

Alexander Somek

Die Verfassung im Zeitalter ihrer transnationalen Reproduzierbarkeit

Gedanken zum Begriff der Konstitutionalisierung

Unsere Aufgabe

Wandlungen der Autorität der Verfassung lassen sich an den der Verfassung gewidmeten Begriffen ablesen. Rechtsbegriffe sind Erscheinungen. In ihnen artikuliert sich das rechtliche Wissen.

Rechtliches Wissen ist selbstbezüglich.¹ Es deutet sich selbst als das, wofür es sich ausgibt. Indem es sich setzt, idealisiert es seine Geltung. Dazu bedarf es der Begriffe. Sie schaffen Orientierung. Sie ermöglichen Begründung.

Mitunter erweisen Begriffe sich auch als Symptome für unterdrückte Konflikte. Was uns unlieb ist, helfen sie zu verhüllen. Symbolisch vertreten sie eine Wunscherfüllung.

Das geschieht nicht aus Zufall. Die Neigung zu Verstellung und zum Erfinden ist im rechtlichen Wissen angelegt. Einer pragmatischen Verlegenheit folgend greift das erscheinende rechtliche Wissen zur Verstellung oder überlässt sich zufrieden dem Selbstmissverständnis. Im Recht geht nichts ohne Begründung. Deswegen gerät rechtliches Wissen, das sich Zielen dienstbar macht, oft in die Verlegenheit, auch dort noch Gründe ausmachen zu müssen, wo diese fehlen.

Das Ergebnis ist der Schein in der Erscheinung. Das Recht wird idealisiert. Es wird als besser ausgegeben, als es in Wahrheit ist.

Indem es durch rechtliches Wissen seine Realisation erfährt, erhält das Recht eine ideologische Färbung. Im Verhältnis zu dieser kommt die Rechtswissenschaft immer schon zu spät. Das Recht greift seiner distanzierten Deutung vor. Es präsentiert sich uns in vorinterpretiertem Format.²

Solche Selbstdeutungen dürfen nicht für bare Münze genommen werden. Das vom rechtlichen Wissen geschaffene Material ist einer kritischen Durcharbeitung zu unterziehen. Unter dieser Bedingung vermag es der juristischen Analyse zu ge-

¹ Siehe (schon vor Luhmann) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig 1934, 3.

² Ebd., 4.

lingen, eine Form rechtlichen Wissens zu konstruieren, welche den Einfluss von Idealisierungen auf ein Maß reduziert, das unverzichtbar ist.

Letztlich geht es in der Rechtswissenschaft genau darum und um nichts anderes.

Einer kritischen Durcharbeitung will ich im Folgenden den Begriff der „Konstitutionalisierung“ unterziehen. Er ist ein relativ neues Mitglied im Olymp des öffentlichen Rechts. Nach einer kurzen phänomenologischen Sichtung des Phänomens werde ich versuchen, den Legimitätstypus zu identifizieren, der darin angesprochen ist. Dabei ist auf den historischen Entstehungskontext zu achten.

Das Gütesiegel

Die Europäische Union gilt uns als Paradebeispiel für die Konstitutionalisierung eines Gebildes mit außerkonstitutioneller Genealogie. Der Begriff bezeichnet signifikante Veränderungen im Betriebssystem einer Institution.³ Das System wechselt von vertraglich zu hoheitlich, von einfach zu hierarchisch, von gleich- zu höherrangig. Die Kooperationsmöglichkeit wird ergänzt durch die Begrenzung von Herrschaft.

Es sieht so aus, als habe die Union mit der Konstitutionalisierung ein Qualitätsmerkmal geschaffen, das zur Nachahmung einlädt. Nach Ansicht mancher sei das Völkerrecht bereits unterwegs zur verfassungsrechtlichen Konsolidierung.⁴ Auch dem WTO Recht sagt man das nach.⁵ Und warum sollte man nicht bald lesen, dass auch die internationale Schiedsgerichtsbarkeit oder das Frachtrecht in diesbezüglichen Prozessen stecken. Konstitutionalisierung ist gut. Da will niemand zurückstehen. Zivilprozessualisten, aufgepasst, nur nicht den Anschluss verlieren!

Tatsächlich ist der Begriff der Konstitutionalisierung so schnell und nachhaltig ins rechtswissenschaftliche Vokabular eingesunken, dass wir von der Konstitutionalisierung der Europäischen Union reden, als wäre dies selbstverständlich. Wir sprechen von der EU Verfassung, als lasse der Kontext des Redens die Bedeutung

³ Siehe J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999 at 19-25.

⁴ Für eine Übersicht siehe Bardo Fassbender, 'The meaning of international constitutional law' in: N. Tsagourias (Hrsg.), *Transnational Constitutionalism*, Cambridge 2007, 307-328.

⁵ Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trade System*, Oxford 2005.

der Rede unangetastet. Wir vergessen auf die dahinterstehenden Transformationen. Gebannt studieren wir die veränderte Situation des Staates.⁶ Die Souveränität befinde sich im Abbau. Der Staat werde dezentriert, ironisiert oder gar überwunden. Doch der Begriff der Verfassung findet Verwendung, als ob mit der Konstitutionalisierung sich bloß die Genesis, nicht aber der Geltungsanspruch der Verfassung verändert hätte. Verfassung bleibt Verfassung.

Doch dem ist nicht so. Bereits Dieter Grimm⁷ und Martin Loughlin⁸ haben konstatiert, dass der Aufstieg der Konstitutionalisierung den Begriff der Verfassung nicht unangetastet lässt. Die Determinanten des Wandels verbergen sich im vorgeblich Selbstverständlichen.

Im Unterschied zu Grimm soll es mir im Folgenden nicht darum gehen, die evolutionäre Errungenschaft „Verfassung“ gegenüber Strukturen transnationalen Regierens begrifflich zu isolieren.⁹ Ich möchte vielmehr zeigen, dass die Autorität der konstitutionalisierten Verfassung eine andere ist als die einer Verfassung, wie wir sie bislang kannten.

Um den Wandel verständlich zu machen, möchte ich zunächst „Konstitutionalisierung“ idealtypisch beschreiben. Daran anschließend will ich die Frage erörtern, welches Verständnis von Autonomie man haben müsste, um Konstitutionalisierungen wollen zu können.

Vom Akt zum Prozess

Eine Konstitutionalisierung entspringt nicht einem Akt. Sie ist ein *Prozess*. Das Verfassungsmachen beruht auf einzelnen Schritten, die auf jenen unbestimmbaren Punkt zusteuern, an dem eine Verfassung vorliegt.

⁶ Siehe z.B. den vorzüglichen Sammelband *Transformationen des Staates?*, hrsg. V. S. Leibfried & M. Zürn, Frankfurt/Main 2006.

⁷ Siehe jüngst wieder Dieter Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009, 69-77; ders., *The Constitution in the Process of Denationalization*, *Constellations* 12 (2005) 447-463.

⁸ Siehe Martin Loughlin, *What is Constitutionalization?* in: M. Loughlin & P. Dobner (Hrsg.), *The Twilight of Constitutional Law: Demise or Transmutation?* Oxford 2010, 47-69.

⁹ Siehe Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt/Main 1991, 39-43.

Zur Konstitutionalisierung bedarf es nicht viel. Um es auf den dialektischen Punkt zu bringen, kann man sagen, dass sich Beliebiges in einem diesbezüglichen Prozess befinden könnte. Die Konstitutionalisierung ist *substanziindifferent*. Sie ist Form, die sich verschiedenen Inhalten anpasst, ohne deswegen einer Entscheidung zu entspringen.

Wegen der Beliebigkeit des Inhalts ist die verfassungsrechtliche Autorität *von ihrem Ursprung unabhängig*. Die Autorität der Verfassung beruht insbesondere nicht darauf, ein Hoheitsakt zu sein, der weitere Hoheitsakte ermöglicht. Nicht ist das selbstreflexiv gewendete Politische der Gegenstand der Verfassung. Die Verfassung ist *nicht Entscheidung*, die andere Entscheidungen bindet.

Im Prozess der Konstitutionalisierung ist der verfassungsgebende Wille getilgt. In der Hauptrolle sehen wir die *Vernunft*. Konstitutionalisierung ist Verfassungsmachen durch Schlussfolgern. Es verdankt sich der Einsicht in Konsequenzen, die im vorkonstitutionalisierten Recht schon angelegt waren.

Die Konstitutionalisierung bringt auf den Begriff, konsolidiert oder lässt sich wagemutig auf Implikationen ein. Sie ist nicht Ausdruck einer Bewegung, die nach dem Muster von Ackermans „constitutional moments“ politische Ideale durch einen Akt höherer Rechtssetzung für künftige Generationen aufbewahrt.¹⁰ Ich meine, man geht daher nicht fehl, wenn man die Konstitutionalisierung dem eigenen Anspruch gemäß als Ausdruck von *Rationalisierung* begreift. Sie entzaubert insonderheit das gemeinsame politische Wollen.

Da es denkbar ist, dass normative Handlungsstrukturen mehr oder weniger Rationalität ermöglichen, ist es vorstellbar, dass sich Gebilde in einem mehr oder weniger konstitutionalisierten Zustand befinden. Die Konstitutionalisierung trägt *Abstufungen*. Es macht Sinn zu sagen, die EU sei verhältnismäßig mehr konstitutionalisiert als der europäische Menschenrechtsschutz.

Ein überdeterminierter Verfassungsbegriff

Die Vernunft, die einen Konstitutionalisierungsprozess bestimmt, manifestiert sich an den Herrschaftsfunktionen in jeweils funktionspezifischer Form. Konstitutionalisierung bedeutet daher jeweils etwas anders für Gerichte, Regierungen oder

¹⁰ Siehe Bruce Ackerman, *Discovering the Constitution*, *Yale Law Journal* 93 (1984) 1013-1072.

für Private. Daher zeichnet sich der Begriff der Konstitutionalisierung, wenn man das vermeinte Produkt betrachtet, durch die *Überdeterminierung* des Phänomens aus.

Der *Rechtsanwendung* begegnet die Konstitutionalisierung in der Form der Herausforderung zur Fundamentalisierung eines Rechtsbereichs. Die letztere ist manifest an der Auszeichnung fundamentaler Prinzipien, welche die Aussonderung weniger elementarer Regeln anleiten. Fundamentalisierungen dieser Art zu vollziehen, ist eine Leistung der Rechtswissenschaft im emphatischen Sinn. Aus *dieser* Sicht ist eine Verfassung nichts anderes als *fundamentales Recht*.¹¹ Die Lehre vom direkten Effekt des Europarechts entspricht diesem Modell. Es macht Sinn zu sagen, dass fundamentale Freiheiten den Angelpunkt des gemeinsamen, internen Marktes bilden.

Den *lenkenden Stellen*, die an einem Regime beteiligt sind, vermittelt die Aussicht auf die Reduktion von Transaktionskosten die Einsicht in die wechselseitige Nützlichkeit des Verstetigens zwischenstaatlicher Kooperation. Neben der Einigung auf Kooperation steigern Maßnahmen zur Erschwerung des Ausstiegs die Effektivität der kollektiven Problemlösung. Die Konstitutionalisierung manifestiert sich an einem Gewebe von *Spielregeln*, die zu beachten sind, damit die gemeinsame Problemlösung fair und effizient abgehen kann.

Wer einem Regime *unterworfen* ist (auf Österreichisch: „der Normunterworfen“), wird daran interessiert sein, seine Interessen nicht unzumutbar beeinträchtigt zu sehen. Konstitutionalisierung ist aus dieser Sicht gleichbedeutend mit der Anwendung des Proportionalitätsprinzips im Grundrechtsbereich. In einem transnationalen Kontext kommt, was solche Rechte angeht, der Gleichheit ohne Rücksicht auf die Nationalität eine besondere Bedeutung zu.

Aus allen drei Perspektiven resultiert die Konstitutionalisierung in der Anerkennung *höherrangigen Rechts*, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen. Deren *Koinzidenz* mag wechselseitig befruchtend wirken, etwa wenn Spielregeln fundamentalisiert und durch das Aufdecken „implizierter“ Folgen weiter abgesichert werden. Die europarechtliche Staatshaftung ist ein Beispiel dafür. Eine fundamen-

¹¹ Diese Idee hat im Common Law constitutionalism eine weit zurückreichende Genealogie. Siehe Glenn Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought, 1603-1642*, London 1992, 6.

talisierende Rechtsprechung kann, wie die Weiterentwicklung der Lehre vom direkten Effekt lehrt, viel dazu beitragen, um die Regimeperformanz zu erhöhen.

Unklar ist indes, wie viel von jeder Dimension gegeben sein muss, damit ein Regime an den Phänotyp der Konstitutionalisierung heranreicht. Ich vermute, dass es mit einer bloßen Fundamentalisierung nicht getan sein kann. Das Zivilrecht ist schon längst fundamentalisiert. Es anerkennt fundamentale Prinzipien. Aber weil diese auf keine Regimekooperation Anwendung finden, wäre es unplausibel, von einer Konstitutionalisierung des Zivilrechts zu sprechen. Im Vergleich dazu deutet die verbreitete Beachtung der Spielregel, dass Entscheidungen des EGMR allgemein zu beachten sind, auf eine Konstitutionalisierung hin.

Konstitutionalisierungsprozesse sind teleologisch nicht auf die Schaffung umfänglicher Verfassungen ausgerichtet. Sie können sektoral beschränkt sein. Zwischen den Sektoren waltet keine prästabilisierte Harmonie. Die Konstitutionalisierung der Europäischen Union kann, wie sich allgemeiner Bekanntheit erfreut, mit der Konstitutionalisierung des europäischen Menschenrechtsschutzes kollidieren. Konstitutionalisierte Verfassungen sind keine abschließenden und ausschließlichen Regelungen der öffentlichen Gewalt. Deswegen muss ihr Verhältnis zu mit Exklusivitätsanspruch auftretenden nationalen Verfassungen prekär bleiben.

Aufgrund von Fragmentierung und Überdeterminierung passt die Konstitutionalisierung auf die Verfassung im Zeitalter ihrer transnationalen Reproduzierbarkeit. Es kann Verfassungen jenseits der nationalen Verfassungen geben, ohne dass jene – nach monistischem Vorbild – Elemente einer Verfassung der Weltgemeinschaft sein müssten. Es kann Gebilde geben, von denen man nicht genau weiß, was sie sind, aber man mag Anzeichen für eine Verrechtlichung der Rechtssetzung entdecken, die sich in höherem derogatorischen Rang ausdrückt.

Also könnte man sich die Konstitutionalisierung des internationalen Frachtrechts folgendermaßen vorstellen: Judizierende Instanzen identifizieren gewisse fundamentale Prinzipien (etwa „free on board“) und zeichnen diese mit relativ höherem derogatorischen Rang aus. Die regulierenden oder leitenden Stellen, etwa die Internationale Handelskammer, einigen sich auf Spielregeln zur Erledigung gemeinsamer Angelegenheiten. Für Klienten und beteiligte Spediteure entwickeln Schiedsgerichte eine Charter von Konsumentenrechten. Wenn diese gleichsam als Trumpfkarten verwendet werden können, dann ist der Prozess der Konstitutionalisierung des Frachtrechts verhältnismäßig weit gediehen.

Problemlösen mit Grundrechtsschutz

Aus rechtshistorischer Sicht gibt es gute Gründe, den Verfassungsbegriff jenem Typus vorzubehalten, der den bürgerlichen Revolutionen entspringt. Grimm hebt zurecht hervor, dass man nach Abzug einiger traditioneller Verfassungselemente unter transnationalen Vorzeichen nicht dasselbe Phänomen vor sich hat.¹²

Dennoch lässt sich funktional betrachtet nichts dagegen einwenden, Konstitutionalisierungsprodukte als Verfassungen zu verstehen. Sie genügen *jedenfalls* zwei von drei hergebrachten Kriterien der *Verfassungperformanz*.¹³ Auf diese beiden will ich sogleich eingehen. Auf das dritte Kriterium werde ich gesondert zu sprechen kommen.

Erstens soll eine Verfassung *intelligentes kollektives Problemlösen* ermöglichen und in kontrollierbare Bahnen lenken. Gesellschaften sind gut beraten, Behörden einzurichten, die effektiv und effizient auf Epidemien, Finanzkrisen, Drogenmissbrauch oder organisierte Kriminalität reagieren. Wechselnde Lagen sind bewegliche Ziele. Mit ihnen fertig zu werden, erfordert Ermessensspielraum. Dieser braucht Grenzen. Das Verfassungsrecht begrenzt das selbstprogrammierte Verwalten durch Institutionen wie das Legalitätsprinzip, den Gesetzesvorbehalt oder die parlamentarische Interpellation.

Zweitens sind Verfassungen *Grundrechtsrealisierungsinstrumente*. Sie sind dies, wenigstens indem sie sogenannte staatliche Eingriffe abwehren.

Drittens ermöglichen Verfassungen *politische Autonomie*.

Die Verfassung unter dem Vorzeichen ihrer Konstitutionalisierbarkeit vermag den ersten beiden Kriterien zu genügen. Tatsächlich dürfte die Konstitutionalisierung sich – darin dem Konstitutionalismus nicht unähnlich – in Auseinandersetzung mit (transnationalen) Problemlösungsprozessen ausbilden. Das Problemlösen mag auf die Schaffung eines Binnenmarkts, die Erhaltung des Weltfriedens oder den Schutz elementarer Rechte bezogen sein und kann in der Teilkonstitutionalisierung eines ansonsten inhaltlich fragmentierten Völkerrechtssystems resultieren.

12. Siehe Grimm, oben Anm. 7.

13. Ich formuliere diese Kriterien unter Anknüpfung an Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, *Harvard Law Review* 113 (2000) 633-729.

Vom politischen Raum zum problemlösenden Wissen

Das entscheidende Kriterium ist freilich das dritte. Welches Schicksal erleidet die kollektive Selbstbestimmung, wenn die Verfassung – via Konstitutionalisierung – ins Zeitalter ihrer transnationalen Reproduzierbarkeit eintritt?

Darüber rätseln viele. Das Rätselraten hat zu so mancher erstaunlichen Wendung geführt. Eine davon ist die Vergeistigung der Demokratie in die Deliberation.¹⁴ Andere meinen, in der Netzwerkgesellschaft sei es mit der Selbstbestimmung ohnedies längst nichts mehr. Man solle keinen subjektphilosophischen Illusionen nachhängen.¹⁵

Ich vermute, dass diese Überlegungen zu eng ansetzen. Wegen der Konzentration auf die Demokratie bleibt der weitere Problemkreis der kollektiven Selbstbestimmung abgedunkelt. Dieser lässt sich indessen aufhellen, wenn man deren Selbstverständnis spezifiziert. Zu überlegen ist bloß, aufgrund welcher Selbsterklärung des eigenen Verhaltens¹⁶ es möglich ist, die Konstitutionalisierung zu wollen. Wie muss ich mich als Person verstehen, um Konstitutionalisierung und konstitutionalisiertes Problemlösen als Ausdruck meines Wollens betrachten zu können?

Idealtypisch lassen sich in diesem Zusammenhang drei Typen der kollektiv vermittelten Selbstbeziehung unterscheiden. Dem *bürgerlichen* Subjekt begegnen wir zu Beginn des modernen Verfassungsprojekts. Es begreift sich als mündig und will sich deswegen darauf verstehen, sich ohne Anleitung durch andere seines eigenen Verstandes zu bedienen. Das *Subjekt der modernen Massendemokratie* tritt im zwanzigsten Jahrhundert auf. Es ist begeisterungsfähig. Zwar ist es auch mündig, gleichwohl ist seine Mündigkeit final bezogen auf die Entscheidung für ein politisches Programm. Das *kosmopolitische Subjekt* ist unser Zeitgenosse. Es ist vor allem smart. Es betrachtet die Welt als eine Ressource für interessante Projek-

14. Für eine Diskussion siehe Markus Höreth, 'Überangepasst und realitätsentrückt: Zur Paradoxie der Theorie der deliberativen Demokratie' *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 19 (2009) 307-330.

15. Für eine Einführung in das Denken von Karl-Heinz Ladeur, siehe Ino Augsberg - Tobias Gostomzyk – Lars Viellechner, *Denken in Netzwerken: Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs* (2009).

¹⁶ Dass die Anerkennung von Verbindlichkeit zutiefst mit Fragen der Selbsterkenntnis verbunden ist und Rechtfertigung mit plausibler Erklärung, betont J. David Velleman, *How We Get Along*, Cambridge 2009.

te. Zur politischen Begeisterung kann es sich nicht bringen. Dazu ist es zu abgeklärt. Für die Mündigkeit ist es zu klug. Ich werde darauf zurückkommen.

Der Unterschied zwischen diesen Idealtypen tritt stärker hervor, wenn man bedenkt, unter welchen Umständen Subjekte dieser Art zur Auffassung gelangen müssten, sie seien ihrer Selbstbestimmung verlustig gegangen. Bürgerliche Subjekte fürchten nichts mehr als die Bevormundung durch besserwisserische bürokratische Apparate. Das Subjekt der modernen Massendemokratie sieht sich entmachtet, wenn es nichts zu entscheiden hat. Kosmopolitische Subjekte perhorreszieren Einschränkungen ihrer Erwerbs- und Erlebnismöglichkeiten, die aus nationalen Rücksichten verhängt werden.

Der Unterschied zwischen dem kosmopolitischen Subjekt und seinen Vorläufern lässt sich verdeutlichen, wenn man bedenkt, dass für vorkosmopolitische Subjekte die Selbstbestimmung letztlich durch ihre Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft vermittelt ist. Beide passen in einen republikanischen Kontext. Sie verstehen sich als Teilnehmer an einer gemeinsamen Selbstbestimmungspraxis und verfügen nicht bloß über die Fähigkeit, ihr privates Leben zu führen, sondern auch über *politische Urteilskraft*. Diese verhilft ihnen dazu, die Zumutbarkeit möglicher gemeinsamer Entscheidungen aus der Sicht unterschiedlicher Beteiligter derart abzuschätzen, dass sich allseits erträgliche Lösungen erzielen lassen.¹⁷

Beide vorkosmopolitischen Subjekte sind also politische Subjekte. Deren politische Urteilskraft ist auf das dauerhafte Zusammensein mit anderen zugeschnitten. Die Praxis operiert unter Vorwegnahme des langfristigen Ausgleichs und zehrt von Vertrauen und Loyalität.

Mit der politischen Urteilskraft lässt sich wenig anfangen, wenn das historische Apriori nicht der vom Staat umfasste gemeinsame Raum, sondern funktional spezifizierte transnationale Problemlösungsprozesse sind.¹⁸ Im Verhältnis zu ihnen finden die Menschen sich immer schon in der Rolle von Zuschauern, Fragestellern, Informationsträgern, Auskunftspersonen, Durchreisenden, Problemfällen oder – im besten Fall – Antragstellern.

Prozesse dieser Art sind das neue *fait accompli* des Konstitutionalismus. Was früher der Staat war, sind nun sie. Der umfassenden irdischen Autorität des Staa-

¹⁷ Siehe Ernst Vollrath, *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart 1977, 44.

¹⁸ Für eine Skizze siehe Anne-Marie Slaughter, *The New World Order*, Princeton 2004.

tes konnte man sich mit *civic virtue* bemächtigen. Seine Hoheitsgewalt ließ sich in den Selbstbezug territorialer Gemeinschaften transformieren, insofern diese Gewalt die Bürgerinnen und Bürger als Angehörige einer Lebensform *insgesamt* betraf.¹⁹ Die Staatsgewalt ist das Medium, vermöge dessen sich deren Elemente verknüpfen lassen. Im Spiegel der Hoheitsgewalt erfahren sich individuelle Leben, die einander fremd sind, als dennoch zusammengehörig. Die gemeinsame Lebensform kann deswegen zum ultimativen Bezug der politischen Selbstbeziehung werden. Man nimmt die Perspektive der politischen Selbstbestimmung ein, wenn man das eigene Leben im Horizont einer gemeinsamen Lebensform betrachtet.

Bei transnationalen Prozessen fehlt die Verknüpfung individueller Leben durch deren Subjektion unter eine umfassende territoriale Autorität. Die Menschen zählen als Individuen, die insofern gleich sind, als sie alle dem einen oder anderen Risiko oder der einen oder anderen Externalität ausgesetzt sein könnten. Das relative Apriori, vor dem sich die kollektive Selbstbestimmung konstituiert, ist nicht ein Akteur, dessen sie sich bemächtigen kann, sondern ein anonymes und unbeherrschbares Geflecht, auf dessen Effekte in der einen oder anderen Form reagiert wird. Der Raum, in dem sie einander begegnen, ist nicht die Bedingung eines dauerhaften Zugleichseins, sondern das Medium eines ungleichzeitigen Ein und Aus. Was den Menschen entgegentritt und Ansprüche an sie formuliert, sind nicht die Forderungen einer Gemeinschaft, sondern Wissensansprüche, auf deren Grundlage Regulierungen und Maßnahmen ergehen, die von sich behaupten, Externalitäten abzuwehren oder Risiken zu minimieren.

Für politische Subjekte stellt sich daher das Problem, das eigene Wollen mit dem Wollen anderer zu versöhnen. Für kosmopolitische Subjekte geht es um den Ausgleich des eigenen Wissens mit dem Wissensanspruch selbstorganisierender problemlösender Prozesse. Die Grundfrage der ersteren ist die Gerechtigkeit. Bei letzteren stellen sich Fragen des Risikomanagements.

Es ist daher angezeigt, die *kosmopolitische* Selbstbestimmung von der *politischen* Selbstbestimmung zu unterscheiden, zumal diese ihrer Form nach noch auf das Leben in Gemeinschaft zugeschnitten ist. Für die politische Selbstbestimmung stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen das Wollen anderer so zu behandeln ist, als ob es sich um das eigene handle. Sind diese Bedingungen erfüllt, mag

¹⁹ Siehe Benedict Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, 2. Aufl. London 1991.

man legal handeln. Wer nicht in Gemeinschaft, sondern bloß im kontingenten Austausch mit anderen lebt, muss wie alle anderen auch auf administrative Serviceleistungen vertrauen können, welche die Austauschbeziehungen erst ermöglichen oder womöglich sogar optimieren. Die Bedingungen des Vertrauens in das rationale Funktionieren der Apparate lassen sich in der Form von Rationalitätsimperativen artikulieren. Diese sind weniger unnachgiebig als das Recht. Sie lassen sich situativ nachadjustieren. Schließlich schuldet man ihnen nicht den Respekt, der fremdem Willen gebührt. Sie sind im Wesentlichen ein Ausdruck von Wissen. Dieses gehört allen und keinem. Das Willen, welches sich an ihrer Setzung manifestiert, dient der Realisierung von Wissen.

In Parenthese sei vermerkt, dass die Voraussetzungen für kosmopolitische Autonomie auch unter nationalstaatlichen Vorzeichen vorliegen können. Zu fragen wäre bloß, unter welchen Bedingungen und inwieweit man dazu bereit ist, sich von der Verwaltung gängeln zu lassen. Es ist der Souveränitätsvorstellung zu danken, dass die politische Selbstbestimmung administrative Prozesse auf jenes Zentrum zulaufen sehen konnte, das auf eine Lebensform insgesamt einwirkt.

Von der Konsensunterstellung zur Wissensvermutung

Indem die politische Selbstbestimmung in einem gemeinsamen Raum realisiert wird, ist für deren Gelingen vor allem die Sozialdimension relevant. Die Grunderfahrung ist jene des permanenten Zusammenlebens mit anderen. Sie übersetzt sich in die Herausforderung, die Erfahrung von Dissens und Wissensunsicherheit durch eine *Konsensunterstellung* zu absorbieren. Diese zu bezeichnen, ist die Funktion der berüchtigten „nationalen Homogenität“.

Obrigkeitsstaatlich gedacht bedeutet die Unterstellung von dauerhaftem Konsens die Komplementarität von Schutz und Gehorsam. In republikanischer Sicht bedarf es zu ihrer Aufrechterhaltung der politischen Klugheit. Man muss ein Gefühl dafür haben, was man anderen nicht zumuten darf. Auf institutioneller Ebene ist es die Verfassung, welche Dissense in eine verfahrensmäßig gesicherte gemeinsame Selbstbestimmungspraxis einbettet. Die politische Selbstbestimmung des bürgerlichen Subjekts und des Subjekts der Massendemokratie ist letztlich dadurch vermittelt, dass Menschen sich von ihren Mitbürgern bestimmen lassen. Eine Erträglichkeitsvoraussetzung dafür ist das Durchhalten von Nicht-Identität im politischen Kampf. Die Legalität des Verhaltens und oppositionelle Haltung konstitue-

ren die politische Selbstbestimmung der Minderheit. Mit Hegel lässt sich der Sachverhalt so ausdrücken, dass durch beide die Negativität des unendlichen Willens mit dessen Bestimmtheit vermittelt wird. Aber das ist nicht wichtig.

Unter transnationalen Vorzeichen befindet sich der politische Raum zusehends in Auflösung. Er ist zerklüftet in zahlreiche Inseln epistemisch-administrativer Autorität. Wie vormals die dissensabsorbierende *räumliche Autorität* des Staates bildet nunmehr der *epistemische Anspruch* des partikularen Problemlösens den Schlüssel zur Selbsterklärung kollektiver Selbstbestimmung. Nicht die Einbettung des eigenen Lebens in das Leben der anderen verleiht dem eigenen Geschick die Qualität, der eigenen Bestimmung zu folgen, sondern die rationale Akzeptanz des Risikowissens, das in die administrative Optimierung der wissenschaftlich-technischen Zivilisation eingeht. Man ist selbstbestimmt, solange man mit Regulierungen leben kann, von denen anzunehmen ist, sie seien nicht unsinnig. Die Konsensunterstellung wechselt demgemäß von der Gegenseitigkeit der Sozialdimension in den Selbstbezug des individuell rationalen Verhaltens, das die Rationalität regulierender Instanzen gegen sich gelten lassen muss, weil deren Betriebsamkeit eine Bedingung für den eigenen Lebenserfolg ist. Das Proportionalitätsprinzip nimmt den Platz ein, der vormals der Gerechtigkeit zugehört war. Es muss sachlich vertretbar sein, der transnationalen Problemlösung zureichende Rationalität und minimalen moralischen Sinn zuzuschreiben. Kosmopolitische Subjekte bedürfen der politischen Urteilskraft nicht. Als normativer Maßstab ist die Proportionalität des Grundrechtseingriffs zugeschnitten auf den Menschen, „[...] wie er [ein] [...] auf sich, auf sein Privatinteresse und seine Privatwillkür zurückgezogenes und vom Gemeinwesen abgesondertes Individuum ist.“²⁰

Gleichwohl ist das Wissen der kosmopolitischen Individuen nicht technischer Natur. Sie besitzen Moralität. Diese ist ohne Grenzen. Der administrative Individualismus der Optimierung der rationalen Lebensführung und ein globales moralisches Sendungsbewusstsein sind zwei Seiten derselben Medaille. Kosmopolitische Subjekte verstehen sich gleichfalls auf die Vermittlung der Unendlichkeit moralischer Ansprüche mit der Endlichkeit administrativer Realitäten. Konsumverzicht ist die kosmopolitische Form der Opposition. Sie artikuliert sich etwa in der asketischen Steigerung der kleinen Weigerung, Produkte tierischen Ursprungs zu ver-

²⁰ Karl Marx, Zur Judenfrage, zitiert nach Marx – Engels, *Studienausgabe*, Bd. 1: Philosophie, hrsg. v. I. Fetscher, Frankfurt/Main 1966, 31-60 hier: 49.

zehren. Fasten und Abstinenz fungieren als moralisch verinnerlichte Formen des Protests.

Wissensgesellschaften

Sich auf Konstitutionalisierungen einzulassen, ist rational, wenn das eigene Erleben im Kontext einer Wissensgesellschaft gesehen wird.²¹ Eine Gesellschaft dieser Art zeichnet sich dadurch aus, dass, egal welches Problem auch auftreten mag, es immer schon mindestens einen Experten gibt, der darüber besser und verlässlicher urteilen könnte als man selbst. In einer solchen Welt findet Raz' „service conception of authority“²² breite Anwendung.

Wissensgesellschaften verunsichern das praktische Urteil. Die Verunsicherung dringt sogar in den Kernbereich des Ethischen ein. Wissensgesellschaften sind Tummelplätze für Ethikspezialisten, insbesondere für Bioethiker. Diese beschäftigen sich professionell mit moralischen Fragen. Sie haben es gelernt, über diese anspruchsvoll zu sprechen. Neben ihnen sehen einfache Menschen unbeholfen aus. Das gewöhnliche moralische Urteil ist für Ethikspezialisten das, was die *Lex Aquilia* für die Architekten des Common Frame of Reference ist.

In einer Wissensgesellschaft haben Menschen, die sich als mündige Personen verstehen könnten, ein Motiv, die Beurteilung von Sachfragen zu delegieren. Es ist stets zu erwarten, dass Experten besser urteilen als sie selbst. Wie soll das Bankensystem aussehen? Ist Stammzellenforschung moralisch vertretbar? Es ist schwer einzusehen, weshalb Laien solche Fragen beantworten sollen oder auch nur beantworten wollen sollen. Kosmopolitische Subjekte, wenngleich Subjekte mit moralischer Haltung, sind Klienten kognitiver Services nicht zuletzt deswegen, weil es ihnen um die sozial gewinnende Einstellung ihres eigenen Gehabes und ihrer Haltung zur Welt geht. Sie sind betreut, ge-coached, beraten, trainiert und auch sonst rundum fit gehalten.

Ich möchte nicht missverstanden werden. Für die Selbsterklärung menschlichen Verhaltens, welche die Konstitutionalisierung der Verfassung als legitim erscheinen lässt, ist es unerheblich, ob Wissensgesellschaften in einem propositional

²¹ Siehe einführend Nico Stehr, *Moderne Wissensgesellschaften*,. *Aus Politik und Zeitgeschichte* 36 (2001) 7-14 (<http://www.bpb.de/files/K318AX.pdf>).

²² Siehe Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, 56.

vermeinten Sinne existieren. Wesentlich ist, dass Menschen sich als Angehörige einer solchen Gesellschaft *erleben*. Wissensgesellschaften schaffen systematisch einen großen Bedarf danach, sich von der Bürde entlastet zu sehen, sich des eigenen Verstandes bedienen zu müssen.

Selbstbestimmung durch Entlastung

Mit verunsichertem Wissen lässt sich althergebracht in der Sozialdimension operieren. Der eigene Anspruch wird im Hinblick auf das Empfinden und Urteil der anderen relativiert. Man schließt Kompromisse. Die Motivation dazu steigt, wenn man sein politisches Verhalten unter die Bedingung gestellt sieht, einen gemeinsamen Raum dauerhaft mit anderen Menschen teilen zu müssen.

Wenn dieser Raum an Relevanz einbüsst, wird die Verunsicherungsbewältigung in der Sozialdimension uninteressant. Es wird unklar, wem man entgegenkommen sollte oder Rechenschaft schuldig wäre (abgesehen von einem selbst und seinen Nachkommen). Das Schwergewicht der Problemlösung verlagert sich daher in die Sachdimension.

Die Verunsicherung wird dadurch gesteigert. Es ist leichter, als „Roter“ über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Klonens zu urteilen, solange die „Schwarzen“ dagegen sind. Man liegt im Zweifel richtig, wenn man gegen die ist, die im Zweifel immer falsch liegen.

Mit der Entpolitisierung und Versachlichung des Problemlösens erscheint vieles unentscheidbar. Vom Mangel des Nicht-Entscheiden-Könnens muss entlastet werden.²³

Allerdings muss es rational erscheinen, die sachliche Entlastung zu wählen. Wäre die Entlastung nicht im Eigeninteresse, könnte sie nicht als Ausdruck von Selbstbestimmung gelten. Das Selbstbestimmen gerät in eine Aporie. Denn ob es rational ist, sich für die das Wissen und die Rationalität der anderen zulassende Selbstbestimmung zu entscheiden, lässt sich auch nicht ohne kompetente Beratung entscheiden. Dafür gibt es aber keine Expertise. Klären ließe sich diese Frage, wenn überhaupt, im Medium der politischen Selbstbestimmung, denn immerhin schafft individuelle Passivität Externalitäten für alle anderen (Sozialdimension).

²³ Zum Begriff der Entlastung siehe Arnold Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, Wiesbaden 1978, 36-37.

Indes ist die Wissensgesellschaft kein politischer Raum des gemeinsamen Lebens, sondern eine Sphäre allseitiger sachlicher Verunsicherung.

Also muss von der Rationalisierung der Entlastung selbst wieder entlastet werden. Die Konstitutionalisierung leistet dies. Selbstbestimmt ist man auch unter diesen veränderten Bedingungen im Gleichklang mit anderen, und insofern „kollektiv“ selbstbestimmt, wenn man sich wie diese für die Entlastung von der Ausübung der Selbstbestimmung entscheidet.

Es gibt also eine *konstitutionalisierende* Gewalt. Sie tritt an die Stelle der vormaligen konstituierenden Gewalt. In Anlehnung an Robert Pfaller könnte man sie als die „Interpassivität“ der Individuen bezeichnen.²⁴ Sie ist das transnationale Äquivalent der Nation. Die Interpassivität nährt sich aus der Zuversicht, dass es angesichts fundamentaler rechtlicher Garantien im Eigeninteresse der ihre privaten Projekte verfolgenden Menschen ist, den Problemlösungsprozessen zu vertrauen, die sich verschiedener Risiken und Ungleichgewichte annehmen.

Die konstitutionalisierte Verfassung erweist sich als Ausdruck von Delegation. Das Verfassungsrecht schmilzt ein ins Verwaltungsrecht. Die Verfassung ist legitim, weil sie idealtypisch als Verwaltungsstatut fungiert. Menschen, die sich mit der Konstitutionalisierung abfinden, wollen kontrollierte Problemlösung und Grundrechtsschutz. Ihr durch die Existenz vom höherem Recht motiviertes Vertrauen ist mit der Wissensgesellschaft konsistent, indem es, zumindest was letzteres angeht, einen starken Glauben an die Leistungsfähigkeit der juristischen Analyse voraussetzt. Es kommt nicht von Ungefähr, dass die Unterstellung umfassenden Rationalitätsglaubens von juristischen Experten gemacht wird. Er ist eine Bedingung der Möglichkeit ihrer Wirksamkeit.

Zu dieser Form der kollektiven Selbstbestimmung bedarf es der öffentlichen Beratung nicht. Dazu ist jeder alleine fähig. Die Konstitutionalisierung ist die kollektive Selbstbestimmung im Zustand der Entlastung von sich selbst (für Luhmannianer: „Entlastung zweiter Ordnung“ bzw. „reflexive Komplexitätsreduktion“). Sie ist die Deckung für jenen zweifachen *Rationalitätsglauben*, der in der postnationalen Konstellation den Legalitätsglauben²⁵ als Legimitätstypus ablöst: der

²⁴ Siehe Robert Pfaller, *Das schmutzige Heilige und die reine Vernunft. Symptome der Gegenwartskultur*, Frankfurt/Main 2008.

²⁵ Siehe Max Weber, *Staatssoziologie*, 2. Aufl. Berlin 1966, 46.

Glaube in die Rationalität des Verwaltens und der Glaube in die juristische Expertise von Grundrechtsforen.

Deswegen wird durch die Konstitutionalisierung das dritte Verfassungskriterium im Effekt von den beiden ersten absorbiert.

Schluss

Die vorstehenden Überlegungen wollten ein Beispiel bieten für das kritische Durcharbeiten von Rechtsbegriffen. Der Ertrag einer solchen philologischen Übung liegt im besseren Verständnis des rechtlichen Wissens, das uns mit dem Anspruch begegnet, ernst genommen zu werden. Als ob diese These eines Belegs bedürfte, weise ich abschließend auf die viel gescholtene Entscheidung des BVerfG zum Lissabon Vertrag hin.²⁶ An ihr manifestiert sich in symptomatischer Form, wie die vorkosmopolitische Selbstbeziehung gegen ihren Nachfolger ankämpft.

In dieser Entscheidung unternahm es das Gericht erstmals, im Verhältnis zur EU eine Sphäre unaufgebar nationaler Selbstbestimmung zu bestimmen.²⁷ Das BVerfG erntete dafür Spott und Hohn, weil das, was es als a priori unverzichtbar ausgab, mit dem koinzidiert, was den Staaten nach der letzten Vertragsrevision noch verblieben ist.²⁸ Noch mehr Kritik musste das Gericht für seine negative Charakterisierung der europäischen Demokratie einstecken. Das Gericht verstehe nichts vom Föderalismus; es sehe nicht ein, dass seine Vorstellung von der Gleichheit des Gewichts der Wählerstimmen bloß auf den Einheitsstaat passe:²⁹ nicht genügend, setzen!

Der auch bloß oberflächliche Blick auf die Angelegenheiten, die nach Ansicht des BVerfG der nationalen Selbstbestimmung verbleiben sollen, sind eng mit dem spezifischen Charakter der Lebensform verbunden, auf welche die politische Selbstbestimmung bezogen ist: Strafrecht, Schule, Familie, Militär und Sozialstaat-

²⁶ Siehe BVerfG 2 BvE 2/08.

²⁷ Siehe ebd., Rz. 249, 252.

²⁸ Siehe Christoph Schönberger, Libon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea, *German Law Journal* 10 (2009) 1201-1218, hier: 1209; Daniel Halberstam – Christoph Möllers, The German Constitutional Court says „Ja zu Deutschland!“, *German Law Journal* 10 (2009) 1241-1257, hier: 1249-1251.

²⁹ Siehe Schönberger, ebd., 1215-1216.

lichkeit.³⁰ Im Vergleich dazu missversteht das BVerfG, indem es für die vorkosmopolitische (also politische) Selbstbestimmung Partei ergreift, weshalb die EU sich für kosmopolitisch selbstbestimmte Subjekte eignet. Von der Service-Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung bis zum Swiftabkommen empfiehlt sich das europäische Parlament, wenn auch mit wechselndem Nachdruck, als Institution des vorauswirkenden Grundrechtsschutzes. Diese Funktion ist aus kosmopolitischer Sicht wichtiger als das Wechselspiel von Regierung und Opposition. Aus Gründen der effektiven Zielerreichung – und damit der erwünschten Rationalität – ist die transnationale Koordination als Problemlösungsstrategie den nationalen Alleingängen jedenfalls solange vorzuziehen, als diese das Subsidiaritätsprinzip beachten. Indem deren Effizienz und Kontrollierbarkeit durch den Lissabon Vertrag erhöht wird, ist er der Autonomie von kosmopolitischen Subjekten gewiss zuträglich.

Der Konflikt über den europäischen Integrationsprozess betrifft nicht bloß föderale Strukturen. Er wirft letztlich die Frage auf, ob es noch sinnvoll ist, sich als ein Wesen zu begreifen, das in Gemeinschaft mit anderen lebt.

³⁰ Siehe die Lissabon Entscheidung, oben Anm. 26, Rz. 252.