

Michael Stolleis/Wolfgang Streeck (Hrsg.)

Aktuelle Fragen zu politischer und  
rechtlicher Steuerung im Kontext der  
Globalisierung



**Nomos**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Die Deutsche Bibliothek lists this publication in the Deutsche  
Nationalbibliografie; detailed bibliographic data is available  
in the Internet at <http://dnb.ddb.de>.

ISBN 978-3-8329-2764-6

1. Auflage 2007

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007. Printed in Germany. Alle Rechte,  
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der  
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights are reserved, whether the whole or part of  
the material is concerned, specifically those of translation, reprinting, re-use of illus-  
trations, broadcasting, reproduction by photocopying machine or similar means, and  
storage in data banks. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are  
made for other than private use a fee is payable to »Verwertungsgesellschaft Wort«,  
Munich.

## Vorbemerkung

„Die deutschen staatsrechtlichen Lehrbücher sind so stark die auf eine bestimmte Konzeption (L.) beruhen und deutlich übergründlicher.“ Diese Einschätzung kommt von Oliver Gensch, der sie kürzlich in der Zeitschrift „Der Staat“ veröffentlicht hat. Wie sich feststellen er durch seine wird, ist nicht – nicht nur, weil er mit der Wahl dieses Wahljahreswortes die beliebtesten deutschen Staatsrechtslehrer in eine Liste eintrug, sondern die Tatsache, dass er „L.“ für „L.“ steht, ist ein Hinweis auf die Ähnlichkeit dieser Konzeptionen, was die staatsrechtliche Methodik anbelangt – und wieder, Gensch, welches die staatsrechtliche Methodik anbelangt, ist schließlich ein nach L. (L.) Staatsrecht, seine neue Aufsätze sind ein Teil eines noch jüngeren bereits veröffentlichten Werkes von Gensch.

## Alexander Graser

„Die staatsrechtliche Methode ist nicht nur, dass Gensch ein staatsrechtliches in der Richtung Staatsrechtler ist, und nicht nur, dass er in Gensch für einen Staatsrechtler im Staatsrecht betrachtet ist (Gensch) mit der Logik eines staatsrechtlichen Staatsrechtlers.“

## „Demoikratie?“

### Konsistenzängste im deutschen Staatsrecht

„Die staatsrechtliche Methode ist nicht nur, dass Gensch ein staatsrechtliches in der Richtung Staatsrechtler ist, und nicht nur, dass er in Gensch für einen Staatsrechtler im Staatsrecht betrachtet ist (Gensch) mit der Logik eines staatsrechtlichen Staatsrechtlers.“

Die staatsrechtliche Methode ist nicht nur, dass Gensch ein staatsrechtliches in der Richtung Staatsrechtler ist, und nicht nur, dass er in Gensch für einen Staatsrechtler im Staatsrecht betrachtet ist (Gensch) mit der Logik eines staatsrechtlichen Staatsrechtlers.“

Die staatsrechtliche Methode ist nicht nur, dass Gensch ein staatsrechtliches in der Richtung Staatsrechtler ist, und nicht nur, dass er in Gensch für einen Staatsrechtler im Staatsrecht betrachtet ist (Gensch) mit der Logik eines staatsrechtlichen Staatsrechtlers.“

<sup>1</sup> Die staatsrechtliche Methode ist nicht nur, dass Gensch ein staatsrechtliches in der Richtung Staatsrechtler ist, und nicht nur, dass er in Gensch für einen Staatsrechtler im Staatsrecht betrachtet ist (Gensch) mit der Logik eines staatsrechtlichen Staatsrechtlers.“

<sup>2</sup> Die staatsrechtliche Methode ist nicht nur, dass Gensch ein staatsrechtliches in der Richtung Staatsrechtler ist, und nicht nur, dass er in Gensch für einen Staatsrechtler im Staatsrecht betrachtet ist (Gensch) mit der Logik eines staatsrechtlichen Staatsrechtlers.“

## Vorbemerkung

„Im deutschen staatsrechtlichen Theorienfundus sind Ansätze, die auf eine staatliche Einheitsbildung (...) gerichtet sind, deutlich überrepräsentiert.“ Diese Einschätzung stammt von Oliver Lepsius, der sie kürzlich in der Zeitschrift „Der Staat“ veröffentlicht hat.<sup>1</sup> Wie viel Zustimmung er damit ernten wird, ist unklar – nicht nur, weil er mit der Wahl dieses Publikationsortes die kritisierten deutschen Staatsrechtler zu den Hauptadressaten seiner Botschaft gemacht hat. Auch aus „neutralerem“ Blickwinkel können die Einschätzungen darüber auseinandergehen, welches das angemessene Maß an staatlicher Einheitsbildung ist – und ebenso darüber, welches die gegenwärtig vorherrschenden Positionen sind. Schließlich ist auch Lepsius Staatsrechtler, sodass seine Äußerung selbst Teil eines sich womöglich bereits vollziehenden Wandels sein könnte.

Ähnlich wie Lepsius gehe im nachfolgenden Text auch ich davon aus, dass Einheit ein zentraler Begriff in der deutschen Staatsrechtslehre ist, und suche nach einer Erklärung für diesen Umstand. Im Einzelnen betrachte ich zunächst (II.), wie die Legitimation einer geteilten öffentlichen Gewalt in Europa konstruiert wird, und zwar einerseits in der Staatsrechtslehre, andererseits in der Politikwissenschaft. Gerade in dieser Gegenüberstellung, so die Hoffnung, wird die Konzentration der Staatsrechtslehre auf den Einheitsbegriff deutlich, wobei die Skizze um des Kontrastes Willen höchst selektiv ausfällt und gewiss auch überzeichnet. Im Anschluss daran (III.) behandle ich die Frage nach Erklärungen für dieses Charakteristikum der Staatsrechtslehre, erörtere zu diesem Zweck eine Hypothese, die Joseph H. H. Weiler vor einigen Jahren hierzu aufgestellt hat, und setze ihr eine alternative Erklärung entgegen. Abschließend (IV.) wende ich mich wieder dem zuvor aufgebauten Gegensatz zwischen Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre zu und deute ihn als Ausdruck unterschiedlicher Legitimationskonzepte in beiden Disziplinen.

Der Text wurde erstmals Ende 2002 im Rahmen der hier dokumentierten Reihe von Workshops vorgestellt und bereits 2003 an anderer Stelle veröffentlicht.<sup>2</sup> Die vorliegende Fassung ist leicht überarbeitet und mit deutlich ausführlicheren Nachweisen versehen. Die Gedankenführung dagegen ist in ihrer ursprünglichen Form belassen, einschließlich der Bezugnahmen auf den damals aktuellen Diskussionsstand.

Gewiss hat sich in den seither vergangenen drei Jahren einiges getan. Insbesondere der Vorschlag eines Verfassungsvertrags für die Europäische Union und dessen vorläufiges Scheitern haben eine Vielzahl von Stellungnahmen generiert, und vielleicht zeichnet sich der eingangs erwähnte Wandel der herrschenden Paradigmen in der deutschen Staatsrechtslehre inzwischen bereits deutlicher ab. Jedenfalls würde die Skizze zum Meinungs-

1 Der Staat 43 (2004), S. 161 ff. Den Rahmen bildet Lepsius' Rezension zu: van Ooyen, Der Staat der Moderne – Hans Kelsens Pluralismustheorie. Das Zitat findet sich auf S. 162.

2 Leviathan 31, S. 345 ff. Von der vorbildlichen redaktionellen Betreuung Bodo von Greiff's hat der Text sehr profitiert, ebenso wie zuvor von den zahlreichen kritischen Stellungnahmen und Anregungen seitens der Teilnehmer des entsprechenden Workshops. Bei der jüngsten Überarbeitung schließlich hat Claudia Mayer mich unterstützt. Ihnen allen bin ich dafür sehr dankbar – und für die verbliebenen Unzulänglichkeiten natürlich allein verantwortlich.

bild heute anders ausfallen, sodass der damals schon konstruierte Gegensatz zwischen Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre aus gegenwärtiger Perspektive wohl noch stärker ins Karikaturistische spielt.

Aber das sind Fragen der Verpackung, nicht des Inhalts. Denn der Befund konkurrierender Legitimationskonzepte ist unverändert aktuell, und dasselbe gilt für das Anliegen, den Konnex zwischen Einheitsbegriff und einem auf Konsistenz beruhenden Legitimationskonzept hervorzuheben. Vielleicht ist es insofern legitim, weiterhin die alten Schläuche zu verwenden, um den nun auch nicht mehr ganz neuen Wein zu präsentieren.

## I. Legitimation ohne Staat?

Der Staat, bisher das Zentrum der politischen Macht, ist im Begriff, diese Position einzubüßen. So die Diagnose, wie sie aus einer Fülle von Studien aus den sozialwissenschaftlichen Disziplinen hervorgeht und mittlerweile in fast ebenso zahlreichen Metazerzählungen verbreitet wird.<sup>3</sup> Neue Paradigmen greifen Platz. Von polyzentrischen Netzwerken ist die Rede, von Heterarchien,<sup>4</sup> und man macht sich daran, die unter diesen Bedingungen entstehenden neuen Steuerungsstrukturen und -techniken zu erforschen.<sup>5</sup>

Wenn die politische Macht zerfließt, dann kann es nicht ausbleiben, dass auch die gängigen Konstruktionen zu ihrer Legitimation in Frage gestellt werden. Sofern es nämlich inzwischen tatsächlich mehrere Machtzentren gibt, genügt es offensichtlich nicht mehr, wenn nur eines von ihnen, der Staat, legitimiert ist. – Und schon ist es an die Wand gemalt, das Legitimationsdefizit, einer der meist beschworenen Zeitgeister.

Gar zu bedrohlich erscheint die Situation indes nicht, jedenfalls nicht, wenn man nach den Reaktionen der beiden wohl primär zuständigen Wissenschaften urteilt, also nach den Reaktionen von Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre. Denn dort scheint man durchaus zuversichtlich im Umgang mit dem Legitimationsproblem. Das gilt insbesondere, wenn man die gegenwärtigen Diskussionen um die Europäische Einigung betrachtet, also den hier und heute wichtigsten Anwendungsfall für die Polyzentrismusdiagnose und die daraus folgenden Legitimationsfragen.

3 Vgl. etwa Albrow, Abschied vom Nationalstaat, Frankfurt 1998; Beck, Was ist Globalisierung, 5. Auflage, Frankfurt/Main 1998; Butterwege/Kutscha/Berghahn (Hrsg.), Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat?, Baden-Baden 1999; Beisheim/Dreher/Walter/Zangl/Zürn, Im Zeitalter der Globalisierung, Baden-Baden 1999; van Creveld, The Rise and Decline of the State, Cambridge 1999; Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, 3. Auflage, München 2002; Voigt, Des Staates neue Kleider, Baden-Baden 1996; Willke, Atopia, Frankfurt 2001; ders., Supervision des Staates, Frankfurt 1999; Wolf, Die Neue Staatsräson, Baden-Baden 2000; Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaates, Frankfurt/Main 1998; der Verf. verzichtet in dieser Auswahl bewusst darauf, eine Grenze zwischen Metazerzählung und Einzelstudie zu ziehen.

4 Mit Heterarchie ist hier nicht, wie es auf den ersten Blick vielleicht nahe läge, „Fremdherrschaft“ gemeint (so insbesondere auch Duden, Das große Fremdwörterbuch, Mannheim 2000). Vielmehr wird der Begriff als Gegenbegriff zu „Hierarchie“ gebraucht, also im Sinne eines Zustandes einer auf viele Stellen verteilten Macht, einer Neben- statt Überordnung.

5 Vgl. dazu statt vieler Héritier/Stolleis/Scharpf (Hrsg.), European and International Regulation After the Nation State – Different Scopes and Multiple Levels, Baden-Baden 2004.

## 1. „Die“ Politikwissenschaft

In der Politikwissenschaft verbreitet der Polyzentrismus keine Schrecken mehr. Längst ist man dabei, Auswege aus dem Legitimationsproblem zu suchen – und, wie es aussieht, auch zu finden: Wenn sich bislang eine als monozentrisch wahrgenommene (Staats-) Macht legitimieren ließ, und zwar, wie es gemeinhin wohl anerkannt war, demokratisch, also durch Rückführung der Macht auf das Volk, was läge dann näher, als für die nunmehr polyzentrisch aufgefasste Macht genauso zu verfahren, sie also auf die jeweiligen *demoi*<sup>6</sup> rückzubinden? Dementsprechend findet sich denn auch unter dem Begriff „multiple *demoi*“ oder ähnlichen Stichworten eine Fülle von neueren Arbeiten, die diesen Grundgedanken teilen.

Selbstverständlich gibt es Variationen. Insbesondere lassen sich zwei Richtungen unterscheiden. Da sind zum einen die – buchstäblich bodenständigen – Ansätze, welche nach Legitimationsmodellen für das Neben- und vor allem Ineinander weiterhin räumlich definierter politischer Gemeinschaften suchen.<sup>7</sup> Zum anderen gibt es jene avantgardistischeren Ansätze, deren Modelle sich von jeder Territorialität lösen und stattdessen „sektorale *demoi*“ im Blick haben.<sup>8</sup> Doch ungeachtet dieser Divergenzen gehen sie übereinstimmend der einen zentralen Frage nach, auf welche Weise in den neuen *demoi* – ganz wie ehemals im demokratischen Staat – Information, Mitsprache und Mitentscheidung der Betroffenen institutionalisiert werden können.

Zwar lässt sich ein *demos*, und sei es auch nur einer von mehreren, nicht einfach aus dem Boden stampfen – überdies: aus welchem? Und so sind die Lösungsmodelle bisher weder umfassend noch konkret. Aber die Diskussion ist ja noch jung, sodass durchaus Anlass für Zuversicht besteht, dass sich neue Welt und alte -anschauung, dass sich Polyzentrismus und demokratische Legitimationsanforderungen eines Tages werden in Einklang bringen lassen.

- 6 Während in diesem einleitenden Abschnitt die Begriffspaare „Volk/Völker“ und „*demos/demoi*“ noch synonym gebraucht sind, wird im darauf folgenden Abschnitt ein differenzierendes Verständnis zugrunde gelegt werden, das mit „*demos*“ das rechtlich verfasste „Volk“ bezeichnet, während „Volk“ den in rechtlichen Bezugnahmen mitunter vorausgesetzten Anknüpfungspunkt einer sozio-kulturell konstruierten Gemeinschaft meint; vgl. näher zu dieser Konstruktion sogleich unter II.
- 7 Vgl. Zürn, Über den Staat und die Demokratie im europäischen Mehrebenensystem, Politische Vierteljahresschrift 37. Jg. (1996), S. 27 ff.; auch Helds grundlegende Gedanken, vgl. etwa Rethinking Democracy – Globalization and Democratic Theory, S. 59 ff. in: Streeck (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie, Frankfurt 1998, gehen von einer weiterhin territorialen Anbindung der die nationalstaatliche Ebene ergänzenden Institutionen demokratischer Selbstbestimmung aus. Für einen breiten Überblick über die demokratietheoretische Debatte vgl. Wolf, Fn. 3, S. 177 ff. (insbesondere S. 204 ff.).
- 8 Abromeit, Democracy in Europe – legitimising politics in a non-state-polity, Oxford, 1998; Frey, Ein neuer Föderalismus für Europa – Die Idee der FOCJ (Functional, Overlapping, Competing Jurisdictions), Tübingen 1997; für eine kritische Darstellung dieser Ansätze vgl. wieder Wolf, Fn. 3, insbesondere S. 182 ff.

## 2. „Die“ Staatsrechtslehre

Zuversicht breitet sich auch im deutschen Staatsrecht wieder aus. Lange, so hatte man den Eindruck, war Unbehagen das vorherrschende Gefühl. Das ist ja auch verständlich für eine Wissenschaft, die um ihren Gegenstand bangt.

Freilich ist man zu keinem Zeitpunkt bloß schicksalsergeben gewesen. Die Polyzentrismus-These in ihrer starken Form, d. h. als Dia- oder meist noch Prognose weltweit diffuser Herrschaftszentren, ließ und lässt sich bestreiten oder auch einfach ignorieren.<sup>9</sup> Selbst bei der europäischen Integration und dem damit einhergehenden (national-)staatlichen Machtverlust konnte man sich lange damit behelfen, die juristische Gedankenwelt gegen derlei äußere Irritationen abzuschotten – das Privileg offensichtlich einer nicht empirischen Wissenschaft. Aber auch das kennt Grenzen. Inzwischen ist es schlicht nicht mehr plausibel, Europa als Staatenbund zu begreifen, dessen Rechtsetzung, -sprechung und -anwendung zurückzuführen ist auf eine zwar residuale, aber letztlich doch ungebrochene Souveränität der ihn konstituierenden Nationen.<sup>10</sup>

Wie aber sonst ließe sich der *status quo* fassen? Gewiss, man hat neue Begriffe kreiert, wie die allerdings hohl gebliebene Worthülse des „Staatenverbundes“.<sup>11</sup> Oft ist die Eigenart jenes Herrschaftsverbandes „*sui generis*“ hervorgehoben worden; und man hat sich unablässig bemüht, den schillernden Begriff der „Supranationalität“, über die bloße Beschreibung des jeweils aktuellen Standes der europäischen Integration hinaus, auch mit normativem Gehalt zu füllen<sup>12</sup> (vielleicht findet die Rechtswissenschaft so am Ende doch noch zu einem empirischen Selbstverständnis). Aber es ist keine neue Theorie in Sicht, welche die wachsende Kluft zwischen europäischen Herrschaftsbefugnissen und weiterhin primär nationaler Demokratie zu überbrücken vermöchte. Und wie sollte eine solche

9 Symptomatisch ist – um ein Beispiel der „starken Polyzentristenthese“ herauszugreifen –, wie selten die Arbeiten von Willke, vgl. oben Fn. 3, in Bibliographien staatsrechtlicher Autoren Erwähnung finden.

10 Vgl. aber Hillgruber, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, S. 1072 ff., der ein flammendes Plädoyer dafür hält, an dieser Deutung festzuhalten, zur Not offenbar auch kontraktisch, denn „Souveränität“ sei „kein in der Außenwelt sozialer Tatsachen wahrnehmbares Faktum“, frage – und hier zitiert Hillgruber aus Di Fabio, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998 – „als Rechtsbegriff ... nicht nach dem Sein der Staatspraxis, sondern nach dem Sollen im Konfliktfall“. Man ist versucht, ihm ebenfalls mit Di Fabio, ebda., S. IV, entgegenzuhalten, dass „Bilder des Seienden ... auch in normativen Systemen keine reinen, keine willkürlichen Konstruktionen“ sind. Sie „verlieren ... ihre Überzeugungskraft, wenn der Widerspruch zur wahrgenommenen ‚Realität‘ unübersehbar wird“.

11 Der Begriff wird dem ehemaligen Bundesverfassungsrichter Paul Kirchhof zugeschrieben; vgl. BVerfGE 89, 155, 188, 213. Dass es der „allgemeinen Staatslehre ... Phantasie“ abverlangt würde, „die Alternative von Bundesstaat und Staatenbund zu überwinden“ und den Begriff des Staatenverbundes mit Inhalt zu füllen, hat Kirchhof selbst schon früh betont; vgl. Deutschland in der Staatengemeinschaft, § 183 Rn. 68 f., in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts Band VII, Heidelberg 1992 – der relevante Teil des Titels dieses Bandes lautet bezeichnenderweise „Internationale Beziehungen“.

12 Vgl. aus jüngerer Zeit von Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, Tübingen 2000; ders., Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, Baden-Baden 1999; Schroeder, Gemeinschaftsrechtssystem, Tübingen 2002; ähnlich wie hier die Bewertung des Diskussionsstandes bei Denninger, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, S. 1121 ff. (1124).

Theorie auch erdacht werden, wenn sich einem der Betrachtungsgegenstand ständig unter den Fingern weg verändert?<sup>13</sup>

Doch inzwischen scheint es, als müsse man nicht länger im Dunkeln tappen. Denn kaum ist das Bild des europäischen Staatenbundes am Horizont verblasst, da erhebt sich, umgeben von einer Wolke wohliger Vertrautheit, auch schon ein neuer Leitstern am Firmament: der Bundesstaat. Spätestens seit der Berliner Rede von Joschka Fischer ist diese Vision vom Makel des Utopismus befreit.<sup>14</sup> Und trotz aller Zweifel an ihrer Erreichbarkeit – insbesondere der Sorge um die Grenzen der rechtlichen und sozialen Integrationsfähigkeit –, trotz aller Einwände gegen sie – aus Binnenperspektive vor allem die Furcht vor kultureller Einebnung, von außen die vor einer *Fortress Europe* –, trotz alledem übt diese Vision offenbar einen besonderen Reiz auf deutsche Staatsrechtler aus.

Ganz unverständlich ist das nicht. Denn mit diesem Ziel im Blick braucht die *terra incognita* zwischen Staatenbund und Bundesstaat nicht mehr erschlossen, sondern nurmehr durchschritten zu werden – und das am Besten zügig. Endlich kann man sich daran machen, das Europa der Zukunft zu konzipieren, wenn auch nur aus den Versatzstücken des Altbekanntes.<sup>15</sup> Kein Wunder also, mit welchem Elan die Diskussionen um Grundrechtscharta und Kompetenzkatalog, ja um eine Europäische Verfassung derzeit betrieben werden.<sup>16</sup> Endlich wieder ein Heimspiel, sozusagen, für die deutschen Staatsrechtler.

Zuversicht also, wohin man sieht. Und wer wollte sie stören, noch dazu, zumal sie so viel wissenschaftliche Dynamik freisetzt? Zwar bedarf es nicht viel, um zu erkennen, dass diese Dynamik in Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre in durchaus unterschiedliche Richtungen weist: Pluralisierung, Polyzentrismus, „Demoikratie“ auf der einen Seite, Integration, Einheit, Bundesstaat auf der anderen.

Aber das braucht kein Problem zu sein. Sicher können beide Denkrichtungen auf absehbare Zeit weiter koexistieren als alternative Interpretationen ein und derselben

13 Fast klagend liest sich der entsprechende Befund bei Di Fabio, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998, S. 141: „Pendelte sich der verfassungsrechtliche Status des Staatenverbundes für längere Zeit auf dem Niveau einer staatlich-überstaatlichen Äquilibrium ein (...), so könnte man darangehen, eine Theorie des Staatenverbundes zu verallgemeinern (...). Im besten Hegelschen Sinne könnte der rational stärker durchdrungene und rechtsstaatlich stärker disziplinierte Staatenverbund die abgrenzungsscharfen Elemente der modernen Staatsidee und die integrativ angelegten überstaatlichen Strukturen zum Ausgleich bringen.“

14 Diese Rede „Vom Staatenbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der Europäischen Integration“ vom 12.5.00 ist erhältlich unter [www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/symp.html](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/symp.html).

15 Eine Auflistung dieser Versatzstücke sowie eine Skizze, wie sie zusammengefügt werden könnten, findet sich bei Di Fabio, Fn. 13, S. 132 ff.

16 Zur Grundrechtscharta vgl. aus der schier unüberschaubaren Menge an Beiträgen Di Fabio, Eine europäische Charta, JZ 2000, S. 737 ff.; Hilf, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, Sonderbeilage S. 5 ff. Zur Diskussion um einen Kompetenzkatalog vgl. die differenzierte Stellungnahme von Lorz, Kompetenzen sind der Schlüssel, FAZ vom 25.10.01 S. 9. Zur Verfassungsdebatte vgl. das Plädoyer von Habermas, Warum braucht Europa eine Verfassung? in: DIE ZEIT vom 28.6.01, S. 7. Noch vor wenigen Jahren herrschte in diesem Punkt ein deutlich skeptischerer Ton, vgl. etwa die Stellungnahmen von Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, München 1995; ähnlich im Tenor auch Offe, Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine Europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration, S. 99 ff. in: Streeck, (Fn. 7).



Realität eines europäischen Mehrebenensystems. Wahrscheinlich könnte aus einer solchen Zweigleisigkeit sogar ein kreatives Potential für die künftige Entwicklung erwachsen – vorausgesetzt vielleicht, dass die Diskurse nicht bloß nebeneinander her laufen, sondern eine Auseinandersetzung stattfindet.

Dementsprechend wird es im Folgenden auch nicht darum gehen, wer Recht bekommen wird oder sollte. Vielmehr soll nach den Ursachen des „Unvernehmens“<sup>17</sup> zwischen beiden Disziplinen gefragt werden. Ausgangspunkt der Erwägungen wird die Frage sein, warum sich eine große Zahl staatsrechtlicher Autoren in Deutschland nicht recht anfreunden kann mit der Idee multipler *demoi*.

## II. Die Wurzeln des Unbehagens

Woher also rührt das Unbehagen der deutschen Staatsrechtslehre an der Vorstellung multipler *demoi*? Auseinandersetzungen über diese Frage gibt es selten. Wenn der staatsrechtliche und der politikwissenschaftliche Diskurs überhaupt einmal aufeinander bezogen werden, steht diese Frage regelmäßig nicht im Vordergrund.

### 1. Eine „völkische“ Demoskonzeption?

Eine Ausnahme bildet der Aufsatz, den Joseph H. H. Weiler 1995 unter dem Titel „The State ‚über alles‘“<sup>18</sup> veröffentlicht hat. Er befasst sich kritisch mit der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, daneben auch mit den Veröffentlichungen einiger führender deutscher Staatsrechtler.<sup>19</sup> Vor allem bemängelt Weiler deren Unfähigkeit<sup>20</sup> oder gar Weigerung,<sup>21</sup> Demokratie unter Bedingungen multipler *demoi* zu denken. „*Demos*“ werde gleichgesetzt mit „Nation/Volk“,<sup>22</sup> wobei dem Begriff „Volk“ ein Homo-

17 Zu diesem Begriff vgl. Rancière, Das Unvernehmen (im Original „La Mésentente“), Frankfurt/Main 2002; für Rancières Begriffsbestimmung vgl. insbesondere S. 9–12. Im vorliegenden Zusammenhang soll der Begriff das Aneinandervorbeilaufen von politikwissenschaftlichem und staatsrechtlichem Diskurs, das Fehlen eines Einvernehmens hinsichtlich nicht nur der Lösungen, sondern bereits der Problemstellungen bezeichnen. Ein wesentlicher Unterschied zu Rancières Verständnis liegt darin, dass bei ihm eine Herstellung von Einvernehmen wohl ausschiede. Hier dagegen geht es darum, die Ursachen des Unvernehmens zu identifizieren, um es nach Möglichkeit abzubauen.

18 Vgl. Weiler, Der Staat ‚über alles‘ – Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Der Text ist auf Deutsch veröffentlicht in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, Band II, S. 1651 ff., sowie im Internet unter [www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9507ind.html](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9507ind.html), auf Englisch unter [www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9506ind.html](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/95/9506ind.html). Der leichteren Verfügbarkeit wegen wird im Folgenden aus dem Internet zitiert, und zwar, soweit nichts anderes vermerkt ist, die deutsche Fassung.

19 Unter anderem zitiert er aus Publikationen von Di Fabio, Isensee, Kirchhof und Ossenbühl, vgl. bei Weiler Fn. 15.

20 S. 13: „Bemerkenswert ist (...) die Unfähigkeit, sich eine Entität mit mehreren nebeneinanderstehenden Identitäten vorzustellen.“ (Hier sind deutsche und englische Fassung nicht identisch – eine entsprechende Passage enthält die englische Fassung an dieser Stelle nicht.)

21 Vgl. direkt im Anschluss an die zuvor zitierte Stelle: „Polyzentrisches Denken ist offensichtlich inakzeptabel.“

22 Nach einer knappen Darstellung der Inhalte, die mit diesen Begriffen in den von ihm kommentierten Diskursen verbunden werden, gebraucht Weiler „Volk“ und „Nation“ weitgehend synonym. Offenkundig ist das z. B. auf S. 16, wo er beide Begriffe in der Form „Volk/Nation“ nebeneinander stellt.

genität voraussetzendes, „organisches“, „ethno-kulturelles“ Verständnis zugrunde gelegt werde. Diese „Weltsicht“, so Weiler weiter, sei dieselbe, die den nationalistischen Exzessen dieser wie früherer Tage zugrunde liege. Explizit bezieht er sich auf ethnische Säuberungen, und er zitiert ausführlich aus Carl Schmitts Vorkriegs-Werken.<sup>23</sup> Dabei liegt in Weilers Augen das Unheilvolle nicht in der „Idee“, nicht „in der Mischung“ von „Volk und Staat“ selbst, sondern in ihrer quasi-religiösen Verabsolutierung.<sup>24</sup> Umgekehrt bestehe die große Chance, die eine alternative Konzeption der EU als einer Gemeinschaft multipler, ko-existenter *demos* biete, gerade darin, dass sie einer solchen Verabsolutierung entgegenwirke.

Auch wenn Weiler den Bundesverfassungsrichtern explizit keine Affinität zu den genannten nationalistischen Exzessen unterstellt, handelt es sich offensichtlich um eine harsche, unverblümete Kritik, die gerade in Deutschland ins Mark treffen musste. Doch trifft sie auch zu? Muss, verkürzt gesagt, Nationalist sein, wer gegen multiple *demos* ist? Und wäre damit auch die Wurzel des Unbehagens mit der Idee multipler *demos* offengelegt?

## 2. Zur „Mischung aus Volk und Staat“

Auf den ersten Blick ist die These vom verborgenen Nationalismus durchaus plausibel. Dies gilt umso mehr, als sie zu einer Zeit aufgestellt wurde, als die wichtigsten Stimmen im deutschen Staatsrecht dem auch damals schon verbreiteten Unbehagen noch mehrheitlich in Richtung Staatenbund zu entfliehen suchten – durch eine (Rück-)Besinnung auf den *National*-Staat also. Aber bedeutet das nicht umgekehrt, dass der Vorwurf inzwischen überholt ist, jetzt, da man scharenweise im Begriff ist, sich dem europäischen Bundesstaat zu verschreiben? Andererseits – woher dann die fortdauernde Aversion gegen multiple *demos*? Kann man vielleicht selbst dann noch Nationalist sein, wenn man von einem europäischen (Vielvölker-)Bundesstaat träumt? Oder steckt hinter der Aversion – so Weilers Andeutung von der „Mischung von Volk und Staat“ – vielleicht nicht (allein) Nationalismus, sondern auch (eine Prise) Etatismus?<sup>25</sup>

Bei näherer Betrachtung wird vor allem klar, dass es noch einiges zu klären gibt.

### a) Multiple Nationalismen?

Was genau ist die „Weltsicht“, die als „Nationalismus“ bezeichnet wird? Schon ein kursorischer Blick in die Literatur zeigt, welch unterschiedliche Inhalte und Konnotationen sich mit diesem Begriff verbinden, welch breites Spektrum an normativen Positionen und kollektiven Selbstverständnissen sich dahinter verbirgt.<sup>26</sup> Sucht man einen gemein-

23 S. 23 f.

24 S. 27; wörtlich spricht Weiler von einem „normativen Verständnis, das nationale Selbst-Identität – identifiziert mit dem Staat und seinen Organen – sehr tief in der Seele verankert sehen will, an einem Platz, der vormals der Religion gehörte“.

25 Zu dieser Verknüpfung, also zur „Kongruenz von Staat und Nation“ als einem „Prinzip des Nationalismus“ vgl. Gellner, *Nations and Nationalism*, Oxford 1983, S. 134.

26 Von den zahlreichen Arbeiten mit „Klassikerstatus“ vgl. aus den letzten Jahren Gellner, Fn. 25; Hobsbawm, *Nations and Nationalism since 1780*, Cambridge 1990; Smith, *Nationalism and*

samen Nenner für die gemäßigten und radikalen Nationalismen, für die Nationalismen verschiedener Epochen und Nationen, so ist das Ergebnis zunächst unvermeidlich abstrakt. Allesamt gehen sie davon aus, dass es über familiäre Gemeinschaften hinaus noch weitere und größere Gemeinschaften von Menschen gibt, die in besonderer Weise miteinander verbunden und einander verpflichtet sind.

Was aber macht die besondere Verbindung aus?<sup>27</sup> Ist es eine „ethno-organische“ (um wenigstens nicht „rassisch“ sagen zu müssen), geht es um Kultur und Geschichte, um die Sprache oder schlicht um gemeinsame Werte?<sup>28</sup> Und worin besteht die besondere Verpflichtung, insbesondere in Abgrenzung gegenüber jenen Pflichten, die man allen anderen Menschen schuldet?<sup>29</sup> Muss man sich von seinen Mitbürgern („Landsleuten“ oder gar „Volksgenossen“) überstimmen lassen, muss man materielle Opfer für sie bringen oder nötigenfalls gar für sie sterben? Und wie weit reichen demgegenüber die – universellen<sup>30</sup> – Pflichten gegenüber anderen als den Mitbürgern?

Es fiel nicht schwer, anhand dieser Kriterien verschiedene Varianten des Nationalismus zusammenzusetzen und sie normativen Positionen oder nationalen Selbstverständnissen dieser oder vergangener Tage zuzuordnen. Auch ließen sie sich in einer groben Skala unterbringen, an deren einem Ende sich die rassistischen Exzesse Nazi-Deutschlands fänden, am anderem vielleicht das heute verbreitete Ideal eines universalistisch-multikulturellen Verfassungspatriotismus.<sup>31,32</sup>

Modernism, London 1998; Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, (revised edition) London 1991; mit einem interessanten Plädoyer für eine gemäßigte Form des Nationalismus Miller, *On Nationality*, Oxford 1995; aus der neueren deutschsprachigen Literatur vgl. insbesondere Wehler, *Nationalismus*, München 2001 (mit einem sehr hilfreichen Literaturüberblick S. 116 ff.).

- 27 Die Bezüge zur sog. „Kommunitarismus-Debatte“ sind augenfällig. Einen Überblick vermittelt Honneth (Hrsg.), *Kommunitarismus – eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt 1993; bemerkenswert im gegebenen Kontext vor allem der Beitrag von MacIntyre, *Ist Patriotismus eine Tugend*, S. 84 ff.; vgl. auch den grundlegenden Text von Walzer, *Mitgliedschaft und Zugehörigkeit*, abgedruckt z. B. auf S. 65 ff. in ders., *Sphären der Gerechtigkeit*, Frankfurt/Main 1994.
- 28 Speziell zur Frage der möglichen Grundlagen einer europäischen Identität vgl. Kocka, *Wo liegt du, Europa?* in: *DIE ZEIT* Nr. 49 vom 28.11.2002, S. 11.
- 29 Hier wird der Bezug zur „special duties“-Diskussion deutlich, also zur Frage, ob es über die universell geltenden moralischen Pflichten hinaus auch noch weitergehende gibt, die man nur bestimmten Menschen gegenüber hat. Vgl. dazu die Dokumentation des „Symposium on Duties Beyond Borders“ in der Zeitschrift *Ethics*, Volume 98, July 1988; im gegebenen Zusammenhang vgl. insbesondere den Beitrag von Goodin, *What Is So Special about Our Fellow Countrymen?*, S. 663 ff. Hier wird der Konnex zum Diskurs um die Universalität der Menschenrechte augenscheinlich. Für ein beherztes und mitunter auch befremdliches Plädoyer gegen eine zu weitreichende Universalisierung vgl. Enzensberger, *Aussichten auf den Bürgerkrieg*, Frankfurt/Main 1996; für eine dezidierte Gegenposition vgl. Honneth, *Das Andere der Gerechtigkeit*, Frankfurt/Main 2000, S. 255 ff. (269 ff.).
- 30 Prägend zu diesem Begriff Sternberger, *Schriften – Band X Verfassungspatriotismus* (hrsg. von Haungs/Landfried/Orth/Vogel), Frankfurt am Main 1990, insbesondere S. 13 ff. Zumindest mitverantwortlich für die große Verbreitung des Begriffs dürfte ferner die Verwendung sein, die er bei Habermas gefunden hat; vgl. etwa: *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, S. 632 ff. in: ders., *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1992, insbesondere S. 642 f., 651.
- 32 Offensichtlich erreicht man an den Extrempunkten der Skala auch die Grenzen der Gebräuchlichkeit des Nationalismus-Begriffs. Im deutschen Sprachgebrauch scheinen die Grenzen – nachvollzieh-

Für den gegebenen Zusammenhang bedeutet dies zunächst, dass Nationalismus eine gar zu breite Kategorie ist. Selbst jene Theoretiker, die sich Europa als bloße Wertegemeinschaft vorstellen, angereichert womöglich um entsprechend zu erneuernde historische und kulturelle Mythen,<sup>33</sup> selbst sie könnten noch als Nationalisten gelten. Denn hätte nicht auch eine solche EU Grenzen? Blieben nicht Etliche ausgegrenzt – die Türkei zum Beispiel im Äußeren,<sup>34</sup> die Drittstaatsangehörigen<sup>35</sup> im Innern? Sogar Weilers „multiple *demos*“-Vision für Europa wurde schon als nationalistisch kritisiert.<sup>36</sup> Für die Propheten eines europäischen Bundesstaates dürfte das Risiko noch viel größer sein.

Es muss also weiter gefragt werden, welche Typen von Nationalismus die Gefahr der Verabsolutierung bergen. Offensichtlich ist dies der Fall für jene – eben: extremen – Beispiele, die Weiler selbst nennt. Wer alles Fremde, alles eine rassistisch konstruierte Homogenität Störende auszumerzen trachtet, wer in anderen als den „Volksgenossen“ nicht die Träger universeller Menschenrechte, sondern – mit dem Schmitt'schen Wort<sup>37</sup> – „Feinde“ sieht, der dürfte tatsächlich mit der Vorstellung multipler *demos* nicht zu recht kommen.

Aber was sagt das über die anderen, sanfteren Formen dieser „gleichen Weltsicht“? Kann man nicht Anhänger eines Nationenkonzeptes sein, das eine (wenn auch konstruierte) kulturelle Homogenität im weiten Sinne voraussetzt, das Solidarität ermöglichen und verlangen soll, und kann man nicht dennoch andere Gemeinschaften und deren Zugehörige achten, ja sich selbst gleichzeitig als Teil auch anderer Gemeinschaften fühlen, einer Familie, einer Gemeinde, des integrierten Europa? Es ist nicht ersichtlich, warum das nicht zusammenpassen sollte. Und bei Lichte besehen fordert Weiler selbst ja nichts

barerweise – ein wenig enger als im englischen (vgl. zum deutschen Begriffsgebrauch Wehler, Fn. 26, S. 8 ff.). Insbesondere bevorzugen für die sanfteren Formen viele den Begriff „Patriotismus“.

- 33 Vgl. dazu etwa Kocka, Fn. 28, der Bezugnahmen auf einen gemeinsamen „Kommunikationszusammenhang“ oder eine gemeinsame „Kultur“ stets „etwas konstruktivistisches“ beimisst. Sie beschrieben „nicht nur Befunde“, sondern „reflektierten auch Absichten und Entwürfe“. Gerade mit Bezug auf die Entstehung der Nationalstaaten gibt es eine schier unüberschaubare Fülle von Einzelfallstudien, welche diese Konstruiertheit zum Thema haben; vgl. dazu etwa die Sammelbände von Berding (Hrsg.), Nationales Bewusstsein und kollektive Identität, Frankfurt/Main 1994, und von Haupt/Müller/Woolf (Hrsg.), Regional and National Identities in Europe in the XIXth and XXth Centuries, The Hague 1998 sowie von Hobsbawm/Ranger, The Invention of Tradition, Cambridge 1983; vgl. ferner die feinsinnig-ironische Illustration am Beispiel der österreichischen Nation, deren „1000-jährige Geschichte“ in den (damals) knapp 50 Jahren seit der Zweiten Republik entstanden sei, Burger, Patriotismus und Nation, Leviathan 1994, S. 161 ff. Relativierend gegenüber einer allzu konstruktivistischen Sicht Smith, Fn. 26, der daran erinnert, dass Konstruiertheit nicht zu verwechseln sei mit beliebiger Konstruierbarkeit (S. 130 f.); ähnlich Wehler, Fn. 26, S. 36 f.
- 34 So zumindest der bisherige Stand, wobei die Diskussion um einen späteren Beitritt freilich völlig offen ist; vgl. auch dazu Kocka, Fn. 28, der sich dezidiert dagegen ausspricht, einen Einbezug der Türkei zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Betracht zu ziehen.
- 35 Insbesondere das Sozialrecht ist ein wichtiges Medium dieser Ausgrenzung im Innern; vgl. dazu von Maydell/Schulte (Hrsg.), Treatment of third-country nationals in the EU and EEA member states in terms of social security law, Leuven 1995; für eine breitere Bestandsaufnahme vgl. Laubach, Bürgerrechte für Ausländer und Ausländerinnen in der Europäischen Union: Unionsbürger und Drittstaatsangehörige – Ein Vergleich, Baden-Baden 1999.
- 36 So Barber, Citizenship, nationalism and the European Union, European Law Review 27 (2002), S. 241 ff. (253 ff.).
- 37 Vgl. Der Begriff des Politischen, 6. Auflage, 4. Nachdruck der Ausgabe von 1963, Berlin 1996, insbesondere S. 26 f.

anderes. Die Nationen Europas sollen „thick and organic“ bleiben, aber eben „in Schach gehalten“ von einer weiteren auf Werte gegründeten und ebenfalls Loyalität beanspruchenden Gemeinschaft.<sup>38</sup> Kurz: Diesseits seiner extremen Ausprägungen lässt Nationalismus multiple *demoi* offenbar zu. – Und die Suche nach den Wurzeln des Unbehagens geht weiter.

## b) Ein Volk, viele *demoi*?

Mehrere Völker, ein *demos* – das ist also in den Augen vieler Beobachter denkbar. Und wie ist es umgekehrt, passen mehrere *demoi* in ein Volk? Auf der Hand liegt das Beispiel des früher geteilten Deutschland: ein Volk,<sup>39</sup> aber zwei Staaten, und mithin auch zwei *demoi*. Das illustriert, was bisher ausgeblendet war: die – zugegeben triviale – Erkenntnis, dass ein Volk, mehrere oder auch nur Teile eines solchen erst durch die Verfasstheit zum *demos* werden, also regelmäßig im Staat.

Wie jedoch sieht es innerhalb eines „verfassten Volkes“ aus? Sind auch da noch multiple *demoi* denkbar? Gerade in einem föderalen Staat wie Deutschland scheint sich auch hier die Antwort aufzudrängen. Gibt es nicht neben dem Bundes*demos* noch 16 Länder*demoi*, von den Gemeinden ganz zu schweigen? Schließlich haben wir auch in den Ländern rechtlich verfasste Gemeinschaften mit einer – wenn auch begrenzten – Regelungsmacht.

Zwar können sich Staatsrechtler trefflich darüber streiten, ob es sich bei den deutschen Bundesländern, gemessen an der klassischen Trias „Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt“, um Staaten handelt.<sup>40</sup> Aber da geht es um das dritte Kriterium: Meint Staatsgewalt ungebrochene Souveränität, oder darf sie auch beschränkt sein?<sup>41</sup> „Staatsgebiet“ hakt man dagegen ohne weiteres ab – und ebenso „Staatsvolk“, was man hier wohl mit *demos* gleichsetzen darf.<sup>42</sup> So betrachtet, wäre die Konzeption multipler *demoi* bundesstaatlicher Alltag und für die deutsche Staatsrechtslehre weder neu noch unbehaglich.

Altbekannt schiene diese Konzeption überdies nicht einmal nur in ihrer „bodenständigen“ Variante, also jener territorialen Form, die weiterhin am Kriterium des

38 Weiler, Fn. 18, S. 28 (bzw. S. 23 f. der an dieser Stelle spürbar authentischeren englischen Fassung).

39 So sahen es jedenfalls die späten Leipziger Montagsdemonstranten.

40 Vgl. ausführlich dazu Barschel, Die Staatsqualität der deutschen Länder, Heidelberg 1982; vgl. die einschlägigen Passagen in Jeckel, Die Staatlichkeit Deutschlands in der Europäischen Union aus verfassungsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, Köln 1997, insbesondere S. 7, 30–36.

41 Vgl. darstellend hierzu Isensee, § 98, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, Rn. 64 ff., in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Heidelberg 1990. Er selbst hält diesen Streit für fruchtlos und tritt stattdessen dafür ein, im Fall der Länder die Frage nach der Staatsqualität unabhängig vom ansonsten gültigen Kriterium der Souveränität und stattdessen nach dem Grundgesetz immanenten Kriterien zu entscheiden. Das Problem, dass das Grundgesetz die „Staatlichkeit“ der Länder festschreibt, ohne ihnen Souveränität gewähren zu können, wäre damit offensichtlich entschärft. Über diesen Kontext hinaus wäre mit einer so abgeleiteten Qualifikation der Länder als „Staaten im Sinne des Grundgesetzes“ dann freilich nichts ausgesagt.

42 Kritisch zu dieser auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gängigen Gleichsetzung Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, S. 61 ff. (63).

(Staats-)Gebiets festhält.<sup>43</sup> Den Schrecken des Unbekannten verlören vielmehr selbst die zuvor als avantgardistisch apostrophierten Ansätze in der Politikwissenschaft, die auch sektoral definierte *demoi* kennen.<sup>44</sup> Denn auch das, so will es scheinen, haben wir ja schon lange. Um was sonst sollte es sich handeln bei den Formen kollektiver Selbstbestimmung, wie wir sie etwa im Rahmen der Tarifautonomie, der Sozialversicherung, auch der betrieblichen Mitbestimmung kennen? Anhand sachlicher Kriterien definierte Gemeinschaften treffen in rechtlich verfasster Form verbindliche Regelungen in sie betreffenden Angelegenheiten. Nicht umsonst spricht man in diesem Zusammenhang von *demokratischer* Selbstverwaltung, von *Wirtschaftsdemokratie* etc.

Kommunale, regionale, nationale und daneben auch noch sektorale *demoi* – multipler geht es kaum mehr. Da sollte man meinen, dass es auf einen weiteren, auf den europäischen *demos* auch nicht mehr ankommt. Und doch scheint es etwas anderes zu sein, solange die *demoi* allesamt innerhalb eines Staates sind. Warum?

### c) E pluribus unum – der Staat als einheitsstiftende Klammer

Bei den überkommenen Formen multipler *demoi* gibt es eine Rangfolge. Sie lassen sich allesamt zurückführen auf den nationalstaatlichen *demos*, sind insofern von ihm abhängig, stehen auf niederer Stufe. So sind den Bundesländern zwar bestimmte Regelungskompetenzen – manche sagen: ihre Staatlichkeit – garantiert. Aber der Garant ist der Bund, dessen Grundgesetz die Garantie expliziert und zugleich Organisation und Komposition dieser *demoi* im *demos* beeinflusst.<sup>45</sup> Für die Kommunen gilt im Wesentlichen dasselbe – auch ihre Autonomie garantiert ihnen der Bund.<sup>46</sup>

Ebenso findet die Tarifautonomie nur von Gnaden des Grundgesetzes statt, dessen Art. 9, gelesen mit ein wenig Phantasie und unter Zuhilfenahme des Tarifvertragsgesetzes,<sup>47</sup> nicht nur die Existenz dieser Autonomie zur eigenverantwortlichen Rechtsetzung sichert und begrenzt, sondern wiederum auch die Komposition und Organisation der Rechtsetzenden bestimmt. Ähnlich ist die Situation bei den anderen Beispielen sektoraler *demoi*, die zuvor erwähnt wurden. Sowohl die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung als auch die betriebliche Mitbestimmung haben bundesgesetzliche Grundlagen.<sup>48</sup> Zwar ist es hier mit der Verankerung im Grundgesetz etwas schwieriger. Aber dieses Problem kann zunächst noch ausgeblendet bleiben. Denn solange es eine Norm des Bundes ist, aus der sich der untergeordnete *demos* ableitet, kommt es im gegebenen Zusammenhang auf deren Rang in der Normenhierarchie nicht an.

43 Vgl. oben Fn 7.

44 Vgl. oben Fn. 8.

45 Vgl. insbesondere den Grundsatz der Landeszuständigkeit in Art. 30 ff. GG sowie die Strukturvorgaben in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG.

46 Zu den einschlägigen Vorgaben im GG vgl. Art. 28 Abs. 1 Satz 2–4 sowie Abs. 2.

47 Zu den Einzelheiten vgl. etwa die Kommentierung zu Art. 9 GG von Dieterich im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2003.

48 Namentlich in einigen Büchern des Sozialgesetzbuches sowie im Betriebsverfassungsgesetz.

Der Staat, und zwar der auf Bundesebene, fungiert hier als einheitsstiftende Klammer. Solange sich die diversen *subdemoi*<sup>49</sup> auf die Rechtsordnung dieses einen Staates zurückführen lassen, ist die Vielheit der *demoi* zusammengefasst zu einem konsistenten und geschlossenen Ganzen und offenbar nicht beunruhigend. Steht diese Geschlossenheit dagegen einmal in Zweifel, ist die Reaktion entsprechend. Beispiele sind die soeben angesprochenen Regelungsautonomien in den Bereichen Sozialversicherung und Betriebsverfassung. Die Schwierigkeiten, diese mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen, haben auch in jüngerer Zeit noch weit über tausend Seiten juristischer Erörterung generiert, darunter gleich mehrere Habilitationsschriften eigens zu diesen Legitimationsproblemen.<sup>50</sup> Das ist zwar nichts Ungewöhnliches. Was sonst wäre die Aufgabe juristischer Dogmatik, als solcherlei Problemfälle schlüssig einzuordnen in ein auf diese Weise gepflegtes, ja womöglich erst geschaffenes Gesamtbild? Aber die Intensität, mit der dieses Thema behandelt wird, zeigt auch, dass auch fernab der Fragen von Volk und Nation das Phänomen multipler *demoi* für Unruhe sorgen kann, nämlich dann, wenn die *demoi* die etatistische Einheit stören, weil sie sich nicht ohne weiteres in dieses Gesamtbild einpassen lassen.<sup>51</sup>

#### d) Etatismus als Wurzel des Unbehagens

Könnte es dann nicht sein, dass „Etatismus“ – im Sinne eines Denkens in Kategorien von (staatlicher) Einheit – zu den Wurzeln des Unbehagens auch im Fall der transnationalen *demoi*, insbesondere des Europäischen gehört? Ein Blick auf die europarechtlichen Debatten der letzten Jahre stützt diese Vermutung. Immer deutlicher tritt hervor, dass mit dem grundsätzlichen Vorrang des Europarechts vor nationalem Recht das

49 Die sprachliche Nähe zum in der juristischen Diskussion gebräuchlichen Begriff des „Teilvolkes“ (vgl. dazu etwa Isensee, Fn. 41, Rn. 45) ist offensichtlich. Dennoch hat hier das – zugegeben ungeliebte – „*subdemoi*“ den Vorzug erhalten, um der zuvor eingeführten Unterscheidung zwischen „Volk“ und „*demos*“ (vgl. dazu oben II. 2.b) Rechnung zu tragen.

50 Zum Sozialversicherungsrecht vgl. Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen 2000; Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin 2001; zum Betriebsverfassungsrecht Waltermann, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, Tübingen 1996; Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, München 1995; vgl. dazu auch unten Fn. 75 ff.

51 Manchen Autoren sind diese sektoralen *demoi* offenbar unabhängig von ihrer formellen Einordnung suspekt; vgl. hierzu insbesondere das apokalyptische Szenario, das Picker, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, S. 761 ff. (762), heraufbeschworen hat: Die Geschichte lehre, „dass Reiche zerfallen, wenn sich auf ihrem Hoheitsgebiet allzu viele Machträger tummeln (...), insbesondere (...), wenn so genannte intermediäre Gewalten übermäßig erstarken (...), die ihr Wirkungsfeld ‚zwischen‘ dem Staat und dem Individuum suchen: Solche Mächte (...) wuchern (...) nach *beiden* Seiten (und) werden folglich zur existenziellen Bedrohung“ (Hervorhebung im Original). Zuzugestehen ist Picker, dass jedenfalls die Sorge historische Vorläufer hat. Ein prominentes Beispiel ist Hobbes, für den eine große Anzahl von Korporationen das sie umgebende Gemeinwesen zu zerfressen drohe „like worms in the entrayles of a naturall man“ (vgl. Hobbes' Leviathan, Reprinted from the Edition of 1651, Oxford 1947, S. 256 f.). Dagegen kann man sich – wie nicht selten – über die „Lehren“ aus der Geschichte durchaus streiten. Für Streeck beispielsweise (Vielfalt und Interdependenz, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1987, S. 471 f.) hat sich die „Idee der Korporation als Vermittlungsinstanz, als Zwischenebene im gesellschaftlichen Aggregationsprozess, allemal als zukunftsreicher erwiesen. (...) Gesellschaft, als Makro-System, entsteht als Aggregat von Aggregaten, nicht von Individuen.“

Problem der Einheit des Rechts nur teilweise entschärft ist. Denn dieser Vorrang gilt ja nur innerhalb der Geltungsgrenzen des Europarechts, sodass der Grenzverlauf weiterhin Konfliktpotenzial birgt. Und so wird gestritten, wer die „Kompetenz-Kompetenz“ hat,<sup>52</sup> es wird erwogen, ob man eigens ein europäisches Kompetenzgericht einführen sollte,<sup>53</sup> ja allgemeiner noch, es wird gesucht nach einem „*final arbiter*“<sup>54</sup> – womit, entgegen einer vielleicht ersten Intuition, allerdings nicht das „jüngste Gericht“ gemeint ist.

Überhaupt fällt auf, mit welcher kräftiger Metaphorik das auf den ersten Blick eher reizarme Geschehen begleitet wird. „Supertanker auf Kollisionskurs“<sup>55</sup> – man stelle sich einen Kinobesucher vor, der, angelockt von dieser reißerischen Ankündigung, nicht etwa den erhofften *action thriller* zu sehen bekommt, sondern bloß, wie sich Karlsruhe und Luxemburg über Jahrzehnte hinweg nachgerade tastend miteinander arrangieren,<sup>56</sup> überdies möglichst anhand nicht eben weltbewegender Streitgegenstände wie zuletzt des Bananenkonflikts.<sup>57</sup>

Aber spricht nicht auch diese Tendenz zur sprachlichen Überhöhung dafür, dass hier Grundsätzliches auf dem Spiel steht? Dass es an den Grundfesten rüttelt, wenn – so die treffende Diagnose eines portugiesischen Europarechters – die europäische Integration die hierarchische Struktur des Rechts in Frage stellt,<sup>58</sup> wenn – in den Worten eines Urenkels der Wiener Schule – nunmehr in Europa zwei „Grundnormen“ nebeneinander Geltung beanspruchen,<sup>59</sup> kurz: wenn die Einheit des Rechts gefährdet ist?

Ist das der Grund, warum man lieber die Flucht nach vorn in den europäischen Bundesstaat antritt? Andererseits – wäre das plausibel? Ist „Einheit“ nicht ohnehin zu sehr Fiktion, ja Illusion, um eine derart tragende Funktion in den Gedankengebäuden zu übernehmen?

## e) Einheit als Fiktion

Es besteht durchaus Anlass, daran zu zweifeln. Denn was genau sollte mit Einheit gemeint sein. Gewiss, man kann den Begriff weiter eingrenzen. Im Materiellen könnte

52 Ausführlich zu den verschiedenen Dimensionen des Problems der „Kompetenz-Kompetenz“ vgl. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, S. 298 ff.

53 Vgl. dazu Goll/Kenntner, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht?, *EuZW* 2002, S. 101 ff.; auch Lorz, Fn. 16.

54 Vgl. Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?*, *Common Market Law Review* 36 (1999), S. 351 ff.; allgemein zum Problem der Kompetenzkonflikte in Mehrebenensystemen vgl. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, München 2000.

55 Vgl. Hirsch, *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*, *NJW* 2000, S. 1817 ff. (1822). Hirsch gibt diese Phrase seinerseits nur wieder und distanziert sich von ihr.

56 Vgl. hierzu insbesondere die *Solange*-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 37, 271 (*Solange I*), E 73, 339 (*Solange II*) sowie E 89, 155 (*Maastricht*).

57 Zu dessen Abschluss Mayer, *Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das Bundesverfassungsgericht*, *EuZW* 2000, 687 ff.

58 Vgl. Poirares Maduro, *We, the Court ... – the European Court of Justice and the European economic constitution*, Oxford, 1998, S. 175.

59 Vgl. dazu Grussmann, *Grundnorm und Supranationalität*, 47 ff. (59 ff.) in: von Dannwitz/Heintzen/Jestaedt/Koriath/Reinhardt (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Bonn 1993.



Einheit Konsistenz meinen, also die rationale Vereinbarkeit der innerhalb der Rechtsordnung getroffenen Entscheidungen. Etwas abstrakter könnte man Einheit als prozedurale Geschlossenheit auffassen, also als die Existenz von lückenlosen, hierarchisch zulaufenden Verfahren zur Entscheidung von Konflikten, die im Ergebnis *idealerweise* materielle Einheit herstellen, *realiter* als nächstbeste Annäherung an deren Stelle treten können. Noch eine Stufe abstrakter könnte man Einheit verstehen als die Rückführbarkeit aller Rechtsnormen auf einen einzigen Geltungsgrund, eine einzige „Grundnorm“, mit Kelsens klassischem Wort.

Aber gleich wie man sie versteht – bleibt Einheit nicht dennoch eine Chimäre? Wenn zuvor der Bund als einheitsstiftende Klammer um die vielen *subdemoi* in seinem Innern bezeichnet wurde, dann entsprach das zwar den gängigen Konstruktionen. Aber welche Realität steht dahinter? Woher sollte denn der behauptete Primat des Bundes rühren? Priorität im Sinne einer historischen Abfolge kann er offensichtlich nicht beanspruchen. Denn als der Bund, wie ihn das Grundgesetz konstituiert, die Bühne betrat, waren die anderen, vermeintlich nachrangigen *demoi* längst da.

Nicht umsonst hat Kelsen selbst gesagt, dass die „Grundnorm“, der letzte, einheitsstiftende Geltungsgrund, eine bloße Fiktion sei.<sup>60</sup> Eine Fiktion ferner, deren Plausibilität eine empirische Frage sei, die abhängt letztlich – und hier trifft sich Kelsens reine Lehre mit Schmitts kontaminiertem Dezisionismus<sup>61</sup> – von den realen Machtverhältnissen.<sup>62</sup> Und was geschieht, wenn die Macht immer weniger einheitlich, immer diffuser wird? Ist es dann nicht auch vorbei mit der einheitsstiftenden Kraft der Grundnorm – oder genauer: mit der Plausibilität dieser einheitsstiftenden Fiktion?

Auch bei einem materiellen Verständnis von Einheit als Konsistenz fällt der Befund nicht wesentlich besser aus. Denn mit stetig fortschreitender Ausdifferenzierung sind Wertungsbrüche innerhalb der Rechtsordnung ein alltägliches Phänomen, selbst in der vermeintlich einheitlichen des Staates. Mehr als eine immer weltfremdere Fiktion, als ein zwar stetig verfolgtes, aber immer ferner rückendes Ziel könnte Einheit allenfalls dann noch sein, wenn man sie im beschriebenen Sinn als prozedurale Geschlossenheit verstünde und zu verteidigen suchte. Doch auch das wäre ein schwacher Trost. Schließlich ist in dieser verfahrensorientierten Konzeption – wie angedeutet – ein gutes Stück Defätismus bereits enthalten.

60 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, S. 206.

61 In einer jüngeren Veröffentlichung behandelt auch Weiler diese Gemeinsamkeit; vgl. *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Papers Nr. 10, 2000, erhältlich im Internet unter <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/001001.html>; praktisch zeitgleich setzt sich auch Denninger, *Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa*, JZ 2000, S. 1121 ff. (1124 f.), mit ihr auseinander. – Mit dem Hinweis auf diesen Berührungspunkt im Denken von Kelsen und Schmitt sollen freilich nicht die fundamentalen Unterschiede ihrer Theorien, auch speziell in Bezug auf die Rolle politischer Macht im Recht, negiert werden.

62 Vgl. den vielzitierten Diskussionsbeitrag Kelsens, *VVDStRL 3*, (1927), S. 54 f. „Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“

Aber weder Fiktivität noch Unerreichbarkeit scheinen die Idee der Einheit entbehrlich zu machen – im Gegenteil. Sind nicht dennoch Gleichheit,<sup>63</sup> Konsistenz,<sup>64</sup> Systemgerechtigkeit<sup>65</sup> zentrale Begriffe des materiellen Rechts und zugleich Kriterien seiner dogmatischen Aufbereitung? Halten wir nicht weiterhin zur Umsetzung dieser Strukturprinzipien an den besagten hierarchisch zulaufenden Verfahren fest? Kurz: Ist die Rechtsordnung nicht augenfällig materiell wie prozedural darauf ausgerichtet, das Ziel „Einheit“ wenn auch nicht zu erreichen, so doch wenigstens zu verfolgen? Zu Recht begreift Luhmann Konsistenz im Recht nicht als Zustand, sondern als Programm,<sup>66</sup> und er misst diesem Programm eine übergeordnete, ja zentrale Bedeutung bei, wenn er es gleichsetzt mit Gerechtigkeit.<sup>67</sup>

Das ist sicherlich provokativ, vielleicht in der Tat reduktionistisch.<sup>68</sup> Doch es hat auch einiges für sich. Zunächst sichert es, wie Luhmann betont, die Autonomie des Rechts gegenüber der Moral.<sup>69</sup> Aber über diesen fast „strategisch“ anmutenden Vorzug hinaus kann Luhmanns These auch eine gewisse Plausibilität für sich beanspruchen. Denn wenn materielle Werte erkannt sind als kontingent und selbst in normierter Form noch unvermeidlich vage, wenn auch der Rückzug auf Verfahren keine großen Hoffnungen mehr weckt – kurz: wenn Naturrecht, Positivismus und selbst prozedurale Gerechtigkeitssubstitute<sup>70</sup> entzaubert sind, liegt es da nicht nahe, sich zurückzuziehen auf die Minimalforderung „wenigstens konsistent“? Soweit auch nur ein Fünkchen Wahrheit in dieser Deutung steckt, könnte sie erklären helfen, warum, jedenfalls für Juristen, Einheit so wichtig und warum „polyzentrisches Denken offensichtlich inakzeptabel“<sup>71</sup> ist.

### 3. Nationalismus, Etatismus und das Unbehagen

Was bedeutet das für die Ursprünge des Unbehagens, das große Teile der deutschen Staatsrechtslehre bei der Vorstellung multipler *demoi* verspüren? Es scheint, als würden die Wurzeln einer solchen „Weltsicht“ nicht allein zu Schmitt führen, sondern ebenso zu Kelsen,<sup>72</sup> als könnte dahinter ferner nicht nur Nationalismus stehen, sondern auch

63 Zur zentralen und rationalitätssichernden Funktion des Gleichheitsprinzips im Recht vgl. Luhmann, Grundrechte als Institution, 2. Auflage, Berlin 1974, insbesondere S. 172.

64 Zur Konsistenz im Kontext der Rechtsprechung vgl. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, Tübingen 1997.

65 Vgl. grundlegend zu diesem Begriff Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München 1976. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in jüngerer Zeit das Gebot der Widerspruchsfreiheit für die Gesetzgebung bekräftigt, vgl. 2 BvR 1991/95 und 2 BvR 2004/95, erhältlich im Internet über [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de).

66 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 214 ff. (217 f.).

67 Ebd.; insbesondere S. 227: „In Kurzfassung kann man (...) Gerechtigkeit auch als Konsistenz des Entscheidens bezeichnen.“ Ansätze für diese Deutung finden sich bei Luhmann bereits lange zuvor, insbesondere an der zuvor zitierten Stelle in „Grundrechte als Institution“, vgl. Fn. 63.

68 So Di Fabio, Fn. 10, S. 149.

69 So Luhmann, Fn. 66, S. 232.

70 Vgl. dazu Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.

71 Vgl. Weiler, oben Fn. 21.

72 Verfolgt man diese Wurzeln an Kelsen vorbei und tiefer in die Geschichte, so stößt man auf jenes „Unbehagen“, das bereits während der Französischen Revolution der Existenz von zusätzlichen *demoi* im Staate entgegengebracht wurde; vgl. näher dazu Walzer, On Toleration, New Haven 1997, S. 83 ff. Es manifestierte sich insbesondere in der so genannten „Loi le Chapelier“, welche die Beseitigung

„Etatismus“.<sup>73</sup> Insbesondere hat sich gezeigt, dass innerhalb des breiten Spektrums von „nationalistischen“ Positionen nur die extremen mit dem Konzept multipler *demos* unvereinbar sind, die gemäßigeren dagegen durchaus kompatibel. Stets inkompatibel ist dagegen ein als Einheitsdenken begriffener Etatismus, wenn auch nur insoweit, als es unter den multiplen *demos* keinen „Primär-demos“ gibt, sondern es wie im Fall der europäischen Integration um *demos* ohne klare Rangfolge geht.

Welche Folgerungen ergeben sich daraus für die Gefahren, die Weiler der Verabsolutierung der „Mischung von Volk und Staat“ zuschreibt? Zwar wird man den heutigen Spielarten des Nationalismus größtenteils Ungefährlichkeit bescheinigen können, jedenfalls soweit es sich um „Geisteshaltungen“ handelt und nicht um die dumpfe Emotion, die man hinter den ebenso beklagenswerten wie häufigen nationalistischen Gewaltakten vermutet. Aber lässt sich Weilers Sorge deswegen in den Wind schlagen? Reichen humanistisch-universalistische Grundbekenntnisse (und -rechte) aus, um den Nationalismus auf Dauer zu bändigen? Liefert nicht vielleicht gerade die konstatierte Tendenz des Etatismus, sich selbst, und sei es bloß der Einheit wegen, „über alles“ zu setzen, den potenziellen Katalysator für ein erneutes Aufflammen des Nationalismus? Offensichtlich können die vorangegangenen Erwägungen nicht Grundlage für eine Antwort hierauf sein – vielleicht aber für eine Gegenfrage.

Angenommen, man bescheinigte dem Etatismus tatsächlich die besagte Tendenz zur quasi-religiösen Selbstüberhöhung, wäre die Entscheidung dann klar? Würde man dann ohne weiteres der etatistischen Einheitsfiktion abschwören? Oder fiele, so man denn tatsächlich das Konsistenzziel aufgäbe, damit nicht auch die letzte Bastion der Vernunft im Kampf um ein „gerechtes“ Recht? Und wäre ein – in Kelsens Bild – „unverschleiertes“ Recht, wäre der alltägliche Blick auf das dann nicht mehr verborgene „Gorgonenhaupt der Macht“<sup>74</sup> überhaupt zu verkraften?

Nach soviel Grundsätzlichem dürfte die empfohlene Tagesdosis an Pathos erreicht sein. Bleibt die demgegenüber erfreulich profane Frage, was sich aus dem Vorangegangenen für die Ausgangsfrage ergibt, nämlich die nach den Ursachen des Unvernehmens zwischen Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre.

### III. Legitimation, Demoikratie und Einheit

Kehren wir zurück an den Anfang. Es ging um das Problem, wie jene politische Macht zu legitimieren sei, die man früher als beim Staat gebündelt wahrnahm und deren Zerfließen man heute diagnostiziert. Es scheint, als beruhe das eingangs skizzierte

aller Ständes- oder Berufsvereinigungen anordnete; eingehend hierzu Simitis, Die Loi le Chapelier: Bemerkungen zur Geschichte und möglichen Wiederentdeckung des Individuums, KJ 1989, S. 157 ff.; vgl. dazu ferner die zuvor in Fn. 51 zitierten Beiträge.

73 Gemeint ist „Etatismus“ in dem hier zugrundegelegten Sinn eines Denkens in Kategorien von (staatlicher) Einheit. Demnach soll mit der hier vorgenommenen Gegenüberstellung von Schmitt und Kelsen bzw. von Nationalismus und Etatismus nicht gesagt sein, dass nicht auch Schmitt als (gerade in einem weiteren Sinne) Etatist gelten kann.

74 Vgl. oben Fn. 62.

Unvernehmen zwischen Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre in dieser Frage darauf, dass beide Disziplinen mit unterschiedlichen Legitimationskonzepten operieren.

Betrachten wir, um den Unterschied zu illustrieren, nochmals das zuvor erwähnte Beispiel der betrieblichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Soweit hier Regelungen getroffen werden, die für den Einzelnen nachteilig sind, bedarf dies der Legitimation. Nun könnte man sich diesem Problem nähern, indem man zunächst über den Betriebsrat sowie seine Wahl nachdenkt und sich fragt, ob diese demokratischen Grundsätzen genügen. So könnte man etwa die Wahlperioden ins Visier nehmen, die Möglichkeiten der Kandidatur oder der angemessenen Repräsentation von Minderheiten, die Unabhängigkeit der Betriebsräte, ihre Informationsrechte, die Kontrollmöglichkeiten durch die Belegschaft etc. Die Legitimation der Normsetzung hinge dann davon ab, ob man bei diesen Fragen zu einem befriedigenden Ergebnis käme. Für viele mag dieser – der demokratische – Ansatz nahe liegend sein. Jedenfalls im europapolitischen Diskurs ist dies der Ansatz, der zuvor der Politikwissenschaft zugeschrieben wurde.

Die juristische Diskussion läuft dagegen in eine andere Richtung. Der Schwerpunkt liegt auf der Frage, woher eigentlich die Rechtsetzungsbefugnis dieses *demos* rührt. Was für Unruhe sorgt, und zwar für eine ganz beträchtliche Unruhe, das sind nicht irgendwelche Defizite bei Wahl oder Repräsentation, sondern allein, dass der kleine Betriebs-*demos* womöglich nicht vom großen staatlichen abgeleitet werden kann. Natürlich finden sich Lösungen. Die einen konstruieren eine letztlich freiwillige Unterwerfung aller Betroffenen unter jegliche Belastung,<sup>75</sup> andere definieren einfach den Legitimationsbedarf weg,<sup>76</sup> wieder andere suchen ihr Glück in den Tiefen der Verfassung.<sup>77</sup> Welche dieser allesamt ebenso kunstvollen wie künstlichen Konstruktionen den Vorzug verdient, mag andernorts beurteilt werden.<sup>78</sup> Entscheidend ist im gegebenen Zusammenhang allein das zugrunde liegende Legitimationskonzept. Es geht hier um Konsistenz, Geschlossenheit, Einheit, nicht um Demokratie – ein weiterer Beleg für die Luhmann'sche These von der zentralen Stellung der Konsistenz im juristischen Denken. Die Entsprechung zum staatsrechtlichen Diskurs über Europa liegt auf der Hand.

Die Folgerung für die Ausgangsfrage ist simpel. Als bestreitbarer Geltungsanspruch<sup>79</sup> kann Legitimität viele Dimensionen haben – und dass sie die auch tatsächlich hat, ist in

75 Nämlich durch den Abschluss des Arbeitsvertrags; so Reichold, Fn. 50. Der Betriebsrat ist in dieser Konstruktion ein Vertragshelfer zugunsten des Arbeitnehmers – ein Kunstgriff des Gesetzgebers, durch den die Abhängigkeit des Arbeitnehmers in Hinblick auf betriebliche Angelegenheiten kompensiert werde.

76 So Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Berlin 1996, der noch einen Schritt weiter geht als Reichold. Der Betriebsrat sei intern in die Willensbildung des Arbeitgebers eingeschaltet und beschränke im staatlichen Auftrag dessen Vertragsautonomie. Ein Legitimationsproblem aus Sicht der Arbeitnehmer stellt sich danach nicht, weil die betriebliche Normsetzung die ansonsten noch weiterreichenden Befugnisse des Arbeitgebers lediglich zugunsten der Arbeitnehmer einschränkt.

77 So Waltermann, Fn. 50, der, angelehnt an die verfassungsrechtlichen Vorgaben für Rechtsverordnungen, auch für Betriebsvereinbarungen, wenn sie grundrechtsrelevant sind, eine hinreichend bestimmte gesetzliche Delegation fordert, die alles Wesentliche selbst regelt.

78 Für eine kritische und erfreulich nüchterne *tour d'horizon* vgl. Hänlein, Die Legitimation betrieblicher Rechtsetzung, RdA 2003, 26 ff.

79 Zu diesem Legitimationsbegriff vgl. Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1. Auflage, Frankfurt/Main 1973, S. 133 ff., insbesondere S. 138 f.

einer Welt pluraler Werte nicht erstaunlich. Für die skizzierten Positionen bedeutet das, dass sie jeweils nur Segmente des Legitimitätsproblems behandeln.

Aber ist diese Spezialisierung problematisch? Ist es nicht vielmehr die ideale Strategie, das Legitimationsdefizit arbeitsteilig und an mehreren Fronten zu zermürben, auf dass es sich eines glorreichen Tages schließlich ergebe? Mögen doch die Politikwissenschaftler – oder genauer: die Demokratietheoretiker – dafür sorgen, dass in ihrer Welt multipler Machtzentren und *demoi* künftig Information, Mitsprache und Mitentscheidung der Betroffenen bestmöglich institutionalisiert werden. Die Juristen kümmern sich unterdessen um Verfahren und Institutionen der Konsistenzwahrung, auf dass ihre Einheitsfiktion plausibel und der Glaube an die(se Form der) Gerechtigkeit erhalten bleibe. Und wenn dann noch die breite Front der Menschenrechtsbewegung hinzukommt, die das Bedürfnis nach den handfesteren, materiellen Formen der Legitimation bedient,<sup>80</sup> dann kann doch eigentlich nichts mehr schief gehen. – Oder sollte etwa auch in den Gesellschaftswissenschaften noch irgendjemand das Heil in der Einheit suchen wollen?

80 Aus völkerrechtlichem Blickwinkel attestiert Bryde, Fn. 42, dieser Art der Legitimationskonstruktion einen immensen Bedeutungszuwachs – er spricht sogar von „der Legitimitätsrevolution des 20. Jahrhunderts“ (S. 61) – und nimmt sie zum Ausgangspunkt seiner kritischen Auseinandersetzung mit der Staatsfokussiertheit der deutschen Staatsrechtslehre.