

ALEXANDER GRASER

Gemeinschaften  
ohne Grenzen?

*Jus Publicum*

178

---

Mohr Siebeck

GRASER Gemeinschaften ohne Grenzen?

Publ  
178



Alexander Graser, geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaft in Konstanz, Oxford und Harvard; von 1997 bis 2006 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, in diesem Zeitraum Promotion zum Dr. iur. und Habilitation in den Fächern Öffentliches Recht, Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität in München; seit 2006 Professor of Comparative Public Law and Social Policy an der Hertie School of Governance in Berlin.

ISBN 978-3-16-149453-6  
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Inhaltsübersicht

Vorbemerkungen . . . . .	1
Erster Teil – Grundlagen:	
Begriffe, Methoden und Theorien . . . . .	11
§ 1 Gemeinschaft . . . . .	13
§ 2 Politische Gemeinschaften . . . . .	33
§ 3 Zugehörigkeit . . . . .	64
§ 4 Integration . . . . .	91
§ 5 Gemeinschaftsgefüge . . . . .	137
Zweiter Teil – Analyse:	
Zur Dekonzentration rechtlicher Zugehörigkeiten . . . . .	161
§ 6 „Dekonzentration I“: Strukturen von Dekonzentriertheit . . . . .	165
§ 7 „Dekonzentration II“: Eine schematische Illustration . . . . .	211
§ 8 „Dekonzentration III“: Mechanismen der Dekonzentration . . . . .	239
Dritter Teil – Deutung:	
Ein Gefüge ohne Zentrum . . . . .	297
§ 9 Desintegration durch Recht? . . . . .	299
§ 10 Legitimation ohne Gemeinschaft? . . . . .	322
Schlussbemerkung . . . . .	354
Literaturverzeichnis . . . . .	357
Register . . . . .	385

## Vorbemerkungen

### *Einführung*

Menschen bilden Gemeinschaften – Gemeinschaften von unterschiedlicher Größe und Genese: Familien und Kirchen, Vereine, Betriebe, Verbände, Kommunen und Nationen. Die Liste ließe sich fortführen. Diese Gemeinschaften bestehen nebeneinander, und nahezu jeder Mensch wird gleichzeitig mehreren Gemeinschaften zugehören.

Dabei haben die Zugehörigkeiten unterschiedliche Relevanz, abhängig zunächst von der jeweiligen Gemeinschaft, ihrem Typus, ihrer Größe und konkreten Gestalt. So werden Sportvereine ihren Mitgliedern etwas anderes bedeuten als Gewerkschaften den ihren, werden weit über eine Milliarde Chinesen ihre nationale Gemeinschaft anders wahrnehmen als knapp eine halbe Million Luxemburger, werden Franzosen ihre „grande nation“ anders deuten als Belgier ihre gespaltene. Darüber hinaus kann aber auch ein- und dieselbe Gemeinschaft jedem ihrer Zugehörigen durchaus Unterschiedliches bedeuten, abhängig von dessen individueller Disposition, seinen weiteren Zugehörigkeiten und deren Art. Einem Eremiten etwa dürften Gemeinschaftszugehörigkeiten generell nicht so wichtig sein wie einem Vereinsmeier, und wer ganz der Familie oder auch einem Orden lebt, dem mag die Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft weniger bedeuten als anderen ohne derartige Orientierung.

Das Gefüge von Gemeinschaften und korrespondierenden Zugehörigkeiten ist des Weiteren nicht nur ortsabhängig, sondern wandelt sich auch im Laufe der Zeit. Alte Formen verschwinden, neue entstehen. Stämme und Stammeszugehörigkeiten etwa haben hierzulande ihre Bedeutung längst eingebüßt. Sie wurden von neuen Formen kollektiver Selbstorganisation abgelöst. Wieder andere überdauern, aber verändern sich, wie es beispielsweise der Wandel der Familien vor Augen führt.

Jede derartige Veränderung kann ferner Bewegung in das Gesamtgefüge bringen, kann Auswirkungen auf die anderen Gemeinschaften samt den entsprechenden Zugehörigkeiten haben. So wird man beispielsweise einen Zusammenhang zwischen dem Schrumpfen (manche meinen: dem Zerfall) der

Familie und dem Ausbau der Unterhaltsverantwortung der staatlichen Gemeinschaft annehmen können – ohne dass die Frage nach Henne und Ei hier eine Antwort erfordern würde.<sup>1</sup>

Soweit ein kurzer Vorspann aus einer Vogelperspektive. Auch im Folgenden handelt die Arbeit von Veränderungen im Gefüge von Gemeinschaften und korrespondierenden Zugehörigkeiten. Aber von nun an und bis weit in das Buch hinein wird es zunächst einmal darum gehen, zu fokussieren auf einen deutlich enger definierten Betrachtungsgegenstand. Gerade deswegen mag es nützlich sein, vorab immerhin kurz das Terrain überblickt zu haben, in dem sich alles weitere abspielen wird.

Das Thema ...

Der Anlass der Arbeit ist, dass sich nach verbreiteter Einschätzung gegenwärtig wieder einmal der tiefgreifende Wandel einer Gemeinschaft zuträgt, ein Wandel, von dem man erwarten darf, dass er weite Kreise ziehen, ja das bestehende Gemeinschaftsgefüge erschüttern wird. Die Gemeinschaft, um die es geht, wurde im Vorspann bereits mehrfach erwähnt: Gemeint ist der (National-)Staat als die bislang primäre politische Gemeinschaft, und er ist im Begriff, diesen Primat zu verlieren.

Die Botschaft klingt durchaus vertraut. Denn über einen „Niedergang des (National-)Staates“ wird viel geschrieben zurzeit – mehr wohl, als man je verarbeiten könnte.<sup>2</sup> Deswegen kann es sich, wenn hier noch eine weitere Arbeit dazu beigesteuert werden soll, nicht einmal dem Anspruch nach um eine

<sup>1</sup> Allgemein zum Prozess der „Verdrängung des Familienrechts durch das Sozialrecht“ von Maydell, Grundlegung: Das Sozialrecht und seine Stellung im Gesamtsystem, in: *ders./Ruland/Becker*, Sozialrechtshandbuch, § 1 Rn. 47 ff. Ob das Recht in diesem Kontext eine gesellschaftliche Entwicklung nachvollzieht oder ihr Vorschub leistet, wird ebenso unterschiedlich beurteilt wie die Frage, welche Rolle es insoweit spielen sollte. Vgl. dazu insbesondere die prononcierten Stellungnahmen von *von Münch* einerseits und *Schwenzer* andererseits zum Thema: Reform des Verwandtenunterhalts – eine rechtspolitische Notwendigkeit oder übereilte Aufgabe der Familiensolidarität?, in: 10. Deutscher Familiengerichtstag, 1993, S. 55 ff. bzw. S. 59 ff. Kritisch zu den jüngsten Schritten dieser Entwicklung hat sich in neuerer Zeit u. a. *von Koppenfels-Spies* geäußert, Abschied von Solidarität und Subsidiarität – Das neue Grundsicherungsgesetz, FPR 2003, S. 341 ff.

<sup>2</sup> Ob es sich immerhin noch zitieren ließe, kann an dieser Stelle dahinstehen, zumal dies ohnehin nicht der Ort für eine solche Bibliographie ist. Deswegen sei hier statt vieler zunächst lediglich verwiesen auf die beiden sprechenden Titel von *van Creveld*, *The Rise and Decline of the State*, und *Albrow*, *Abschied vom Nationalstaat*; vgl. ferner den darin ange deuteten Befund relativierend *Stolleis*, Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?, in: *Héritier/Stolleis/Scharpf*, *European and International Regulation after the Nation State*, der „eine Verabschiedung des souveränen Nationalstaats als ‚Typus‘ (für) mindestens verfrüht“ hält (S. 19), aber doch auch eine „Erosion (dieses) Leitbildes“ (S. 30) konstatiert; vgl. zur aktuellen staatsrechtlichen Diskussion zu diesem Thema unten § 2 (3) einschließlich der Nachweise insbesondere in Fn. 146, 197–202.

umfassende Abhandlung zu diesem Thema handeln. Stattdessen wird es lediglich aus einem speziellen, vielleicht aber neuen Blickwinkel betrachtet werden.

... die Ziele ...

Die Studie verfolgt vor allem zwei Ziele: Zum einen soll sie die These vom verlorenen Primat der (national-)staatlichen Gemeinschaft erläutern – zeigen, worauf diese Behauptung sich stützen lässt, und konkretisieren, was sie besagt. Gegenstand der Betrachtung ist dabei nicht allein die staatliche Gemeinschaft, sondern vielmehr auch das Gefüge der sie umgebenden politischen Gemeinschaften. Anders wäre die Frage nach dem Primat schließlich nicht zu beantworten. Sichtbar gemacht werden die politischen Gemeinschaften und ihre Veränderungen im Folgenden anhand ihrer (Selbst-)Beschreibungen im Recht – oder spezifischer: anhand der Regeln über Voraussetzungen und Inhalte der verschiedenen Gemeinschaftszugehörigkeiten. Durch diese Linse wird sich der behauptete Niedergang des Nationalstaates konkret fassen lassen als fortschreitende Dekonzentration<sup>3</sup> der Zugehörigkeitsinhalte innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften.

Neben diese beschreibende tritt zum anderen eine interpretierende Absicht. Gefragt wird nach den Implikationen dieses Befundes, also danach, was die Dekonzentration bedeutet für das Gefüge politischer Gemeinschaften sowie für dessen Konstruktion in Sozial- und insbesondere Rechtswissenschaft. Dabei konzentriert sich die Untersuchung auf zwei mögliche Folgen der Dekonzentration, die zwar gewiss nicht die einzigen, vielleicht aber die wichtigsten sind. Die Rede ist zum einen von der Desintegration insbesondere der nationalstaatlichen Gemeinschaft und zum anderen von der Delegitimation der öffentlichen Gewalt.

... und der Weg dorthin

Die Grundstruktur der Studie zeichnet sich damit bereits ab. Beiden Zielen, dem beschreibenden wie dem interpretierenden, ist im Folgenden je ein Teil gewidmet. Diesen beiden wird noch ein weiterer, seiner Bestimmung nach grundlegender Teil vorangestellt sein. Er soll den sozialwissenschaftlichen Erkenntnisstand für den gegebenen Kontext aufbereiten und vor diesem Hintergrund Begriffe, Fragestellung und Methode konkretisieren.

<sup>3</sup> Mit dem Begriff der Dekonzentration wird sich der Zweite Teil ausführlich befassen. Das hier zugrunde gelegte Verständnis – soviel vorab – entspricht nicht der verwaltungswissenschaftlichen Bedeutung, wonach mit Dekonzentration gemeinhin die Verteilung von Aufgaben innerhalb eines Verwaltungsträgers auf juristisch unselbständige Untereinheiten bezeichnet ist.

Methodisch erfordert die Arbeit einen Spagat. In ihrer disziplinären Ausrichtung juristisch, gilt ihr Erkenntnisinteresse doch nicht primär dem Recht, sondern der sozialen Realität in einem umfassenderen Sinne. In der Betrachtung fungiert das Recht daher – um es auf eine allgemeine Formel zu bringen – als eine kollektive Konstruktion, die solche „Realität“ einerseits spiegelt, andererseits formt und in diesem zweifachen, aber dennoch beschränkten Sinne vielleicht auch selbst repräsentiert.<sup>4</sup> Die hier vorgestellte juristische Betrachtung der Dekonzentration der Zugehörigkeiten ist deswegen eingebettet in Überlegungen, die sich mit dieser Wechselbezüglichkeit von Recht und sozialer Realität befassen: Was, so die Hauptfragen, sagt der juristische Befund über den Zustand der darin abgebildeten Gemeinschaften aus, und wie beeinflusst das Recht seinerseits diesen Zustand?

So aufgefasst, ist die Rechtswissenschaft Teil der Sozialwissenschaften. Sie bleibt dabei freilich dennoch abgrenzbar – und leider auch begrenzt. Die vorliegende Arbeit kann insofern nicht mehr, als vom Boden der Juristerei aus den Anschluss an die umgebenden Sozialwissenschaften suchen, indem sie von dort rezipiert, was für sie anschlussfähig ist, und umgekehrt selbst bestrebt ist, Anschlussfähiges zu generieren.

### *Die Arbeit im Überblick*

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile und diese wiederum in insgesamt zehn Kapitel. Jeweils am Anfang sowohl der Teile als auch der einzelnen Kapitel stehen Einführungen, welche das Programm der darauf folgenden Abschnitte konkret vorzeichnen und in den Zusammenhang der Arbeit einordnen. Die vorliegende Vorschau beschränkt sich deswegen darauf, einen Überblick über das Gesamtkonzept herzustellen.

<sup>4</sup> Diese Sicht wird im weiteren Verlauf der Arbeit genauer entwickelt; vgl. insbesondere § 1 (3) und § 3 (4). In sehr ähnlichen Worten beschreibt insbesondere *Geertz*, Local Knowledge, seinen als anthropologisch etikettierten Ansatz, der aber jedenfalls in der hier interessierenden Facette ebenso gut als rechtssoziologisch bezeichnet werden könnte. Bei *Geertz* ist Recht, wie hier, Gegenstand der sozial- oder (näher an seinem Sprachgebrauch:) kulturwissenschaftlichen Betrachtung – als eine kollektive Konstruktion, oder in seinen Worten: als eine der „great cultural formations of human life.“ Und auch für ihn ist das Recht insofern Spiegel sozialer Realität, und mehr als das: Es sei „constructive of social life (...), not just reflective“, enthalte selbst „visions of community, not echoes of it“ (S. 218f.), sei also nicht lediglich Spiegelbild sozialer Realität, sondern konstituiere sie – als „part of a distinctive manner of imagining the real“ (S. 184).

Der „juristische Kern“ ...

Die Kernthese der Arbeit ist, dass sich innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften – von der kommunalen bis hinauf zur transnationalen Ebene – hinsichtlich der Rechtspositionen, die mit den entsprechenden Zugehörigkeiten verknüpft sind, eine Dekonzentrationstendenz ausmachen lässt. Bezogen speziell auf die nationalstaatliche Gemeinschaft bedeutet dies, dass die Bündelung individueller Rechtspositionen im (Voll-)Status nationaler Zugehörigkeit, also der Staatsangehörigkeit, abnimmt. Kennzeichnend für diese Dekonzentration ist ferner, dass sich keine erneute Bündelung – oder Rekonzentration – im Zugehörigkeitsstatus einer anderen Gemeinschaft abzeichnet.

... und seine Darstellung im Zweiten Teil

Diese These von der Dekonzentration der Inhalte rechtlicher Zugehörigkeiten zu politischen Gemeinschaften – oder kurz: die „Dekonzentrationsthese“ – wird im Zweiten Teil der Arbeit entfaltet. Es handelt sich dabei um eine Betrachtung (fast ausschließlich)<sup>5</sup> des positiven Rechts. Sie erfordert nicht die Lektüre der anderen beiden Teile und ist insofern eigenständig.

Räumlich ist die Betrachtung im Zweiten Teil insofern begrenzt, als zwar das Recht von politischen Gemeinschaften unterschiedlicher Ebenen untersucht wird, grundsätzlich aber nicht das Recht von unterschiedlichen politischen Gemeinschaften derselben Ebene. Diese Verengung der Perspektive ist pragmatischen Erwägungen geschuldet. Aber es besteht die Hoffnung, dass die Untersuchung vielleicht einen exemplarischen Wert und mithin eine gewisse Gültigkeit auch für das Recht der nicht einbezogenen Gemeinschaften (jedenfalls innerhalb Europas) haben könnte.

Ferner zielt dieser Teil der Arbeit trotz seiner Konzentration auf das positive Recht nicht darauf, eine umfassende Bestandsaufnahme jener konkreten Rechtspositionen zu leisten, die mit den unterschiedlichen Gemeinschaftszugehörigkeiten verbunden sind. Stattdessen ist der Zugriff abstrakter. Zunächst werden in § 6 die Strukturen gegenwärtiger Dekonzentration erfasst, um sodann in § 8 die verschiedenen Mechanismen zu identifizieren, welche diese Dekonzentration generieren. § 7 ergänzt diese beiden Kapitel um eine graphische Illustration und Systematisierung dessen, was mit der Schlüsselkategorie rechtlicher Zugehörigkeit erfasst werden soll.

Wenn zuvor gesagt wurde, dass der Zweite Teil der Arbeit eine gewisse Eigenständigkeit beanspruche, so galt dies nur für seine juristisch-deskriptive Zielsetzung, die Dekonzentration als einen Vorgang im positiven Recht in ihren unterschiedlichen Facetten nachzuzeichnen. Mit dieser Beschreibung ist

<sup>5</sup> Eine Ausnahme ist § 8 (1).



aber noch nichts gesagt über die in einem weiteren Sinne „soziale“ Relevanz dieses Vorgangs, also darüber, welche gesellschaftlichen Prozesse er zum einen reflektieren und zum anderen seinerseits in Gang setzen könnte.

Die „sozialwissenschaftliche Schale“ ...

Mit diesem doppelten Konnex zwischen juristischem Befund und sozialer Realität befassen sich die beiden anderen Teile der Arbeit. Konkret sind es drei Fragen, welche die Arbeit jenseits der rein juristischen Betrachtung verfolgt. Sie alle zielen darauf, die verbreitete Behauptung vom „Niedergang des Nationalstaats“ innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften aus der hier eingenommenen Perspektive des Einzelnen und seiner subjektiven Rechtspositionen zu substantiieren.

Erstens wird gefragt, was die juristische Untersuchung überhaupt aussagen kann über ein soziales Phänomen wie das Gefüge politischer Gemeinschaften – oder konkreter: inwiefern die im Zweiten Teil konstatierte Dekonzentration rechtlicher Zugehörigkeiten ein Reflex tatsächlicher Veränderungen innerhalb dieses Gefüges ist und insbesondere von einem relativen Bedeutungsverlust der nationalstaatlichen Gemeinschaft zeugt. Bei der zweiten und dritten Frage wandelt sich demgegenüber die Blickrichtung. Im Zentrum steht nicht, was das Recht widerspiegelt, sondern was es bewirkt. Es geht also um die möglichen sozialen Folgen der konstatierten rechtlichen Dekonzentration, die ihrerseits zum Niedergang des Nationalstaats beitragen könnten. Dabei befasst sich die zweite Frage mit der Befürchtung, dass im Zuge der Dekonzentration das Recht sein integratives Potenzial partiell einbüßt, was zu einer sozialen Desintegration politischer Gemeinschaften und insbesondere der nationalstaatlichen führen könnte. Darauf aufbauend schließlich geht es bei der dritten Frage darum, ob Dekonzentration und Desintegration bewirken, dass auch das legitimatorische Potenzial des Rechts abnimmt und die Legitimation öffentlicher Gewalt infolgedessen prekär wird.

... und ihre Behandlung im Ersten und Dritten Teil

Erwägungen zu allen drei Fragen finden sich sowohl im Ersten Teil der Arbeit, der die Grundlagen schaffen soll, als auch im Dritten Teil, der Folgerungen zieht und Deutungen liefert. Die Schwerpunkte sind allerdings unterschiedlich verteilt. Die erste Frage wird überwiegend im Ersten Teil behandelt, während die zweite und dritte Frage im Zentrum des abschließenden Dritten Teils stehen.

Im Einzelnen umfasst der Grundlagenteil die ersten fünf Kapitel der Arbeit. Jedes von ihnen konturiert einen der Begriffe, die zentral sind für die hier behandelten Fragen, nämlich „Gemeinschaft“ (§ 1), „politische Gemeinschaften“ (§ 2), „Zugehörigkeit“ (§ 3), „Integration“ (§ 4) und schließlich „Gemeinschaftsgefüge“ (§ 5).<sup>6</sup> Im Rahmen dieser Erörterungen wird zugleich die Themenstellung weiter entfaltet und innerhalb der einschlägigen sozialwissenschaftlichen Diskurse verortet.

Ferner wird in den Grundlagenkapiteln auch gezeigt, inwiefern eine Betrachtung rechtlicher Zugehörigkeiten Auskunft über den Zustand des Gefüges politischer Gemeinschaften geben kann. Damit sind die Voraussetzungen geschaffen, um den Befund der juristischen Betrachtung, also die im Zweiten Teil aufgestellte Dekonzentrationsthese, als Ausweis eines relativen Bedeutungsverlustes der nationalstaatlichen Gemeinschaft zu deuten. Mit Blick auf diese erste der drei Fragen kann sich der resümierende Dritte Teil deswegen darauf beschränken, die entsprechenden Fäden aus den beiden vorangegangenen Teilen zusammenzuführen. Dies geschieht bereits in der Einleitung zu diesem letzten der drei Teile.

Den beiden anderen Fragen ist dagegen jeweils eines der beiden abschließenden Kapitel gewidmet. So befasst sich § 9 mit der Möglichkeit einer sozialen Desintegration. Wenn den rechtlichen Zugehörigkeiten und insbesondere der Staatsbürgerschaft ein integratives Potenzial beigemessen wird, dann könnte, so der Grundgedanke, deren Dekonzentration desintegrativ wirken. Um diese Befürchtung zunächst zu substantiieren, werden die Überlegungen, die im Grundlagenteil über Integration angestellt wurden, in Verbindung gebracht mit den einzelnen Dekonzentrationsbefunden des Zweiten Teils. Auf diese Weise entsteht ein differenziertes Bild möglicher Desintegrationswirkungen. Anschließend werden die Implikationen dieser Befürchtung für die Zukunft eines postnationalen Gemeinschaftsgefüges erörtert. Dies geschieht in konkreter Auseinandersetzung mit einigen Prognosen und Leitbildern, wie sie in der Literatur hierzu formuliert worden sind.

In § 10 schließlich geht es darum, ob die Dekonzentration – sowohl direkt als auch auf dem Umweg über eine aus ihr resultierende Desintegration – das legitimatorische Potenzial des Rechts gefährdet. Plausibilisiert wird diese Möglichkeit zunächst, indem gezeigt wird, dass die durch Recht vermittelte Legitimation öffentlicher Gewalt eine (innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften primäre) Gemeinschaft voraussetzt. Danach wird illustriert, wie die Dekonzentration diese Prämisse zu unterminieren droht, und erörtert, inwiefern dies besorgniserregend sein könnte.

<sup>6</sup> Der Begriff der „Legitimation“ würde ebenfalls in diese Reihe gehören, wird aber erst im letzten Kapitel der Arbeit behandelt, weil seine Relevanz erst dort augenfällig wird.

### Die üblichen Disclaimer – und mehr

Das vorliegende Buch ist aus meiner Habilitationsschrift hervorgegangen, die im Jahr 2006 fertiggestellt wurde. Seither habe ich den Text zwar nochmals überarbeitet, rechtliche Neuerungen und seither erschienene Literatur aber nurmehr partiell berücksichtigt. Nichts davon hätte, soweit ich es überblicke, eine grundlegende Änderung erfordert. Wohl hätte mich der Vertrag von Lisabon im Falle seines Inkrafttretens noch zu der einen oder anderen Anpassung veranlasst. Aber dessen zuletzt immer ungewisseres Schicksal mochte ich nicht mehr abwarten.

Der zeitliche Abstand hat mir die Gelegenheit eröffnet, zusätzliche Reaktionen auf den Text einzuholen und zugleich auch selbst etwas Distanz aufzubauen. Einige Schwierigkeiten der Arbeit sind mir dadurch bewusster geworden. Teils rühren sie daher, dass der Text mit so mancher Erwartung konfrontiert ist, die er (vielleicht weckt, jedenfalls aber) nicht befriedigen kann. Zwei dieser Erwartungen möchte ich vorab ansprechen:

Die Arbeit versucht, einen weiten Bogen zu spannen – weit, was das rechtliche Material angeht, das sie behandelt, und weit auch, was die Disziplinen angeht, aus denen sie rezipiert. Diese Weite fordert Abstriche an der Tiefe. Das ist offensichtlich und erwähnenswert nur insoweit, als gerade an eine Habilitationsschrift oft die Erwartung gerichtet wird, dass sie sich erschöpfend mit der einschlägigen Literatur auseinandersetze. Genügen konnte die Arbeit diesem Anspruch von vornherein nicht, und anstatt es in unzureichender Weise dennoch zu tun, setzt die Darstellung ganz im Gegenteil auf Selektivität und greift gezielt einzelne Autoren heraus, anhand derer sie ihre Leitgedanken entwickelt. Dass sie deswegen manchem Autor nicht gerecht werden kann, liegt auf der Hand. Auch hätte man die Auswahl anders treffen können. Aber es bleibt die Hoffnung, dass die Argumentation selbst hiervon nicht abhängt,

Keine bloß formale Angelegenheit ist dagegen jedenfalls der abschließende disclaimer. Es geht darum, dass die Arbeit Fragen stellt, die sie nicht beantworten kann. Das steht von vornherein fest. Denn ihr Erkenntnisinteresse richtet sich auf soziale Realitäten, über die man mit juristischen Mitteln nur begrenzt Aussagen treffen kann. Gewiss brauchen nicht alle Fragen (gleichermaßen) offen zu bleiben. Ihre juristisch-deskriptive Ambition kann die Arbeit – hoffentlich – einigermaßen erfüllen. Über einen kleinen Ausschnitt sozialer Realität, den des positiven Rechts, wäre damit immerhin schon etwas gesagt. Und soweit das Recht tatsächlich ein „Spiegel der Welt“ sein kann,<sup>7</sup> würde die Aussagekraft dieser Beschreibung sogar noch ein gutes Stück mehr an sozialer Realität erfassen. Anders verhält es sich dagegen mit den beiden weiterreichenden Fragen, die diese Arbeit verfolgt. Ob *rechtliche* Dekonzentration tat-

<sup>7</sup> Vgl. dazu bereits oben Fn. 4 einschließlich des zugehörigen Texts.

sächlich zu sozialer Desintegration und Delegitimation führt, kann man vom Boden der Rechtswissenschaft aus nicht beantworten. Man kann darüber spekulieren, diese Möglichkeiten plausibilisieren, also das Problem beschreiben und hoffen, damit einen relevanten Beitrag zu einer Diskussion zu leisten, die dann auch und wohl vorwiegend in anderen Disziplinen fortzuführen wäre. Kurz: Man kann, jedenfalls als Jurist, diese Fragen nur aufwerfen, und allein darauf zielt die Arbeit.

## Begriffe, Methoden und Theorien

Das Programm für diesen ersten Teil wurde zuvor bereits skizziert: Es gilt nun, eine Grundlage zu schaffen für die nachfolgenden Teile – begrifflich, methodisch und theoretisch. Vor allem müssen dafür einige Begriffe, aber auch andere separate Diskurse aus verschiedenen Bereichen der Sozialwissenschaften rezipiert und zusammengeführt werden.

Der Einstieg in die Materie erfolgt über die zentralen Kategorien der politischen Gemeinschaft, Zugehörigkeit und Integration, die zunächst jeweils einer begrifflicher Klärungen bedürfen. Zwar sind dies gewisse Unbequemlichkeiten. Aber nur ein paar definierendes Sätze ist es – dennoch nicht getauft. Für sind diese Begriffe ultra aufgedeckt: Aus unabhängigen Erkenntnissen in den verschiedenen human- und sozialwissenschaftlichen Zusammenhängen haben ihnen vielfältige und durchaus unterschiedliche Konnotationen an, und das macht eine gesteigerte Sorgfalt erforderlich, wenn es im Folgenden gilt, ihre Grenzen und Konturen nachzuzeichnen, welche die Begriffe speziell in dieser Arbeit umfassen sollen.

Eine wesentliche Determinante dieser begrifflichen Fortlegungen ist das Inkonzentration, das zur Verfügung steht. Eine Studie, die sich im Wesentlichen auf eine Betrachtung des Rechts stützt, braucht entsprechende Begriffe. Andererseits dürfen diese Festlegungen aber auch die Erkenntnisziele der Arbeit nicht aus den Augen verlieren, und diese Ziele reichen, wie angedeutet, weit über das Juristische hinaus. Die Kluft, von der in der Einführung die Rede ist, tut sich also bereits im Rahmen der begrifflichen Fortlegungen auf, und wie in diesem Kontext stellt sich nunhin die Frage nach dem Ausmaß dieser Ferne – oder mit anderen Worten: nach der Aussagekraft einer Annäherung über das Recht an Gegebenheiten außerhalb des Rechts. Begriffliche und methodische Erörterungen gehen dabei ineinander über.

Schon bei diesen Fortlegungen und Erörterungen wird immer wieder auch theoretische Kontexte behandelt, in den die Begriffe bisher eingebunden sind. Schließlich sollen die Ausführungen in die Rezeption jener Theorien münden, welche im weiteren Verlauf der Arbeit Einsatz finden. Dabei soll der Begriff „Theorien“ denkbar weit verstanden werden und die Verwendung der angesprochenen Kategorien im Rahmen sowohl historisch-analytischer als auch prognostischer oder auch normativer Aussagen bezeichnet.

## § 9 Desintegration durch Recht?

Als *Grawert* seinerzeit jenen Konzentrationsprozess beschrieb, an dessen Ende „die vereinheitlichte Angehörigkeit zu dem politischen Gemeinwesen (stand), das im neuzeitlichen Europa maß- und formbestimmend (wurde), die Angehörigkeit zum Staat,“<sup>1</sup> da sprach er einleitend ausdrücklich von der Möglichkeit, diese „Staatsangehörigkeit als Integrationsmittel des Staates anzusehen.“<sup>2</sup> Wenn demgegenüber nun hier die Dekonzentration der Zugehörigkeitsverhältnisse dargelegt wurde, wie sie sich seither zuträgt, so liegt es nahe, die umgekehrte Frage zu stellen: Hat diese Dekonzentration eine Desintegration der staatlichen Gemeinschaft zur Folge?

Die Symmetrie leuchtet unmittelbar ein. Überdies ist es bei weitem nicht allein die Eingangsbemerkung aus *Grawerts* Studie, an die sich knüpfen ließe, um von einer integrierenden Wirkung konzentrierter Zugehörigkeitsverhältnisse umgekehrt zu schließen auf desintegrative Konsequenzen der hier konstatierten Dekonzentration. Auch andere haben sich schließlich mit der integrativen Kraft der nationalstaatlichen Zugehörigkeit befasst und sie dabei sogar ins Zentrum ihres Interesses gerückt – allen voran, wie gesehen, *Marshall*.<sup>3</sup>

Dennoch bedarf es, um einen solchen Umkehrschluss zu substantiieren, bei näherem Hinsehen doch differenzierterer Erwägungen. Im Folgenden soll zunächst auf Grundlage der Erträge des Ersten Teils rekapituliert werden, wie es allgemein bestellt ist um die Basis für derartige Aussagen über die integrativen oder desintegrativen Wirkungen von Recht. Im Anschluss daran werden die im Zweiten Teil identifizierten Komponenten der Dekonzentration rechtlicher Zugehörigkeiten auf entsprechende Wirkungen untersucht. Abschließend geht es um die Folgerungen, die sich aus der dabei ermittelten Tendenz in Richtung einer Desintegration insbesondere der nationalstaatlichen Gemeinschaft ergeben.

<sup>1</sup> Staat und Staatsangehörigkeit, S. 29; vgl. näher dazu oben die Einleitung zum Zweiten Teil.

<sup>2</sup> Ebd., S. 21.

<sup>3</sup> Vgl. dazu oben insbesondere § 4 (4) c aa.

### 1. Das Wissen über Integration und Desintegration in Gemeinschaften und Gemeinschaftsgefügen

Integration durch Recht ist unter Juristen ein viel behandeltes Thema – seit langem, und zurzeit wohl besonders.<sup>4</sup> Das integrative Potenzial rechtlicher Zugehörigkeiten hat seit *Marshall* insbesondere in der historischen Soziologie große Beachtung gefunden,<sup>5</sup> darüber hinaus vor allem nach Einführung der Unionsbürgerschaft auch in einigen anderen sozialwissenschaftlichen Disziplinen.<sup>6</sup> Im Einzelnen braucht dies hier nicht mehr ausgeführt zu werden. Einige Stränge der entsprechenden Diskurse wurden schließlich bereits im Ersten Teil rezipiert.

Unter anderem hat sich dabei gezeigt, dass man bis heute kaum gesicherte Erkenntnisse hat – weder über die integrativen Wirkungen des Recht im Allgemeinen noch über die rechtlicher Zugehörigkeit im Besonderen. Der empirischen Forschung sind diese Fragen offenbar nur schwer zugänglich, und allzu vieldeutig überdies die konkreten Erfahrungen historischer Integrationsverläufe, als dass man einzelne Wirkungszusammenhänge sicher identifizieren könnte. Immerhin jedoch gibt es eine Fülle von Vermutungen zu diesen Fragen, darunter auch solche, die weit verbreitet und plausibel sind und in diesem begrenzten Sinne als verlässlich gelten können.

Diese zusammenzustellen und grob zu systematisieren, war ein Ziel insbesondere des Vierten Kapitels im Ersten Teil. Dem fügt der nachfolgende Abschnitt nun die umgekehrte Perspektive hinzu. Er wird auf Grundlage der vorangegangenen Erörterungen skizzieren, was über mögliche desintegrative Wirkungen des Rechts bekannt ist – oder auch nur vermutet wird.

<sup>4</sup> Vgl. dazu oben die Nachweise in Fn. 350.

<sup>5</sup> Vgl. dazu oben die Darstellung in § 4 (4) c.

<sup>6</sup> Vgl. dazu statt vieler die oben mehrfach in Bezug genommenen Arbeiten von *Wiener* (dazu bereits oben Fn. 82, 257), *Towards a Transnational Nomos*, in: *Weiler/von Bogdandy*, *European Integration*, Jean Monnet Working Paper Nr. 9/03; sowie *dies.*, *European Citizenship Practice*, und von *Angelucci von Bogdandy* (dazu oben Fn. 375 f.), *Zur Ökologie einer europäischen Identität*.

## a) Desintegrative (Neben-)Wirkungen des Rechts

Die Möglichkeit desintegrativer Wirkungen des Rechts wird selten diskutiert.<sup>7</sup> Gewiss wird häufig behandelt, was hier als Exklusion bezeichnet wird,<sup>8</sup> Ausgrenzungen also von einzelnen Personen oder Gruppen an den Rändern der Gemeinschaft. Mitunter ist auch davon die Rede, dass die integrativen Wirkungen des Rechts unzureichend oder unsicher seien, so beispielsweise im so genannten *Böckenförde*-Diktum, das zuvor ausführlich erörtert wurde,<sup>9</sup> oder auch im Kontext der europäischen Integration.<sup>10</sup> Aber auch da geht es um mehr oder weniger erfolgreiche Integration, nicht um Desintegration.

Diese Konzentration auf integrative Effekte ist durchaus verständlich. Wer das Recht als Steuerungsinstrument begreift und von dessen prinzipieller Tauglichkeit ausgeht, der braucht sich für Desintegration zunächst nicht zu interessieren. Schließlich ist es in aller Regel Integration, auf die solche Steuerung abzielt, ganz gleich, um welche Gemeinschaft es sich handelt. Solange es also allein um die „Mikroperspektive“ geht, um jene einzelnen potentiell integrativen Effekte des Rechts,<sup>11</sup> die immerhin ihrer Richtung nach abschätzbar

<sup>7</sup> Soweit es um Desintegration ohne besonderen Bezug zum Recht geht, scheinen sich dagegen in den letzten Jahren die Veröffentlichungen zu mehren. Vgl. dazu insbesondere die von *Heitmeyer* (mit-)herausgegebenen Bände, nämlich jüngst *Heitmeyer/Imbusch*, Integrationspotenziale einer modernen Gesellschaft, sowie zuvor bereits *Heitmeyer*, „Was treibt die Gesellschaft auseinander?“, dessen Einleitungsartikel „Auf dem Weg in eine desintegrierte Gesellschaft“, S. 9 ff., er mit der Prognose eröffnete, dass „Desintegration zu einem Schlüsselbegriff zukünftiger gesellschaftlicher Entwicklungen avancieren“ würde.

Rechtliche Aspekte spielen in diesen Sammelbänden mitunter zwar eine Rolle, nämlich insbesondere wenn es um die Zunahme devianten und ggf. auch kriminellen Verhaltens als einem möglichen Anzeichen von Desintegration geht; vgl. dazu *Bohle/Heitmeyer/Kühnel/Sander*, Anomie in der modernen Gesellschaft, in: *Heitmeyer*, Was treibt die Gesellschaft auseinander?, S. 55 f., sowie insbesondere *Friedrichs*, Normenpluralität und abweichendes Verhalten, in: *Heitmeyer*, ebda. S. 473 ff. Als Ursache jedoch von Desintegration wird Recht dort nicht thematisiert. Dabei böten die theoretischen Grundlagen, wie sie insbesondere im früheren der beiden Bände entfaltet worden sind, auch dafür durchaus Anknüpfungspunkte. Insbesondere das Konzept der „Anomie“, (fort-)entwickelt in Anlehnung an die Arbeiten *Durkheims* und *Mertons* (vgl. *Bohle/Heitmeyer/Kühnel/Sander*, ebda., S. 29 ff.), sowie noch deutlicher die in diesem Kontext zentrale Kategorie der „Normenpluralität“ (vgl. dazu *Heitmeyer*, Auf dem Weg in eine desintegrierte Gesellschaft, ebda., S. 4, sowie *Friedrichs*, ebda., S. 478 ff.) weisen zu den zuvor referierten Diskursen über Rechtspluralismus (vgl. dazu oben § 2 (2) c bb sowie (3) b bb) ebenso wie zu den hier konstatierten Dekonzentrationsprozessen Gemeinsamkeiten auf, die auch die umgekehrte Frage nahe legen, ob die Entwicklungen dieser – in einem weiten Sinne, also „sozialen“ – Normen nicht durch entsprechende Entwicklungen von – in einem engeren Sinne, also „rechtlichen“ – Normen (mit-)verursacht werden.

<sup>8</sup> Näher zum Begriffsgebrauch vgl. oben § 4 (1).

<sup>9</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) a.

<sup>10</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) a cc aaa.

<sup>11</sup> Dieser „Mikroperspektive“ entsprechen die zuvor unter § 4 (3) b untersuchten Zusammenhänge.

erscheinen und deren Einsatz als Instrument der Steuerung erwogen werden könnte, solange ist eine mögliche Desintegration durch Recht kein Thema.

Vielmehr rückt sie erst dann ins Blickfeld, wenn in einer Makroperspektive<sup>12</sup> rechtliche Arrangements in ihrer Gesamtheit<sup>13</sup> betrachtet und desintegrative Nebeneffekte darin konstatiert oder prognostiziert werden – nicht als erwünschte Resultate steuernder Maßnahmen also, sondern als unerwünschte Fehlentwicklungen. Beispiele hierfür bieten insbesondere die zuvor referierten Warnungen von *Dahrendorf*<sup>14</sup> und in jüngerer Zeit *Walzer*.<sup>15</sup> Beide befürchten sie ein Zuviel an Integration, das langfristig kontraproduktiv wirken könnte – der eine in Form exzessiver Egalitarisierung, der andere in Form überschießender Universalisierung.

Allerdings haben sich beide Vorhersagen als durchaus kontrovers erwiesen.<sup>16</sup> Das ist keineswegs erstaunlich. Denn mehr noch als im Fall der integrativen Wirkungen des Rechts handelt es sich bei solchen Makroaussagen über Desintegration um Mutmaßungen, die vage sind, was die zugrunde liegenden Annahmen über die konkreten Desintegrationsmechanismen angeht, und dementsprechend unsicher, was ihren prognostischen Gehalt betrifft.

#### b) Desintegrative Wechselwirkungen in Gemeinschaftsgefügen

Wenn es in einer solchen Makroperspektive ferner nicht einzelne Gemeinschaften sind, die betrachtet werden, sondern Gemeinschaftsgefüge, dann liegt es noch näher, sich mit der Möglichkeit desintegrativer Effekte zu befassen. Schließlich ist in solchen Konstellationen stets denkbar, dass es Wechselwirkungen gibt und die Integration der einen Gemeinschaft die Desintegration der anderen bewirkt – „wie Würmer in den menschlichen Eingeweiden“, um jene unbehagliche Metapher nochmals hervorzuholen, die *Hobbes* für das Verhältnis von Korporationen und Staat gebraucht hat.<sup>17</sup>

Wie gesehen, ist freilich auch die *Hobbes'sche* Einschätzung nicht unwidersprochen geblieben, im Gegenteil. Der kontinuierliche Widerstreit solcher unitarischer Ansichten mit den pluralistischen Gegenauffassungen, wie er spätestens seit der Französischen Revolution präsent ist, wurde zuvor ausführlich

<sup>12</sup> Der „Makroperspektive“ korrespondieren die unter § 4 (4) behandelten Zusammenhänge.

<sup>13</sup> Differenzierend zu dieser Bezeichnung oben § 4 (4) b am Anfang.

<sup>14</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) c cc.

<sup>15</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) c dd.

<sup>16</sup> Im Falle *Walzers* ergibt sich dies bereits daraus, dass seine zuvor referierte These sich ihrerseits explizit bezog auf eine dezidierte Gegenposition (vgl. ebda.). Im Falle *Dahrendorfs* mag als Beleg dienen, dass er selbst mit einigen Jahrzehnten Abstand von dieser Position zumindest teilweise abgerückt ist – vgl. dazu insbesondere oben Fn. 476.

<sup>17</sup> Vgl. dazu oben § 5 (2) am Anfang; für das Originalzitat vgl. insbesondere Fn. 482.



nachgezeichnet.<sup>18</sup> Zum Teil mag auch diese Kontroverse zurückzuführen sein auf die spekulative Natur von Aussagen über Desintegration. Zugleich jedoch lässt sich die zugrunde liegende Ungewissheit wohl auch dem bereits in § 5 konstatierten Umstand zuschreiben, dass generell wenig bekannt ist über Gemeinschaftsgefüge und die (des-)integrativen Interdependenzen darin und dass überdies die bisherigen Erfahrungen hiermit in dem Maße an Relevanz verlieren, in dem sich das Gemeinschaftsgefüge grundlegend neu formiert.<sup>19</sup>

Denn ganz gleich, wie man zu *Hobbes'* unitarischer Botschaft oder den Gegenpositionen steht, sein Bild eines einheitlichen Organismus, der von innen zerfressen zu werden droht, hat nach Jahrhunderten seine Stimmigkeit weitgehend eingebüßt. Seit der Staat nicht mehr die selbstverständliche Maximaleinheit kollektiver (Selbst-)Steuerungsambition<sup>20</sup> ist, gibt es neben dem „Innen“ auch ein „Außen“. Und je weniger der Staat überdies als die immerhin noch primäre unter den politischen Gemeinschaften gelten kann, umso stärker rücken Integration und Desintegration auch der anderen Gemeinschaften ins Blickfeld. Selbst wenn man also glauben sollte, aus der Anschauung des überkommenen, um den Staat herum konstruierten Gemeinschaftsgefüges ableiten zu können, welche kleineren Gemeinschaften ihm schädlich (oder unter Umständen auch förderlich) sein könnten, so wäre damit nurmehr ein begrenzter und womöglich mittlerweile auch nicht mehr maßgeblicher Ausschnitt erfasst. Wer ansonsten noch zerfressen werden könnte und von wem, ob von innen oder außen und auf welcher Gemeinschaften Gedeih oder Verderb es überhaupt – „letztlich“ – ankommt, all das bedürfte inzwischen ebenso einer Antwort. Geblieben ist demnach von dem *Hobbes'schen* Bild allein die Einsicht in die potenzielle Verquickung von integrativen und desintegrativen Effekten innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften.

#### c) Eine Bilanz der Ungewissheiten

Zusammenfassend ergibt sich eine Bilanz der Ungewissheiten. Schon wenn es innerhalb nur einer Gemeinschaft um die Frage der Integration durch Recht geht, bewegt man sich auf dem Boden nicht etwa gesicherter Erkenntnis, sondern allenfalls gefestigter Spekulationen. Will man darüber hinaus vor allem desintegrative Wirkungen untersuchen, wird die Grundlage noch dünner. Und soll es schließlich um Integration und Desintegration nicht lediglich in einer Gemeinschaft, sondern in einem Gefüge von Gemeinschaften gehen, sieht man sich noch weiteren Problemen gegenüber: Nicht nur weiß man über Integration und Desintegration in Gemeinschaftsgefügen ohnehin wenig, sondern

<sup>18</sup> Vgl. dazu oben § 5 (2).

<sup>19</sup> Vgl. dazu oben § 5 (3) a, insbesondere bb, sowie b, insbesondere bb.

<sup>20</sup> Vgl. näher dazu, auch zum Sprachgebrauch ebda.

muss überdies hinnehmen, dass die historische Kontinuität eines auf den Nationalstaat fokussierten Denkens in dieser Hinsicht immer weniger Orientierung bietet.

## 2. Die (des-)integrativen Wirkungen der Dekonzentration

Kehren wir zurück zum Ausgangspunkt dieses Kapitels: Nimmt das integrative Potenzial des Rechts infolge der Dekonzentration ab? Oder spezifischer gefragt: Bewirkt die Dekonzentration der rechtlichen Zugehörigkeiten innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften eine Desintegration,<sup>21</sup> insbesondere der nationalstaatlichen Gemeinschaft?

Eine gesicherte Basis, um diese Fragen zu beantworten, gibt es nicht. Auf Grundlage jenes Erkenntnisstandes, wie er im vorigen Abschnitt rekapituliert wurde, kann man dazu allenfalls Spekulationen anstellen. Immerhin dies jedoch kann man tun – und man sollte es auch, um wenigstens Hypothesen zur Verfügung zu haben, die man mit künftigen Beobachtungen abgleichen und anhand derer man, in Ermangelung verlässlicheren Wissens, den status quo deuten und bewerten kann. In diesem Sinne werden im Folgenden die möglichen Wirkungen der Dekonzentration erörtert, und zwar zunächst mit Blick speziell auf die nationalstaatliche Gemeinschaft, danach in breiterer Perspektive auf das Gefüge politischer Gemeinschaften.

### a) Die Effekte der Dekonzentration auf die nationalstaatliche Gemeinschaft

Die Inhalte der nationalstaatlichen Zugehörigkeit nehmen ab – schon seit geraumer Zeit und wohl auch weiterhin. Das ist, stark verkürzt, das Resultat der zuvor konstatierten Dekonzentrationstendenzen. Daraus folgt nicht, dass der Einzelne weniger Rechte oder Pflichten hätte, sondern lediglich, dass sie ihm in immer geringerem Umfang aufgrund seiner nationalstaatlichen Zugehörigkeit zustehen. Stattdessen teilt er immer mehr Rechtspositionen mit den anderen Unionsbürgern, mit den Begünstigten anderer außerstaatlicher Regelwerke oder schlicht mit jedem, der die zugehörigkeitsneutralen Voraussetzungen von in diesem Sinne dann universell gewährten Rechtspositionen erfüllt.

<sup>21</sup> Nach der hier verwendeten Terminologie (näher dazu § 4 (1) oben) gibt es keinen Fixpunkt, oberhalb dessen Integration und unterhalb dessen Desintegration beginnt. Vielmehr bezeichnen beide Begriffe schlicht unterschiedliche Bewegungen entlang einer offenen Skala. Eine Abnahme von Integrationswirkungen wäre deswegen gleichbedeutend mit Desintegration.

*aa) Das Verblässen des Rasters*

Unter den zuvor auf der „Mikroebene“ unterschiedenen, potenziell integrativen Effekten des Rechts ist von dieser Entwicklung vor allem einer unmittelbar betroffen: die Wirkung des Rechts als kognitives Raster.<sup>22</sup> Denn je seltener das Recht in seinen Operationen an eine bestimmte Zugehörigkeit anknüpft, umso seltener figurieren die Mitmenschen darin auch als entweder „Mitbürger“ (der entsprechenden Gemeinschaft) oder „Ausländer“. Die vormals deutliche Differenz zwischen zugehörig und fremd wird dadurch im Recht zunehmend verwischt, und man kann annehmen, dass sie auf diese Weise auch in des Einzelnen Wahrnehmung – seiner Umwelt ebenso wie seiner selbst – zurückgedrängt wird.

Was genau dies für die künftige Ausrichtung kollektiver Identitäten bedeuten würde, ob sie sich den komplexeren Strukturen multipler Zugehörigkeiten anpassen oder aber stärker an anderen, womöglich außerpolitischen Zugehörigkeiten orientieren würden, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Jedenfalls erführe die nationalstaatliche Zugehörigkeit eine Herabstufung in ihrer Funktion als Identitätsstifter.

*bb) Die Aushöhlung der Verfahren*

Völlig verschwunden sind rechtliche Unterscheidungen nach der nationalstaatlichen Zugehörigkeit freilich keineswegs. Weiterhin präsent sind sie insbesondere, wenn es um die Teilhabe an den Verfahren kollektiver Selbststeuerung geht, um jene Rechte also, in die gerade aus republikanischer Perspektive die größten Integrationshoffnungen gesetzt werden.<sup>23</sup> Tatsächlich ist in diesem Bereich, äußerlich betrachtet, alles beim alten. Weiterhin geht man gemeinsam zur Wahl, verfolgt die Aktionen der auf diesem Wege bestellten Repräsentanten und nimmt – mehr oder weniger aktiv – teil an nationalen politischen Debatten.

Und doch zeitigt die Dekonzentration auch hier ihre Wirkung. Schließlich wird in der Arena, in der sich diese Partizipation abspielt, immer weniger entschieden. Dies manifestiert sich zum einen im relativen Bedeutungsverlust, den die nationale Zugehörigkeit im Verhältnis zu jenen anderer Gemeinschaften erleidet. Zum anderen sind in diesem Kontext aber auch solche Einwirkungen des außerstaatlichen Rechts relevant, die sich nicht unmittelbar auf Zugehörigkeitsinhalte beziehen. Ein Bild vom Ausmaß beider Entwicklun-

<sup>22</sup> Zu den einzelnen integrativen Effekten auf Mikroebene oben § 4 (3) b, speziell zur Wirkung als kognitives Raster dort cc ddd.

<sup>23</sup> Vgl. zur integrativen Wirkung von Verfahren oben § 4 (3) b cc bbb sowie zu deren Rolle in republikanischen Zugehörigkeitsmodellen § 4 (4) b aa bbb.

gen hat die vorangegangene Analyse der Dekonzentrationstendenzen gezeichnet.<sup>24</sup>

Angesichts dessen wird allenthalben beklagt, dass sich im außerstaatlichen Raum ein Überhang von Kompetenzen ohne jenes Ausmaß an Teilhabe gebildet habe, das man aus dem nationalen Kontext kennt.<sup>25</sup> Im nationalstaatlichen Kontext hat man es dagegen mit der umgekehrten Situation zu tun. Die Verfahren bleiben, aber ihre Gegenstände schwinden, weil außerstaatliche Vorgaben zunehmend Entscheidungen vorwegnehmen, die ansonsten von den nationalstaatlichen Gemeinschaften zu treffen wären.

Zwar wäre ein „Teilhabe-Überhang“, wie er sich daraus auf nationalstaatlicher Ebene entwickeln könnte, per se kaum beklagenswert – zumindest nicht aus einem demokratieorientierten Blickwinkel. Aus einer integrationsorientierten Perspektive jedoch führt der Schwund an Regelungsgegenständen zu einer Entwertung der korrespondierenden Verfahren. Schließlich ruhen die republikanischen Integrationshoffnungen nicht (allein) auf jener rituellen Erfahrung gemeinsamer Verfahren, die unvermindert möglich ist, sondern (auch) auf der durch sie vermittelten Miturheberschaft des Einzelnen an den so getroffenen substantiellen Entscheidungen über die kollektive (Selbst-)Steuerung der Gemeinschaft. Materielle Regelungen sollen nach dieser Vorstellung bereits aufgrund ihrer Aushandlung in akzeptierten Verfahren der kollektiven Willensbildung eine integrative Wirkung entfalten können – als „Sedimente gelebter Gemeinsamkeit“, wie es zuvor hieß.<sup>26</sup> Es liegt auf der Hand, dass auf Ebene des Nationalstaats mit der allmählichen Aushöhlung der Verfahren, wie sie soeben skizziert wurde, auch die Reichweite solcher Miturheberschaft einschließlich des damit verbundenen Integrationspotenzials abnimmt.

### cc) Die Einebnung von Werteunterschieden

Die außerstaatlichen Einwirkungen reduzieren das Potenzial einer wertbezogenen Integration innerhalb des nationalstaatlichen Rechts nicht nur auf dem Umweg über die Verfahren. Vielmehr nimmt die mit solchen Einwirkungen verbundene gemeinschaftenübergreifende Vereinheitlichung dem nationalstaatlichen Recht auch seine Spezifität. Und das betrifft abermals nicht nur jene Rechtspositionen, die den Zugehörigen vorbehalten sind, sondern auch alle anderen, hinsichtlich derer das Recht einer Gemeinschaft zwar universell

<sup>24</sup> Vgl. dazu oben § 8 (3); speziell zur Relevanz jener Einwirkungen, die von der Zugehörigkeit unabhängige Rechtspositionen betreffen, dort b.

<sup>25</sup> Vgl. dazu statt vieler Weiler, Der Staat „über alles“, Harvard Jean Monnet Working Paper Nr. 6/95, S. 7ff., mit einer prägnanten Zusammenfassung des Diskussionsstands (auch) zu dieser Facette des supranationalen Demokratiedefizits.

<sup>26</sup> Vgl. dazu oben § 4 (3) b cc bbb einschließlich Fn. 359.

ausgestaltet sein mag, aber doch anders als in anderen Gemeinschaften, und die insofern Ausdruck der Eigenart der entsprechenden Gemeinschaft sind.

Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Als Bezugsobjekt eines identifikatorischen Verfassungspatriotismus<sup>27</sup> verliert der Grundrechtskatalog des deutschen Grundgesetzes in dem Maße an Wirkkraft, in dem der Schutz der EMRK prozedural aufholt und materiell synchronisiert wird. Denn im Ergebnis gelten diese Verbürgungen dann in Deutschland ebenso wie etwa in Belgien oder in Tschechien, und man kann eine Grenze nicht mit Werten begründen, die auf beiden Seiten gleichermaßen anerkannt sind.

#### *dd) Die mögliche Zunahme materieller Ungleichheit*

Die desintegrativen Effekte, die bislang behandelt wurden, bezogen sich vor allem auf die Bedingungen für die Herausbildung oder den Erhalt einer kollektiven Identität. Das ist eine – und gewiss auch eine zentrale – Dimension rechtlicher Integrationswirkungen. Aber es ist nicht die einzige. Integration kann auch handfestere Seiten haben, und zwar insbesondere, wenn es um den Abbau materieller Ungleichheiten und die damit womöglich verbundene Festigung einer Gemeinschaft geht. Auch diese mögliche Funktion des Rechts ist im Ersten Teil wiederholt angesprochen worden: zunächst im Kontext der egalitären Zugehörigkeitsmodelle, für die eine solche materielle Homogenisierung innerhalb der Gemeinschaft das primäre Integrationsvehikel ist;<sup>28</sup> und später nochmals im Zusammenhang mit dem Werk *T.H. Marshalls*, der in „Citizenship and Social Class“ nach verbreiteter Lesart ebenfalls gerade dieser „sozialen“ Komponente seines dreigliedrigen Begriffs rechtlicher Zugehörigkeit eine tragende Rolle für die Stabilisierung moderner Gesellschaften beimaß.<sup>29</sup> Vor diesem Hintergrund liegt die Frage nahe, inwieweit dieses integrative Potenzial des Rechts unter Bedingungen der Dekonzentration noch verwirklicht werden kann.

Denkbar wäre etwa, dass die egalitären Ausgleichsmechanismen allmählich erodieren infolge eines gesteigerten Wettbewerbsdrucks, wie er seinerseits die Konsequenz jener zunehmenden Entgrenzung sein könnte, die durch einzelne der zuvor identifizierten Dekonzentrationsmechanismen hervorgerufen wird. Die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten etwa sind wegen ihres genuin ökonomischen Ursprungs ein besonders nahe liegendes Beispiel. Aber wie bereits erwähnt wurde, liegen eindeutige Befunde, die diese verbreitete Spekulation bestätigen könnten, nicht vor.<sup>30</sup> Gewiss kann man die Entwicklung und Effektivität solcher Ausgleichsmechanismen nach allen Richtungen hin ver-

<sup>27</sup> Vgl. zu diesem Integrationsaspekt oben § 4 (3) b cc aa.

<sup>28</sup> Vgl. näher dazu oben § 4 (4) b aa bbb einschließlich Fn. 424.

<sup>29</sup> Vgl. dazu näher oben § 4 (4) c aa.

<sup>30</sup> Vgl. dazu bereits oben § 4 (4) c cc sowie insbesondere die Nachweise in Fn. 457.

messen. Doch schon bei der Bewertung, ob diese Mechanismen nun eher ausgebaut oder zurückgeschraubt worden sind, gehen die Einschätzungen auseinander. Für einen Nachweis von Kausalbeziehungen, wie ihn die Suche nach dekonzentrationbedingten Veränderungen darüber hinaus erfordern würde, fehlt es daher bereits an eindeutigen Bezugspunkten.

Möglich wäre ferner auch, dass die desintegrativen Prozesse, die zuvor behandelt wurden, eine schleichende Entsolidarisierung und auf diese Weise letztlich ebenfalls eine Schrumpfung der egalitären Komponente mit sich bringen könnten.<sup>31</sup> Aber wie zuvor mangelt es an belastbaren Belegen dafür, dass sich diese Befürchtung bereits realisieren würde. Dementsprechend wird sie bislang meist auch bloß als Prognose formuliert.

Im Ergebnis gibt es demnach zwar – durchaus plausible – Befürchtungen eines Wirkungsverlusts egalitärer Mechanismen, wie er mit verschiedenen Facetten des Dekonzentrationsprozesses assoziiert sein könnte. Solange sich jedoch weder derartige Effekte noch die entsprechenden Ursachenbeziehungen klar feststellen lassen, können über desintegrative Konsequenzen auch in diesem vermeintlich greifbareren Bereich nur Mutmaßungen angestellt werden.

#### ee) Das Zerfließen der Gemeinschaftsgrenzen

Die Frage nach den integrativen oder desintegrativen Wirkungen der Dekonzentration hat schon begrifflich nur dann einen Sinn, wenn klar ist, um welche Gemeinschaft es geht. Dementsprechend wurde dieser Abschnitt einleitend unterteilt in die Untersuchung solcher Effekte bezüglich zunächst der nationalstaatlichen und danach dann der anderen politischen Gemeinschaften.<sup>32</sup> Bei näherem Hinsehen jedoch erweist sich diese Einteilung bereits im ersten Schritt als unscharf. Denn es ist keineswegs selbstverständlich, was in einer integrationsorientierten Perspektive als „die nationalstaatliche Gemeinschaft“ gelten soll. Neben dem Staatsvolk, also der Gemeinschaft der Staatsangehörigen, kämen je nach Kontext auch die Wohnbevölkerung oder verschiedene Ausschnitte daraus in Frage.

Diese Unschärfe ist ihrerseits die Folge eines der zuvor beschriebenen Dekonzentrationsprozesse. Denn dass die Unterscheidung zwischen Staatsvolk und Wohnbevölkerung quantitativ überhaupt Bedeutung erlangt hat, ist, wie gesehen, eine Entwicklung der letzten gut vier Jahrzehnte.<sup>33</sup> Erst die großenteils migrationsbedingte Diversifizierung in der Komposition der Wohnbevöl-

<sup>31</sup> Vgl. zu dieser Befürchtung statt vieler *Offe*, Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine Europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration, in: *Streeck*, Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie, insbesondere S. 132 f.; näher dazu unten § 9 (3) b.

<sup>32</sup> Vgl. dazu oben die Einleitung zu § 9 (2).

<sup>33</sup> Vgl. dazu oben § 8 (1).

kerung führt dazu, dass man diese Differenz nicht mehr, wie etwa in *Marshalls* „Citizenship and Social Class“, schlicht ignorieren kann.

Generell wird man davon ausgehen können, dass die rechtsgestützte Integration der Wohnbevölkerung als des weiteren Kreises zurückbleibt hinter der des Staatsvolkes als des engeren. Zur Illustration kann nochmals der zuvor behandelte Aspekt der materiellen Homogenisierung innerhalb der nationalstaatlichen Gemeinschaft dienen. Mit Blick auf die Wohnbevölkerung fällt der Befund in dieser Hinsicht klarer aus als zuvor für das Staatsvolk. Allein durch die Zunahme derer, die nicht den Vollstatus der nationalstaatlichen Zugehörigkeit innehaben, steigt auch der Anteil jener, die nicht teilhaben an der mit diesem Status verbundenen Rechtsgleichheit und die damit potenziell auch außerhalb der Reichweite jener Mechanismen liegen, welche die Gleichheit von Lebensverhältnissen und -chancen innerhalb der Gemeinschaft fördern sollen.

Gewiss wird dieser Effekt relativiert durch eine andere, ebenfalls mit der Dekonzentration assoziierte Wirkung. Denn die partielle oder gar universelle Ausdehnung des Kreises derer, die in den Genuss von vormals den Zugehörigen vorbehaltenen Rechten kommen, ebnet die Unterschiede teilweise wieder ein.<sup>34</sup> Eine vollständige Kompensation freilich ist solange nicht gegeben, wie Unterscheidungen in Bezug auf bestimmte Rechte und auf bestimmte Gruppen von nicht voll Zugehörigen innerhalb der Wohnbevölkerung noch praktiziert werden.

Ist demnach die Unterscheidung zwischen Staatsvolk und Wohnbevölkerung in sachlicher Hinsicht weiterhin und mit Blick auf die Anzahl der betroffenen Personen sogar zunehmend bedeutsam, so steht damit die Frage im Raum, was denn nun im gegebenen Kontext unter „der nationalstaatlichen Gemeinschaft“ verstanden werden, welches also die geeignete Bezugsgemeinschaft einer integrationsorientierten Betrachtung sein sollte. Bei der Suche nach einer Antwort wäre freilich zu differenzieren. Zum einen könnten normative Erwägungen eine Rolle spielen – Vorstellungen also darüber, wo die Grenzen der Gemeinschaft generell verlaufen und wen demnach insbesondere auch ihre rechtlichen Integrationsmechanismen einbeziehen sollen. Zum anderen hinge die Antwort aber vor allem auch von funktionalen Erwägungen ab, und insofern insbesondere davon, worin genau die integrative Wirkung besteht, um die es im Einzelfall gehen soll. Auch dies lässt sich wieder illustrieren am Beispiel der materiellen Homogenisierung innerhalb einer Gemeinschaft und der damit verbundenen Integrationshoffnungen. Soll eine solche Homogenität beispielsweise günstige Rahmenbedingungen für eine politische Konsensbildung schaffen, so käme es speziell für diese Integrationswirkung aufgrund der entsprechenden Beschränkung der politischen Partizipationsrechte im Zweifel auf das Staatsvolk an. Geht es bei der Homogenisierung

<sup>34</sup> Vgl. dazu oben § 8 (3) und (4).

hingegen um den Erhalt des sozialen Friedens, wäre stattdessen die Wohnbevölkerung in den Blick zu nehmen, und zwar in dem denkbar weiten Sinne aller nicht nur ganz vorübergehend im Territorium der Gemeinschaft Anwesenden. Darüber hinaus sind ferner auch Zwischenformen denkbar, bei denen unterschiedliche Ausschnitte der Wohnbevölkerung maßgeblich wären. Fragt man beispielsweise nach der förderlichen Wirkung, welche eine größere materielle Homogenität haben könnte für die Akzeptanz und Durchsetzbarkeit redistributiver und insofern auch belastender Regelungskomplexe wie etwa jenen der Sozialversicherung oder auch der Einkommenssteuer, so müsste aus der Wohnbevölkerung jeweils der entsprechende Ausschnitt der von diesen Systemen belasteten Personen für die Betrachtung gewählt werden.

Einer allgemeingültigen Antwort ist die Frage nach der maßgeblichen Bezugsgemeinschaft einer integrationsorientierten Betrachtung (und integrationsorientierter Maßnahmen) demnach kaum zugänglich. Das haben die Beispiele gezeigt. Überdies ist deutlich geworden, dass die funktionalen Gründe, die für eine Ausweitung des für die Integration maßgeblichen Kreises sprechen, ihrerseits auch von der Reichweite der Rechte abhängen, welche von dieser Gemeinschaft gewährt werden. Das weist auf die Interdependenzen hin, die zwischen den verschiedenen Grenzziehungen im Recht einer Gemeinschaft bestehen und die gewiss weit über das hinausreichen, was in den Beispielen zutage trat. So dürfte die Normakzeptanz etwa nicht nur vom Einbezug in bestimmte Mechanismen des materiellen Ausgleichs abhängen, sondern ebenso von der Möglichkeit der politischen Partizipation. Und wenn diese wiederum ausgedehnt würde, könnte dies in einer funktional orientierten Integrationsperspektive entsprechende Anpassungen auch des materiellen Ausgleichs nahe legen.

Ohne dass die Vielzahl solcher denkbarer Interdependenzen einzeln aufgeführt zu werden bräuchte, eröffnet diese Beobachtung eine weitere Perspektive auf die desintegrativen Wirkungen der Dekonzentration. Die Diversifizierung der Wohnbevölkerung kann man sich aus diesem Blickwinkel vorstellen als einen wachsenden Rand, der sich um die enger definierte Gemeinschaft der Staatsangehörigen bildet. In diesen Rand hinein zerfließen die vormals akzentuierte(re)n Grenzen des Staatsvolkes, indem sie in unterschiedlichen Sachbereichen und für unterschiedliche Personengruppen ausgeweitet werden. Statt einer klaren Grenzlinie entsteht in diesem Randbereich eine amorphe und sich ihrerseits ausdehnende Grauzone. Und man wird davon ausgehen müssen, dass diese Inkongruenz der rechtlichen Grenzziehungen, wie sie durch die Grauzone verbildlicht wird, das integrative Potenzial des Rechts hinsichtlich der „nationalstaatlichen Gemeinschaft“ schwächt – ganz gleich, wie man diese Gemeinschaft nun definiert.

<sup>10</sup> Vgl. dazu oben die Erwähnung S. 297.

<sup>11</sup> Vgl. dazu oben § 8 (1).

<sup>12</sup> Vgl. dazu oben § 8 (1) und § 9 (1).



b) Die Effekte der Dekonzentration auf das Gefüge politischer Gemeinschaften

Im Einklang mit der primären Zielsetzung der Studie fokussierte die Betrachtung zuvor auf eine einzige, wenngleich an den Rändern zunehmend unscharfe Gemeinschaft – die des Nationalstaats. Und im Ergebnis konnten verschiedene desintegrative Prozesse identifiziert werden – oder vielleicht auch nur unterschiedliche Ansichten eines einzigen, komplexen und facettenreichen Prozesses. Hier soll nun der Blick auf das Gefüge politischer Gemeinschaften ausgeweitet und immerhin grob skizziert werden, wie sich aus einer solchen Vogelperspektive die zuvor behandelten Entwicklungen von Dekonzentration und Desintegration darstellen.

aa) Die Wirkungen auf die Gemeinschaften im innerstaatlichen Raum

Betrachtet man zunächst die kleineren, innerhalb des Nationalstaats gelegenen Gemeinschaften, so bieten diese ein ähnliches Bild wie die sie umgebende nationalstaatliche selbst. Schließlich sind sie den zuvor unterschiedenen dekonzentrierenden Mechanismen prinzipiell gleichermaßen ausgesetzt – jenen von außerhalb herrührenden Einwirkungen ebenso wie den von innerhalb des Nationalstaats kommenden Öffnungstendenzen. In aller Regel differenzieren weder die räumlich wirkenden Freiheitsgarantien noch die diversen Diskriminierungsverbote, wenn sie die Auflösung von Grenzen gebieten, danach, ob es sich dabei um Grenzen kommunaler, glied- oder nationalstaatlicher Gemeinschaften handelt.<sup>35</sup>

Gewiss wird es zwischen der nationalstaatlichen und den kleineren Gemeinschaften im Einzelnen dennoch Unterschiede in der Betroffenheit geben. Mal sind die Einwirkungen auf die kleineren größer, wie etwa im nahe liegenden Beispiel des kommunalen Wahlrechts für Ausländer. Mal dürften die Effekte geringer sein, wie etwa wenn es um die abnehmenden Möglichkeiten

<sup>35</sup> Dass regionale Grenzen gegenüber solchen Einwirkungen ausnahmsweise einmal beständiger sein können als nationale, ist insbesondere dann denkbar, wenn es sich um Einwirkungen in Form von Verboten der Diskriminierung wegen der Nationalität handelt. Dann nämlich kann (sofern die regionalen Regelungen entsprechend ausgestaltet sind), argumentiert werden, dass die von der Grenze ausgehende Beschränkung nicht-diskriminierend sei, weil sie auch Regionsfremde von innerhalb der nationalen Gemeinschaft betreffe. Dieser denkbaren Rechtfertigung wird aber in dem Maße zunehmend der Boden entzogen, in welchem sich, wie es insbesondere im Gemeinschaftsrecht eine vielschriebene Tendenz ist, derartige Diskriminierungs- hin zu Beschränkungsverboten entwickeln; vgl. zu diesem Prozess bereits *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1992, S. 145 ff. Dementsprechend sind derartige Konstellationen eher selten; für eine Diskussion möglicher Fälle aus dem kommunalen Kontext vgl. *Burgi*, Die Legitimität von Einheimischenprivilegierungen im globalen Dorf, in: *JZ* 1999, S. 873 ff.

einer symbolischen Integration durch Recht geht. Denn hiervon machen die kleineren Einheiten ohnehin deutlich weniger Gebrauch als die nationalstaatliche. Am Gesamtbild einer im Wesentlichen gleichen Situation der nationalstaatlichen und der kleineren Gemeinschaften ändern derlei Variationen im Ausmaß einzelner Wirkungen jedoch nichts.

*bb) Die Wirkungen auf die Gemeinschaften im außerstaatlichen Raum*

Ganz anders ist die Lage dagegen bei den Gemeinschaften oder gemeinschaftsähnlichen Gebilden im außerstaatlichen Bereich. Viele jener Entwicklungen, die zuvor mit Blick auf die nationalstaatliche Gemeinschaft als desintegrativ erkannt wurden, haben im außerstaatlichen Bereich eine umgekehrte Tendenz. Nicht umsonst sind sie großenteils auch mit jenem Prozess assoziiert, der als europäische „Integration“ firmiert. So mögen Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbote, politische Partizipationsrechte und Unionsbürgerschaft aus einer nationalstaatlich-begrenzten Perspektive desintegrativ erscheinen. Für die „Union“ hingegen sind sie die Säulen der angestrebten supranationalen Gemeinschaftsbildung und mithin bereits ihrer ursprünglichen Bestimmung nach integrativ.

Dabei beschränken sich freilich die integrativen Prozesse im außerstaatlichen Raum nicht auf die supranationale Gemeinschaft. Auch die Etablierung eines gemeinsamen und überdies zunehmend durchsetzbaren Katalogs von Grundwerten, wie ihn die EMRK und mit Abstrichen auch die Sozialcharta darstellen, reduzieren nicht lediglich die Kapazitäten einer wertbezogenen Integration der nationalstaatlichen Gemeinschaft, sondern schaffen ihrerseits einen neuen, mittels dieser gemeinsamen Werte integrierten Raum – gleich ob man insoweit von einer Gemeinschaft samt korrespondierender Zugehörigkeiten sprechen möchte oder nicht.

Ähnliches gilt ferner für die verschiedenen Räume, die der supranationalen Gemeinschaft über das Assoziationsrecht angeschlossen sind. Auch hier stehen den einerseits desintegrativen Wirkungen für die kleineren Gemeinschaften andererseits integrative Effekte im außerstaatlichen Raum gegenüber. Freilich handelt es sich in diesem Kontext kaum um eine wertbezogene Integration. Im Vordergrund stehen bei diesen Abkommen vielmehr die integrativen Wirkungen intensivierter Handelsbeziehungen einschließlich der in sehr unterschiedlichem Ausmaß gewährten Erleichterungen für den Personenverkehr.

*cc) Zur vermeintlichen Symmetrie integrativer und desintegrativer Effekte*

Insgesamt entsteht demnach in dieser umfassenderen Perspektive ein ausgeglicheneres Bild von desintegrativen Effekten im innerstaatlichen Bereich und

integrativen im außerstaatlichen Raum. Jedoch sollte dieser Eindruck nicht zur Annahme verleiten, dass sich die Integrations- und Desintegrationswirkungen gegenseitig aufwögen. Diese Hoffnung wäre aus mehreren Gründen verfehlt.

Erstens ist das Bild in dieser Gesamtschau zwar ausgeglichener, aber doch keineswegs symmetrisch. Denn nicht für alle innerstaatlichen Integrationsmechanismen findet sich ein gleichwertiges außerstaatliches Pendant. So dürfte etwa das integrative Potenzial von Verfahren der kollektiven Willensbildung und -ausübung wesentlich vom Grad individueller Partizipationsmöglichkeiten abhängen. Und solange diese im außerstaatlichen Bereich noch vergleichsweise gering ausgeprägt sind, wären dort die Verluste im innerstaatlichen Bereich nicht aufzuwiegen.

Zweitens ist Integration auch und womöglich größtenteils von außerrechtlichen Faktoren abhängig, sodass die integrativen Mechanismen des Rechts in unterschiedlichen räumlichen Kontexten auf unterschiedlich günstige Wirkungsbedingungen treffen. Dies wird besonders deutlich, wenn Zugehörigenrechte auf sehr große Gemeinschaften ausgedehnt oder gar völlig universalisiert werden. Das integrative Potenzial gleicher Berechtigungen dürfte dann weitgehend abhanden kommen.

Drittens schließlich spielt es eine Rolle, ob die integrativen Mechanismen im Recht, wie es bisher der Fall war, größtenteils auf eine einzige Gemeinschaft konzentriert sind, oder ob sie sich, wie es sich nunmehr abzeichnet, zunehmend auf verschiedene Gemeinschaften (oder gemeinschaftsähnliche Gebilde) verteilen. Bedeutsam wäre dieser Unterschied zunächst unter der Annahme, dass es Synergien zwischen den verschiedenen integrativen Mechanismen des Rechts gibt. Denn dafür ließe die konstatierte Divergenz der Integrationsmechanismen fortan weniger Raum, sodass die integrativen Wirkungen des Rechts in der Summe geringer ausfallen müssten. Vor allem aber dürften sich die Ergebnisse mit Blick auf die politischen Steuerungskapazitäten wesentlich unterscheiden. Denn es spricht viel dafür, dass eine stark integrierte Gemeinschaft andere Ziele (verfolgt und) erreichen kann, als es für mehrere schwach integrierte der Fall ist. Damit ist die Brücke geschlagen von den Spekulationen über die desintegrativen Folgen der Dekonzentration hin zu jenen über die Konsequenzen der Desintegration – und damit zum Gegenstand des nächsten Abschnitts.

### 3. Was kommt nach der nationalstaatlichen Desintegration?

Im Vorangegangenen wurde überwiegend analysiert und kaum bewertet. Das gilt namentlich für die Beschreibung der Dekonzentration der rechtlichen Zugehörigkeiten, die möglichst wertfrei gehalten war. Und es gilt auch für die

Überlegungen zu den (des-)integrativen Konsequenzen der Dekonzentration, die zwar spekulativer ausgefallen sind als die vorausgegangene Analyse, sich einer Bewertung aber ebenfalls weitest möglich enthalten haben.

Demgegenüber werden nunmehr, wenn in diesem Abschnitt die Frage nach den Konsequenzen der Desintegration aufgeworfen wird, auch die Bewertungen dieses Prozesses stärker in den Vordergrund rücken. Denn erst wenn sich der Blick auf die konkreten Folgen richtet, ergeben sich auch Ansatzpunkte für eine solche normative Perspektive. Kaum jemand wird sich schließlich am blanken Befund der Dekonzentration der rechtlichen Zugehörigkeiten erhitzen können, und noch die Desintegration der nationalstaatlichen Gemeinschaft mag man achselzuckend hinnehmen, sofern nur die Funktionen dieser Gemeinschaft künftig andersorts erfüllt würden. Sobald es aber, eine Stufe konkreter, um die Folgen dieser Entwicklungen für die individuelle Freiheit und Gleichheit, für Identität und Solidarität oder gar für das demokratische Gemeinwesen im Ganzen geht, sind damit auch Kategorien aufgerufen, die sich den gängigen Wertmaßstäben zuordnen lassen, so umstritten diese ihrerseits im Einzelnen auch sein mögen.

Das heißt nicht, dass zum Abschluss doch noch jene Vieldeutigkeiten überwunden werden könnten, mit denen die Betrachtung bislang konfrontiert war. Im Gegenteil wird sich die Unsicherheit in der Einschätzung der aktuellen Situation fortsetzen sowohl in einer ebensolchen bei der Prognose künftiger Entwicklungen als auch in einer entsprechenden Ambivalenz in deren Bewertung. Dennoch kann auf Grundlage der zuvor angestellten Überlegungen aber ein Beitrag zu den einschlägigen Diskussionen geleistet werden. Insofern bietet es sich an, die nachfolgenden Ausführungen an einzelnen markanten Positionen zu orientieren, die in der Literatur zu den entsprechenden Entwicklungen innerhalb des Gemeinschaftsgefüges vertreten werden, und diese im Lichte der Befunde zu Dekonzentration und Desintegration zu erörtern.

#### a) Kontraproduktive Integrationsdynamiken?

Unter den im ersten Teil referierten Makroperspektiven auf die integrative Entwicklung der nationalstaatlichen Gemeinschaft stachen insbesondere die beiden zwar divergenten, aber doch gleichermaßen pessimistischen Vorhersagen *Dahrendorfs* und *Walzers* hervor. Ersterer hatte die Befürchtung formuliert, dass ein fortschreitender Ausbau der vormals integrierend wirkenden sozialen Komponente des *Marshall'schen* citizenship zu einer überschießenden Egalitarisierung führen könnte, in deren Folge die Gemeinschaft destrukturiert und mithin auch ihrer freiheitsermöglichenden Differenzierungen beraubt werde.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Vgl. näher zu dieser Sicht oben § 4 (4) c cc.

Veröffentlicht wurde *Dahrendorfs* Warnung nahezu zeitgleich mit *Grawerts* Befund einer fortbestehenden Konzentration der Zugehörigkeitsverhältnisse in der Staatsangehörigkeit – also am Vorabend, sozusagen, der hier behandelten Dekonzentration. Und tatsächlich könnte, in der Rückschau, die Dekonzentration dazu beigetragen haben, dass sich *Dahrendorfs* Befürchtungen nicht realisiert haben. Denn aus einer – im Wortsinne – liberalen Sicht dürfte die Entgrenzung, wie die Dekonzentration sie gebracht hat, tatsächlich eher positiv zu bewerten sein, weil sie das Spektrum an Möglichkeiten zum individuellen Freiheitsgebrauch vermutlich erweitert.

Zwar mag dieser Effekt im Innern der Gemeinschaft unsicher sein. So ließe sich etwa eine zunehmende Ungleichheit, wie sie mit der fortschreitenden Diversifizierung der Wohnbevölkerung einhergehen kann,<sup>37</sup> nicht als freiheitsfördernd deuten. Denn dabei handelt es sich um Unterschiede, die vom Zugehörigkeitsstatus des Einzelnen abhängen und deswegen für ihn kaum zu beeinflussen sind, sodass sie auch nicht als Ergebnis individuellen Freiheitsgebrauches aufgefasst werden können. Allenfalls der zwar denkbare, aber kaum zu belegende Wirkungsverlust, welchen die egalitären Mechanismen im Recht infolge der Dekonzentration womöglich erfahren, könnte einen freiheitserweiterenden Effekt im *Dahrendorfschen* Sinne auch im Innern der Gemeinschaft haben. Klarer ist diese Wirkung der Dekonzentration dagegen mit Blick auf den außerstaatlichen Bereich. Denn der sich ausdehnende Raum nicht nur ökonomischer, sondern zunehmend auch anders motivierter individueller Mobilität, wie ihn insbesondere und in paradigmatischer Weise die europäische Integration eröffnet hat, bedeutet ohne Zweifel eine Erweiterung des Möglichkeitsspektrums für den Einzelnen.

Gewiss gibt es – wie so oft – auch bei diesem Freiheitszuwachs allen Anlass nachzufragen, wie groß denn der Kreis derer ist, die tatsächlich Gebrauch machen können von den hinzugewonnenen Möglichkeiten. Und so hat auch *Dahrendorf* sich in jüngerer Zeit besorgt über die Entstehung einer Klasse von Verlierern der Globalisierung und über das freiheitsgefährdende Potenzial dieser neuen sozialen Ungleichheit geäußert.<sup>38</sup> Aber auch wenn dies die positive liberale Lesart der Dekonzentration trüben mag, so illustriert es doch auch, dass die frühere Befürchtung *Dahrendorfs* mit zunehmender Entgrenzung immer weiter in den Hintergrund tritt.

Dieses Resultat entspricht im Übrigen jener Vermutung, die bereits in der kursorischen Auseinandersetzung mit diesen Makroperspektiven im Ersten Teil angestellt wurde. Denn in der Tat scheint *Dahrendorfs* frühere Sorge um die freiheitsvernichtende Destrukturierung der Gemeinschaft in dem Maße an

<sup>37</sup> Vgl. zur Diversifizierung oben § 8 (1); zu den ambivalenten Integrationseffekten mit Blick auf die Wohnbevölkerung oben § 9 (2) a ee.

<sup>38</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) c ee sowie insbesondere Fn. 476.

Virulenz zu verlieren, in dem die von *Walzer* gefürchtete Entgrenzung voranschreitet.

Vor dem Hintergrund der Betrachtung von Dekonzentration und Desintegration kann allerdings auch *Walzers* düstere Vision<sup>39</sup> ein wenig aufgehellt werden. Denn wie sich gezeigt hat, ist Entgrenzung nicht gleichzusetzen mit Universalisierung – jedenfalls nicht in Europa,<sup>40</sup> wo sich hinter den schwindenden Grenzen des Nationalstaats keineswegs jene unüberschaubare globale Weite auftut, in der sich nach *Walzers* Schreckensvision alle kulturelle Spezifität verlieren müsste und die kollektiven Wurzeln individueller Identität verkümmern. Vielmehr bedeutet Entgrenzung – auch – überregionale Integration, und es entstehen neue, ihrerseits begrenzte Räume, die teils neben, teils an die Stelle der nationalstaatlichen Gemeinschaft treten. Offen ist jedoch, inwieweit diese neuen Gemeinschaften oder Gebilde den Anforderungen einer solchen funktionalen Nachfolge tatsächlich gewachsen wären. Und insofern verwundert es nicht, wenn sich auch zu dieser Frage durchaus kontroverse Stellungnahmen finden.

#### b) Die politischen Kapazitäten im außerstaatlichen Raum

Mit einer dezidiert skeptischen Position zu den politischen Kapazitäten im außerstaatlichen Raum ist insbesondere *Claus Offe* hervorgetreten. „Wenn die Grenzen des Nationalstaats porös“ würden, so fasste er seine Sicht vor einigen Jahren zusammen, dann entwickelten sich „die funktional-systemischen und die sozialmoralischen Modi der Integration gegenläufig.“<sup>41</sup>

Mit der hier vorgestellten Analyse ist diese These zunächst uneingeschränkt kompatibel. So wurde auch hier differenziert zwischen einerseits den äußeren, handfesten, „funktional-systemischen“ Aspekten der Integration und andererseits den inneren, bewusstseinsbezogenen, also bei *Offe* den „sozialmoralischen“. Und wie bei ihm, so deutete auch in der hier durchgeführten Untersuchung vieles darauf hin, dass die bislang nationalstaatlich orientierte kollektive Identität im Zuge der Dekonzentration ihre Stützen im Recht allmählich verliere, während derselbe Prozess der Dekonzentration zugleich im außerstaatlichen Raum integrierend wirke, und zwar auf jener handfesten Ebene, die *Offe* als funktional-systemisch bezeichnet.

<sup>39</sup> Vgl. näher zu *Walzers* Sicht oben § 4 (4) c dd.

<sup>40</sup> Tatsächlich könnte die Besonderheit der europäischen Situation zur Erklärung der aus hiesiger Sicht überzeichnenden Tendenz in *Walzers* Szenario beitragen. Denn in seiner hier zitierten Schrift behandelt er zwar als einen von mehreren „complicated cases“ auch die europäische Gemeinschaft, widmet ihr aber nur wenige und eher allgemein gehaltene Seiten; vgl. dazu *Walzer*, *On Toleration*, S. 48 ff.

<sup>41</sup> *Offe*, *Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine Europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration*, in: *Streeck*, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie*, insbesondere S. 132.

Soweit also die Gemeinsamkeiten in theoretischem Ansatz und tatsächlichem Befund. Ansonsten jedoch geht *Offes* These deutlich hinaus über die hier angestellten Überlegungen, die sich darauf beschränkten, Spekulationen über die gegenwärtigen Wirkungen der im Recht nachweisbaren Entgrenzungstendenzen anzustellen. *Offe* dagegen postuliert – sachlich breiter und mit stärker prognostischer Ausrichtung –, dass sich das sozialmoralische Integrationsniveau, das sich im nationalen Rahmen etablieren konnte, im außerstaatlichen Rahmen nicht werde erreichen lassen. Vielmehr, so führt er aus, werde die „Entgrenzung des Gemeinswesens (...) dessen Verpflichtungskraft“ untergraben,<sup>42</sup> indem sie den Einzelnen moralisch überfordere und als Gegenreaktion eine Entwicklung der „Selbstentpflichtung“<sup>43</sup> in Gang setze, eine „entsolidarisierende Schrumpfung der operativen Horizonte von Vertrauen und Verpflichtung“.<sup>44</sup>

Nun ist dies nicht der Ort, die Tragfähigkeit der sozialpsychologischen Komponente dieser Argumentation zu bewerten. Dafür fehlen hier alle Mittel. Sollte sie jedoch zutreffen, so wären, wie *Offe* selbst folgert, außerhalb eines „nationalstaatlich begrenzten Modus der Vergesellschaftung“ weder Wohlfahrtsstaat noch Demokratie möglich.<sup>45</sup> Die Konsequenzen der zuvor beschriebenen Dekonzentration und Desintegration der nationalstaatlichen Gemeinschaft könnten demnach, wenn sich diese Prozesse fortsetzen sollten, auf Dauer verheerend sein. In diesem Sinne kann man die hier vorgestellte Analyse als Ergänzung der *Offe'schen* Argumentation, als juristische Konkretisierung seines Ausgangspunktes auffassen. Umgekehrt unterstreichen seine düsteren Vorhersagen die Relevanz der zuvor identifizierten Prozesse.

Dabei ist freilich zu beachten, dass *Offes* Sicht keineswegs unwidersprochen geblieben ist. Allen voran *Habermas* hat mit Blick insbesondere auf die Zukunft der Europäischen Union eine konträre Position eingenommen. Seine grundsätzlich optimistische Haltung zum Projekt der supranationalen Integration war im Ersten Teil bereits erwähnt worden.<sup>46</sup>

Diese erläuternd, verwies er vor einigen Jahren darauf, dass sich auch die Herausbildung der nationalen Identität „einem folgenreichen Abstraktionschub vom lokalen und dynastischen zum nationalen und demokratischen Bewusstsein“ verdanke, und er schloss die rhetorische Frage an, warum „sich dieser Lernprozess nicht fortsetzen können“ sollte.<sup>47</sup> Man mag sich dem sug-

<sup>42</sup> Ebda., S. 134 (zitiert ohne die Hervorhebung im Original).

<sup>43</sup> Ebda., S. 132.

<sup>44</sup> Ebda., S. 133.

<sup>45</sup> Ebda., S. 134.

<sup>46</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) a cc aaa.

<sup>47</sup> *Habermas*, Die postnationale Konstellation, S. 154; für das volle Zitat vgl. oben Fn. 344.

gestiven Schwung dieser Frage kaum widersetzen. Wer wollte sich schon kategorisch der Hoffnung versperren, dass die Menschheit dazulernen könnte?

Und doch gibt es Anlass zu zögern. So kann zwar, wenn man die Entwicklung der europäischen Integration betrachtet, der historisch-prognostische Dreischritt „lokal – national – supranational“ auf den ersten Blick eine gewisse Plausibilität für sich beanspruchen. Und er kann dies wohl über den im Zitat angesprochenen Aspekt der kollektiven Identitäten hinaus auch für die damit verbundene Frage nach dem Bezugsrahmen für die Organisation von Solidarität und – allgemeiner noch – kollektiver Selbstbestimmung. *Habermas* selbst deutet eine solche Ausweitung seines Arguments an.<sup>48</sup>

Bei näherem Hinsehen jedoch regen sich Zweifel, ob dieser Dreischritt nicht, indem er sich auf die supranationale Integration konzentriert, die Perspektive gar zu sehr verengt. Dabei geht es nicht darum, dass das Spektrum um andere denkbare, aber noch ferne Zukunftsvisionen erweitert werden müsste. Die Utopie einer Weltgesellschaft ist ohnehin oft der Horizont, vor dem die Öffnung des Nationalstaats und die Möglichkeiten überstaatlicher Integration erörtert werden – gerade auch bei *Habermas*.<sup>49</sup>

Der hier vorzutragende Einwand zielt vielmehr darauf, dass mit dem Fokus auf die supranationale Gemeinschaftsbildung auch viele gegenwärtige Prozesse ausgeblendet bleiben, die Beachtung verdienen würden. Denn wie gesehen, läuft die Öffnung der nationalen Gemeinschaft keineswegs linear auf eine neue supranationale Einheit zu. Stattdessen handelt es sich ausweislich der hier vorgestellten Analyse um mehrere, diffuse Prozesse, die eine Entgrenzung teils universeller Natur, teils zugunsten neuer, größerer Gemeinschaften bewirken, unter denen die supranationale zwar in der Tat die wichtigste, aber eben keineswegs die einzige ist. Hinzu kommt, dass in diesem sich neu formierenden Gefüge politischer Gemeinschaften bei aller Entgrenzung auch der Nationalstaat auf absehbare Zeit eine wesentliche Rolle einnehmen wird.

Dieser Befund deutet darauf hin, dass der Übergang des kollektiven Bewusstseins in die postnationalen Anerkennungsverhältnisse nicht lediglich eine weitere räumliche Ausdehnung – oder mit *Habermas'* Wort: eine weitere Abstraktion – vom Nationalen zum Supranationalen erfordern würde. Vielmehr wäre dies zugleich ein Weg von der relativen Einheit in eine diffuse Vielfalt, und jedenfalls in dieser Hinsicht keine Fortschreibung der von *Habermas* angedeuteten historischen Sequenz, sondern sogar ein Schritt in die entgegengesetzte Richtung. Schließlich bedeutete der Übergang von jenen lokalen und dynastischen Identitäten zur nationalen nicht bloß eine räumliche Ausdeh-

<sup>48</sup> *Habermas* spricht ebda., S. 155, von einer „europäisch erweiterten *Solidarität* von Staatsbürgern“, zu welcher der Lernprozess führen solle (Hervorhebungen nicht im Original).

<sup>49</sup> So endet auch jener Essay, aus dem hier zitiert wird, mit Ausführungen zu möglichen Vorboten einer noch fernen Weltgesellschaft, vgl. ebda., S. 156 ff.



nung, sondern war zugleich – Grawert hat es beschrieben<sup>50</sup> – ein Prozess der Konzentration, ein Weg gerade auch von der Vielheit zur Einheit.

Wieder kann es hier nicht darum gehen, mit einer sozialpsychologischen Bewertung dieses Befundes aufzuwarten. Und wer weiß, vielleicht könnte der Lernprozess, von dem *Habermas* spricht, ja auch unter solchen Bedingungen noch erfolgreich sein. Vom Boden der Dekonzentrationsanalyse aus kann dazu lediglich betont werden, dass, wie *Habermas* im Übrigen an der zitierten Stelle auch selbst sagt,<sup>51</sup> die „Anerkennungsverhältnisse einer postnationalen Demokratie ... anspruchsvoll“ sind – und zwar noch anspruchsvoller vielleicht, als es die Grundlage des *Habermas'schen* Optimismus gewesen sein mag.

### c) Integrative Leitbilder?

Die wachsende Unübersichtlichkeit des Gemeinschaftsgefüges diene soeben als Grundlage dafür, die Möglichkeit der Herausbildung eines den „postnationalen Anerkennungsverhältnissen“ adäquaten kollektiven Bewusstseins in Frage zu stellen. Das lenkt den Blick auf den möglichen Konnex zwischen einerseits jenen Integrationsdynamiken innerhalb des Gemeinschaftsgefüges, wie sie hier Thema sind, und andererseits den Konzeptionen zu dessen Ordnung, wie sie insbesondere im Ersten Teil<sup>52</sup> behandelt wurden. Denn vielleicht würde es ja helfen, wenn es eine normative Konzeption gäbe, die der vorgefundenen Vielheit der Gemeinschaften und Zugehörigkeiten eine stimmige Deutung unterlegen und so zum Leitbild für Identifikation und womöglich gar künftige Rechtsentwicklung werden könnte.

Dabei ist bewusst von Gemeinschaften *und* Zugehörigkeiten die Rede. Denn eine solche Konzeption könnte sich kaum darauf beschränken, das Zusammenspiel multipler Steuerungsebenen und -institutionen zu orchestrieren. Vielmehr müsste sie darüber hinaus, gerade um zur Orientierung auch individueller Identifikation zu taugen, bis hinab in die Sphäre individueller Rechte und Pflichten vordringen und erklären, was die Zugehörigen der jeweiligen Gemeinschaften einander schulden – und warum gerade und nur ihnen.

Gewiss bräuchte eine solche Konzeption dabei die Rechtswirklichkeit nicht in all ihrer Differenziertheit und eben potentiell auch Widersprüchlichkeit zu erklären. Denn wie insbesondere die Persistenz der Idee vom souveränen und einheitlichen Nationalstaat und ihrer gedanklichen Verzweigungen in Form des „methodologischen Nationalismus“<sup>53</sup> vor Augen führt, können derlei

<sup>50</sup> Grawert, Staat und Staatsangehörigkeit; vgl. näher zu dieser Schrift die zahlreichen Bezugnahmen zuvor, insbesondere im Zweiten Teil.

<sup>51</sup> Die postnationale Konstellation, S. 156.

<sup>52</sup> Vgl. dazu oben § 5.

<sup>53</sup> Vgl. näher dazu oben § 5 (3) b.

Leitbilder selbst in gehöriger Distanz zur Realität noch fortbestehen und diese dabei auch weiterhin prägen.<sup>54</sup> Dennoch wird man verlangen müssen, dass eine solche Konzeption mit der Komplexität der zu erklärenden Entwicklungen immerhin Schritt hielte. Und es scheint, als gäbe es gegenwärtig kaum einen Ansatz, der dieser Anforderung genüge.

Zur Illustration mag eine Position herausgegriffen werden, die sich gerade in den genannten Hinsichten positiv hervortut. Nicht nur beschäftigt sie sich, was weiterhin keine Selbstverständlichkeit ist, mit Gemeinschaftsgefügen und nimmt überdies sowohl die institutionelle als auch die individuelle Seite in den Blick. Vielmehr ist sie, aus juristischer Feder stammend, darüber hinaus auch dazu bestimmt, gerade zur Erklärung der im Recht manifesten Komplexität zu dienen. Die Rede ist von einer Konzeption, die *Winfried Brugger* vorgestellt hat und die bei ihm als liberal-kommunitaristisch firmiert.<sup>55</sup>

Seinen Ausgangspunkt bildet die Vorstellung, dass „den Kreisen und gestuften Intensitäten von moralischer Verantwortlichkeit und sozialer Vergemeinschaftung (...) eine passende Organisation der Rechts- und Staatenwelt zur Seite stehen“ sollte.<sup>56</sup> Ausgehend von diesem durchaus plausiblen Ansatz gelingt es *Brugger* ferner, sowohl die „Binnendifferenzierung“<sup>57</sup> der nationalstaatlichen Gemeinschaft in Deutschland als auch deren Einbindung in den Prozess der supranationalen Integration als rechtliche Staffelung „einer vom Nahhorizont bis zum Fernhorizont sich erstreckenden sozialen Lebenswelt“<sup>58</sup> zu deuten. Weiter freilich führt er seinen Ansatz nicht, erwähnt weder die EMRK noch das Assoziationsrecht und lässt überdies offen, was konkret die Inhalte der gestuften individuellen Verantwortlichkeiten sein sollten, denen die Organisation der Staatenwelt in seinen Augen doch grundsätzlich entsprechen.<sup>59</sup>

Nun geht es hier nicht darum, den Ansatz zu widerlegen – im Gegenteil. Soweit ersichtlich handelt es sich um den differenziertesten Schritt, der in dieser Richtung bislang getan worden ist. Für die hier verfolgte Frage freilich ist das Ergebnis ernüchternd. Es gibt offenbar keine normativen Konzeptionen zur Ordnung des Gemeinschaftsgefüges, welche der Komplexität der Situation, wie sie sich ausweislich der Dekonzentrationsanalyse darstellt, gerecht würden. Man könnte angesichts dessen versucht sein, diese Differenz als wechselseitige Herausforderung für politische Philosophie und Praxis zu deuten: für diese, weil die Realität sich jeder plausiblen Deutung immer weiter zu

<sup>54</sup> Vg. dazu bereits oben § 2 (3) b bb.

<sup>55</sup> Vgl. dazu *Brugger* Kommunitarismus als Sozialtheorie und Verfassungstheorie des Grundgesetzes, ZRph 2002, insbesondere S. 7 ff.

<sup>56</sup> Ebda., S. 7.

<sup>57</sup> Ebda., S. 8.

<sup>58</sup> Ebda., S. 7.

<sup>59</sup> Ebda.

entziehen scheint; und für jene, weil ohne solche Leitbilder auch die Ambition kollektiver Selbstbestimmung zunehmend illusionär erscheint. Bloß – wer wäre der Adressat dieser Herausforderungen?

### 10. Legitimation ohne Gemeinschaft?

Auch in diesem letzten Kapitel geht es um die möglichen Konsequenzen der Dekonzentration. Bereits gegen Ende des vorangegangenen Kapitels schwenkte der Blick nach der Forderung von zentral überlappenden Positionen auf die gewöhnlichen Konstruktionsformen solcher Räume. Darin schließt dieses Kapitel an, indem es aus diesen Konstruktionen jene herausgreift, die zur Legitimation öffentlicher Gewalt – oder schlichter: von Staat – dienen. Die Hauptthesen der zweiten Hälfte des Kapitels sind: Als Modell solcher Legitimation stellt die demokratische Rechtsstaatlichkeit eine Gemeinschaft vor, aus der diese Voraussetzung ihrer Selbstverständlichkeit ein – und genau dies ist eine Folge der Dekonzentration – so wird darüber nach die Legitimation in Frage gestellt. Überdies führt Dekonzentration bewirkt Dekonzentration.

Im Folgenden gilt es, diese These zu entziffern. Dazu sind zunächst ein paar Worte zum Begriff der Legitimation nötig. Danach wird erläutert, wie durch manche Formen der Legitimation eine Gemeinschaft voraussetzt, um so dann schließlich die bestimmenden Wirkungen der Dekonzentration zu rekonstruieren. Das heißt, es geht um die Rekonstruktion der Legitimation zu der Legitimation.

Viel zu schnell für einen knappen Überblick kann man sich vorstellen (siehe dazu gleich weiter unten), was es, zumindest in der Hinsicht der Frage (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) (16) (17) (18) (19) (20) (21) (22) (23) (24) (25) (26) (27) (28) (29) (30) (31) (32) (33) (34) (35) (36) (37) (38) (39) (40) (41) (42) (43) (44) (45) (46) (47) (48) (49) (50) (51) (52) (53) (54) (55) (56) (57) (58) (59) (60) (61) (62) (63) (64) (65) (66) (67) (68) (69) (70) (71) (72) (73) (74) (75) (76) (77) (78) (79) (80) (81) (82) (83) (84) (85) (86) (87) (88) (89) (90) (91) (92) (93) (94) (95) (96) (97) (98) (99) (100) (101) (102) (103) (104) (105) (106) (107) (108) (109) (110) (111) (112) (113) (114) (115) (116) (117) (118) (119) (120) (121) (122) (123) (124) (125) (126) (127) (128) (129) (130) (131) (132) (133) (134) (135) (136) (137) (138) (139) (140) (141) (142) (143) (144) (145) (146) (147) (148) (149) (150) (151) (152) (153) (154) (155) (156) (157) (158) (159) (160) (161) (162) (163) (164) (165) (166) (167) (168) (169) (170) (171) (172) (173) (174) (175) (176) (177) (178) (179) (180) (181) (182) (183) (184) (185) (186) (187) (188) (189) (190) (191) (192) (193) (194) (195) (196) (197) (198) (199) (200) (201) (202) (203) (204) (205) (206) (207) (208) (209) (210) (211) (212) (213) (214) (215) (216) (217) (218) (219) (220) (221) (222) (223) (224) (225) (226) (227) (228) (229) (230) (231) (232) (233) (234) (235) (236) (237) (238) (239) (240) (241) (242) (243) (244) (245) (246) (247) (248) (249) (250) (251) (252) (253) (254) (255) (256) (257) (258) (259) (260) (261) (262) (263) (264) (265) (266) (267) (268) (269) (270) (271) (272) (273) (274) (275) (276) (277) (278) (279) (280) (281) (282) (283) (284) (285) (286) (287) (288) (289) (290) (291) (292) (293) (294) (295) (296) (297) (298) (299) (300) (301) (302) (303) (304) (305) (306) (307) (308) (309) (310) (311) (312) (313) (314) (315) (316) (317) (318) (319) (320) (321) (322) (323) (324) (325) (326) (327) (328) (329) (330) (331) (332) (333) (334) (335) (336) (337) (338) (339) (340) (341) (342) (343) (344) (345) (346) (347) (348) (349) (350) (351) (352) (353) (354) (355) (356) (357) (358) (359) (360) (361) (362) (363) (364) (365) (366) (367) (368) (369) (370) (371) (372) (373) (374) (375) (376) (377) (378) (379) (380) (381) (382) (383) (384) (385) (386) (387) (388) (389) (390) (391) (392) (393) (394) (395) (396) (397) (398) (399) (400) (401) (402) (403) (404) (405) (406) (407) (408) (409) (410) (411) (412) (413) (414) (415) (416) (417) (418) (419) (420) (421) (422) (423) (424) (425) (426) (427) (428) (429) (430) (431) (432) (433) (434) (435) (436) (437) (438) (439) (440) (441) (442) (443) (444) (445) (446) (447) (448) (449) (450) (451) (452) (453) (454) (455) (456) (457) (458) (459) (460) (461) (462) (463) (464) (465) (466) (467) (468) (469) (470) (471) (472) (473) (474) (475) (476) (477) (478) (479) (480) (481) (482) (483) (484) (485) (486) (487) (488) (489) (490) (491) (492) (493) (494) (495) (496) (497) (498) (499) (500) (501) (502) (503) (504) (505) (506) (507) (508) (509) (510) (511) (512) (513) (514) (515) (516) (517) (518) (519) (520) (521) (522) (523) (524) (525) (526) (527) (528) (529) (530) (531) (532) (533) (534) (535) (536) (537) (538) (539) (540) (541) (542) (543) (544) (545) (546) (547) (548) (549) (550) (551) (552) (553) (554) (555) (556) (557) (558) (559) (560) (561) (562) (563) (564) (565) (566) (567) (568) (569) (570) (571) (572) (573) (574) (575) (576) (577) (578) (579) (580) (581) (582) (583) (584) (585) (586) (587) (588) (589) (590) (591) (592) (593) (594) (595) (596) (597) (598) (599) (600) (601) (602) (603) (604) (605) (606) (607) (608) (609) (610) (611) (612) (613) (614) (615) (616) (617) (618) (619) (620) (621) (622) (623) (624) (625) (626) (627) (628) (629) (630) (631) (632) (633) (634) (635) (636) (637) (638) (639) (640) (641) (642) (643) (644) (645) (646) (647) (648) (649) (650) (651) (652) (653) (654) (655) (656) (657) (658) (659) (660) (661) (662) (663) (664) (665) (666) (667) (668) (669) (670) (671) (672) (673) (674) (675) (676) (677) (678) (679) (680) (681) (682) (683) (684) (685) (686) (687) (688) (689) (690) (691) (692) (693) (694) (695) (696) (697) (698) (699) (700) (701) (702) (703) (704) (705) (706) (707) (708) (709) (710) (711) (712) (713) (714) (715) (716) (717) (718) (719) (720) (721) (722) (723) (724) (725) (726) (727) (728) (729) (730) (731) (732) (733) (734) (735) (736) (737) (738) (739) (740) (741) (742) (743) (744) (745) (746) (747) (748) (749) (750) (751) (752) (753) (754) (755) (756) (757) (758) (759) (760) (761) (762) (763) (764) (765) (766) (767) (768) (769) (770) (771) (772) (773) (774) (775) (776) (777) (778) (779) (780) (781) (782) (783) (784) (785) (786) (787) (788) (789) (790) (791) (792) (793) (794) (795) (796) (797) (798) (799) (800) (801) (802) (803) (804) (805) (806) (807) (808) (809) (810) (811) (812) (813) (814) (815) (816) (817) (818) (819) (820) (821) (822) (823) (824) (825) (826) (827) (828) (829) (830) (831) (832) (833) (834) (835) (836) (837) (838) (839) (840) (841) (842) (843) (844) (845) (846) (847) (848) (849) (850) (851) (852) (853) (854) (855) (856) (857) (858) (859) (860) (861) (862) (863) (864) (865) (866) (867) (868) (869) (870) (871) (872) (873) (874) (875) (876) (877) (878) (879) (880) (881) (882) (883) (884) (885) (886) (887) (888) (889) (890) (891) (892) (893) (894) (895) (896) (897) (898) (899) (900) (901) (902) (903) (904) (905) (906) (907) (908) (909) (910) (911) (912) (913) (914) (915) (916) (917) (918) (919) (920) (921) (922) (923) (924) (925) (926) (927) (928) (929) (930) (931) (932) (933) (934) (935) (936) (937) (938) (939) (940) (941) (942) (943) (944) (945) (946) (947) (948) (949) (950) (951) (952) (953) (954) (955) (956) (957) (958) (959) (960) (961) (962) (963) (964) (965) (966) (967) (968) (969) (970) (971) (972) (973) (974) (975) (976) (977) (978) (979) (980) (981) (982) (983) (984) (985) (986) (987) (988) (989) (990) (991) (992) (993) (994) (995) (996) (997) (998) (999) (1000) (1001) (1002) (1003) (1004) (1005) (1006) (1007) (1008) (1009) (1010) (1011) (1012) (1013) (1014) (1015) (1016) (1017) (1018) (1019) (1020) (1021) (1022) (1023) (1024) (1025) (1026) (1027) (1028) (1029) (1030) (1031) (1032) (1033) (1034) (1035) (1036) (1037) (1038) (1039) (1040) (1041) (1042) (1043) (1044) (1045) (1046) (1047) (1048) (1049) (1050) (1051) (1052) (1053) (1054) (1055) (1056) (1057) (1058) (1059) (1060) (1061) (1062) (1063) (1064) (1065) (1066) (1067) (1068) (1069) (1070) (1071) (1072) (1073) (1074) (1075) (1076) (1077) (1078) (1079) (1080) (1081) (1082) (1083) (1084) (1085) (1086) (1087) (1088) (1089) (1090) (1091) (1092) (1093) (1094) (1095) (1096) (1097) (1098) (1099) (1100) (1101) (1102) (1103) (1104) (1105) (1106) (1107) (1108) (1109) (1110) (1111) (1112) (1113) (1114) (1115) (1116) (1117) (1118) (1119) (1120) (1121) (1122) (1123) (1124) (1125) (1126) (1127) (1128) (1129) (1130) (1131) (1132) (1133) (1134) (1135) (1136) (1137) (1138) (1139) (1140) (1141) (1142) (1143) (1144) (1145) (1146) (1147) (1148) (1149) (1150) (1151) (1152) (1153) (1154) (1155) (1156) (1157) (1158) (1159) (1160) (1161) (1162) (1163) (1164) (1165) (1166) (1167) (1168) (1169) (1170) (1171) (1172) (1173) (1174) (1175) (1176) (1177) (1178) (1179) (1180) (1181) (1182) (1183) (1184) (1185) (1186) (1187) (1188) (1189) (1190) (1191) (1192) (1193) (1194) (1195) (1196) (1197) (1198) (1199) (1200) (1201) (1202) (1203) (1204) (1205) (1206) (1207) (1208) (1209) (1210) (1211) (1212) (1213) (1214) (1215) (1216) (1217) (1218) (1219) (1220) (1221) (1222) (1223) (1224) (1225) (1226) (1227) (1228) (1229) (1230) (1231) (1232) (1233) (1234) (1235) (1236) (1237) (1238) (1239) (1240) (1241) (1242) (1243) (1244) (1245) (1246) (1247) (1248) (1249) (1250) (1251) (1252) (1253) (1254) (1255) (1256) (1257) (1258) (1259) (1260) (1261) (1262) (1263) (1264) (1265) (1266) (1267) (1268) (1269) (1270) (1271) (1272) (1273) (1274) (1275) (1276) (1277) (1278) (1279) (1280) (1281) (1282) (1283) (1284) (1285) (1286) (1287) (1288) (1289) (1290) (1291) (1292) (1293) (1294) (1295) (1296) (1297) (1298) (1299) (1300) (1301) (1302) (1303) (1304) (1305) (1306) (1307) (1308) (1309) (1310) (1311) (1312) (1313) (1314) (1315) (1316) (1317) (1318) (1319) (1320) (1321) (1322) (1323) (1324) (1325) (1326) (1327) (1328) (1329) (1330) (1331) (1332) (1333) (1334) (1335) (1336) (1337) (1338) (1339) (1340) (1341) (1342) (1343) (1344) (1345) (1346) (1347) (1348) (1349) (1350) (1351) (1352) (1353) (1354) (1355) (1356) (1357) (1358) (1359) (1360) (1361) (1362) (1363) (1364) (1365) (1366) (1367) (1368) (1369) (1370) (1371) (1372) (1373) (1374) (1375) (1376) (1377) (1378) (1379) (1380) (1381) (1382) (1383) (1384) (1385) (1386) (1387) (1388) (1389) (1390) (1391) (1392) (1393) (1394) (1395) (1396) (1397) (1398) (1399) (1400) (1401) (1402) (1403) (1404) (1405) (1406) (1407) (1408) (1409) (1410) (1411) (1412) (1413) (1414) (1415) (1416) (1417) (1418) (1419) (1420) (1421) (1422) (1423) (1424) (1425) (1426) (1427) (1428) (1429) (1430) (1431) (1432) (1433) (1434) (1435) (1436) (1437) (1438) (1439) (1440) (1441) (1442) (1443) (1444) (1445) (1446) (1447) (1448) (1449) (1450) (1451) (1452) (1453) (1454) (1455) (1456) (1457) (1458) (1459) (1460) (1461) (1462) (1463) (1464) (1465) (1466) (1467) (1468) (1469) (1470) (1471) (1472) (1473) (1474) (1475) (1476) (1477) (1478) (1479) (1480) (1481) (1482) (1483) (1484) (1485) (1486) (1487) (1488) (1489) (1490) (1491) (1492) (1493) (1494) (1495) (1496) (1497) (1498) (1499) (1500) (1501) (1502) (1503) (1504) (1505) (1506) (1507) (1508) (1509) (1510) (1511) (1512) (1513) (1514) (1515) (1516) (1517) (1518) (1519) (1520) (1521) (1522) (1523) (1524) (1525) (1526) (1527) (1528) (1529) (1530) (1531) (1532) (1533) (1534) (1535) (1536) (1537) (1538) (1539) (1540) (1541) (1542) (1543) (1544) (1545) (1546) (1547) (1548) (1549) (1550) (1551) (1552) (1553) (1554) (1555) (1556) (1557) (1558) (1559) (1560) (1561) (1562) (1563) (1564) (1565) (1566) (1567) (1568) (1569) (1570) (1571) (1572) (1573) (1574) (1575) (1576) (1577) (1578) (1579) (1580) (1581) (1582) (1583) (1584) (1585) (1586) (1587) (1588) (1589) (1590) (1591) (1592) (1593) (1594) (1595) (1596) (1597) (1598) (1599) (1600) (1601) (1602) (1603) (1604) (1605) (1606) (1607) (1608) (1609) (1610) (1611) (1612) (1613) (1614) (1615) (1616) (1617) (1618) (1619) (1620) (1621) (1622) (1623) (1624) (1625) (1626) (1627) (1628) (1629) (1630) (1631) (1632) (1633) (1634) (1635) (1636) (1637) (1638) (1639) (1640) (1641) (1642) (1643) (1644) (1645) (1646) (1647) (1648) (1649) (1650) (1651) (1652) (1653) (1654) (1655) (1656) (1657) (1658) (1659) (1660) (1661) (1662) (1663) (1664) (1665) (1666) (1667) (1668) (1669) (1670) (1671) (1672) (1673) (1674) (1675) (1676) (1677) (1678) (1679) (1680) (1681) (1682) (1683) (1684) (1685) (1686) (1687) (1688) (1689) (1690) (1691) (1692) (1693) (1694) (1695) (1696) (1697) (1698) (1699) (1700) (1701) (1702) (1703) (1704) (1705) (1706) (1707) (1708) (1709) (1710) (1711) (1712) (1713) (1714) (1715) (1716) (1717) (1718) (1719) (1720) (1721) (1722) (1723) (1724) (1725) (1726) (1727) (1728) (1729) (1730) (1731) (1732) (1733) (1734) (1735) (1736) (1737) (1738) (1739) (1740) (1741) (1742) (1743) (1744) (1745) (1746) (1747) (1748) (1749) (1750) (1751) (1752) (1753) (1754) (1755) (1756) (1757) (1758) (1759) (1760) (1761) (1762) (1763) (1764) (1765) (1766) (1767) (1768) (1769) (1770) (1771) (1772) (1773) (1774) (1775) (1776) (1777) (1778) (1779) (1780) (1781) (1782) (1783) (1784) (1785) (1786) (1787) (1788) (1789) (1790) (1791) (1792) (1793) (1794) (1795) (1796) (1797) (1798) (1799) (1800) (1801) (1802) (1803) (1804) (1805) (1806) (1807) (1808) (1809) (1810) (1811) (1812) (1813) (1814) (1815) (1816) (1817) (1818) (1819) (1820) (1821) (1822) (1823) (1824) (1825) (1826) (1827) (1828) (1829) (1830) (1831) (1832) (1833) (1834) (1835) (1836) (1837) (1838) (1839) (1840) (1841) (1842) (1843) (1844) (1845) (1846) (1847) (1848) (1849) (1850) (1851) (1852) (1853) (1854) (1855) (1856) (1857) (1858) (1859) (1860) (1861) (1862) (1863) (1864) (1865) (1866) (1867) (1868) (1869) (1870) (1871) (1872) (1873) (1874) (1875) (1876) (1877) (1878) (1879) (1880) (1881) (1882) (1883) (1884) (1885) (1886) (1887) (1888) (1889) (1890) (1891) (1892) (1893) (1894) (1895) (1896) (1897) (1898) (1899) (1900) (1901) (1902) (1903) (1904) (1905) (1906) (1907) (1908) (1909) (1910) (1911) (1912) (1913) (1914) (1915) (1916) (1917) (1918) (1919) (1920) (1921) (1922) (1923) (1924) (1925) (1926) (1927) (1928) (1929) (1930) (1931) (1932) (1933) (1934) (1935) (1936) (1937) (1938) (1939) (1940) (1941) (1942) (1943) (1944) (1945) (1946) (1947) (1948) (1949) (1950) (1951) (1952) (1953) (1954) (1955) (1956) (1957) (1958) (1959) (1960) (1961) (1962) (1963) (1964) (1965) (1966) (1967) (1968) (1969) (1970) (1971) (1972) (1973) (1974) (1975) (1976) (1977) (1978) (1979) (1980) (1981) (1982) (1983) (1984) (1985) (1986) (1987) (1988) (1989) (1990) (1991) (1992) (1993) (1994) (1995) (1996) (1997) (1998) (1999) (2000) (2001) (2002) (2003) (2004) (2005) (2006) (2007) (2008) (2009) (2010) (2011) (2012) (2013) (2014) (2015) (2016) (2017) (2018) (2019) (2020) (2021) (2022) (2023) (2024) (2025) (2026) (2027) (2028) (2029) (2030) (2031) (2032) (2033) (2034) (2035) (2036) (2037) (2038) (2039) (2040) (2041) (2042) (2043) (2044) (2045) (2046) (2047) (2048) (2049) (2050) (2051) (2052) (2053) (2054) (2055) (2056) (2057) (2058) (2059) (2060) (2061) (2062) (2063) (2064) (2065) (2066) (2067) (2068) (2069) (2070) (2071) (2072) (2073) (2074) (2075) (2076) (2077) (2078) (2079) (2080) (2081) (2082) (2083) (2084) (2085) (2086) (2087) (2088) (2089) (2090) (2091) (2092) (2093) (2094) (2095) (2096) (2097) (2098) (2099) (2100) (2101) (2102) (2103) (2104) (2105) (2106) (2107) (2108) (2109) (2110) (2111) (2112) (2113) (2114) (2115) (2116) (2117) (2118) (2119) (2120) (2121) (2122) (2123) (2124) (2125) (2126) (2127) (2128) (2129) (2130) (2131) (2132) (2133) (2134) (2135) (2136) (2137) (2138) (2139) (2140) (2141) (2142) (2143) (2144) (2145) (2146) (2147) (2148)

## § 10 Legitimation ohne Gemeinschaft?

Auch in diesem letzten Kapitel geht es um die möglichen Konsequenzen der Dekonzentration. Bereits gegen Ende des vorangegangenen Kapitels schwenkte der Blick nach der Erörterung von zunächst deren realen sozialen Folgen allmählich auf die gedanklichen Konstruktionen solcher Realität. Daran schließt dieses Kapitel an, indem es aus diesen Konstruktionen jene herausgreift, die zur Legitimation öffentlicher Gewalt – oder schlichter: von Macht – dienen.

Die Hauptthese ist schnell zusammengefasst: Als Modus solcher Legitimation setzt demokratische Rechtsstaatlichkeit eine Gemeinschaft voraus. Büßt diese Voraussetzung ihre Selbstverständlichkeit ein – und genau dies ist eine Folge der Dekonzentration –, so wird dadurch auch die Legitimation in Frage gestellt. Oder noch kürzer: Dekonzentration bewirkt Delegitimation.

Im Folgenden gilt es, diese These zu entfalten. Dazu sind zunächst ein paar Worte zum Begriff der Legitimation nötig. Danach wird erläutert, inwiefern manche Formen der Legitimation eine Gemeinschaft voraussetzen, um sodann abschließend die delegitimierenden Wirkungen der Dekonzentration zu erörtern.

### 1. Legitimation

Für den Begriff der Legitimation gilt weitgehend dasselbe wie für die bereits im Ersten Teil ausführlich behandelten Kategorien.<sup>1</sup> Auch er ist in unterschiedlichen Kontexten gebräuchlich und gerade deswegen mehrdeutig. Bei den insofern nötigen Begriffsfestlegungen muss abermals die Differenz zwischen den juristischen Erkenntnismöglichkeiten und den weiterreichenden Erkenntniszielen beachtet werden. Und auch hier ist ferner erforderlich, den Begriff der Legitimation über die Definition hinaus weiter zu konturieren, insbesondere was ihre rechtlichen Erscheinungsformen und deren relative Bedeutung angeht.

Dabei beanspruchen die nachfolgenden Ausführungen zum Begriff der Legitimation in der Sache keine Originalität. Ganz im Gegenteil ist es im ge-

<sup>1</sup> Ausführlicher zum insofern parallelen Vorgehen dort vgl. die Einleitung zum Ersten Teil.

benen Kontext sogar besonders geboten, sich an dem zu orientieren, was gemeinhin darunter verstanden wird.<sup>2</sup> Denn es soll in diesem Kapitel gerade gezeigt werden, welche Herausforderung die Dekonzentration für die gängigen Konstruktionen von Legitimation bedeutet. In Zuschnitt und Konturierung dagegen wird es sich bei hier der zu entwickelnden Konzeption durchaus um eine spezielle handeln. Schließlich muss sie den Erfordernissen der daran anschließenden Argumentation angepasst werden.

### a) Legitimität und Legitimation

Der Begriff der Legitimation wird unterschiedlich verwendet.<sup>3</sup> Nahe liegend ist zunächst, dass mit Legitimation die Herstellung von Legitimität gemeint ist. Legitimität wiederum soll verstanden werden als das Anerkenntnis der Geltung einer (Herrschafts-)Ordnung, also der bestehenden Machtverhältnisse. Und spätestens hier beginnt die Mehrdeutigkeit. Was heißt „Anerkenntnis der Geltung“? Muss, um die Alternative zuzuspitzen, die Ordnung der Geltung würdig, also „gerecht“ sein? Oder kommt es (allein) darauf an, dass sie als handlungsleitend akzeptiert, also befolgt wird?

Beide Tendenzen sind in der Literatur auszumachen, wobei wohl überwiegend ein kombiniertes Verständnis gewählt wird.<sup>4</sup> Insbesondere liegt dies nahe, wenn das Interesse nicht ausschließlich den Konstruktionen von Legitimation,<sup>5</sup> sondern auch deren Wirkungen gilt. Dementsprechend soll auch hier so verfahren werden und Legitimität im Folgenden die tatsächliche Akzeptanz einer Ordnung als zu Recht geltende bezeichnen. Der Begriff hat demnach

<sup>2</sup> Vgl. zunächst für einen knizsen Überblick zum eng verwandten (siehe dazu sogleich § 10 (1) a) Begriff der Legitimität *Nohlen*, Stichwort Legitimität, in: *ders.*, Heidelberg Online Lexikon der Politik; aus juristischer Perspektive bietet einen aktuellen Überblick *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, HStR Band III, § 33; während bei *Starck* besonders materielle Aspekte betont sind, konzentriert sich die Darstellung von *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, ebda., § 34, auf prozedurale Aspekte (näher zur Gegenüberstellung von materiellen und prozeduralen Aspekten vgl. unten § 10 (1) b aa); vgl. ferner zu den politisch-philosophischen Grundlagen rechtlicher Legitimationsbegriffe *Brugger*, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus – Studien zur Legitimation des Grundgesetzes; aus der neueren Diskussion sei schließlich noch auf die Arbeiten von *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 505 ff., sowie jüngst *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 11 ff. sowie 28 ff., verwiesen, die, beide ausgehend von gründlichen Aufbereitungen der legitimationstheoretischen Diskussion, jeweils eigenständige Konzeptionen vorstellen.

<sup>3</sup> Einen Eindruck hiervon vermitteln insbesondere die soeben zitierten Darstellungen von *Nohlen* und *Peters*.

<sup>4</sup> So *Nohlen*, ebda.

<sup>5</sup> So aber beispielsweise *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 515; auch *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 11, grenzt Legitimation begrifflich von „anderen Rechtfertigungsproblemen wie der faktischen Akzeptanz“ ab, betont aber zugleich, dass dies „nicht immer zu trennen“ sei.

sowohl eine normative als auch eine empirische Komponente: normativ insofern, als eine Ordnung, die zwar befolgt, aber für ungerecht gehalten würde, danach nicht als legitim gelten könnte; empirisch insofern, als es auf die tatsächliche Akzeptanz der Ordnung innerhalb einer Gemeinschaft ankommt.

Dabei ist die Kopplung normativer und empirischer Aspekte durchaus nicht spannungsfrei. Insbesondere erfordert die empirische Komponente eine Generalisierung,<sup>6</sup> die Abstriche bei der normativen Komponente mit sich bringt. Wenn es nämlich um die Akzeptanz nicht seitens eines einzelnen Individuums geht (oder abstrakter: um Akzeptabilität am Maßstab einer bestimmten ethischen Position), sondern um die Akzeptanz seitens einer ganzen Gemeinschaft, so kann Legitimität keine völlige Übereinstimmung mit den normativen Vorstellungen jedes Einzelnen bedeuten. Das gilt umso mehr, als im gegebenen Kontext die Legitimität einer Ordnung betrachtet wird, und nicht etwa bloß die einzelner Entscheidungen.<sup>7</sup> Insofern kann es sich bei den normativen Vorstellungen, auf denen die Akzeptanz nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis beruhen muss, nicht um eine umfassende und detaillierte ethische Position handeln, aus der sich spezifische Erwartungen für jede einzelne Entscheidung herleiten ließen, anhand derer dann wiederum die Legitimität der gesamten Ordnung zu beurteilen wäre. Vielmehr kann es sich nur um eine generalisierte, also weniger spezifisch begründete Akzeptanz handeln – oder mit einem anderen Wort, das in der Literatur hierfür verwendet wird: um eine „diffuse(re)“ Akzeptanz.<sup>8</sup>

Die Wahl eines auch empirischen Verständnisses erscheint schon deswegen geboten, weil sie die soziale Relevanz des Begriffs sichert. Zudem entspricht dies der Vorgehensweise, die in dieser Arbeit insgesamt verfolgt wurde, namentlich bei den beiden zentralen Kategorien Gemeinschaft und Integration.<sup>9</sup> Allerdings stellt sich wie zuvor auch an dieser Stelle die Frage, was mit den Mitteln dieser Studie über einen solchermaßen empirisch aufgefassten Begriff ausgesagt werden kann. Denn die tatsächliche Akzeptanz einer Ordnung kann hier gewiss nicht ermittelt werden. Stattdessen wird es (erneut: wie zuvor) lediglich darum gehen, eine Annäherung an das qua definitionem unerreichbare Ziel zu unternehmen – eine Annäherung, die hier abermals über das Recht erfolgen soll als eine jener „kollektiven Konstruktionen“, die zuvor schon

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 28 ff., der diese Notwendigkeit der Generalisierung dort eingehend behandelt hat.

<sup>7</sup> Ebd., S. 32.

<sup>8</sup> Grundlegend zu dieser Form der Akzeptanz („diffuse support“) *Easton*, A Systems Analysis of Political Life, insbesondere S. 249, 278 ff.

<sup>9</sup> Vgl. zum Begriff der Gemeinschaft § 1, zu dem der Integration § 4 sowie allgemein zu diesem Vorgehen aus methodischer Perspektive die Einführung. Im Fall des Begriffs der Zugehörigkeit wäre ein entsprechendes Vorgehen zwar ebenfalls möglich gewesen. Es war aber aufgrund der bereits zuvor getroffenen Festlegungen und seiner speziellen Funktion für die Studie nicht nötig; erläuternd dazu insbesondere oben Fn. 257.

mehrfach in entsprechendem Zusammenhang erwähnt wurden.<sup>10</sup> Entsprechend dieser Beschränkung wird im Folgenden demnach nicht das Resultat im Mittelpunkt stehen, nicht Legitimität also, sondern bloß mögliche Wege dorthin, also Legitimation und deren mögliche Formen.

#### b) Formen der Legitimation, insbesondere durch Recht

Quellen von Legitimität können viele solcher Konstruktionen sein – Religion, Moral, Recht, etc.<sup>11</sup> Sie können alternativ, aber auch kumulativ wirken und einander gegenseitig durchdringen. Das Recht ist insofern nur eine unter mehreren solcher Quellen, wenngleich gegenwärtig wohl die zentrale. Seine legitimierende Wirkung beruht darauf, dass es Macht beschränkt, indem es sie bindet. Dies tut es auf verschiedenen Wegen.

##### aa) Materielle und prozedurale Legitimation

Zunächst lassen sich materielle und prozedurale Formen solcher Bindung unterscheiden. Mit materiell soll jene Legitimation durch Recht bezeichnet sein, welche die realen Verhältnisse aus der Übereinstimmung mit den materiellen Wertentscheidungen erlangen, die das Recht festschreibt. Allerdings ist die tatsächliche Akzeptanz solcher materieller Wertentscheidungen keineswegs immer gesichert.

Damit das Recht unter diesen Voraussetzungen dennoch legitimierend wirken kann, bedarf es stattdessen oder auch zusätzlich einer prozeduralen Komponente. Legitimation stiftet dabei die Bindung der Entscheidungen nicht an Inhalte, sondern an das Verfahren ihres Zustandekommens. Allerdings können auch solche Verfahren unterschiedlich ausgestaltet sein, sodass auch hier die Akzeptanz einer bestimmten Gestaltung nicht zwangsläufig gewährleistet ist.

Selbst wenn man nämlich ausgeht von einem Grundkonsens für die Demokratie als dem weithin anerkannten legitimationsstiftenden Verfahren jedenfalls für die Generierung von generellen Normen, so ist doch innerhalb dessen noch genügend Raum für Dissens über die konkrete Ausgestaltung der entsprechenden Verfahren. Scheiden können sich die Geister bereits an so grundsätzlichen Fragen wie beispielsweise, ob direkte oder indirekte Formen der

<sup>10</sup> Vgl. dazu insbesondere oben die auf Geertz, Local Knowledge, verweisenden Fn. 4, 75 mitsamt des zugehörigen Textes.

<sup>11</sup> Diese Reihung stützt sich auf die grundlegende Differenzierung bei Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 17, Erster Teil, Erstes Kapitel, § 6, braucht diese aber für den gegebenen Kontext nicht in ihrer vollen Differenziertheit zu übernehmen.

Demokratie vorzugswürdig seien,<sup>12</sup> wer überhaupt wählen dürfe<sup>13</sup> oder welchen Beschränkungen das Volk „als Souverän“ seinerseits unterliege. Für die zahllosen kleineren Weichenstellungen innerhalb der komplexen Ausgestaltung moderner Demokratien gilt dies umso mehr.

Ähnlich ist die Lage, wenn man den Blick auf die Verfahrensnormen zur Legitimation nicht von generellen Normen, sondern von konkreten (Einzelfall-)Entscheidungen richtet. Gewiss gibt es auch hier weithin akzeptierte Standards, so beispielsweise die Prinzipien der Beteiligung von Betroffenen<sup>14</sup> und der Begründung von Entscheidungen,<sup>15</sup> die politische (sprich: demokratische) Verantwortlichkeit der Exekutive<sup>16</sup> sowie die Unabhängigkeit der Judikative.<sup>17</sup> Nur gilt hier ebenso wie zuvor, dass die konkrete Ausgestaltung solcher allgemeinen Grundsätze durchaus Raum für Dissens bietet. Als Indiz mag die erhebliche Varianz dienen, welche die Ausgestaltung dieser Grundsätze in verschiedenen Rechtsordnungen erfährt.

Auch auf prozedurale Fragen, das wird daran deutlich, gibt es keine selbstverständlichen Antworten. Auch sie erfordern vielmehr Wertentscheidungen. Vielleicht ist die Aussicht auf Konsens hier höher, weil Interessengegensätze bei Verfahrensfragen zumeist eine geringere Rolle spielen werden. Wenn zum Beispiel die Zulässigkeit von Volksabstimmungen ausgeweitet, Richter gewählt oder verwaltungsrechtliche Begründungsanforderungen reduziert werden sollten, so wäre schwer vorherzusagen, wem dies nutzen oder schaden würde. Es handelt sich in diesem Sinne eher um „prinzipielle“ Fragen. Eine Garantie für die Akzeptanz der prozeduralen Regeln und der hierauf beruhenden Legitimation bedeutet dies jedoch nicht.

#### *bb) Legitimation durch Konsistenz*

Das Recht vermag darüber hinaus noch in einer weiteren Weise Legitimation zu stiften, und zwar indem es auf die Konsistenz jener Entscheidungen hinwirkt, die den allgemeinen Normen wie auch den hierauf beruhenden einzelnen Maßnahmen zugrunde liegen. Konsistenz meint dabei die Widerspruchs-

<sup>12</sup> Eine differenzierende Darstellung zu dieser Frage bietet beispielsweise Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, HStR Band III, § 34, der eindringlich die Alternativlosigkeit repräsentativer Organisationsformen betont (Rn. 53), freilich ohne dass er sich dabei kategorisch gegen jegliche direktdemokratischen Elemente ausspricht.

<sup>13</sup> Zu den in dieser Hinsicht aktuellen Streitfragen des Minderjährigen- und Ausländerwahlrechts vgl. die Nachweise oben in Fn. 463, 464.

<sup>14</sup> Zentral ist insofern insbesondere der Grundsatz der Anhörung, wie er beispielsweise in § 28 VwVfG niedergelegt ist.

<sup>15</sup> Vgl. dazu beispielsweise die Ausprägung in § 39 VwVfG.

<sup>16</sup> Eine – freilich zurückhaltende – Ausprägung dieses Prinzips findet sich beispielsweise in der Regelung zur Möglichkeit eines Misstrauensvotums in Art. 67 GG.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu insbesondere den Grundsatz in Art. 97 GG.



freiheit innerhalb der Wertungen, auf die diese Entscheidungen gestützt werden.

Wieder werden dadurch Entscheidungsmöglichkeiten beschränkt und mithin Macht gebunden. Doch geht es dabei nicht wie zuvor um Vorgaben hinsichtlich der Inhalte solcher Entscheidungen oder der Verfahren, in denen sie zustande kommen. Vielmehr richtet sich die Anforderung an die Art der Begründung der Entscheidungen. Sie müssen aufgrund generalisierbarer Prinzipien ergehen, die ihrerseits vereinbar sein müssen mit jenen, die in anderen Fällen zur Grundlage von Entscheidungen gemacht werden. Entscheidungsspielräume bleiben danach zwar bestehen, aber es wird verhindert, dass sie – wie es ein Charakteristikum ungebundener Macht wäre – willkürlich genutzt werden können.

Ob Konsistenz in einer Rechtsordnung freilich je zu erreichen wäre, erscheint zweifelhaft. Allzu weitverzweigt ist das materielle Recht dafür, einem fortwährenden Wandel unterworfen und zudem unvermeidlich unbestimmt.<sup>18</sup> Inhaltliche Widerspruchsfreiheit erscheint da illusorisch. Zu Recht begreift *Luhmann* insofern die Konsistenz im Recht nicht als Zustand, sondern als Programm.<sup>19</sup>

Wie zuvor wechselt damit die Perspektive auch hier abermals vom Inhaltlichen zum Prozeduralen, weg von der Widerspruchsfreiheit selbst und hin zu den Mitteln, um sie zu verwirklichen. Und davon gibt es in der Tat viele – angefangen bei jenen übergeordneten Strukturprinzipien wie den Geboten von Gleichheit<sup>20</sup> oder Systemgerechtigkeit,<sup>21</sup> die das Normenmaterial selbst ebenso wie seine dogmatische Aufbereitung in Richtung größerer innerer Stimmigkeit leiten; weiter über jene Auslegungsprinzipien wie etwa die „lex posterior“-Regel oder die Grundsätze der systematischen Interpretation,<sup>22</sup> welche Widersprüche innerhalb einer Rechtsordnung vermeiden sollen; über die Hierarchie der Normen selbst, die Gleiches bewirkt, sowie ferner die hierarchisch zulaufenden Verfahren zur verbindlichen Interpretation des Rechts durch die Judikative;<sup>23</sup> bis hin schließlich zum Bestreben, die Rechtsordnung auf einen

<sup>18</sup> Vgl. dazu statt vieler *Rüthers*, Rechtstheorie, § 5.

<sup>19</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 214 ff., insbesondere S. 217 f.

<sup>20</sup> Für eine Deutung des Gleichheitssatzes als ein solches rationalitätssicherndes Strukturprinzip bereits *Luhmann*, Grundrechte als Institution, insbesondere S. 172; zu dessen zentraler Stellung nochmals *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, S. 223 f.; zustimmend auch *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, S. 57.

<sup>21</sup> Vgl. grundlegend zu diesem Begriff *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat.

<sup>22</sup> Für eine konzise Darstellung und Erörterung der gängigen Auslegungsmethoden vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, § 22.

<sup>23</sup> Zur Bedeutung der Konsistenz im Kontext der Rechtsprechung vgl. *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion.

einheitlichen, internen Geltungsgrund, eine einzige „Grundnorm“ zurückzuführen.<sup>24</sup>

All dies belegt, wie sehr das Recht in der Tat auf das Konsistenzziel „programmiert“ ist, welch zentrale Rolle dieses Ziel im Recht spielt. *Luhmann* ist sogar so weit gegangen, Gerechtigkeit im Recht mit Konsistenz gleichzusetzen.<sup>25</sup> Diese These ist auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung. Schließlich meint Legitimität die Akzeptanz einer Ordnung als zu Recht geltend – oder schlicht: als gerecht. Sollte *Luhmanns* These also zutreffen, so bliebe womöglich nicht mehr viel Raum für die anderen beiden rechtlichen Legitimationsformen.

### c) Das Verhältnis der rechtlichen Legitimationsformen zueinander

In diesem letzten Schritt der Erörterungen zum Begriff der Legitimation geht es darum, in welchem Verhältnis die zuvor unterschiedenen Formen rechtlicher Legitimation zueinander stehen. Den Ausgangspunkt bildet *Luhmanns* Gleichsetzung von Konsistenz und Gerechtigkeit.

#### aa) Eine Stufenfolge rechtlicher Legitimationsformen?

*Luhmanns* Gedanke wird nachvollziehbar, wenn man die hier skizzierten Formen rechtlicher Legitimation als Stufenfolge begreift. An deren Anfang steht als vielleicht ursprünglicher oder auch nur gedanklich nächstliegender Typus die materielle Legitimation. Zugleich ist sie aber, wie angedeutet, auch die anspruchsvollste, was den sozialen (Werte-)Konsens betrifft, den sie voraussetzt. Und je weiter naturrechtliche Positionen oder allgemein transzendente Wertbegründungen zurückgedrängt werden, desto weniger kann auf einen solchen Konsens noch gebaut werden.

Die nächste Stufe – oder Rückzugsposition – wäre in dieser Perspektive der prozedurale Typus. Wie gesehen, sind dessen Aussichten auf Akzeptanz höher. Andererseits handelt es sich dabei aber auch bereits um eine ernüchterte Form der Legitimation. Denn sie verlangt die Akzeptanz von Entscheidungen, die inhaltlich von jenen materiellen normativen Vorstellungen abweichen können, welche die einzelnen vermutlich weiterhin haben, welche aber innerhalb

<sup>24</sup> Grundlegend dazu *Kelsen*, vgl. oben Fn. 97, der selbst freilich die fiktive Natur dieser Konstruktion nicht verhohlen hat; vgl. dazu insbesondere *ders.*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 206.

<sup>25</sup> Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft; S. 214 ff., insbesondere S. 227: „In Kurzfassung kann man (...) Gerechtigkeit auch als Konsistenz des Entscheidens bezeichnen.“ Ansätze für diese Deutung finden sich bei *Luhmann* schon in „Grundrechte als Institution“, insbesondere in seiner soeben bereits zitierten Auseinandersetzung mit der zentralen Funktion des Gleichheitssatzes (vgl. oben Fn. 1062.), an die er in „Das Recht der Gesellschaft“ anknüpft; vgl. insbesondere S. 223.

einer Gemeinschaft womöglich immer weiter auseinander gehen. Der Rückzug auf Verfahren (swerte) braucht schließlich keine Antwort auf einen Werteverlust zu sein. Vielmehr reicht bereits Wertepluralität aus, um ihn zu begründen.

Auch die prozeduralen Gerechtigkeitssubstitute können sich freilich als untauglich erweisen, Legitimation zu stiften.<sup>26</sup> Wertepluralität und Dissens können auch bis zu ihnen vordringen, und zudem die Ernüchterung darüber, dass Verfahren vielleicht Willkür zügeln können, aber Machtmissbrauch doch keineswegs ausschließen. Was nach dieser zweiten Ernüchterung noch bliebe, wäre der Rückzug auf die Konsistenz als bis auf weiteres letzte Zuflucht.

#### bb) *Luhmanns Gleichsetzung von Konsistenz und Gerechtigkeit*

Vor diesem Hintergrund erschließt sich *Luhmanns* Gleichsetzung von Konsistenz und Gerechtigkeit. Gewiss handelt es sich um ein residuales, eben ernüchtertes Verständnis – und vielleicht überdies auch um ein reduktionistisches. Das hängt vom Kontext ab. Bei *Luhmann* findet sich die Grundlage für diese Sicht bereits in seinen frühen Schriften. Schon im Vorwort zu „Legitimation durch Verfahren“ hatte er konstatiert, dass die materiellen Werte als legitimationsstiftendes Moment im Recht weitgehend von den Verfahren abgelöst worden seien – um sodann im weiteren Verlauf seiner Abhandlung eben dieses Substitut radikal in Frage zu stellen, indem er die „zahlreichen Problemkreise“ beschrieb, „in die eine Gesellschaft sich verstrickt, die ihr Recht nicht mehr durch invariant vorgefundene Wahrheiten, sondern nur oder doch primär durch die Teilnahme an Verfahren legitimiert.“<sup>27</sup> Von hier ist es kein großer Schritt mehr, die Konsistenz als Gerechtigkeit aufs Podest zu heben – wobei das Bild irreführend ist: Denn nicht die Konsistenz wird emporgehoben, sondern eher die Gerechtigkeit hinabgeholt auf den Boden (vielleicht) der Realität.

*Luhmanns* Sicht nachzuvollziehen, heißt freilich noch nicht, sie für den gegebenen Zusammenhang zu übernehmen. Denn jedenfalls den letzten Schritt hat *Luhmann* in einem anderen Kontext getan.<sup>28</sup> Es ging ihm dort nicht um

<sup>26</sup> Besonders pointiert hat in jüngerer Zeit *Roellecke*, „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, ZRph 2002, S. 59, in diesem Kontext davon gesprochen, man müsse, um hinter den realen Konstruktionen demokratischer und rechtsstaatlicher Ordnungen den Volkswillen zu erkennen, ein „Sacrificium intellectus, ein Opfer des Verstandes bringen“.

<sup>27</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 7 f.

<sup>28</sup> Die Gleichsetzung entstammt, wie gesehen (vgl. soeben Fn. 1067), seiner 1993 veröffentlichten Schrift über „Das Recht der Gesellschaft“, die Bewertung der anderen beiden Legitimationsmuster aus seiner Arbeit über „Legitimation durch Verfahren“ aus dem Jahr 1969. Und es ist nicht nur die Zeit, die beide trennt. Während das frühere Werk offensichtlich mit Blick auf die – überdies empirisch aufgefassten (vgl. S. 28) – Legitimationswirkungen geschrieben wurde, geht es im späteren jedenfalls im Hinblick auf die genannte

jene empirisch aufgefassten Legitimationswirkungen des Rechts, die hier im Mittelpunkt stehen. Es ist schließlich eines, in einer rechtstheoretischen Perspektive die mangelnde Tragfähigkeit materialer und prozeduraler Gerechtigkeitsvorstellungen zu konstatieren. Vielleicht trägt dieser Befund, sofern man ihn teilen mag, die Konsequenz, die *Luhmann* gezogen hat. Darüber lässt sich streiten.<sup>29</sup> In jedem Fall aber wäre es etwas anderes, auf dieser Grundlage die Irrelevanz materieller und prozeduraler Formen rechtlicher Legitimation zu behaupten. Denn dafür kommt es auf die tatsächliche Akzeptanz an, und von einem Befund, der aus einer distanzierten rechtstheoretischen Perspektive gewonnen wird, lässt sich auf diese Akzeptanz noch weniger schließen, als dies ohnehin bereits für die Legitimationskonstruktionen im Recht der Fall ist.<sup>30</sup>

### cc) Das Nebeneinander der Legitimationsformen im positiven Recht

Ein Blick auf das positive Recht deutet demgegenüber darauf hin, dass Legitimation darin gleichzeitig entlang aller drei Bahnen konstruiert wird. Für die beiden formellen Arten, prozedurale und konsistenzorientierte, sind Beispiele ihrer gegenwärtigen Präsenz im Recht bereits zuvor angeführt worden. Für die materielle Form mochten sie zunächst offensichtlich erscheinen. In der Tat ist das Recht eine einzige Ansammlung materieller Wertentscheidungen, die eine inhaltliche Bindung von Entscheidungen gewährleisten und dadurch Legitimation stiften könnten. Eine Schwierigkeit liegt jedoch darin, dass die große Mehrzahl dieser materiellen Normen ihrerseits in Verfahren entstanden ist, die ebenfalls Grundlage einer Legitimationswirkung sein könnten. Aus der Existenz solcher materieller Normen lassen sich also zunächst keine eindeutigen Schlüsse auf die Präsenz auch materieller Legitimationskonzepte im Recht ziehen. Etwas anderes gilt freilich für Normen, die solchen Verfahren zumindest partiell entzogen sind – verfassungsrechtlich verankerte Grundrechte beispielsweise, und insbesondere solche, deren Änderung nicht nur erschwert, sondern ausgeschlossen ist.<sup>31</sup> In diesen Fällen ist der Rückschluss auf die Präsenz einer materiellen Konzeption von Legitimation möglich.

These um die interne Perspektive des Rechts (vgl. dazu auch sogleich in der nächsten Fn. die entsprechende Deutung dessen durch *Di Fabio*).

<sup>29</sup> Vgl. dazu etwa *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, der meint, die *Luhmann'sche* Position könne zwar „nicht vollständig überzeugen“, verdiene aber dennoch, entfaltet zu werden (S. 149). Offenbar in dieser Absicht merkt er an anderer Stelle an, dass aus der Rationalitätsperspektive des Rechts Gerechtigkeit tatsächlich Konsistenz sei, dass aber die Gesellschaft eine andere, übergreifende Rationalitätsperspektive habe. (S. 57, insbesondere dortige Fn. 29). Das stützt die hier vertretene Sicht, nach der es ja – weil Legitimität soziale Akzeptanz meint – auf diese breitere gesellschaftliche Perspektive ankommt.

<sup>30</sup> Vgl. ausführlicher zu dieser ohnehin beschränkten Aussagekraft bereits oben § 10 (1) a.

<sup>31</sup> Im deutschen Grundgesetz sind dies die über Art. 79 III geschützten Verbürgungen,

Die gleichzeitige Präsenz aller drei Legitimationsformen im Recht lässt vermuten, dass sie auch kumulativ wirken. Diese Vermutung ist im Übrigen durchaus in Einklang zu bringen mit jener Idee einer Stufenfolge der Legitimationsformen, wie sie zuvor dargestellt wurde. Auf den ersten Blick würde diese Vorstellung zwar nahe legen, dass es der zuvor als „ernüchert“ bezeichneten Formen der rechtlichen Legitimation gar nicht erst bedürfte, solange Formen auf jeweils höherer Stufe verfügbar sind. Aber dieser Eindruck erweist sich bereits bei einer rechtsimmanenten Betrachtung als verfehlt. Denn selbst unter der (unwahrscheinlichen) Annahme eines umfassenden Wertekonsenses könnte dessen Umsetzung im Recht unweigerlich keine völlige Bestimmtheit erreichen und deswegen künftige Entscheidungen allenfalls partiell determinieren. Ähnliches gilt, wie gesehen, auch auf der prozeduralen Ebene. Auch hier bleiben in jedem Fall Spielräume ungebundener Macht. Insofern bestünde selbst dann Anlass für einen kumulativen Einsatz aller genannten Legitimationsformen, wenn die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der anspruchsvolleren Formen erfüllt sein sollten.

*dd) Einschätzungen zum relativen Gewicht der Legitimationsformen*

Die Annahme eines Nebeneinanders der Legitimationsformen im Recht legt es nahe, auch nach deren relativem Gewicht zu fragen. Eine Antwort hierauf erscheint jedoch kaum möglich. Zur Illustration mag die fast schon kuriose Divergenz der Einschätzungen dienen, die man in der Literatur hierzu findet. Während einerseits *Luhmann*, wie gesehen, die materiellen Formen der Legitimation zum längst überholten „alteuropäischen Traditionsgut“<sup>32</sup> erklärte, bezeichnete *Bryde* es jüngst als die „Legitimitätsrevolution des 20. Jahrhunderts“, dass politische Herrschaft nur dann als legitim akzeptiert werde, wenn sie die Menschenrechte wahre.<sup>33</sup>

Die Unvereinbarkeit dieser beiden Sichtweisen mag zunächst irritieren. Bei näherem Hinsehen jedoch finden sich Anhaltspunkte, die solche Divergenzen<sup>34</sup> vielleicht erklärlich machen.<sup>35</sup> Denn es zeigt sich, dass die Einschätzungen

also die Menschenwürdegarantie sowie die anderen Grundrechte in dem Umfang, in dem ihr Schutzgehalt von Art. 1 mitumfasst ist.

<sup>32</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 7f.

<sup>33</sup> *Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, S. 61.

<sup>34</sup> Den Sichtweisen *Luhmanns* und *Brydes* ließen sich weitere anfügen, die den Eindruck der Divergenz noch unterstreichen. Der Vollständigkeit halber sei hier immerhin noch auf eine Sicht verwiesen, welche die prozedurale Form in den Vordergrund stellt; vgl. dazu *Roellecke*, „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, ZRph 2002, S. 58 ff., der seinen Artikel beginnt mit der These, dass „Demokratie“ der zentrale Legitimationsbegriff der Bundesrepublik Deutschland sei (Hervorhebung im Original).

<sup>35</sup> Auch *Brugger*, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus – Studien zur Legitimation des Grundgesetzes, S. 23 ff., beschreibt die Koexistenz potenziell divergenter Legitima-

zum relativen Gewicht der verschiedenen rechtlichen Legitimationswirkungen von allzu vielen Variablen abhängen.

Das beginnt bei der Frage, welche Rechtsbereiche betrachtet werden. So entstammt beispielsweise *Brydes* Äußerung einer Betrachtung primär des Völkerrechts, und da mag die materielle Komponente von Legitimation tatsächlich ein relativ großes Gewicht haben. Jedenfalls erscheinen die anderen beiden Komponenten in diesem Kontext im Vergleich zum (inner-)staatlichen Recht deutlich schwächer ausgeprägt.

Hinzu kommt ferner, dass die unterschiedenen Legitimationsformen im Recht kaum eindeutig voneinander anzugrenzen sind. Materielle Normen können ihr legitimatorisches Potenzial, wie gesehen, sowohl ihren Inhalten verdanken als auch dem Verfahren, in dem sie entstanden sind. Die Verfolgung des Konsistenzziels wird zu großen Teilen durch und in rechtsförmigen Verfahren ermöglicht. Und es gäbe weitere Beispiele für die Verwobenheit jener Legitimationsformen, deren mögliche Wirkung zwar unterschieden, aber nicht eindeutig separaten Teilen des positiven Rechts zugeordnet werden kann.

Eine weitere Variable sind die meist weniger expliziten, aber doch nicht minder ausschlaggebenden rechtstheoretischen Überzeugungen. Wer wie *Luhmann* die Fähigkeit des Rechts, hinreichend bestimmte und widerspruchsfreie Entscheidungsvorgaben zu machen, skeptisch beurteilt,<sup>36</sup> wird auch zu den entsprechenden Legitimationsangeboten des Rechts eine ähnliche Haltung einnehmen und eher den residualen Formen zuneigen.

Vor allem freilich ist es die Empirie, die entscheiden müsste über die soziale Relevanz solcher Legitimationsangebote und deren relatives Gewicht. Daran hängen letztlich alle derartigen Einschätzungen, und zumal insofern bislang nur Mutmaßungen möglich sind, muss es für den gegebenen Zusammenhang dabei bewenden, dass das Nebeneinander der beschriebenen drei Formen von Legitimation im Recht festgestellt und Ansätze zu ihrer weiteren Einstufung vorgestellt wurden.

## 2. Legitimation und Gemeinschaft

In der Ausgangsthese wurde behauptet, dass Legitimation durch Recht eine Gemeinschaft voraussetze. Auch das ist erläuterungsbedürftig. Was ist mit

tionsansätze auf Ebene sowohl individueller Entscheidungen als auch kollektiver, wie sie sich im Recht niederschlagen, als eine anthropologische Konstante und äußert sich zugleich skeptisch gegenüber Positionen, die dieses Nebeneinander beseitigen oder in eine starre Vorrangordnung zwingen wollen (S. 36, 43).

<sup>36</sup> Unter den vielen Stellen, an denen *Luhmann* diese Sicht zum Ausdruck bringt, findet sich eine besonders deutliche in „Das Recht der Gesellschaft“, S. 328 f.

Gemeinschaft gemeint, inwiefern setzt Legitimation sie voraus, und wie verhält es sich mit dem Zusammenhang beider in Gemeinschaftsgefügen? Diese Fragen werden im Folgenden behandelt, um sodann abschließend noch einige Überlegungen darüber anzustellen, unter welchen Bedingungen Gemeinschaften diese Funktion als Legitimationsvoraussetzung erfüllen können.

a) Ein Gemeinschaftsverständnis ohne soziologischen Beisinn

Der Begriff der „Gemeinschaft“ wird hier zunächst so offen verstanden, wie er eingangs dieser Arbeit definiert wurde.<sup>37</sup> Insbesondere soll auch nicht Stellung bezogen werden zur Streitfrage, ob und was für ein soziales „Prius“ der rechtlichen (Re-)Konstruktion von Gemeinschaften vorausliegen muss oder soll.<sup>38</sup> Dessen bedarf es nicht, weil zunächst nur erläutert wird, inwiefern rechtsvermittelte Legitimation überhaupt eine Gemeinschaft voraussetzt – gleich welcher Art.

Dass es für das Gelingen solcher Legitimation dennoch darauf ankommt, wie diese Gemeinschaft realiter beschaffen ist, soll damit keineswegs in Abrede gestellt sein. Im Gegenteil ist es gerade diese Abhängigkeit, aufgrund derer die Befürchtung einer möglichen Desintegration auch aus legitimationsorientierter Perspektive Relevanz erlangt. Deswegen wird diese Abhängigkeit auch eigens nochmals aufgegriffen werden, und zwar im letzten Schritt der vorliegenden Ausführungen zum Zusammenhang von Legitimation und Gemeinschaft.

b) Die Gemeinschaft als Prämisse rechtlicher Legitimation

Genau genommen, war in der Ausgangsthese nicht von Legitimation durch „Recht“ im Allgemeinen die Rede. Vielmehr wurde mit „demokratischer Rechtsstaatlichkeit“ gezielt ein Begriff gewählt, der – zumal im deutschen Kontext – eher mit formellen denn mit materiellen Prinzipien assoziiert wird. In der Tat sollen damit hier nur die prozeduralen und konsistenzorientierten Legitimationsformen umfasst sein, nicht dagegen die rein materiellen. Denn nur für jene formellen Formen lässt sich jene Abhängigkeit vom Bestehen einer Gemeinschaft zeigen, die im Folgenden illustriert werden soll. Bei den materiellen dagegen kann ein solcher Konnex zwar auch existieren, braucht aber nicht ausgeprägt zu sein.

<sup>37</sup> Vgl. dazu oben § 1, insbesondere (1).

<sup>38</sup> Vgl. zur Frage des sozialen Prius oben § 4 (4) a cc.

*aa) Die Gemeinschaft als mögliche Prämisse materieller Werte*

Gewiss können auch materielle Werte eine Gemeinschaft voraussetzen. Insbesondere wenn ins materielle Recht Konzepte Eingang gefunden haben, die als kommunitarisch, patriotisch oder vielleicht gar nationalistisch gelten, dann ist der Bezug zu einer Gemeinschaft dadurch unmittelbar hergestellt. Ohne Gemeinschaft verlören die entsprechenden Regelungen ihren Sinn und müssten neu orientiert werden.

Auch ist denkbar, dass manche inhaltlichen Regelungen überhaupt nur getroffen werden können, wenn bestimmte soziale Voraussetzungen vorliegen – namentlich eine hinreichend enge Gemeinschaft, wenn es beispielsweise um die Umsetzung belastungsreicher solidarischer Werte geht. Die Behauptung, die diesem Beispiel zugrunde liegt, mag man unterschiedlich beurteilen; aufgestellt wird sie häufig.<sup>39</sup> In jedem Fall aber handelt es sich hierbei um einen loseren Konnex, der nicht logisch zwingend, sondern allenfalls soziologisch plausibel ist.

In beiden Fällen gilt überdies, dass es nur materielle Regelungen eines bestimmten Inhalts sind, die eine Gemeinschaft in dem einen oder anderen Sinne „voraussetzen“. Und es ist zunächst offen, ob solche Regelungen in einer konkreten Ordnung überhaupt enthalten sind. Zwar mag einiges dafür sprechen, dass eine Gemeinschaft ohne jegliches kommunitarische Element im materiellen Recht jedenfalls praktisch kaum denkbar ist. Aber selbst wenn dem so sein sollte, so wäre damit doch noch nichts über die legitimatorische Bedeutung jener Teile des materiellen Rechts gesagt.

Im Ergebnis kann die Existenz einer Gemeinschaft also durchaus in materiellen Regelungen vorausgesetzt und in diesem Rahmen auch Prämisse von deren Legitimationswirkung sein. Die Annahme freilich, dass diese Prämisse eine wesentliche oder doch wenigstens gewichtige Grundlage dieser Legitimationswirkungen darstelle, lässt sich nicht allgemein begründen. Bei den formellen Legitimationstypen ist dies anders.

*bb) Die Gemeinschaft als Prämisse demokratischer Verfahren*

Die prozedurale Legitimation, wie sie zuvor skizziert wurde, setzt zu wesentlichen Teilen eine Gemeinschaft voraus. Zwar sind es abermals nicht alle Verfahrensregelungen, die hiervon abhängen. Die Beteiligung von (spezifisch) Betroffenen beispielsweise lässt sich verwirklichen, ohne dass dabei der Bezug zu irgendeiner Gemeinschaft hergestellt zu werden bräuchte, und zwar bei

<sup>39</sup> Besonders dezidiert vertritt diese These *Offe*, *Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine Europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration*, in: *Streeck*, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie*, insbesondere S. 132 f.; vgl. dazu auch bereits oben § 9 (3) b.



abstrakt-generellen Entscheidungen ebenso wie bei konkret-einzelfallbezogenen. Nichts anderes gilt ferner für Begründungsanforderungen und viele weiteren prozeduralen Vorschriften.

Alle Verfahren jedoch, bei denen es speziell um eine demokratische Legitimation von Entscheidungen geht, um eine Rückbindung also der Machtspielräume auf das Volk – alle derartigen Verfahren hängen an dieser Prämisse: Sie setzen eine bestimmte Gemeinschaft voraus. Oder genauer: Sie setzen voraus, dass zuvor eine Gemeinschaft bestimmt wurde.

Dieser Zusammenhang kann mehr oder weniger offenkundig sein – abhängig von der Komplexität des Verfahrens und insbesondere der Länge der „Legitimationskette.“<sup>40</sup> Wenn es um die demokratische Rückbindung einer Personalentscheidung über die Ernennung eines „Entscheidungsträgers“ in der Verwaltung oder auch der Justiz geht, dann ist der Bezug zur vorausgesetzten Gemeinschaft eher verdeckt. Beim Erlass von Gesetzen im parlamentarischen Verfahren ist er schon deutlicher. Und bei Volkabstimmungen schließlich ist er unmittelbar zu erkennen, weil es die Gemeinschaft „selbst“ ist, die handelt.

Dabei ist es keineswegs ungewöhnlich, dass solche potenziell legitimierenden Verfahren ihrerseits von Prämissen abhängen. Es ginge gar nicht anders, und so zählen zu diesen Prämissen auch alle anderen Entscheidungen, die bei der Ausgestaltung der Verfahren zunächst erforderlich waren. Denn sie alle können allenfalls über frühere Verfahren legitimiert sein, nicht dagegen ursprünglich.

Die Gemeinschaft ist insofern nur eine Verfahrensprämisse unter vielen. Dennoch könnte sie in mancher Hinsicht eine Besondere sein. Das wird später noch darzulegen sein.<sup>41</sup> Doch zunächst zur anderen Dimension rechtlicher Legitimation, die diese Prämisse teilt.

### cc) Die Gemeinschaft als Prämisse des Konsistenzprogramms

Auch die konsistenzorientierten Strukturen im Recht setzen eine Bezugsgemeinschaft notwendig voraus. Und im Gegensatz zu den Mechanismen prozeduraler Legitimation ist der Konnex in diesem Fall sogar durchgängig gegeben.

Denn so sehr ein Gesetzgeber auch an die Gebote von Gleichbehandlung oder Systemgerechtigkeit gebunden sein mag, so gelten diese Gebote doch – fast möchte man sagen: natürlich – nur innerhalb des Komplexes der ihm zurechenbaren Regelungen. So sollten nach Möglichkeit die Wertungen des deutschen Gesetzgebers eine immanente Stimmigkeit aufweisen; mit jenen

<sup>40</sup> Zum Begriff vgl. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR, Band II, § 24 Rn. 11 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu unten § 10 (2) d.

beispielsweise seines polnischen Pendanten brauchen sie nicht vereinbar zu sein. Dementsprechend haben Normen oder Entscheidungen aus anderen Rechtsordnungen in der Regel wenig Gewicht als Argumente der Auslegung,<sup>42</sup> und es gibt auch keine Verfahren, innerhalb derer man Unvereinbarkeiten über diese Grenzen einer Ordnung hinaus rügen und beseitigen lassen könnte. Kurz: Ganz gleich, wie das Konsistenzziel verfolgt wird, ob durch Strukturprinzipien oder Maximen zur Auslegung des materiellen Rechts, ob durch ein geschlossenes System hierarchisch zulaufender (Gerichts-)Verfahren oder, noch abstrakter, durch die Rückführung aller Normgeltung auf eine Grundnorm als einheitlichen Geltungsgrund – stets beziehen sich diese Konstruktionen auf die Regelungsgewalt und -tätigkeit eines jedenfalls für diesen Zweck als Einheit begriffenen Kollektivs, oder schlicht: einer Gemeinschaft.

### c) Legitimation und Gemeinschaftsgefüge

Legitimation durch Recht, und insbesondere deren formelle Unterformen setzen voraus, dass eine Bezugsgemeinschaft existiert. Das wurde soeben gezeigt. Aber wie verhält es sich mit dieser Voraussetzung in Gemeinschaftsgefügen? Kann es mehrere Bezugsgemeinschaften geben, und in welchem Verhältnis müssten sie gegebenenfalls zueinander stehen?

#### aa) Prozedurale Legitimation in Gemeinschaftsgefügen

Soweit es um die prozeduralen, und darunter insbesondere um die demokratischen Formen der Legitimation geht, ist die Anzahl von Bezugsgemeinschaften grundsätzlich nicht beschränkt. Gewiss wird es Obergrenzen geben, jenseits derer das Nebeneinander von Gemeinschaften nicht mehr praktikabel ist. Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Legitimation jedoch setzt keine solchen Schranken. Insbesondere können unterschiedliche Regelungsgewalten durchaus in unterschiedlichen Verfahren auf unterschiedliche Bezugsgemeinschaften zurückgeführt werden. Und dabei kommt es zunächst nicht darauf an, wie diese Regelungsgewalten voneinander abgegrenzt werden – sei es nach ihrer territorialen und personalen Reichweite, wie es im Beispiel zweier benachbarter, voneinander unabhängiger Staaten der Fall ist; oder sei es unter

<sup>42</sup> Häberle tritt dagegen seit langem dafür ein, die Rechtsvergleichung als „fünfte Auslegungsmethode“ zu etablieren. Erst jüngst hat er diese Forderung wieder bekräftigt; vgl. Häberle, Funktionen und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive, S. 8 f. Freilich zeugt sein knapper rechtsvergleichender Überblick zur Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Verfassungsrechtsprechung zwar vielleicht von einem Trend in diese Richtung, in jedem Fall aber auch davon, wie weit sein Postulat in den meisten Gerichten noch vom Durchbruch entfernt ist.

Hinzunahme auch sachlicher Abgrenzungen nach Regelungsbereichen, wie es für territorial nicht separierte Gemeinschaften der Fall sein kann, in föderalen und pluralen Ordnungen also.

#### *bb) Konsistenzorientierte Legitimation in Gemeinschaftsgefügen*

Problematisch wird dieses Nebeneinander mehrerer Bezugsgemeinschaften erst aus der Perspektive der anderen gemeinschaftsbezogenen Legitimationsform, also des Konsistenzprogramms. Sobald nämlich neben eine Bezugsgemeinschaft dieses Programms eine weitere, unabhängige Gemeinschaft tritt, wird dadurch die Garantie einer beide übergreifenden Konsistenz in Frage gestellt.

Nun braucht dies keineswegs in allen Konstellationen zu Problemen zu führen. Mitunter beansprucht das Konsistenzprogramm schließlich überhaupt keine gemeinschaftenübergreifende Gültigkeit. So ist es insbesondere der Fall bei von vornherein separaten, und das heißt regelmäßig: territorial separierten Gemeinschaften. Kaum jemand käme beispielsweise auf die Idee, die Legitimation der französischen Staatsgewalt daran zu knüpfen, dass ihre Ausübung sich in Einklang bringen lässt mit jener in Spanien.

Vielmehr stellt sich das Problem nur, wenn die betroffenen Gemeinschaften stärker und insbesondere territorial miteinander verbunden sind, wenn es sich also nicht lediglich um ein Neben-, sondern um ein Ineinander von Gemeinschaften handelt. Das heißt freilich nicht, dass man die Bezugsgemeinschaft eines Konsistenzprogramms nicht unterteilen könnte in weitere, kleinere, und es heißt auch nicht, dass man sie nicht einfügen könnte in andere, größere Gemeinschaften. Beides lässt sich bewerkstelligen, ohne das Konsistenzprogramm aufzugeben. Aber es bedarf dabei entsprechender Vorkehrungen, um Inkonsistenzen zwischen den Normensystemen der Gemeinschaften zu vermeiden: die Aufteilung von Zuständigkeiten, die Festlegung einer Hierarchie für die Normen unterschiedlicher Gemeinschaften, die Einrichtung von flankierenden Verfahren zur verbindlichen Entscheidung von Streitigkeiten hierüber und zuletzt schließlich die Zuweisung einer Kompetenz-Kompetenz für die Generierung neuer Zuständigkeits- und Vorrangregeln. Derlei Strukturen, welche die Konsistenz zwischen den Rechtsordnungen verschiedener Gemeinschaften herstellen sollen, kennt man insbesondere aus föderalen Systemen.

Wo sie dagegen fehlen oder unvollständig sind, kann die Befürchtung von Inkonsistenzen aufkommen. Beobachten lässt sich dies insbesondere im europäischen „Mehrebenensystem“, das zwar über eine weitreichende Zuständigkeitsaufteilung und Normenhierarchie verfügt, welche aber bislang ebenso wenig geschlossen sind wie die flankierenden Verfahren. Nicht umsonst treibt gerade in diesem Kontext viele die Frage nach der Kompetenz-Kompetenz

um,<sup>43</sup> oder die nach einem „final arbiter“,<sup>44</sup> der dem System prozedural Schließung verheißt, oder schließlich die nach der einen, einheitlichen Grundnorm,<sup>45</sup> die dies vielleicht immerhin noch theoretisch leisten könnte.<sup>46</sup>

Gewiss gibt es auch in solchen Konstellationen Instrumente, um Widersprüche zwischen den Rechtsordnungen des Gemeinschaftsgefüges zu vermeiden. Selbst territorial separierte Ordnungen kennen schließlich für jene – selteneren – Fälle, in denen ihre Regelungsgewalten sich überlappen, Mechanismen zur Vermeidung offener Kollisionen.<sup>47</sup> Und in Gefügen enger verbundener Ge-

<sup>43</sup> Für eine Definition der Kompetenz-Kompetenz und deren Anwendung auf das Verhältnis der supranationalen mit den nationalen Gemeinschaften siehe *Kumm*, Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?, *Common Market Law Review* 1999, S. 365 ff. Danach gilt zunächst relativ unbestritten, dass die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“ bleiben und die supranationale Gemeinschaft keine Kompetenz-Kompetenz hat. Freilich verkompliziert sich die Lage, wenn man bedenkt, dass die bestehende Kompetenzordnung umstritten sein kann, und wenn man mithin die Frage einbezieht, wer das letzte Wort in derartigen Kompetenzstreitigkeiten in Mehrebenensystemen haben soll.

<sup>44</sup> Um dieser Differenzierung Rechnung zu tragen, unterscheiden *Weiler/Halter*, The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass, S. 286 ff., in: *Weiler*, The Constitution of Europe, zwischen jenem herkömmlichen, auf die Legislativgewalt bezogenen Verständnis des Begriffs „Kompetenz-Kompetenz“ und einem anderen, das sie als „judicial Kompetenz-Kompetenz“ bezeichnen (vgl. insbesondere S. 288) und das eben die Befugnis zur endgültigen (gerichtlichen) Entscheidung von Kompetenzkonflikten meint.

<sup>45</sup> Zum Umgang mit derartigen Kompetenzkonflikten gibt es unterschiedliche Ansätze. Bezogen auf Europa wird als ein erster Schritt mitunter einer klareren Regelung der Kompetenzaufteilung gefordert; vgl. dazu statt vieler *Lorz*, Kompetenzen sind der Schlüssel, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25. 10. 2002, S. 9. Daneben konzentrieren sich wohl die meisten Vorschläge auf die institutionelle Seite, die der „judicial Kompetenz-Kompetenz“ also; vgl. dazu etwa *Goll/Kenntner*, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht?, *EuZW* 2002, S. 101 ff., die diese Frage positiv beantworten; auch *Weiler/Halter* (ebda. S. 322 f.) haben einen ähnlichen Vorschlag gemacht.

<sup>46</sup> Dass die Übergänge zwischen der Frage nach der Kompetenz-Kompetenz und der nach dem „final arbiter“ fließend sind, haben die Anmerkungen der letzten Fn. illustriert. Auch begrifflich überlappen sie im Fall der „judicial Kompetenz-Kompetenz“, die, wie gesehen, auf die Befugnis zur endgültigen Entscheidung in Kompetenzstreitigkeiten zielt und damit ein Teil der allgemeineren Frage nach der entsprechenden Befugnis in allen Rechtsfragen ist. Darstellend zur Suche nach einer solchen „letzten Instanz“ *Kumm*, Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?, *Common Market Law Review* 1999, S. 351 ff., der selber freilich vertritt, dass die Frage nach dem „quis iudicabit“ in der pluralistischen Ordnung Europas nicht sinnvoll sei und von Wichtigerem ablenke (insbesondere S. 384).

<sup>47</sup> Bezüge auf dieses *Kelsen'sche* Konzept sind naheliegend und dementsprechend häufig, wenn das Verhältnis von nationaler und supranationaler Ordnung charakterisiert wird; für eine Darstellung dieses Verhältnisses, die sich besonders eng an *Kelsen* hält, vgl. *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität, S. 59 ff. in *v. Danwitz et al.*, Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit.

<sup>48</sup> Vgl. darstellend zu dieser verbreiteten Hoffnung *Weiler*, Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg, *Harvard Jean Monnet Working Paper* Nr. 10/00, der freilich selber – ähnlich wie *Kumm* (Fn. 1086) – betont, dass für die Praxis des europäischen Rechts diese Frage gerade nicht bestimmend sei (insbesondere S. 13).

<sup>49</sup> Als paradigmatisch können insofern die weit ausdifferenzierten Regelungen des internationalen Privatrechts gelten. Freilich sind die Bereiche möglicher Kollisionen keineswegs

meinschaften gibt es davon umso mehr und weiter reichende. Das beginnt bei der informellen Abstimmung formell unabhängiger Entscheidungsträger im Vorfeld von zu treffenden Entscheidungen sowie beim wechselseitigen Respektieren bereits getroffener. Und es kann überdies durchaus verfestigende Institutionalisierungen erfahren – sei es in Form von permanenten Konsultationsforen<sup>48</sup> und eventuell entsprechenden -pflichten<sup>49</sup> im Bereich der Rechtsetzung, sei es in Form von Pflichten zur Mitberücksichtigung von kollidierenden Entscheidungen im Bereich der Rechtsanwendung.<sup>50</sup>

Es mag sehr wohl sein, dass sich Widersprüche auf diesen Wegen weitgehend vermeiden lassen. Aus einer legitimationsorientierten Perspektive jedoch verlangt Konsistenz mehr. Weil es um das Binden von Macht, um das Einengen von Entscheidungsspielräumen geht, sind freiwillige Instrumente der Konsistenzwahrung nicht gleichwertig, und zwar selbst dann nicht, wenn die Spielräume de facto nicht anders genutzt werden sollten, als wenn zwingende Vorgaben bestünden. Vielmehr bedarf Konsistenz, um ihrer legitimatorischen Funktion in der gewohnten Weise zu genügen, zumindest dem Anspruch nach solcher bindenden Anforderungen an den Entscheidenden, wie sie sich in jenen hierarchisch konstruierten Ordnungen sowohl des materiellen wie des Verfahrensrechts finden, die man aus föderalen Systemen kennt.

### cc) Hierarchie als Implikation konsistenzorientierter Legitimation

Festhalten lässt sich demnach, dass weder die prozedurale noch die konsistenzorientierte Legitimation voraussetzt, dass es lediglich eine Bezugsgemeinschaft gibt. Beide sind auch mit Gemeinschaftsgefügen kompatibel. Im Fall der konsistenzorientierten Legitimation jedoch muss es innerhalb solcher Gefüge eine Hierarchie geben. Dies kommt als zusätzliche Prämisse für diese spezielle Form der rechtlichen Legitimation hinzu.

auf das Privatrecht beschränkt, sodass man vergleichbare, wenngleich mitunter weniger weit entwickelte Strukturen auch in anderen Rechtsbereichen findet.

<sup>48</sup> Im supranationalen Kontext ließe sich beispielsweise die in den letzten Jahren in vielen Politikfeldern platzgreifende „Offene Methode der Koordinierung“ als ein solches Forum deuten; für eine Sammlung von Erfahrungen hiermit aus jüngerer Zeit vgl. den von *Cantillon* herausgegebenen Band „The open method of coordination and minimum income protection in Europe“; für eine Darstellung der Methode speziell im Kontext ihrer Vorläufer vgl. *Göbel*, Von der Konvergenzstrategie zur offenen Methode der Koordinierung.

<sup>49</sup> Insbesondere im Rahmen der Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes der Unionstreue in Art. 10 EG könnten sich derartige Pflichten ergeben.

<sup>50</sup> Ein aktuelles Beispiel, das die Koordination der nationalen Rechtsprechung mit der des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte betrifft, liefert die bereits zuvor mehrfach (vgl. dazu oben Fn. 886, 946) zitierte BVerfGE 111, 307.

d) Am seidenen Faden? – Über die Stabilität der Gemeinschaft als Legitimationsprämisse

Rekapitulieren wir nochmals kurz: Das Recht knüpft in seinen legitimatorischen Konstruktionen an die Existenz einer Gemeinschaft. Das gilt nicht für alle dieser Konstruktionen, aber doch jedenfalls für einige wichtige unter ihnen. Und die Konstruktionen hängen überdies nicht allein von der Gemeinschaft, sondern auch von anderen Prämissen ab. Aber die Gemeinschaft gehört zu den fundamentalen Voraussetzungen, ohne welche die auf sie bauenden Konstruktionen nicht bestehen könnten.

Nun war diesem Abschnitt der klarstellende Hinweis vorangestellt, dass mit der Ausgangsthese nichts über die Natur der Gemeinschaft impliziert sein solle.<sup>51</sup> Und dabei ist es geblieben. Denn in der These und ihren Erläuterungen ging es allein darum, dass und wie manche Formen rechtlicher Legitimation die Existenz einer Gemeinschaft und zum Teil auch einer Hierarchie innerhalb von Gemeinschaftsgefügen voraussetzen.

Was die Gemeinschaften auszeichnen muss, damit sie diesen Legitimationskonstruktionen als Voraussetzung dienen können, ist dagegen offen geblieben – weiterhin, könnte man sagen. Denn bei näherem Hinsehen handelt es sich um eine Facette jener größeren Frage, die in dieser Arbeit schon wiederholt und aus unterschiedlichen Blickwinkeln aufgeworfen wurde: die Frage nämlich nach den Grundlagen der (politischen) Gemeinschaft. Im Folgenden soll deswegen zunächst nochmals zurückgeschaut werden auf das, was zuvor zu dieser allgemeineren Frage gesagt wurde, um vor diesem Hintergrund sodann zu erörtern, unter welchen Bedingungen Gemeinschaften die Funktion als Legitimationsvoraussetzung erfüllen können.

aa) Gemeinschaftsbildung und ihre Grundlagen – eine Rückschau

Was also können – oder sollen – die Grundlagen politischer Gemeinschaften sein? Zum ersten Mal wurde diese Frage bereits in § 2 behandelt, als „ein Begriff des Politischen“ gesucht wurde, „welcher der im Recht vorgefundenen Gemeinschaftsbildung, insbesondere dem Staat, vorausliegt.“<sup>52</sup> Dort ging es insbesondere um die Antwort *Carl Schmitts*, der die eine, „politische“ Gemeinschaft über die dezisionistische Fiktion des Ernstfalls bestimmen wollte. Diese Position wurde zwar zuvor nicht übernommen, schon weil die Plausibilität dieser Fiktion stets fraglich und zurzeit wohl besonders gering ist. Aber *Schmitts* Ansatz wurde dennoch eingehend erörtert,<sup>53</sup> um die zugrunde liegende Fragestellung deutlich zu machen, welche die Arbeit auch in den fol-

<sup>51</sup> Vgl. dazu oben § 10 (2) a.

<sup>52</sup> Vgl. dazu oben § 2 (2) c dd.

<sup>53</sup> Vgl. dazu oben § 2 (3).

genden Kapiteln immer wieder beschäftigen sollte. Und tatsächlich könnte man auch die Überlegungen des vorliegenden Abschnitts über die Gemeinschaft als Voraussetzung rechtlicher Legitimation als einen Subtext zu *Schmitts* „Begriff des Politischen“ lesen, als Ausführung jenes Gedankens, der bei *Schmitt* nur vage und sporadisch zum Vorschein kam, weil er nicht Gegenstand, sondern Ausgangspunkt seines Textes war – und damit zugleich gerade jenes Gedankens, der im Rückblick, auch nach der hier vertretenen Auffassung,<sup>54</sup> den „bleibenden“<sup>55</sup> Kern der *Schmitt'schen* Schrift bildet, nicht seine eigentliche These wie gesagt, sondern sein Ausgangspunkt: das „a priori“ der Gemeinschaft im Recht.

Nach der Auseinandersetzung mit *Schmitt* ist die Frage nach den Grundlagen der Gemeinschaft insbesondere im Zusammenhang mit den Überlegungen zum Thema der Integration durch Recht wieder aufgetaucht.<sup>56</sup> Schließlich heißt Integration nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis (auch) Gemeinschaftsbildung, und so lässt sich die Frage nach den Möglichkeiten, Bedingungen und Grenzen von Integration durch Recht für den gegebenen Kontext übersetzen in die Frage, ob das Recht sich die Gemeinschaft als Voraussetzung seiner legitimierenden Wirkung selbst schaffen kann oder ob es dabei von sozialen Voraussetzungen abhängt, also von einem vorgefundenen Grundbestand gemeinschaftlicher Verbundenheit. Eine befriedigende Antwort gab es freilich auch in diesem Kontext nicht. Zwar ließen sich die Ansichten in der Literatur hierüber immerhin auf den gemeinsamen Nenner eines vagen „Sowohl-als-auch“ bringen: Recht kann Gemeinschaftsbildung beeinflussen und ist dabei doch in seinen konkreten Möglichkeiten abhängig von den jeweils herrschenden sozialen Vorbedingungen.<sup>57</sup> Aber alles Weitere – und Konkretere – hängt vom Einzelfall ab und ist überdies meist umstritten.

Dabei beruhen die Divergenzen nicht allein auf Unterschieden in der Einschätzung der tatsächlichen Möglichkeiten der Gemeinschaftsbildung. Vielmehr gehen auch die normativen Positionen hierüber auseinander. Auch sie wurden zuvor wiederholt angesprochen, wobei nicht nur deren Divergenz zu Tage trat, sondern auch die enge Verwobenheit solcher normativer Positionen mit tatsächlichen Aspekten.<sup>58</sup> Kurz: Ob man Nationalist oder Kosmopolit ist, entscheidet sich nicht nur nach normativen Präferenzen, sondern hängt auch von tatsächlichen Annahmen über die Bedingungen der Gemeinschaftsbil-

<sup>54</sup> Vgl. dazu bereits ausdrücklich oben § 2 (3) c.

<sup>55</sup> Vgl. dazu nochmals die bereits zuvor (Fn. 220) zitierte Einschätzung *Böckenfördes*, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, in: *Quaritsch: Complexio Oppositorum*, S. 284 f., dass eben darin die „bleibende wissenschaftliche Bedeutung der Schrift“ liege.

<sup>56</sup> Vgl. dazu oben § 4 (4) a.

<sup>57</sup> Vgl. näher dazu § 4 (4) a cc cc.

<sup>58</sup> Vgl. dazu insbesondere § 5 (3) a bb sowie zuvor bereits § 4 (4) b bb.

dung ab. Auf diese Weise vereint sich die Unsicherheit im Tatsächlichen mit der kaum geringeren im Normativen.

### *bb) Zur Akzeptanz einer Gemeinschaft als Legitimationsprämisse*

Das Ergebnis der Rückschau ist schnell zusammengefasst: Konkrete und belastbare Erkenntnisse über die Grundlagen der Gemeinschaftsbildung gab es kaum. Was in dieser Arbeit zusammengetragen wurde, liest sich eher wie ein Protokoll der zahlreichen – und fraglos elaborierten – Spekulationen, die diese Frage in der Vergangenheit provoziert hat. Das klingt beunruhigend. Schließlich geht es um eine, wie es zuvor hieß, fundamentale Prämisse der Legitimation. Darüber wüsste man gerne genauer Bescheid.

Allerdings braucht die Ungewissheit im Kontext der Legitimation nicht unbedingt zum Problem zu werden. Solange eine Ordnung schließlich tatsächliche Akzeptanz genießt, kommt es auf das Wissen um deren Grundlagen nicht an. Relevant wird dies vielmehr erst, wenn diese Akzeptanz prekär wird und erhalten oder gar wieder hergestellt werden müsste.

Insofern liegt es nahe, zunächst einen genaueren Blick darauf zu werfen, was diese Akzeptanz genau erfordert – im Hinblick auf die Prämissen von Legitimationskonstruktionen im Allgemeinen und auf die Gemeinschaft als solche Prämisse im Besonderen. Daran anschließend gilt das Interesse der Möglichkeit, dass die Akzeptanz dieser speziellen Prämisse prekär werden könnte.

### *aaa) Die Akzeptanz von Legitimationsprämissen*

Als legitim wurde zuvor eine Ordnung definiert, die als zu Recht geltend akzeptiert wird – und zwar „im Großen und Ganzen“. Denn es kann nicht erwartet werden, dass jede einzelne Entscheidung von jedem einzelnen Individuum für richtig gehalten und befolgt wird. Vielmehr sollte insofern eine diffuse Form der Akzeptanz genügen.

Im Anschluss daran galt der Blick den Konstruktionen, und zwar insbesondere den rechtlichen, die solche Akzeptanz garantieren sollen. Sie tun dies, indem sie die Ausübung von Macht binden. Zuvor wurden verschiedene Mechanismen solcher Bindung unterschieden. Allesamt können sie unterschiedlich ausgestaltet sein, und man kann die Entscheidungen über die Ausgestaltungen als Voraussetzungen dieser Legitimationskonstruktionen deuten.

Verdeutlichen lässt sich dies besonders leicht an den Konstruktionen der prozeduralen Legitimation, weil die Ausgestaltung dieser zumeist komplexen Verfahren viele solcher Entscheidungen voraussetzt. Bei einem einfachen Bundesgesetz zählen dazu etwa das Zusammenwirken der an der Gesetzgebung beteiligten Kammern, die Kombination von Mehrheits- und Verhältniswahl-



recht, über welche die Volksvertretung beschickt wird, ferner die Definition des Kreises der Wahlberechtigten und noch viele weitere Einzelheiten der Verfahrensgestaltung. Die Gemeinschaft, und insbesondere ihre Grenzen gehören auch dazu.

Theoretisch hängt das legitimatorische Potenzial des Gesetzgebungsverfahrens von der Akzeptanz jeder dieser Voraussetzungen ab. Vehemente Gegner des Verhältniswahlrechts beispielsweise oder des Bikameralismus könnten die in diesem Verfahren generierten Entscheidungen ebenso ablehnen, wie es bei Befürwortern des Ausländer- oder Familienwahlrechts der Fall sein könnte. Vielleicht würden sie auch dennoch die Ergebnisse akzeptieren, soweit sie die entsprechenden Verfahrensentscheidungen für ihrerseits legitimiert hielten über die Verfahren, in denen sie getroffen wurden, oder auch über verfassungsrechtliche Vorgaben. Mit Blick auf die Abhängigkeit des Legitimationspotenzials der Verfahren wäre damit aber nicht viel gewonnen. Denn irgendwo endet die Kette zwangsläufig, und die Prämissen sind dann nicht mehr weiter ableitbar.

Freilich ist das zunächst alles Theorie. Wer ein Gesetz befolgt, fragt dabei für gewöhnlich nicht, ob das Wahlalter nicht eher bei 16 oder 25 Jahren hätte liegen sollen. Vielmehr dürfte die Akzeptanz auch insofern typischer Weise eine „diffuse“ sein.<sup>59</sup> Kaum jemand wird sich fortwährend der zahlreichen impliziten Prämissen der zumeist ohnehin etablierten Verfahren bewusst sein – und kann sie dabei doch trotzdem als zu Recht geltende akzeptieren. Man kann insofern verschiedene Stufen der Bewusstheit solcher Akzeptanz unterscheiden, von der gefestigten und reflektierten Überzeugung von der Richtigkeit einer bestimmten Gestaltung; über die Einsicht, dass es überhaupt irgendeines Verfahrens bedarf und die bestehende Gestaltung zumindest nicht erkennbar schlechter sei als andere; bis hin zur bloßen Hinnahme des status quo als tradiert oder auch, als letzten Schritt, ohne jegliche Reflektion.

Die Annahme, dass die Akzeptanz der Verfahren – oder allgemeiner: der legitimatorischen Konstruktionen – und ihrer Prämissen unterschiedlich reflektiert sein kann, beseitigt freilich nicht die prinzipielle Abhängigkeit der Legitimation von der Akzeptanz auch solcher Prämissen. In Fällen geringer Reflektiertheit wird sich diese Abhängigkeit aber erst in dem Moment manifestieren, in dem diese Prämissen ihre Selbstverständlichkeit einbüßen. Über den Kreis der Wahlberechtigten beispielsweise als eine solche Verfahrensprämisse beginnt man erst nachzudenken, wenn etwa das Wahlalter oder Ausländerwahlrecht zur Debatte stehen.

Geht es speziell um Gemeinschaften, gilt zunächst nichts anderes als für die übrigen Legitimationsprämissen. Theoretisch ist die Akzeptanz auch der Gemeinschaft als Prämisse eine Wirksamkeitsvoraussetzung aller auf sie bezoge-

<sup>59</sup> Zu den anderen Dimensionen solcher Diffusität vgl. oben § 10 (1) a.

nen Legitimationskonstruktionen, ganz gleich, ob es dabei um demokratische Verfahren oder Konsistenzorientierungen handelt. Praktisch wird man freilich wie zuvor damit rechnen können, dass die Akzeptanz dieser Prämisse selten voll reflektiert ist. Womöglich ist es bei der Gemeinschaft sogar noch häufiger der Fall als bei den anderen Prämissen, dass die Akzeptanz auf jenen Stufen geringer oder schlicht fehlender Reflektiertheit liegt. Dafür könnte insbesondere ihre Nähe zur kollektiven Identität sprechen – und dass sie zumeist, zumindest außerhalb von Zeiten des politischen Umbruchs, auch kaum disponibel erscheinen wird.<sup>60</sup>

*bbb) Die mögliche Prekarität der Gemeinschaft als Legitimationsprämisse*

Gewiss würde ein geringer Reflektiertheitsgrad, sofern diese Annahme denn zutreffen sollte, die Prämisse der Gemeinschaft und insoweit auch die daran knüpfenden Legitimationskonstruktionen gegen Akzeptanzverlust schützen. Aber das bedeutet keine vollkommene Immunisierung dagegen, in Frage gestellt und womöglich auch abgelehnt zu werden. Auch darin unterscheidet sich die Gemeinschaft zunächst nicht prinzipiell von den anderen Legitimationsprämissen.

Allerdings scheint es, als wäre sie, einmal in Zweifel gezogen, schwerer wieder zu stabilisieren als andere solcher Prämissen. So kann man ohne Frage nüchtern erörtern, wie beispielsweise ein föderales System am besten aussehen sollte. Auch über Wahlalter oder Ausländerwahlrecht kann man sachliche Argumente austauschen, wenngleich sich darunter leicht auch schon andere mischen können. Aber warum etwa Oberbayern ein Teil Deutschlands ist und nicht als zehntes Bundesland zu Österreich gehört, darauf lässt sich kaum mehr eine Antwort finden.<sup>61</sup> Sicher wäre nachzuvollziehen, wie es dazu gekommen ist. Aber das „rechtfertigt“ ja noch nicht, warum es auch so sein sollte. Derlei kann man allenfalls hinnehmen.

Das bedeutet freilich nicht, dass deswegen diese Prämisse ebenso gut anders gewählt werden könnte. Ganz im Gegenteil, aller Wahrscheinlichkeit nach würden in diesem Beispiel die Reaktionen heftig ausfallen – sicherlich die der Oberbayern, vielleicht auch die der Österreicher. Und selbst wenn man die sensible Frage der kollektiven Identitäten für einen Moment ausklammert, so

<sup>60</sup> Bezeichnend ist insofern der zuvor zitierte Aufsatz von *Roellecke*, „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ – Und was rechtfertigt das Volk?, ZRph 2002, S. 58 ff., in dem vieles, was hier als Verfahrensprämissen bezeichnet wird, kritisch beleuchtet wird – nur nicht die Frage nach den Grenzen der Gemeinschaft. Vielmehr geht es bei der Rechtfertigung des Volkes, von welcher der Untertitel spricht, allein um das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft. Letztere wird dabei als gegeben behandelt.

<sup>61</sup> Mit einem ähnlichen Beispiel operiert *Weiler*, Der Staat „über alles“, Harvard Jean Monnet Working Paper Nr. 6/95, S. 6, der die Situation und Reaktionen der Dänen im Falle eines Anschlusses an Deutschland gedanklich durchspielt.

gäbe es doch auch eine Reihe von durchaus greifbaren Konsequenzen für den Einzelnen – vom Benzinpreis über die Autobahngebühren bis zur Geschwindigkeitsbegrenzung, um nur die profansten zu nennen.

Auch die Gemeinschaft und ihre Grenzen, das wird daran deutlich, sind potenziell ein Politikum. Aber, und das ist die Schwierigkeit, für eine prinzipiengeleitete Auseinandersetzung hierüber ist kaum eine Basis vorhanden. Das gilt in dem zugegebenermaßen harmlosen alpenländischen Beispiel, aber es trifft auch in anderen Kontexten zu. Von der generellen Unsicherheit, die gerade auch in normativer Hinsicht bei der Frage nach den Grundlagen der Gemeinschaft besteht, war zuvor bereits die Rede.<sup>62</sup> Und es gibt in der jüngsten europäischen Geschichte auch Beispiele, die weniger harmlos und vor allem nicht hypothetisch sind.<sup>63</sup>

Lassen sich demnach eine Gemeinschaft und ihre Grenzen kaum rechtfertigen, so bedeutet dies freilich nicht, dass es nicht dennoch Mechanismen gäbe, die zu deren Stabilisation beitragen. Hier kommen jene zuvor immer wieder behandelten Dimensionen der Integration<sup>64</sup> ins Spiel, von denen man zwar nicht weiß, inwieweit es Instrumente sind oder bloß Bedingungen, inwieweit man sie also einsetzen könnte oder bloß beobachten. Außer Frage stehen dürfte jedoch, dass sie insgesamt wirksam sind, in welcher Aufteilung auch immer, und dass sie so die Gemeinschaft als Grundlage der Legitimation stabilisieren, auch und gerade in Zeiten, in denen diese Prämisse als selbstverständlich gilt – oder mit einem anderen Wort: in denen sie unreflektiert akzeptiert wird.

### cc) Nochmals: Am seidenen Faden?

Die Legitimation hängt an der Gemeinschaft. Wie – das wurde im Vorangegangenen ausführlich beschrieben. Umso mehr fragt sich allerdings, ob das zuvor verwendete Bild wirklich passte: Handelt es bei dieser Abhängigkeit tatsächlich um jenen sprichwörtlichen seidenen Faden, der jederzeit zu reißen droht?

Manches weist darauf hin, dass er so dünn gar nicht ist. Zumindest hat er sich bislang als recht haltbar erwiesen. Sollte er freilich einmal reißen, so wäre eine Reparatur wohl schwierig. Auch das konnte zuvor immerhin angedeutet werden. Vielleicht gäbe es zwar noch andere solcher Fäden, an die man knüpfen könnte, und womöglich lassen sie sich sogar synthetisieren. Aber wie belastbar diese Alternativen wären, ist ungewiss. *Walzer* hat dies, bezogen auf Konstellationen, in denen es neuer Gemeinschaftsgrenzen bedurfte, in jener

<sup>62</sup> Vgl. dazu soeben oben § 10 (2) d aa sowie insbesondere Fn. 1100.

<sup>63</sup> Unter den vielen Umbruchprozessen im Osten Europas stehen insofern insbesondere Zerfall und Neuordnung des ehemaligen Jugoslawiens hervor.

<sup>64</sup> Vgl. dazu insbesondere oben § 4 (3) und (4).

schlichten Einsicht zusammengefasst, die im Ersten Teil bereits zitiert wurde: „Getting the boundaries right is enormously difficult.“<sup>65</sup>

Demnach gäbe es durchaus Anlass zur Sorge, wenn der Faden zusätzlich strapaziert würde, zumindest solange kein neuer in Sicht ist. Aus einer kom-munitarischen Perspektive gilt das ohnehin. Aber – und dies zu zeigen war das Ziel dieses Abschnitts – es gilt auch mit Blick auf die Legitimation.

### 3. Legitimation, Gemeinschaft und Dekonzentration

Dekonzentration bewirkt Delegitimation. Die Kernthese dieses letzten Kapitels war bereits in dessen Einleitung formuliert worden. Seither ist dargelegt worden, was mit Legitimation gemeint ist und inwiefern sie eine Gemeinschaft voraussetzt. Das Ziel dieses letzten Abschnittes ist es, die These zu komplet-tieren, indem zunächst der Konnex hergestellt wird zu jener Dekonzentration der rechtlichen Zugehörigkeiten, die im Zweiten Teil eingehend beschrieben wurde. Im Anschluss daran sollen mögliche Gegenpositionen identifiziert und die These so in einem breiteren Kontext erörtert werden.

#### a) Dekonzentration, Desintegration und Delegitimation

Die legitimierende Wirkung des Rechts hängt davon ab, dass die Grenzen und die Hierarchie der Gemeinschaften, auf die es sich bezieht, in jenem erwei-terten Sinne „akzeptiert“ werden, wie er im letzten Abschnitt präzisiert wur-de. Durch die Dekonzentration rechtlicher Zugehörigkeiten wird diese Wir-kung in Frage gestellt. Dies geschieht auf zwei unterschiedlichen Wegen.

Zum einen vollzieht sich die delegitimierende Wirkung der Dekonzentration auf dem Umweg über die Desintegration und mithin außerhalb des Rechts. Wie gesehen, ist die Dekonzentration ein disparater Prozess, der die Desinte-gration der staatlichen Gemeinschaft nach sich ziehen und zugleich teils zur Integration neuer, außerstaatlicher Gemeinschaften führen könnte, teils auch schlicht zu einer zunehmenden Universalisierung. Eine unreflektierte Akzep-tanz der von den bestehenden Legitimationskonstruktionen bisher als primär vorausgesetzten nationalstaatlichen Gemeinschaft würde dadurch zunehmend unwahrscheinlich. Eine zentrale Prämisse rechtlicher Legitimation verlöre in-folgedessen ihre Selbstverständlichkeit und damit womöglich auch ihre legiti-mationsstiftende Kraft.

Zum anderen wirkt die Dekonzentration aber auch innerhalb des Rechts, indem sie die Konstruktionen der Legitimation, und zwar insbesondere die

<sup>65</sup> Walzer, *The Politics of Difference: Statehood and Toleration in a Multicultural World*, Ratio Juris 1997, S. 174; ausführlicher ist die Stelle zuvor in Fn. 474 zitiert.

konsistenzorientierten, brüchig macht.<sup>66</sup> Gewiss sind die auf Konsistenzerhalt gerichteten Mechanismen weiterhin vorhanden. Aber ihre Unzulänglichkeit tritt immer deutlicher zu Tage. Teils liegt das daran, dass die Konstruktionen ihrer Schlussteine – Kompetenz-Kompetenz, Letztinstanz oder Grundnorm – verlustig zu gehen drohen. Teils beruht es auch darauf, dass das Nebeneinander unterschiedlicher Wertordnungen sichtbar wird. Eine Vielzahl der zuvor behandelten Entwicklungen trägt hierzu bei: der zwar theoretisch bestrittene, aber doch praktisch regelmäßig exerzierte Vorrang des außerstaatlichen Rechts;<sup>67</sup> die wachsende Menge von Rechtspositionen, die nicht von der vermeintlich primären nationalen Gemeinschaft gestaltet werden, und zwar einschließlich der steigenden Anzahl kongruenter oder nicht zugehörigkeitsrelevanter Vorgaben;<sup>68</sup> und schließlich auch die verstärkte Wahrnehmung von Dekonzentriertheit, wie sie mit der Ausweitung des Betrachtungsraumes<sup>69</sup> und der zunehmenden Diversifizierung der Wohnbevölkerung<sup>70</sup> verbunden sind.

Im Ergebnis würden dadurch jedenfalls zwei der drei zuvor unterschiedenen Formen rechtsvermittelter Legitimation, nämlich die beiden formellen, in ihrer Funktionstüchtigkeit beeinträchtigt und womöglich sogar ausgeschaltet. Dass dieser Verlust durch die verbleibende, materielle Form rechtsvermittelter Legitimation oder auch durch andere Konstruktionen aufgefangen werden könnte, ist zwar nicht ausgeschlossen. Anzeichen für ein solch tiefgreifendes Umdenken gibt es bislang jedoch nicht, sodass eine Delegitimation jedenfalls auf absehbare Zeit die Konsequenz wäre.

Soweit also die Substantiierung der These. Ohne Frage handelt es sich um eine voraussetzungsreiche und auch ambivalente Behauptung. Dementsprechend gibt es durchaus Ansatzpunkte, sie in Zweifel zu ziehen, sowohl, was ihre tatsächlichen Prämissen, als auch, was ihre Tragweite und Bewertung betrifft.

#### b) Hoffen auf die Irrelevanz des Rechts?

In tatsächlicher Hinsicht hängt die Behauptung einer drohenden Delegitimation ab vom vermuteten Einfluss des Rechts auf die soziale Wirklichkeit. Soweit es nämlich die soziale Desintegration ist, über welche die rechtliche Dekonzentration eine Delegitimation bewirken soll, so ist dies nur in dem Maße

<sup>66</sup> Vgl. dazu insbesondere oben die Ausführungen zur „Dekonzentration zweiter Ordnung“ in § 8 (3) b bb.

<sup>67</sup> Vgl. dazu oben § 8 (3) b bb.

<sup>68</sup> Vgl. zu den außerstaatlichen Einwirkungen allgemein § 8 (3), speziell zu den letztgenannten Vorgaben dort b.

<sup>69</sup> Vgl. dazu oben § 8 (2) c.

<sup>70</sup> Vgl. dazu oben § 8 (1).

möglich, in dem das Recht auch tatsächlich von Einfluss ist auf (Des-)Integration. Dieser Konnex wurde zuvor eingehend behandelt<sup>71</sup> und dabei insbesondere hervorgehoben, dass man insofern weitgehend auf theoretische Spekulationen verwiesen ist.<sup>72</sup> Über die tatsächliche Bedeutung des Rechts in dieser Hinsicht gibt es schließlich kaum gesicherte Erkenntnisse, und umso weniger noch über sein relatives Gewicht gegenüber anderen Determinanten von Integration oder Desintegration.

Aus einer legitimationsorientierten Perspektive könnte man daher versucht sein zu hoffen, dass es mit der Relevanz des Rechts insofern nicht allzu weit her sein möge. Für den Erhalt der Gemeinschaft als Legitimationsprämisse wäre dies jedenfalls günstig. Denn je weniger sich Integration oder Desintegration rechtlich gestalten ließen, umso weniger bräuchte angesichts der Dekonzentration rechtlicher Zugehörigkeiten mit einer Delegitimation gerechnet zu werden. Die Gemeinschaften blieben dann in ihrer Akzeptanz – und vielleicht Selbstverständlichkeit – weitgehend immun gegen diese strukturellen Veränderungen im Recht.

Auch diese Hoffnung auf eine Irrelevanz des Rechts gäbe bei genauerer Betrachtung jedoch keine stimmige Grundlage für eine optimistischere Sicht ab. Das illustriert ein Blick auf jenes Forum, in dem die Zukunft des Gefüges politischer Gemeinschaften in Europa vorwiegend diskutiert wird, auf den Diskurs also über die fortschreitende Öffnung des Nationalstaats im Rahmen der europäischen Integration. Deren Aussichten beurteilen viele nämlich gerade deswegen als positiv, weil sie an die prinzipielle Gestaltbarkeit der Gemeinschaftsbildung und insbesondere an das soziale Gestaltungspotenzial des Rechts glauben.<sup>73</sup> Und in der Tat bliebe von der Vision eines „immer engeren Zusammenschlusses der europäischen Völker“<sup>74</sup> wohl wenig übrig, wenn man nicht auf ein solches Potenzial des Rechts hoffen würde.

Demnach gilt aber in der Debatte um das Projekt der europäischen Integration gemeinhin just das als Vorbedingung für dessen Erfolgsaussichten – nämlich ein erhebliches integratives Potenzial des Rechts –, was aus einer speziell legitimationsorientierten Sicht, wie gesehen, umgekehrt ein Grund für gesteigerte Bedenken wäre. Das bedeutet, dass man die hier vorgetragene Befürchtung einer drohenden Delegitimation zwar durchaus als übertrieben abtun kann und ihr entgegenhalten, dass sie die Bedeutung des Rechts für die soziale

<sup>71</sup> Vgl. dazu zunächst im Ersten Teil allgemein und mit Blick auf die Integration § 4 (3) und (4), sowie dann im vorigen Kapitel (§ 9) speziell hinsichtlich der Konsequenzen der Dekonzentration und in diesem Rahmen auch im Hinblick auf eine mögliche Desintegration.

<sup>72</sup> Vgl. dazu nochmals oben den Überblick zum Erkenntnisstand in § 9 (1).

<sup>73</sup> Exemplarisch sei auf die zuvor mehrfach erwähnte Position von *Habermas* verwiesen, wie er sie insbesondere in „Die postnationale Konstellation“, S. 154 ff., formuliert hat; näher dazu oben § 9 (3) b sowie zuvor schon § 4 (4) a cc aaa.

<sup>74</sup> Vgl. zu dieser Zielsetzung den ersten Erwägungsgrund in der Präambel des EGV.

Integration innerhalb des Gefüges politischer Gemeinschaften überschätze. Zugleich geriete man dann aber in Begründungsnöte, wenn man dem Projekt der europäischen Integration und den mit ihr einhergehenden Veränderungen im Gemeinschaftsgefüge dennoch eine günstige Entwicklungsprognose stellen wollte.

Die pessimistische Note der hier vorgestellten Argumentation erweist sich also als besonders hartnäckig. Selbst wenn man ihre zentrale tatsächliche Prämisse in Frage stellt, gelangt man dadurch noch nicht zu einer optimistischeren Einschätzung. Aber es gibt natürlich noch andere Einwände, die zu diesem Ziel führen könnten.

### c) Rettung durch Relegitimation?

Selbst wenn tatsächlich eine Delegitimation zu befürchten wäre, so bräuchte dies vielleicht noch nicht gar zu alarmierend zu sein, wenn man nur darauf vertrauen könnte, dass es sich dabei um ein vorübergehendes Phänomen handle und dass sich alsbald im Gefüge politischer Gemeinschaften eine neue legitimitätsstiftende Ordnung einstelle. Oft mag es mit dieser Hoffnung zu tun haben, wenn der Delegitimationsbefürchtung nicht dieselbe Tragweite beigemessen wird wie hier. Wie realistisch diese Hoffnung jedoch ist, hängt davon ab, welche Diagnose vom Zustand des Gemeinschaftsgefüges man zugrunde legt, und es scheint, als habe die hier vorgestellte Analyse der Dekonzentration rechtlicher Zugehörigkeiten besonders einen Aspekt zu Tage gefördert, der in manchen positiveren Einschätzungen zur Legitimationsproblematik vielleicht zu wenig Beachtung erfährt. Gemeint ist jene diffuse Vielheit divergenter Entgrenzungsprozesse, wie sie besonders deutlich wohl aus der hier eingenommenen Perspektive subjektiver Rechtspositionen zum Vorschein kommt.

Dabei ist die Prekarität der Legitimation im sich wandelnden Gemeinschaftsgefüge grundsätzlich weithin anerkannt,<sup>75</sup> ungeachtet der Unterschiede in der Wahrnehmung des Gemeinschaftsgefüges. Das ist nicht verwunderlich. Schließlich ist aus legitimationsorientierter Perspektive bereits eine linear gedachte Entwicklung vom Nationalstaat hin zu einem europäischen Bundesstaat, wie er manchem vorschwebt,<sup>76</sup> Anlass zur Beunruhigung. Denn auch unter diesen Voraussetzungen würde die Einheit im Sinne einer hierarchischen Ordnung des Gemeinschaftsgefüges jedenfalls in einer wohl unvermeidlichen Übergangsphase in Frage gestellt.

<sup>75</sup> Für einen Überblick zum Diskussionsstand im Kontext speziell der europäischen Integration vgl. statt vieler *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 499 ff.

<sup>76</sup> Zu den konträren Positionen einschließlich einzelner Nachweise vgl. oben § 4 (4) a cc aaa.

Aber in einer solchen Situation wären Auswege doch immerhin denkbar. Zwischen lediglich zwei politischen Gemeinschaften ließe sich eine Ablösung in der primären Stellung vielleicht noch vergleichsweise friktionsfrei bewerkstelligen, wenn sie nur wirkungsvoll und mit der entsprechenden Symbolik vollzogen würde. Gerade vom Boden einer solchen „dualen Konzeption“ des Gemeinschaftsgefüges aus sind deswegen die mitunter großen Erwartungen durchaus verständlich, die in den Verfassungsvertrag gesetzt wurden (und in geringerem Umfang danach auch in den Vertrag von Lissabon).

Ungleich schwieriger ist die Lage dagegen, wenn man es mit einem Prozess zu tun hat, der nicht linear, sondern diffus ist, und der auf keine neue Ordnung, geschweige denn Einheitsfiktion zuläuft, sondern zunächst einmal nur die alten Konzeptionen unterspült. Und genau dies ist die Entwicklung, wie sie sich durch die Linse der Dekonzentrationsanalyse im Recht abzeichnet und wie sie, die soziale Wirksamkeit des Rechts vorausgesetzt, auch auf die Integration und Desintegration im Gemeinschaftsgefüge durchschlägt. Vor diesem Hintergrund ist kaum denkbar, dass eine Erosion der einheitsbezogenen Komponenten rechtlich vermittelter Legitimation, wie sie auf nationaler Ebene bislang Bestand hatten, im außerstaatlichen Raum kompensiert werden könnte.

Wie zuvor im Kontext von kollektiver Identitätsbildung und Integration<sup>77</sup> erscheint es demnach auch und gerade in einer legitimationsorientierten Perspektive verkürzt, die Öffnung des Nationalstaates als bloße Fortsetzung des historischen Prozesses einer räumlich immer weiter ausgreifenden Vergemeinschaftung zu begreifen. Das war sie auch, gewiss. Aber der Übergang von den „lokalen und dynastischen“ zu den „nationalen und demokratischen“ Gemeinschaftsformen implizierte, wie gesagt, noch mehr als lediglich Abstraktion und räumliche Ausdehnung.<sup>78</sup> Es war vielmehr auch ein Schritt von der Vielheit zur Einheit, zu einer Einheit überdies, die sich in der Folge zu einer zentralen Prämisse der Konstruktionen einer – fortan säkularen<sup>79</sup> – Legitima-

<sup>77</sup> Vgl. dazu oben § 9 (3) b und c.

<sup>78</sup> Die Zitate stammen von *Habermas*; für den Nachweis sowie die vorangegangene Auseinandersetzung hiermit, auf die im Text Bezug genommen wird, vgl. oben § 9 (3) b.

<sup>79</sup> Diese Facette der Entwicklung der Legitimationskonstruktionen wird oft hervorgehoben, wenn der gegenwärtige Eindruck einer wachsenden Vielheit, einer Fragmentierung oder – aus der hier eingenommenen Perspektive: – einer Dekonzentration reflektiert wird. So spricht beispielsweise *Di Fabio*, *Die Suche nach dem Kompass*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26.06.2001, S. 10, in diesem Zusammenhang davon, dass „im Zeitalter des Humanismus die Politik ihre Rechtsform im Territorialstaat (gefunden) und die Einheitsstafette von Kaiser und Papst“ übernommen habe und „Gott als Einheitsformel der Welt“ abgelöst worden sei. Auch *Luhmann* thematisiert diese funktionalen Gemeinsamkeiten „der Idee eines einzigen Gottes im Religionssystem“ und der im modernen Recht operierenden einheitsstiftenden „Kontingenzformel“ Gerechtigkeit mehrfach in „Das Recht der Gesellschaft“ (die Zitate stammen von S. 218, vgl. darüber hinaus insbesondere S. 377, 477). Parallel dazu liefert ferner *Marquard*, *Aufgeklärter Polytheismus* – auch eine politische Theo-



tion entwickelt hat. Und diese Tendenz zur Einheitsbildung wird gegenwärtig keineswegs fortgesetzt, sondern scheint im Gegenteil sogar umgekehrt zu werden.

logie?, in: *Taubes*, Religionstheorie und Politische Theologie, Band I, S. 77 ff., immerhin einige Stichworte, um die gegenwärtige Lage umgekehrt über eine Analogie zum Polytheismus zu deuten.

Zugleich hebt *Marquard* die lange Tradition hervor, die es hat, auf „theologische Ursprünge (...) moderner profaner Befindlichkeiten“ hinzuweisen. Gerade aus der staatsrechtlichen Literatur lässt sich dies belegen, und zwar nicht nur mit der weithin bekannten Behauptung *Schmitts*, dass „alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre ... säkularisierte theologische Begriffe“ seien (*Politische Theologie*, S. 43), sondern durchaus auch mit entsprechenden Beobachtungen *Kelsens*; vgl. ausführlich dazu und zu weiteren Wurzeln dieser Sicht *van Ooyen*, *Der Staat der Moderne – Hans Kelsens Pluralismustheorie*, S. 35 ff.; sowie noch weiter zurück gehend *Taubes*, *Leviathan als sterblicher Gott*, in *ders.*, ebda. S. 9 ff.

Freilich wird diese verbreitete Beobachtung – auch – heute in ganz unterschiedlichen Richtungen gedeutet. Wenn, wie insbesondere *Di Fabio*, ebda., fragt, „der Mensch in seiner ‚anthropologischen Rückständigkeit‘ anders als seine beeindruckenden sozialen Artefakte doch so etwas wie eine produktive Einheitsillusion“ brauchen sollte, „schon damit er die Welt als seine überschaubare Heimat begreifen“ könne (und in „Das Recht offener Staaten“, S. 153, bejaht *Di Fabio* diese Frage explizit), dann wäre eine sich nun vollziehende „Fragmentierung“ bedenklich. Gegen diesen Hintergrund sucht *Di Fabio* nach anderen, „kompensatorischen Einheitsformeln“ und deutet unter anderem die Menschenwürdegarantie als eine solche Formel, die aber in seinen Augen offenbar nicht ausreicht. Denn weiterhin sieht *Di Fabio* die Einheit gegenwärtig in einer prekären Lage.

Andere dagegen haben gerade im Übergang der „Einheitsstaffette“ auf den Staat den Nährboden totalitaristischer Exzesse gesehen. Besonders deutlich tritt diese Position in jenem Austausch zwischen *Taubes* und *Schmitt* hervor, über den *Taubes* in „Ad Carl Schmitt“ berichtet. Für den Religionsphilosophen *Taubes* kommt es deswegen auf den Fortbestand eines geistlichen Gegengewichts, auf eine „Gewaltentrennung zwischen weltlich und geistlich“ an; vgl. dazu insbesondere S. 73. *Pawlik*, *Die Kosten der Neutralität*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26. 05. 2003, S. 45, bringt diesen Gedanken in Zusammenhang mit *Paolo Prodi*s historischer Studie „Eine Geschichte der Gerechtigkeit.“ *Prodi* beschreibt darin den Dualismus von Reich und Kirche, von zivilem und kanonischem Recht und mithin den Dualismus zweier Gerechtigkeitsforen, der „im Abendland“, so *Pawlik*, „die Konkurrenz zweier unterschiedlicher Normensysteme und in der offenen Fuge zwischen ihnen den Gedanken individueller Freiheit hervorgebracht“ habe.

Der zugleich konstatierte Bedeutungsverlust des geistlichen Forums in der heutigen Zeit würde demnach die Befürchtung eines weltlichen, potenziell totalitären Monismus nahe legen – und zugleich die Dekonzentration im weltlichen Forum in ein positiveres Licht tauchen. In dieser Perspektive gewänne *Weilers* Deutung des „Supranationalen“ als eines zählenden Gegengewichts zum inhärent totalitarismusgefährdeten Staat an Plausibilität; vgl. dazu insbesondere „Der Staat ‚über alles‘“, *Harvard Jean Monnet Working Paper* Nr. 6/95, S. 28, wo er die Hoffnung äußert, der „nationale, organisch-kulturelle Demos“ und der „supranationale, bürgerliche und wertgesteuerte“ könnten einander „in Schach halten“, die gleichzeitige Zugehörigkeit zu beiden ein „strukturiertes Modell kritischer Angehörigkeit“ etablieren. Die Frage ist freilich, ob seine Konstruktion dieses neuen Dualismus nicht die tatsächliche Vielheit einer dekonzentrierten Ordnung, wie sie hier beschrieben wurde, unterschätzt – und ob ein innerweltlicher Dualismus nicht zu jener womöglich folgenschweren Demystifikation des Rechts führt, wie sie im nächsten Abschnitt behandelt wird.

Soweit man also auch in dieser Hinsicht der im Zweiten Teil vorgestellten Dekonzentrationsthese folgen mag, lässt sich die Besorgnis aufgrund einer drohenden Delegitimation nicht mit der Hoffnung auf eine alsbaldige „Relegitimation“ zerstreuen. Die Lage erschiene demnach unverändert düster. Aber womöglich ist es auch bloß die Brille, die alles in ein ungünstiges Licht taucht.

#### d) Demystifikation statt Delegitimation?

Gegen die Ausgangsthese, dass Dekonzentration Delegitimation bewirke, lassen sich nicht nur Einwände hinsichtlich ihrer tatsächlichen Prämissen und Tragweite erheben. Vielmehr kann man auch die darin enthaltene Bewertung in Frage stellen. Schließlich hatte es, wenn zuvor von Delegitimation die Rede war, stets einen negativen, ja sorgenvollen Klang. Doch selbst wenn sich alles so zutragen sollte, wie zuvor behauptet, wenn also die Dekonzentration tatsächlich Desintegration bewirken würde und so die Selbstverständlichkeit der Gemeinschaft als Legitimationsprämisse unterhöhlen, und wenn die Dekonzentration ferner auch die Konstruktion einer konsistenten Ordnung demonstrieren würde – wäre all das denn, so wäre zu fragen, wirklich ein Anlass zur Sorge? Könnte man dem Vorgegangenen nicht auch eine positive Deutung abgewinnen?

Vielleicht sollte man ja eher von Demystifikation sprechen statt von Delegitimation. Denn das ist es doch, was die Dekonzentration eigentlich bewirkt, wenn sie die „Selbstverständlichkeit der Gemeinschaft als Legitimationsprämisse unterhöhlt.“ Sie beendet deren „unreflektierte Akzeptanz“, wie es zuvor hieß, und was wollte man dagegen schon einwenden? Wenn die Prämisse die Reflektion übersteht, umso besser. Wenn nicht, war sie es dann wert, erhalten zu werden?

Nichts anderes gilt für die Demontage der Konsistenzkonstruktionen. Auch hier läge eine positive Interpretation keineswegs fern. Bereits im Ersten Teil war schließlich die Rede davon, dass diesen Konstruktionen doch letztlich immer schon etwas Fiktives angehaftet habe.<sup>80</sup> Und dass mithin auch das von ihnen getragene Einheitsparadigma zwar über lange Zeit mehr oder weniger plausibel gewesen, dabei aber doch stets Fiktion geblieben sei – und für manche sogar bloß eine „Rechtsideologie“, beständig gepflegt von den „professionalisierten Juristenstäben“.<sup>81</sup>

Aus dieser Perspektive könnte man vielleicht in der Tat geneigt sein, den sorgenvollen Ton zu unterdrücken und das Decouvrierende in den Vorder-

<sup>80</sup> Vgl. dazu oben § 2 (3) b bb.

<sup>81</sup> Vgl. näher dazu oben ebda. sowie § 2 (2) c bb; zu den zitierten Begriffen vgl. oben Fn. 105, 106.

grund zu rücken, die Demystifikation, und dies umso mehr, als es hinter all der Unreflektiertheit, den Fiktionen und vielleicht Ideologien auch durchaus etwas zu enthüllen gäbe. Die Legitimation, die an diesen Konstruktionen und ihren Prämissen hängt, beruht schließlich auf dem Versprechen, Macht zu binden, weil sie auf diese Weise – vielleicht – akzeptabel wird. Wenn nun aber, wie es aussieht, die Legitimationsangebote des Rechts eben dieses Versprechen nicht halten können, was läge dann näher, als die – wenngleich späte – Enthüllung umso freudiger zu begrüßen?

So betrachtet, lässt sich dieser positiven Lesart kaum etwas entgegenhalten. *Hans Kelsen* hat die zugrunde liegende Einsicht bereits vor 80 Jahren formuliert: „Wer die Antwort sucht“, so sagte *Kelsen*, „auf die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt“, und „wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“<sup>82</sup> Dieser Ausspruch ist seither unzählige Male zitiert worden, und in der Tat geht es dabei meist um das Lüften des Schleiers, also darum, zu enthüllen – oder inzwischen vielleicht auch nur mehr daran zu erinnern –, „was hinter dem Recht steckt.“

Bei näherem Hinsehen erscheint dies allerdings nur als die eine, die lichte Seite des *Kelsen'schen* Bildes. Es gibt noch eine weitere, und gerade aus einer legitimationsorientierten Perspektive fällt der Blick auch, und vielleicht primär, auf diese andere, dunklere Seite. Gewiss nicht zufällig figuriert bei *Kelsen* die enthüllte Macht als Gorgonenhaupt, dessen Anblick der Sage nach nicht nur abstoßend, sondern vor allem auch verhängnisvoll war für den Betrachter. Auch die Demystifikation könnte diese dunkle Seite haben – jenen drohenden Einsturz nämlich zweier lange Zeit tragender Säulen der Legitimation, von dem dieses letzte Kapitel handelte.

<sup>82</sup> Diskussionsbeitrag *Kelsens* auf der Staatsrechtslehrertagung von 1926, VVDStRL Band 3, S. 54f.

## Schlussbemerkung

Sich um den Staat zu sorgen, hat Tradition. Oft schon stand es schlecht um ihn, besonders in den Augen seiner hauptamtlichen Kuratoren, der Staatsrechtler. Mancher von ihnen hat ihn längst abgeschrieben, andere sehen ihn zumindest in fortwährender Gefahr. Böckenfördes warnendes Diktum etwa ist nach wie vor präsent: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“<sup>1</sup> Freilich hat er bislang überdauert – zum Glück, möchte man anfügen. Freiheitlichkeit und Säkularität sind schließlich erhaltenswert.

Inzwischen jedoch ist eine neue Bedrohung hinzugekommen. Davon handelte die vorliegende Untersuchung. Die Diagnose lässt sich ähnlich fassen wie zuvor: „Der offene, universalistisch-orientierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“ Und, um das Imitat noch auszuarbeiten: „Das ist das große Wagnis, das er, um der Offenheit willen, eingegangen ist.“<sup>2</sup>

Was die Tragik angeht, scheint dieser neue Befund dem alten in nichts nachzustehen. Denn wieder sind es ja nicht seine Schwächen, die dem Staat zu schaffen machen, sondern seine Tugenden, nicht irgendwelche Erblasten, die er aus dunkleren Vergangenheiten noch mit sich schleppt, sondern gerade das, was man für seine zivilisatorischen Leistungen halten möchte. Säkularisierung und Liberalisierung, Universalisierung und (internationale) Öffnung – das liest sich wie ein Stufenplan zur Einlösung der großen Versprechen einer aufgeklärten Moderne. Und doch soll es Unheil verheißen, gerade für den Staat.

Vielleicht müsste man den neuen Befund überdies sogar noch dramatischer fassen. Schließlich ist es diesmal nicht bloß jenes Ausgeliefertsein, jene Verwundbarkeit gegenüber schädlichen Einflüssen, denen sich Böckenfördes Staat „um der Freiheit willen“ ausgesetzt hat und denen er seither entgegenbangt. Der offene Staat dagegen gibt sich nicht bloß schicksalsergeben. Viel schlimmer, er betreibt, soweit man der hier vorgestellten Analyse folgen mag,

<sup>1</sup> Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in *ders.*, Recht, Staat, Freiheit, S. 112; vgl. dazu ausführlicher bereits oben § 4 (4) a.

<sup>2</sup> Ebda.; im Original steht „Freiheit“; für das Zitat im Zusammenhang vgl. oben Fn. 383.

seine Auflösung selbst, wenn auch nicht allein, sondern größtenteils im Verbund mit anderen.

Die Symptome jedenfalls sind längst sichtbar und mehren sich. Dass der Verlauf noch umzukehren wäre, ist kaum vorstellbar. Allenfalls könnte man vielleicht erwägen, ihn noch aufzuhalten. Doch auch da fragt sich, wer dies tun sollte. Längst ist schließlich die Öffnung so weit fortgeschritten, dass der Staat die Zügel nicht mehr allein in der Hand hält. Denn wie sich das Bild durch die Linse der rechtlichen Zugehörigkeiten darstellt, vollziehen sich Öffnung und Universalisierung in zahllosen und zum Teil nur beschränkt revidierbaren Entscheidungen unterschiedlicher Akteure auf Ebene unterschiedlicher Gemeinschaften. Ein derart multifokaler Prozess dürfte einer (radikalen Um-)Steuerung nur schwer zugänglich sein.

Andererseits könnte man sich vielleicht auch fragen, ob es eines Eingreifens überhaupt bedürfte. Zwar zeichnet sich durchaus nicht ab, dass die Dekonzentration auf absehbare Zeit von alleine in eine Rekonzentration münden und der alte Staat in neuer Gestalt wiedererstehen könnte. Doch wartet nach der Öffnung, und das unterscheidet die neue „Bedrohung“ von der alten, nicht der Absturz. Der Staat öffnet sich einem Raum, dessen innere Strukturen schwächer sein mögen und dessen äußere Grenzen diffus. Aber es ist ein Raum des Rechts, ein Raum, der auf denselben Fundamenten (ent-)steht wie der Staat, und ein Raum überdies, in dem der Staat mit seiner Öffnung auf- und nicht untergeht.

Gewiss heißt das nicht, dass alles beim Alten bliebe. Eine zunehmend desintegrierte nationalstaatliche Gemeinschaft könnte mehr Steuerkapazitäten einbüßen, als in schwach integrierten außerstaatlichen Gemeinschaften auf absehbare Zeit zurückzugewinnen wären. Zudem verbindet sich so manche wirkungsvolle Gedankenkonstruktion mit dem Staat als dem Zentrum des Gemeinschaftsgefüges. Wenn er aus dieser Position weicht, dann geraten auch diese Konstruktionen ins Wanken und vielleicht sogar zum Einsturz. Bereits in der Einführung war von einem tief greifenden Wandel die Rede, von Erschütterungen im Gemeinschaftsgefüge, und nichts läge ferner, als diese Veränderungen nun an dieser Stelle wieder kleinzureden.

Unterschiedlichen Lesarten sind sie freilich dennoch zugänglich. Die hier vorgestellte war, ganz in der Tradition der Kuratoren, eher sorgenvoll gehalten. Aber es gäbe wohl auch eine hoffnungsfrohere Sprache für das, was sich zuträgt. Man kann es nicht nur, wie zuvor, Desintegration und Delegitimation nennen, sondern könnte ebenso gut von Öffnung und Universalisierung sprechen, von Demystifikation überdies, und in diesem Sinne, wie gesehen, vielleicht auch schlicht von Aufklärung. Es wäre nicht das erste Mal, dass deren Janusgesicht ans Licht gelangte.