte registrieren die neuen Erwartungshaltungen der Öffentlichkeit an die Justiz, und sie legen Wert darauf, dass die Justiz ein Ort klarer Urteile, aber eben auch klarer, das heißt offener Kommunikation sein muss. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass innerhalb der Gerichte und Staatsanwaltschaften eine neue institutionelle Kultur Einzug hält. Die Symbolik der Justiz als Herrschaftsort und Ausdruck staatlicher Macht wird reflektiert und kritisch thematisiert. Wie muss die Justiz in einer demokratischen Gesellschaft aussehen und welche Architektur benötigt sie? Auch hier zeigt sich, dass vonseiten der Gerichtsleitungen, aber auch in den Generalstaatsanwaltschaften, sehr viel Wert darauf gelegt wird, Gerichtsgebäude und Gerichtssäle transparenter, egalitärer, zugänglicher zu gestalten. Eine Justiz auf Augenhöhe mit den Bürgerinnen und Bürgern wird gewünscht, obgleich sie sich in den zahlreichen alten, renovierungsbedürftigen Justizpalästen oftmals nur schwer umsetzen lässt. An dieser Stelle kommt freilich ein kritischer Punkt ins Spiel, der nicht nur, aber in besonderer Weise von den Proberichterinnen und Proberichtern angesprochen wird. Wenn sie über ihre Arbeit sprechen, dann kommen deutlicher und häufiger die oft schwierigen Arbeitsbedingungen zur Sprache. Hierbei geht es nicht nur um drückende Aktenlast, sondern um mangelhafte beziehungsweise fehlende Büroeinrichtung oder um renovierungsbedürftige Amtszimmer und Gerichtsstuben. Die Infrastruktur der Justiz wird häufig beklagt, mehr bei den Jüngeren als bei den Dienstalten, aber doch immer wieder und mehr oder weniger von allen. Es entsteht der Eindruck eines reformwilligen Justizpersonals, dass sich aber nicht nur mit einer kritischen Öffentlichkeit auseinanderzusetzen hat, sondern eben auch mit Renovierungsbedarf, fehlender oder defekter technischer Ausstattung und allerlei infrastrukturellen Mängeln. Dieser Umstand wirft berechtigterweise die Frage auf, wieviel der Gesellschaft, der Öffentlichkeit und dem Staat die Justiz wert ist. Der Weg der Justiz in die Gesellschaft und die Haltung, Gesellschaft gestalten zu wollen, hat infrastrukturelle Voraussetzungen, die die Justiz nicht allein herstellen kann.

Umso wichtiger ist daher *der zentrale Befund, dass sich Richterschaft und Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sowohl in den Einzelinterview als auch in den Gruppendiskussionen, aber insbesondere in der Online-Erhebung, überraschend stark als Promotoren des sozialen Zusammenhalts sehen.* Die These, dass wir es mit Blick auf die Justizjuristinnen und -juristen mit einem grundlegenden Wandlungsprozess zu tun haben, der von einer staatstragenden Klasse hin zu einem gesellschaftsgestaltenden Milieu führt, hat nicht zuletzt mit diesen Zahlen zu tun, die wir der Online-Erhebung unserer Studie entnehmen können: 88 Prozent der Justizjuristinnen und Justizjuristen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit Niedersachsens stimmen der Aussage zu, dass sie einen Beitrag zum gesellschaftlichen Zusammenhalt leisten; 79 Prozent sagen, dass sie durch ihre Tätigkeit in der Justiz Gesellschaft gestalten; während nur 36 Prozent der eher defensiven Aussage zustimmen: »Wir sind primär Rechtsanwenderinnen und -anwender«.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass bei der ohnehin insgesamt sehr hohen Zustimmung zur »Zusammenhaltsfrage« der Wert bei den Dienstälteren (94 Prozent) und bei den männlichen Befragten (93 Prozent zu 85 Prozent bei den weiblichen Befragten) noch höher liegt. Bei denjenigen hingegen, die für sich in Anspruch nehmen, Rechtsanwender statt Rechtsgestalter zu sein, zeigt sich ein signifikant höherer Frauenanteil: 45 Prozent der weiblichen Befragten sehen sich in erster Linie als Anwenderinnen von Recht, unter den männlichen Befragten bejahen diese Frage nur 28 Prozent.

Die hier skizzierten Ergebnisse machen deutlich, dass unsere Befragten in ihrem Selbstverständnis und Amtsethos, in ihrem Auftreten und in ihrer Wortwahl keine staatstragende Ober-Klasse repräsentieren, die sich weit entfernt von den sozialen Wirklichkeiten im »Paragrafenturm« verschanzt. Die Art und Weise, in der in den Einzelinterviews und Gruppengesprächen auf die Fragen nach der gesellschaftlichen Gestaltungskraft und -möglichkeit der Justiz geantwortet wird, und auch die Tonlage, in der sie ihre Vorstellungen von einem guten Richter und Staatsanwalt beschreiben, signalisiert: Die Justizjuristinnen und -juristen sehen sich als ein gesellschaftsgestaltendes Milieu, das sich aus der Mitte der Gesellschaft¹² heraus gemeinsamen Wertvorstellungen verpflichtet fühlt und in der Rechtsprechung sowie im Verhältnis zwischen Justiz und Gesellschaft auf Kom-

12 In unserer Online-Erhebung (n=483) ordnen sich selbst nur 5 Prozent der Oberschicht zu, 53 Prozent der oberen Mittelschicht und 40 Prozent der Mittelschicht. 41 Prozent stimmen interessanterweise der Aussage zu, sie seien »Bildungsaufsteiger«. Daraus lässt sich schließen, dass annähernd die Hälfte der Justizjuristinnen und -juristen, die sich an der Erhebung beteiligten, keinen akademischen Hintergrund haben. Von einer Selbstrekrutierung der Richterschaft und Staatsanwälte kann daher nur sehr begrenzt die Rede sein.

munikation und symbolisch-ästhetische Signale der Offenheit und der Demokratisierung setzt.

Dieses gesellschaftsgestaltende Milieu, dass sich sozialkulturell weit von der Vorstellung entfernt hat, durch das Richteramt oder durch die staatsanwaltliche Tätigkeit zu Hütern von Recht und Ordnung zu werden, ist aber keineswegs frei von Konflikten und Spannungen. Der Mentalitätswandel in der Justiz ist mit Blick auf die Entwicklung des demokratischen Rechtsstaats ein historischer Fortschritt. Unsere Befunde legen nahe, dass nicht nur die Öffentlichkeit eine positive Haltung gegenüber dem Rechtsstaat und seinen Vertretern hat,¹³ sondern dass auch das Personal in Gerichten und Staatsanwaltschaften ein ausgesprochen positives Verhältnis zum Rechtsstaat besitzt und sich als dessen engagierte Vertreter und auch Verfechter sieht.

Doch bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass die Befunde unsere Forschungen nicht nur eine Erfolgsgeschichte rechtsstaatlicher Entwicklung erzählen. Denn die Wirklichkeit des »arbeitenden Rechtsstaats«, die Arbeitsgrundlagen seines Personals und die institutionelle Kultur der Gerichte und Staatsanwaltschaften weisen Bruchlinien, Konflikte und Unsicherheiten auf, die strukturelle Herausforderungen und Probleme der Justiz sichtbar machen. Das gilt für die Frage des Generationenübergangs: Wer tritt in die ordentliche Gerichtsbarkeit ein? Und erfüllen die Eintretenden die Ansprüche einer Justiz, die große Anforderungen an ihr Personal stellt. Denn gefragt sind nicht nur exzellente Richterinnen und Richter oder Staatsanwälte und Staatsanwältinnen, die ihre Rechtsmaterie beherrschen, sondern auch Persönlichkeiten, die Zugang zu einer kritischer werdenden Öffentlichkeit finden, die Institutionenvertrauen sichern können und die über die Sensibilität für gesellschaftliche Konflikte und für das Leben hinter den Fällen verfügen beziehungsweise die notwendige Empathie für vielfältige soziale Milieus, Beziehungen und Motive mitbringen. Spannungsfelder und Herausforderungen für die Justiz ergeben sich zudem aus der Frage, wie es um deren gesellschaftliche Sichtbarkeit und lokale Präsenz bestellt ist. Beides sind wichtige Voraussetzungen für das Vertrauen in den Rechtsstaat. Damit verknüpft ist die Frage nach dem Selbstverständnis der Justiz. Das Ansehen der Justiz oder der Respekt, der ihr entgegengebracht wird, ist kein Selbstläufer. Interessant ist dabei, in welcher Weise von den Justizjuristinnen und -juristen selbst die Themen Macht und Autorität bewertet werden. Je nach Standpunkt kann von einer Legitimationskrise oder aber von einer Legitimationschance der Justiz gesprochen werden. Alle diese Punkte deuten auf einen institutionellen und personellen Strukturwandel der Justiz hin, der eine Reihe von Spannungsfeldern erzeugt.

13 Bohlen/Sommer (Red.), *Roland Rechtsreport 2023*.

III. Spannungsfelder des Strukturwandels der Justiz

Unsere justizsoziologischen Studien in Niedersachsen legen den Schluss nahe, dass sich unbemerkt von medialer Aufmerksamkeit und öffentlichen Debatten ein Strukturwandel der Justiz abzeichnet, der auf eine Dreifachkrise hindeutet. Erstens auf eine Reproduktionskrise, in der sich Generationen- beziehungsweise Nachwuchsfragen spiegeln; zweitens eine Repräsentationskrise, die auf den Sichtbarkeitsverlust öffentlicher Institutionen hinweist; und drittens eine Legitimationskrise, die zeigt, dass der Rechtsstaat kein gesellschaftlicher Selbstläufer ist, sondern einer öffentlichen Trägerschaft und Unterstützung bedarf, die ihm abhanden zu kommen droht.

1. Auf der Suche nach dem Personal – Generationenfragen

Die Justiz ist auf der Suche nach den »richtigen« Juristinnen und Juristen. Immer wieder geht es bei Gesprächen in den Gerichten und Staatsanwaltschaften um die Frage, woher und auf welche Weise die Nachwuchskräfte rekrutiert werden können, die sich die Justiz wünscht. Es geht also um die jungen Leute mit sehr guten Examina und dem notwendigen Institutionenverstand. Nicht Gesinnung ist das Thema, sondern Haltung – und die Fähigkeit, durch Rechtsprechung Zusammenhalt in der Gesellschaft zu ermöglichen. Allen Beteiligten ist bewusst – und das unterscheidet die Situation heute sicher von der Bewerberlage der 1960er Jahre –, dass die Justiz längst nicht mehr bei allen Absolventinnen und Absolventen als höchstes Ziel einer juristischen Laufbahn gilt. Zu attraktiv sind von ihren Arbeits- und Besoldungsbedingungen her die privaten Anwaltskanzleien. Insofern stoßen wir in unserer Studie auf ein Paradox: Wir hören auf der einen Seite Richterinnen und Richtern zu, die eine hohe Arbeitszufriedenheit betonen und sich durchaus in hohem Maße mit ihrem Beruf und ihrer Aufgabe identifizieren. Ähnliches gilt für Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die allerdings in allen Dimensionen durchschnittlich weniger hohe Zufriedenheitswerte aufweisen. Aber generell unzufrieden sind sie auch nicht, und sie martert auch nicht die permanente Sinnfrage bezüglich ihres Tuns. Insgesamt ist der Schluss zulässig, dass wir in der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf überdurchschnittlich viele treffen, die ihrem Beruf sehr viel abgewinnen können. Echte und dauerhafte Frustration taucht in unseren Gesprächen kaum auf. Wir haben aber nicht nur nach der Bewertung der aktuellen Tätigkeit gefragt, sondern auch danach, welche Faktoren besonders einflussreich für die Berufswahl waren. Was war der Antrieb, in die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder in die Staatsanwaltschaft zu gehen? Hierbei werden besonders häufig das selbstbestimmte Arbeiten (79 Prozent), die Fach-

lichkeit der Tätigkeit (75 Prozent), soziale und berufliche Sicherheit (60 Prozent) und die gute Vereinbarkeit von Familie und Beruf (59 Prozent) genannt. Auch positive Erfahrungen in der Zeit des Referendariats spielen offensichtlich mehrheitlich eine wichtige Rolle (52 Prozent). Insgesamt spricht vieles dafür, dass bei den von uns Befragten der Ausbildungs- und Arbeitskontext für die Berufswahl wichtiger zu sein scheint als der familiäre Hintergrund. Das wäre dann ein weiterer interessanter Unterschied zu früheren Befunden, in denen die soziale und familiäre Herkunft offensichtlich eine höhere Prägekraft hatten.¹⁴ Insgesamt und unabhängig von einzelnen Faktoren der Berufswahl begegnen uns in den Gesprächen wie in der Online-Erhebung sehr hohe Ansprüche an die Professionalität des eigenen Tuns. Zugleich eint die allermeisten Befragten ihre gemeinsame Sorge um die Qualität der Nachwuchs-Justizjuristen und -juristinnen. Vermutlich war das in allen Zeiten so. Doch es ist schon auffällig, dass immer wieder betont wird, dass man sich am Ende eines langen Weges der Demokratisierung der Justiz befinde und Sorge habe, dass dieser Weg nicht ohne Weiteres vom Nachwuchs weiter gegangen werde. Für diese Besorgnis werden unterschiedliche Gründe angeführt. Hierzu zählt die wachsende Teilzeitneigung der Richterschaft und der Staatsanwälte, die eine vollständige und aus der Sicht der Befragten notwendige Identifikation mit dem Amt zumindest nicht erleichtere. Auch der mediale Druck leiste seinen Beitrag für Qualitätsverluste in der Rechtsprechung. Auf den Gerichten und Staatsanwaltschaften laste die Gefahr der Konformität: Man folgt nicht mehr dem eigenen Ethos, sondern flüchtet sich in den Kompromiss, gibt klein bei, legt sich nicht mit der medialen Öffentlichkeit an. Schließlich kommen auch veränderte Gesellschaftsbilder unter Juristinnen und Juristen zur Sprache. Zwar seien die jungen Richterinnen und Richter nicht weltabgewandt, im Gegenteil. Aber der kritische Geist der Veränderung sei auch nicht zu erwarten, denn zu sehr stünden die eigenen Belange im Vordergrund. Hier schließt sich der Kreis zur Klage über die Teilzeitjustiz. Wie auch immer diese Kritik und Sorge zu bewerten ist. Der Trend ist jedenfalls klar und irreversibel: Der Deutsche Richterbund weist seit Langem mit Nachdruck darauf hin, dass bis 2030 40 Prozent der Justizjuristinnen und -juristen in den Ruhestand gehen. Etwa 10.000 Stellen sind bundesweit nachzubesetzen, insbesondere in den Flächenländern und in den östlichen Bundesländern.¹⁵ Zeichnet sich hier eine Reproduktionskrise der Justiz ab? Geht der Justiz der Nachwuchs aus? Die alte Formel »Prädikat bekommt der Staat« gilt jedenfalls nicht mehr zwangsläufig. Die Konkurrenz und die Lockrufe durch Kanzleien, Unternehmen und die Perspektive auf Selbstständigkeit sind mächtig. Und mit Blick auf die Justizstudien der 1960/1970er Jahre zeichnet sich noch eine wei-

14 Lange/Luhmann, *Juristen*.

15 Deutscher Richterbund (DRB), *Personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz*.

tere Veränderung ab. Der Hinweis bei Kaupen und Rasehorn, dass die katholischen Beamtenkinder vom Land Richter werden und die protestantischen Unternehmerkinder aus der Stadt Anwälte,¹⁶ stimmt ebenso wenig wie die Tatsache, dass wir beim Justizpersonal ausgeprägte Züge einer geschlossenen Sozialisierung unter den Richtern und Staatsanwälten vorfinden. Mit anderen Worten: Religiöse Vorprägungen haben sich in den vergangenen Jahrzehnten weitgehend verflüchtigt. Und die Amtsrichterstelle ist auch schon lange kein Erbhof mehr. Zwar gilt noch immer, dass überdurchschnittlich viele der von uns Befragten aus Elternhäusern stammen, in denen der öffentliche Dienst häufig der Arbeitgeber ist. Aber der öffentliche Dienst der 2020er Jahre ist mit dem der 1950er Jahre sicher nicht mehr vergleichbar. Wenn es diesen engen Zusammenhang juristischer Familiendynastien jemals gab, dann hat er heute jedenfalls keinen Bestand mehr.

2. Verliert die Justiz ihre Sichtbarkeit vor Ort? – Repräsentationsfragen

Damit kommen wir zur Lage des Rechtsstaats vor Ort. Wie steht es um die Repräsentation der Justiz? Die Präsenz öffentlicher Institutionen ist eine Schlüsselfrage gesellschaftlichen Wandels und sozialen Zusammenhalts. Wie stabil ist das rechtsstaatliche Institutionengefüge, wie hoch ist dessen Akzeptanz in der Öffentlichkeit? Für das Institutionenvertrauen (großes Thema in der Justiz) braucht man Personal. Wie bekommt man aber junge Juristinnen und Juristen in die Provinz? Und ist deren Fehlen nicht doch ein Ausdruck einer schleichenden institutionellen Erosion? Es geht in unserer Studie nicht um die Idealisierung des guten alten Amtsgerichts und der dazugehörigen Honoratiorenwelt aus Amtsrichter, Pastor und Bürgermeister, die in der Wirtshausstube die Geschicke vor Ort besprechen und aushandeln. Vielmehr geht es um die Sichtbarkeit des Rechtsstaates und seiner Einrichtungen, seiner Orte und seiner Repräsentanten. In unseren Interviews sehen wir eine gewisse Grundspannung. Auf der einen Seite wird uns allerorten – vom Amtsgericht bis zur Generalstaatsanwaltschaft – auf sehr plausible Weise vorgetragen, wie wichtig es für die Legitimation und Stabilität des Rechtsstaats sei, dass man in und aus der Justiz auf andere Weise kommuniziere als bislang. Es brauche Transparenz, Sichtbarkeit und Offenheit. Die Justiz und ihre Urteilsbegründungen dürften sich nicht im Fachjargon verlieren beziehungsweise in einer Trutzburg verschanzen. Eine kreative und kommunikative Öffentlichkeitsarbeit sei der Schlüssel für eine gute Zukunft des Rechtsstaats. Auf der anderen Seite kommt zur Sprache, dass Standorte von Amtsgerichten infrage stehen, dass Amtsrichterinnen und Amtsrichter schon lange nicht mehr vor

16 Kaupen/Rasehorn, *Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, S. 59.

Ort wohnen, sondern zum Gericht als Arbeitsort pendeln und dort ihre Verhandlungsvormittage haben, aber eben auch nicht mehr. Justiz hat dann kein Gesicht vor Ort. Insbesondere in den Experteninterviews und auch in den Gesprächen in den Amtsgerichten wird deutlich, dass die Rekrutierung von Justizjuristen in der Fläche ein Problem ist. Wer ist vor Ort? Wen bekommt die Justiz für die kleinen Gerichte? Welches Rollenverständnis haben Amtsrichterinnen und Amtsrichter? Pendeln oder Bleiben? Insgesamt kommt dabei ein Aspekt ins Spiel, der mit Blick auf die Fragen der Gesellschaftsgestaltung und des sozialen Zusammenhalts durch die Justiz die Rolle der Amtsgerichte noch einmal deutlich hervorhebt. Disparität und Zusammenhalt, Teilhabe und Abkoppelung sind lokale und damit sozialräumliche Fragen. Der Strukturwandel der Justiz manifestiert sich dann im Übergang von einer lokalen Honoratiorenwelt, die vermutlich auch noch Dahrendorf oder Kaupen in den 1960er Jahren vor Augen stand, hin zu einem Alltag der Justizpendlerinnen und -pendler, die nicht nur in räumlicher Hinsicht auf Distanz zum lokalen Gerichtsstandort gehen. Die Repräsentationskrise der Justiz wäre dann nicht nur eine Versorgungs- und Verteilungsfrage, sondern auch eine Zusammenhalts- und Präsenzfrage. Zusammenhalt und Präsenz – so zeigen zahlreiche eigene Studien und Untersuchungen zu Zusammenhalt und öffentlichen Gütern¹⁷ – haben sehr viel mit sozialem Vertrauen zu tun. Interessant ist, dass die Frage, welche Gestalt und welche Sichtbarkeit Justitia vor Ort hat, weitgehend ungestellt bleibt und unterschätzt wird. Das gilt in der (Verbands-)Politik, in der medialen Öffentlichkeit, aber auch in der Wissenschaft. Auch bei unserem eigenen Untersuchungsansatz beziehungsweise in unserer Studienkonzeption hatten wir diese Frage nur am Rande, aber keineswegs systematisch aufgenommen. Erst die Befragungen vor Ort haben uns die Relevanz der Lokalität der Justiz vor Augen geführt. Das sind entscheidende Fragen für die rechtsstaatliche Entwicklung, die gemeinhin unterschätzt werden.

3. Die Herstellung der Rechtsordnung – Legitimationsfragen der Justiz

Justizjuristinnen und -juristen denken das Recht »gesellschaftlicher« als angenommen, so ein zentraler Befund unserer Studie. Sie stellen den Rechtsstaat und seine Entwicklung in gesellschaftliche Kontexte und ziehen sich nicht auf eine Ordnungsfunktion von Recht und Gesetz zurück. Sie sehen die Justiz als starken Faktor sozialen Zusammenhalts und benennen mit jeweils unterschiedlicher Gewichtung sehr genau die sozialen, demografischen, wirtschaftlichen und/oder digitalen Fliehkräfte. Das gilt insbesondere für die Staatsanwältinnen

17 Jüngst: Simmank/Vogel, *Zusammenhalt als lokale Frage*.

und Staatsanwälte, aber auch für die Richterschaft. In beiden Fällen wird die regulierende und konflikthegende Kraft des Rechts betont, wobei die Skepsis bezüglich der Wirksamkeit des Rechts bei den Staatsanwälten größer ist. Ein weiterer interessanter Punkt ist, dass die Befragten in den qualitativen Interviews deutlich machen, dass Ordnung nicht Staatsordnung ist, sondern soziale Ordnung. Auch hier liegt eine wichtige Quelle für die Einschätzung der großen Relevanz sozialen Zusammenhalts. Wenn der Ordnungsgedanke thematisiert wird, dann nicht von oben nach unten, sondern aus den gesellschaftlichen Beziehungen. Ordnung wird daher eher horizontal denn vertikal beschrieben. In diesem Zusammenhang stehen auch die Hinweise auf die Rolle von Macht und Autorität in der Justiz.

Zugleich sehen wir insbesondere in der Online-Erhebung eine gehörige Portion Skepsis bezüglich der Legitimation der Justiz. Dort zeigt sich, dass 59 Prozent der Justizjuristinnen und -juristen der Aussage zustimmen, dass der Rechtsstaat und seine Institutionen wenig geachtet werden. Männer äußern dies häufiger als Frauen (64 Prozent zu 55 Prozent), insbesondere beklagen diese Situation aber die Staatsanwälte, mehr als zwei Drittel von ihnen (68 Prozent). 45 Prozent der Befragten beklagen zudem, dass ihnen von Medien und Öffentlichkeit nicht der ihnen zustehende Respekt entgegengebracht wird. Um die Würde des Rechtsstaates, um seine Legitimation, seine Unabhängigkeit und Neutralität muss gekämpft werden, und so positiv die eigene Rolle der Gesellschaftsgestaltung beschrieben wird, so ignorant, aggressiv oder sogar feindlich wird dennoch die Gesellschaft wahrgenommen. Justizjuristinnen und -juristen wollen in der Gesellschaft gewiss nicht aufgehen oder sich den Zeitläuften unterwerfen, aber sie verlangen Respekt, Achtung und die öffentliche Bereitschaft, die Justiz als eigenständige und unabhängige Gewalt in einem demokratischen Staat anzuerkennen.

Dahinter verbirgt sich aus der Sicht unserer Auswertungen kein kollektiver Wunsch nach obrigkeitsstaatlichen Strukturen und keine gemeinschaftliche Sehnsucht nach Standesbewusstsein. Im Gegenteil ist die weit überwiegende Zahl der Befragten der Auffassung, dass vorhandenen Legitimationsdefiziten oder -brüchen offensiv und transparent begegnet werden muss. Macht und Autorität werden in diesem Sinne nicht als Herrschaftsformen, sondern als soziale Beziehungen betrachtet, in denen Distanz und der verantwortliche Umgang mit Macht eine zentrale Rolle spielen, die aber dennoch nicht verordnet werden können, sondern mehr und mehr kommunikativ hergestellt werden müssen. Auch hier zählt wieder sehr stark der Aspekt kommunikativer Fähigkeiten. Entsprechend dem Verständnis von Ordnung als sozialer Ordnung werden Macht und Autorität nicht aus der staatlichen Ordnung »abgeleitet«. Macht und Autorität werden vielmehr mit Verantwortung und Geradestehen für den sozialen Rechtsstaat verknüpft. Das heißt, dass sich die Rolle des Richters und der Richterin

sowie des Staatsanwalts und der Staatsanwältin nicht aus staatlicher Herrschaft zwangsläufig selbst ergibt. Autorität, Respekt und Ansehen müssen vielmehr erarbeitet werden. Dazu braucht es aber wiederum gute Arbeitsgrundlagen. Wenn die Herstellung von Institutionenvertrauen eine zentrale Aufgabe ist und wenn verantwortlicher Gebrauch der richterlichen und staatsanwaltlichen Macht (die zu leugnen absurd wäre) zur Sicherung des Rechtsstaats unabdingbar ist, dann bedarf dieser Prozess spezifischer Voraussetzungen. Dazu zählt nicht, entweder arbeitsüberlastet in Aktenbergen zu versinken oder sich mit Amtszimmern zu arrangieren, in denen es zu den Fenstern hereinregnet, oder gar, sich um seine Büroausstattung selbst kümmern zu müssen. Die letztgenannten Punkte – undichte Fenster und fehlendes Mobiliar – sind nicht die Regel in der Justiz, aber sie sind dennoch ein Teil der Realität. Kurzum, der Rechtsstaat bedarf einer Infrastruktur und einer Arbeitsausstattung, die gepflegt und erneuert werden muss – und die vor allem Respekt, Autorität und Würde als Amtsperson auch ermöglicht. Ein wichtiges Stichwort in diesem Kontext sind die Digitalisierung und die Einführung der elektronischen Akte. Auch hier ist es ein schlechtes Zeichen, wenn die Technik hapert; es ist auch kein Pluspunkt für den Rechtsstaat und seine Repräsentantinnen und Repräsentanten, wenn die Richterin oder der Richter den Anwälten die Akten kopieren müssen, nur weil die Datenübertragung nicht funktioniert. Auch das ist lediglich eine Anekdote, die kein generelles Phänomen ist. Aber Anekdoten haben durchaus die Kraft, Legitimationsfragen zu provozieren. Viel größeres Gewicht haben freilich die Bedenken, die aus den Staatsanwaltschaften vorgetragen werden, wenn beispielsweise von der strukturellen Unterlegenheit der rechtsstaatlichen Seite insbesondere in den großen Prozessen zu Wirtschafts- und Cyberkriminalität die Rede ist. Diese strukturelle Unterlegenheit verkörpert ein echtes Legitimationsdefizit, und sie hat sehr viel mit unzureichenden Personalbeständen zu tun. Eine Situation, die sich in den kommenden Jahren verschärfen wird!¹⁸ In all den an dieser Stelle nur angedeuteten Krisen und Spannungen in der Justiz kommen wichtige Aspekte der Legitimation des Rechtsstaates zur Sprache. Denn auch der demokratische Rechtsstaat kann auf Autorität und Durchsetzungsfähigkeit nicht verzichten. Partizipation und Kommunikation sind wertvolle Bestandteile einer demokratischen und sich demokratisierenden Justiz. Gleichwohl braucht es institutionelle Stärke und Durchsetzungsvermögen qua Amt, damit sich der Rechtsstaat angesichts tiefgreifender gesellschaftlicher Transformationen behaupten kann. Und dieses »Sich-Behaupten-Können« ist zu guten Teilen eine Frage der Amtsführung, die eines starken Unterbaus beziehungsweise einer guten rechtsstaatlichen Infrastruktur bedarf. Das gilt für die kommende Generation von Richtern und

¹⁸ Siehe Abschnitt III.1 dieses Beitrags, S. 174–176.

Richterinnen sowie Staatsanwälten und Staatsanwältinnen, das gilt in der Stadt und auf dem Land und das gilt für die bestehenden und kommenden sozialen und wirtschaftlichen Konflikte.

IV. Der arbeitende Rechtsstaat und der gesellschaftliche Zusammenhalt – Perspektiven der soziologischen Justizforschung

Was wissen wir nun über den arbeitenden Rechtsstaat? Wenn wir die Ergebnisse der Studie ins Verhältnis zu den Befunden justizsoziologischer Forschung aus den 1970er Jahren setzen (und das war die letzte und einzige Boomphase der Justizsoziologie in den vergangenen Jahrzehnten), dann ist ein markanter Wandel in den Mentalitäten und Gesellschaftsbildern der Richterschaft und der Staatsanwälte zu erkennen. Auch die institutionelle Kultur der Justiz hat sich stark verändert. Daran kann kein Zweifel bestehen. Dennoch stehen wir in der Soziologie und Sozialforschung immer noch am Anfang einer systematischen und empirisch gut fundierten Soziologie des Rechtswesens. Unsere Studien in der ordentlichen Gerichtsbarkeit Niedersachsens geben erste wichtige Einblicke, die freilich zu vertiefen wären. Die Hinweise auf die Dreifachkrise der Justiz und des Rechtsstaates sind eher empirische Merkmale, die aber für die Zukunft des öffentlichen Guts »Rechtsprechung« wesentlich sind. Wie tragfähig ist das Institutionenvertrauen aufseiten der Bürgerinnen und Bürger und wie steht es tatsächlich um die Leistungsfähigkeit der Justiz? Das sind alles keine trivialen Fragen, die für die aktuell und allerorten viel beschworene gesellschaftliche Resilienz von erheblichem Belang sind.

Dennoch können wir festhalten, dass wir in unseren Debatten über das Verhältnis von Recht und Gesellschaft offenbar die (personelle, repräsentative, legitimatorische) Stabilität der Justiz überschätzen und zugleich die Wirkung der Justiz für den gesellschaftlichen Zusammenhalt unterschätzen. Unsere Studie zeigt jedenfalls mit aller Deutlichkeit, dass das Rechtswesen und die Justiz mehr sind als interessante Teilbereiche des gesellschaftlichen Lebens. Sie sind Kernbereiche, in denen maßgeblich Fragen des Zusammenhalts, des sozialen Ausgleichs und der demokratischen Legitimation verhandelt werden. Justizforschung ist Gesellschaftsanalyse und kein Spartenfach. Daher braucht es sozialwissenschaftliche Expertise, die den Zustand und die Zukunftsperspektiven des demokratischen und sozialen Rechtsstaats analysiert, indem sie seine Herstellungsbedingungen und Handlungsmöglichkeiten kritisch reflektiert. Studien zu Richterinnen und Richtern oder zu Staatsanwältinnen und Staatsan-

wälten sind dann das eine. Ebenso wichtig wäre es, dem Justizpersonal insgesamt Aufmerksamkeit zu widmen, das heißt den Schöffen und Ehrenamtlichen, den Rechtspflegern und Justizvollzugsbeamten, den Anwältinnen und Anwälten. Das Feld ist weit, das hier zu beackern wäre. Die Zusammenhaltsforschung bedarf der empirischen Perspektiven auf die Institutionen und Akteure des Rechts. Und die Justiz muss konzeptionell stärker in die Fragen eingebunden werden, von welcher Qualität der gesellschaftliche Zusammenhalt ist und inwieweit in der Rechtsprechung wichtige Quellen der normativen Orientierung einer demokratischen Politik der Kohäsion liegen.

Literatur

- Bohlen, Maja/Sommer, Michael (Red.), *Roland Rechtsreport 2023*, Köln. 2023.
- Böhnke, Petra/Kersten, Jens/Klenk, Tanja/Neu, Claudia/Vogel, Berthold, *Der Wert öffentlicher Güter*, Berlin. 2015.
- Bourdieu, Pierre, »La Force du Droit. Elements pour une Sociologie du Champ Juridique«, *Actes de la recherche en sciences sociales*, H. 64 (1986), S. 3–19.
- Dahrendorf, Ralf, »Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht«, in: ders.: *Gesellschaft und Freiheit. Zur soziologischen Analyse der Gegenwart*, München. 1962, S. 176–196.
- Deutscher Richterbund (DRB), *Die personelle Zukunftsfähigkeit der Justiz in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin. 2018.
- Dreier, Horst (Hg.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen. 2001.
- Ehrlich, Eugen, *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre*, Berlin. 1967.
- Kaupen, Wolfgang, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen – Eine soziologische Analyse*, Neuwied/Berlin. 1971.
- Kaupen, Wolfgang/Rasehorn, Theo, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen*, Neuwied/Berlin. 1971.
- Lange, Elmar/Luhmann, Niklas, »Juristen – Berufswahl und Karrieren«, *Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, Jg. 65, H. 2 (1974), S. 113–162.
- Lübbe-Wolff, Gertrud, *Rede zur Verleihung des Hegel-Preises*, 24.7.2012, Stuttgart, www.stuttgart.de/item/show/479769 [1.6.2023].
- Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hg.), *Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats. Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht*, Bd. 1, Köln. 2014.
- Raiser, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen, 2013.
- Simmank, Maike/Vogel, Berthold, *Zusammenhalt als lokale Frage*, Baden-Baden. 2022.
- Vogel, Berthold, »Die Bedeutung eines verrechtlichten Sozialsystems für die gesellschaftliche Entwicklung der Bundesrepublik«, in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/

Leibfried, Stephan (Hg.), *Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats. Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht*, Bd. 1, Köln. 2014, S. 297–312.

- »Die Hüter von Recht und Ordnung«. Die Kaupen-Studie im Lichte neuer justizsoziologischer Befunde«, *Mittelweg 36. Zeitschrift des Hamburger Instituts für Sozialforschung*, Jg. 31, H. 5 (2022), S. 101–118.

Wahl, Rainer, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt am Main. 2003.

Wrase, Michael, »Recht und soziale Praxis. Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie«, in: Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael (Hg.): *Wie wirkt Recht?* Baden-Baden. 2010, S. 113–146.

Autor:innen

Prof. Dr. Günter Frankenberg ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und vierzig Jahre lang Mitherausgeber der Zeitschrift »Kritische Justiz«. Unter anderem beschäftigt er sich mit der Rolle der Staatstechnik im modernen Sicherheitsstaat, mit der kritischen Rechtstheorie und der Figur des Fremden im Recht sowie den Methoden der Rechtsvergleichung. Er ist ein international renommierter Verfassungsvergleicher.

Prof. Dr. Klaus Günther ist Professor für Rechtstheorie, Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Seine Forschungsschwerpunkte sind systematische und historische Rechtsphilosophie, Diskurstheorie des Rechts, Grundlagen des nationalen und des Völkerstrafrechts, Kriminalsoziologie und Kriminalpolitik, Rechtstheorie der Globalisierung, Recht und Literatur.

Prof. Dr. Laura Münkler ist Professorin für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Sie forscht zu rechtsphilosophischen und -theoretischen Fragestellungen sowie zum Öffentlichen Recht und Gesundheitsrecht. In ihren Schriften hat sie sich insbesondere mit der Rolle von Expertenwissen im demokratischen Prozess, Wissensordnungen im Recht und Fragen der Inszenierung von Recht auseinandergesetzt.

Prof. Dr. Ute Sacksofsky ist Vizepräsidentin am Hessischen Staatsgerichtshof und Professorin für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Sie ist eine der prominenten Stimmen der feministischen Rechtswissenschaft in Deutschland. Neben der Rolle von Geschlechterverhältnissen im Recht beschäftigt sie sich mit vielfältigen Fragestellungen aus dem Bereich des Verfassungsrechts und der Verfassungsvergleichung.

Prof. Dr. Daniel Thym ist Inhaber des Lehrstuhls für Europa- und Völkerrecht an der Universität Konstanz und Sprecher des dortigen FGZ-Standorts. Forschungsschwerpunkte sind die europäische Verfassungsentscheidung und das Migrationsgeschehen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Prof. Dr. Berthold Vogel ist geschäftsführender Direktor des Soziologischen Forschungsinstituts Göttingen (SOFI) an der Georg-August-Universität und Sprecher des dortigen FGZ-Standorts. Er beschäftigt sich mit Wohlstands- und Verteilungsfragen. Darüber hinaus forscht er im Bereich der Staats- und Justizsoziologie sowie der Soziologie öffentlicher Güter und Infrastrukturen.

Prof. Dr. Uwe Volkmann ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und Leiter des Projekts »Sicherheit und gesellschaftlicher Zusammenhalt« am Frankfurter Standort des FGZ. Dort forscht er zu gesellschaftlichem Zusammenhang und Polizeirecht. Er ist Mitherausgeber der Zeitschrift »Der Staat« und hat jüngst gemeinsam mit Klaus Günther den Sammelband »Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft« herausgegeben.