

Kelsen Working Papers

Publications of the FWF project P 19287: "Biographical Researches on H. Kelsen in the Years 1881–1940"

Jürgen Busch, Wien:

Hans Kelsens Lehre von der Rechtsgemeinschaft

Über die Notwendigkeit einer Veränderung
im Denken über die Staatlichkeit der EU

online-version, 3rd January 2011

<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/kelsenrechtsgemeinschaft.pdf>

published in:

Tatiana Machalová (Hrsg), *Proměny evropského právního myšlení.*

K odkazu profesora Vladimíra Kubeše

(= *Acta Universitatis Brunensis Iuridica* 354, Brno 2009) 112–127

Hans Kelsens Lehre von der Rechtsgemeinschaft – Über die Notwendigkeit einer Veränderung im Denken über die Staatlichkeit der EU

von Jürgen Busch*

I. Einleitung

Die Erkenntnis der Reinen Rechtslehre, dass politische Gemeinschaften objektiv (dh unabhängig vom persönlichen Empfinden der sie bildenden Individuen) letztlich nur normativ zu begründen sind, wird im Folgenden auf ihre Anschlussfähigkeit an die Kategorien der den Nationalstaat übersteigenden supranationalen politischen Gemeinschaften wie die EU überprüft. In der ohnehin nicht allzu intensiv geführten Diskussion um die rechtstheoretischen Grundlagen der EU wollen wir dies bejahen und als oft übersehene aber potentiell äußerst zweckmäßige Grundposition für die weitere Betrachtung relevanter „europawissenschaftlicher“ Fragestellungen¹ wie die Unionsbürgerschaft und damit verbundene „Demos & Democracy Debatten“ vorschlagen.² In die Begrifflichkeit der Grundfragen der Rechtsphilosophie von Vladimír Kubeš gekleidet³, geht es in diesem Beitrag um den Versuch einer Begriffsbildung von der „Rechtsidee EU“ und ihrer Einordnung in das System der Rechtsideen (rechtliche Weltanschauung) jenseits traditioneller Vorstellungen von Staatsvolk in politischen Gemeinschaften.

II. Hans Kelsens (Staats-)Rechtslehre für die EU entdecken

* Jürgen BUSCH, Forschungsassistent am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien; Lektor in Rechtsphilosophie, Pressburger Rechtswissenschaftliche Hochschule.

¹ Wie sie etwa in Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern (Hg), *Europawissenschaft*, Baden-Baden 2005 formuliert worden sind.

² Teile dieses Beitrags sind in Kooperation mit Tamara Ehs, Institut für Politikwissenschaft der Universität Wien, entwickelt worden. Erstmals wurden die hier neu überarbeiteten und auf Kelsens Begriff der Rechtsgemeinschaft zugespitzten Überlegungen in folgenden gemeinsamen Beiträgen angestellt: Jürgen Busch/Tamara Ehs, *The EU as Rechtsgemeinschaft. A Kelsenian Approach to European Legal Philosophy*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 2 (2008), 195-223; dies., Nachwort: *EUropa als Rechtsgemeinschaft*, in Tamara Ehs (Hg), *Hans Kelsen und die Europäische Union*, Baden-Baden 2008, 95-111.

³ Vgl. Vladimír Kubeš, *Grundfragen der Philosophie des Rechts*, Wien/New York 1977, 24 ff und 67 ff.

Die Diskussion über die kulturelle wie politische, aber auch schon geographische Identität Europas und die kollektive Identität der auf diesem (Sub-)Kontinent⁴, in dieser politischen Gemeinschaft und ihren politischen (Sub-)Gemeinschaften sowie in diesem Kulturraum lebenden Menschen füllt Bibliotheken⁵.

Beim Versuch, dem dringenden integrationspolitischen Bedarf nach einer die EU ideell legitimierenden politischen Theorie nachzukommen bedienen sich viele Wissenschaftler klassischer nationalstaatlicher Theorieparadigmen⁶. Bis heute tendieren die mit der EU befassten politischen und Rechtswissenschaften zu einer Betrachtung der Entwicklungen innerhalb der EU durch eine nationalstaatliche Brille aus dem theoretischen Fundus der vergangenen Jahrhunderte. Sie gehen tendenziell von einem kulturell, sprachlich, (größtenteils immer noch) religiösen, oder gar sozial uniformen Staatsvolk aus, das schon in nationalstaatlichen Gesellschaften nur fiktiv aufrechtzuerhalten ist und in der EU als Gesamtgesellschaft gänzlich fehlt.

Federico Mancini hat dieses „nationalen Dilemma“ der Kategorisierung der EU auf den Punkt gebracht. Er identifiziert die Wurzel des Problems mit “the inability to conceive of statehood in any terms other than nation statehood, or, in a nutshell, to divorce the state from the nation.”⁷ Dem liegt der Versuch der (diskursiven) Konstruktion einer Europäischen Nation als Basis für europäische Staatlichkeit zugrunde. Wenn man so will, trägt das

⁴ Dazu einführend Jürgen Busch, Existiert Europa? Antworten der Verfassungstheorie, in Harald Eberhard/Konrad Lachmayer/Gerhard Thallinger (Hg), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht, Wien 2005, 87–108, hier 87 ff.

⁵ Es sei hier exemplarisch nur ein bemerkenswertes Unterfangen zur Annäherung an die „Identität Europas“ angeführt: Die ‘Reflection Group on the Spiritual and Cultural Dimension of Europe’ der Europäischen Kommission, eine Initiative des vormaligen Kommissionspräsidenten Romano Prodi [http://ec.europa.eu/research/social-sciences/links/article_3336_en.htm (15. 08. 2008)]; deren Ergebnisse sind publiziert in: Transit – Europäische Revue, Hefte 26, 27, und 28 [http://www.iwm.at/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=273 (15. 08. 2008)] und in Krzysztof Michalski (Hg), Conditions of European Solidarity. Vol. I: What Holds Europe Together?, Vol. II: Religion in the New Europe, Budapest-New York 2006.

⁶ Etwa die Etablierte Schule, repräsentiert durch Böckenförde, Isensee, Kirchhof, di Fabio und andere.

⁷ Federico Mancini, Europe: The Case for Statehood, in: ders. (Hg) Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays, Oxford 1999, 51-66, hier 55.

vorherrschende Konzept von „Nation“ immer noch das Gewand der Romantik⁸ (wie von Johann Gottfried Herder und Johann Gottlieb Fichte entwickelt⁹) und beinhaltet vor allem eine den einzelnen „Mitgliedern“ der betreffenden Gesellschaft als gemeinsames Erbe geltende Geschichte, gemeinsame Kultur, eine – zuweilen erst vereinheitlichte – gemeinsame Sprache bis hin zur gemeinsamen Ethnizität. Also zusammengefasst ein hoher Grad an Homogenität, eine Art von vor-politischer, natürlicher oder „organischer“ Identität. Ein solches exklusives Konzept als Fundament europäischer Staatlichkeit oder auch anderer, weniger homogen aufgeladener Ideen von einer europäischen politischen Gemeinschaft zu definieren ist daher auch mehr als umstritten.

Es fehlt in der bisherigen Literatur auch nicht an Gegenmodellen, auch nicht an solchen, die sich explizit auf Kelsen berufen. Es scheint sich sogar ein gewisser Trend zu entwickeln, Kelsen gleichsam „für die EU zu entdecken“¹⁰. Wenn es aber um die Voraussetzungen der Betrachtung und Beschreibung der EU als politischer Gemeinschaft, um eine präzise Fassung dessen, was die EU denn nun zweckmäßig eigentlich per se und dann für ihre Bürgerinnen und Bürger sei, geht, greifen die bisherigen Ansätze zu kurz bzw. lassen sich nicht auf diese Frage ein.

⁸ Unser gängiges Verständnis von Nation mit Anklängen von Exklusivität und Chauvinismus hat seine Ursprünge in einem romantischen Nationsbegriff des 19. Jh. Jean-Jacques Rousseau oder Immanuel Kant folgend, kannte davor die Aufklärung und die Französische Revolution eine gänzlich andere, substantiell nicht aufgeladene Bedeutung: die Nation als Rechtsgemeinschaft (vgl. Ingeborg Maus, Nationalstaatliche Grenzen und das Prinzip der Volkssouveränität, in: Marcus Gräser/Christian Lammert/Söhnke Schreyer (Hg), Staat, Nation, Demokratie. Traditionen und Perspektiven moderner Gesellschaften, Göttingen 2001, 11-26 sowie dies., Volk und Nation im Denken der Aufklärung, Blätter für deutsche und internationale Politik 5 (1994), 602-613), die Kelsen einer Revision unterzogen hat (und die nicht mit der Rede von der EU als Rechtsgemeinschaft nach Walter Hallstein verwechselt werden darf!; siehe zu diesem wertend im Sinne von Rechtsstaatlichkeit verstandenen Begriff etwa Franz C. Mayer, Europa als Rechtsgemeinschaft, in Schuppert/Pernice/Halterm, Europawissenschaft (wie FN 1), 429-487, hier bereits 430 f.).

⁹ Dem hat 1871 der französische Historiker und Religionssoziologe Ernest Renan seine Definition der Nation als „un plébiscite de tous les jours“ entgegeng gehalten.

¹⁰ So Ines Weyland, The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law – The Supremacy Puzzle Resolved, Law and Philosophy 21 (2002) 1-37; oder etwa um die selbe Zeit Heinz Mayer, Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht, in Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hg), Hans Kelsen und das Völkerrecht, Wien 2001, 121-138. Ansatzweise aber den Kern treffend auch András Jakab, Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel – Ex Contrario Fiat Lux, Der Staat (2007) 268-292, hier insbes. 291.

Die bisherige Debatte behilft sich mit vorläufigen Definitionen des politischen Gemeinwesens der EU als „Demokratie jenseits von Staatlichkeit“, als „Empire“ neuer Art (Politikwissenschaft), als „Staatenverbund“ der zwischen Bundesstaat und Staatenbund diffundiert (Staatsrechtslehre), als autonome Rechtsordnung sui generis (eigener Art) oder völkerrechtliche (Teil-)Rechtsordnung (Rechtswissenschaft)¹¹.

Ein Ansatz ist bei der Suche nach einer geeigneten und möglichst erklärungs-mächtigen Definition der EU als politischer Gemeinschaft, die diese allgemeine Beschreibung näher präzisiert, bisher übersehen worden: Kelsens Staatsrechtslehre und sein darin enthaltenes Konzept der Rechtsgemeinschaft. Es geht dabei nicht um die unkritische Übernahme seiner Lehre! Im Gegenteil werden wir versuchen, die Notwendigkeit der Trennung mancher Elemente seiner Staatslehre von ihrem historischen Hintergrund als Voraussetzung der Anwendbarkeit des Konzepts der Rechtsgemeinschaft auf die EU zu erklären. Gleichzeitig sind es aber, wie wir zeigen wollen, gerade solcherart von der Schablone der Staatlichkeit oder des Internationalen Rechts abgelöste Elemente seiner Theorie, die besser als bisherige Zugänge im Stande sind das Wesen der EU als politische Gemeinschaft zu erhellen.

III. Kelsens Begriff der Rechtsgemeinschaft

Kelsen selbst hat sich in seinem Werk nie explizit mit Fragen der Europäischen Integration (näherhin des Europarechts) im Allgemeinen oder der Europäischen Gemeinschaften im Speziellen beschäftigt.¹² Er hat allerdings bereits bei der Entwicklung

¹¹ EuGH, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251. Siehe auch Christian Joerges, Das Recht im Prozess der europäischen Integration, in Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch (Hg), Europäische Integration, Opladen 1996, 73-108, hier 81 ff.

¹² Einzig Georg Schwarzenberger, The Contribution of the Court of Justice of the European Communities to European Integration, in: Salo Engel/Rudolf A. Métall (Hg), Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen, Knoxville 1964, 285-295 stellt einen indirekten publizistischen Bezug zwischen Kelsen und den EG dar. Jedoch schimmert die Frage der Bildung einer die Nationalstaaten übersteigenden Form der Föderation bereits viel früher, noch vor dem Zweiten Weltkrieg in seiner Auseinandersetzung mit der Dissertation seines Genfer Schülers Umberto Campagnolo im Jahr 1937 durch: Vgl. Hans Kelsen/Umberto Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano. Con un inedito di Hans Kelsen e un saggio di Norberto*

seiner später systematisch zur Reinen Rechtslehre ausgebauten Rechts- und Staatstheorie bei einem anderen, zentral- und nationalstaatliche Kategorien übersteigenden politischen Gemeinwesen praktische Anleihen genommen¹³: Beginnend mit seiner ersten großen staatsrechtlichen Abhandlungen 1911¹⁴ hat Hans Kelsen seine Allgemeine Staatsrechtslehre vor dem Hintergrund der heterogenen politischen Gemeinschaft der späten Habsburgermonarchie entwickelt, in die auch seine Familie eingebettet war.¹⁵ Vor diesem realen politischen und persönlichen Hintergrund basiert sein Konzept von Staat auf der Idee der Pluralität der Gesellschaft und einer dazu passenden normativen Rechtstheorie. Diese Grundlagen scheinen nun auch hinsichtlich der Herausforderungen durch den Prozess der europäischen Integration für das Konzept traditioneller nationaler Gesellschaften einschlägig zu sein. Speziell die schrittweise Formulierung europäischer Bürgerschaft, die einen europäischen *Demos* (oder multiple *Demoi*)¹⁶ mit politische Rechten auf Gemeinschaftsebene umschreibt, bereitet den Weg für die Auffassung der EU als eine politische und damit Rechtsgemeinschaft seiner Bürgerinnen und Bürger im Sinne Kelsens. Basiert doch Bürgerschaft in seiner Lehre eben gerade nicht auf ethnischer, kultureller oder sprachlicher Identität sondern vielmehr auf dem Faktum, Rechtssubjekt einer Rechtsordnung zu sein. Staat als die Gesamtheit des ihn bildenden Rechtssystem und damit mit diesem ident und Nation als eine (kulturell und ethnisch) imaginierte Gemeinschaft sind bei Kelsen erkenntnistheoretisch

Bobbio. A cura di Mario G. Losano, Milano 1999, 272 ff., hier 311 ff. Dazu Nicoletta Bersier Ladavac, Hans Kelsens Genfer Jahre (1933-1940), in Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hg), Hans Kelsen und das Völkerrecht (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 26), Wien 2004, 169-189, hier 183 f.

¹³ Dazu Manfred Baldus, Hapsburgian Multiethnicity and the "Unity of the State" – On the Structural Setting of Kelsen's Legal Thought, in Dan Diner/Michael Stolleis (Hg), Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition, Gerlingen 1999, 13-25.

¹⁴ Jahr der Erscheinung seiner "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", die seine *Habilitationschrift* an der Universität Wien darstellen; vgl. Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911.

¹⁵ Kelsens Biographie ist Gegenstand eines aktuellen Forschungsprojekts (FWF, P19287) unter den Auspizien des Wiener Hans-Kelsen-Instituts und unter der Leitung von Prof. Thomas Olechowski (Universität Wien), das zunächst von 2006 bis 2009 läuft. Schon Kelsens erster Biograph, Rudolf A. Métall, nennt die Habsburgermonarchie als essentiellen historischen Kontext der Reinen Rechtslehre. Vgl. zum Zusammenhang von "Einheitsthese" und multiethnischem Gefüge der Monarchie auch Baldus, Multiethnicity (wie FN 12).

¹⁶ Zum Konzept multipler *Demoi* vgl. Kalypso A. Nicolaïdis, The New Constitution as European *Demoi*-cracy?, Federal Trust Constitutional Online Working Paper 38 (2003); und Samantha Besson, Europe as a *demoi*-cratic Polity, *Retfaerd - Nordisk Juridisk Tidsskrift* 30 (2007, 1/116), 3-21.

strikt voneinander unterschieden. Sie werden bei ihm entmystifiziert und entideologisiert, damit dekonstruiert, um dann – eine Idee der Aufklärung aufgreifend – Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft (die Nation und damit die Bürgerschaft) in einem Konzept der Rechtsgemeinschaft aufgehen zu lassen. Diese Zusammenführung, diese Identität von Rechtsgemeinschaft und Volk, das jeder politischen Einheit vorhergehen müsse, stellt sich für uns als das Kernelement der Anwendbarkeit der theoretischen Voraussetzungen der Staatslehre Kelsens auf die EU dar.

Ausgehend von einer fundamentalen Kritik der ideologischen Funktion des in der traditionellen Staatsrechtslehre klassischen Dualismus von Recht und Staat (der Staat müsse als eine vom Recht verschiedene Person vorgestellt werden, damit das Recht den – dieses Recht erzeugenden und sich ihm unterwerfenden – Staat rechtfertigen könne¹⁷) gelangt er zu einer formalen und damit neutralen Anschauung des Staates als ident mit der Rechtsordnung. In den Worten seiner jüngsten, englischsprachigen Version der Staatsrechtslehre:

‘The State as a legal community is not something apart from its legal order ... A number of individuals form a community only because a normative order regulates their mutual behaviour. The community ... consists in nothing but the normative order regulating the mutual behaviour of the individuals.’¹⁸

Der Kern des Arguments der Definition des Staates als nichts anderes als eine Rechtsordnung liegt in der Idee begründet, das soziale Gebilde, das als Staat angesprochen wird, könne frei von Metaphysik und Mystik nur als eine Ordnung menschlichen Verhaltens begriffen werden. Wenn ein Staat als politische Organisation charakterisiert wird, komme

¹⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*², Wien 1960, 288; weiters ders., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, 22; und ders., *General Theory of Law and State*, Cambridge/Mass. 1945, XV, wo er sein Programm der Ideologiekritik des klassischen Dualismus von Recht und Staat so formuliert: „Just as the pure theory of law eliminates the dualism of law and justice and the dualism of objective and subjective law, so it abolishes the dualism of law and State. By doing so it establishes a theory of the State as an intrinsic part of the theory of law ...”.

¹⁸ Kelsen, *General Theory* (wie FN 17), 182.

damit seine Qualifikation als eine Zwangsordnung zum Ausdruck. Als eine politische Organisation ist der Staat notwendiger Weise eine Rechtsordnung.¹⁹ In logischer Konsequenz können auch die klassischen drei Staatselemente, die den Staat definieren würden (wie prominent von Georg Jellinek²⁰ eingeführt): Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt²¹, stichhaltig nicht anders bestimmt werden als wiederum in einem rechtlichen Sinn. Das will heißen: „sie können nur als Geltung und Geltungsbereiche einer Rechtsordnung begriffen werden“²².

Kelsens Antwort auf die Frage „Was hält eine Nation zusammen?“ ist daher das schiere Faktum der entsprechenden, die politische Gemeinschaft konstituierenden Rechtsordnung zu unterliegen, sprich einer Rechtsgemeinschaft anzugehören. Auf der Ebene des Individuums stellt sich Kelsen die Frage, warum eine Person zusammen mit anderen Personen einem bestimmten Staat angehört. Unter der Voraussetzung der Identität, der Einheit oder des Zusammenfallens der Gemeinschaft mit der Rechtsordnung könne kein anderes Kriterium gefunden werden als dass sie gleichermaßen der selben bestimmten, relativ zentralisierten, Zwangsordnung unterstehen.²³ Insbesondere erachtet er es als unmöglich, eine Art seelischer (psychologischer) Wechselwirkung aufzuzeigen, die unabhängig von jeglicher rechtlicher Bindung die Menschen eines Staates in einer Art und Weise verbände, dass sie von analog zusammengeschlossenen Menschen eines anderen Staates als getrennte Gruppe unterschieden werden könnten.²⁴ Es kann also nur die gemeinsame Rechtsgemeinschaft, in der die politische Gemeinschaft aufgeht, bzw. mit dieser Eins ist, das entscheidende Kriterium der Zu- und Zusammengehörigkeit sein. Dieses alternative und spezifische Konzept der

¹⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 289.

²⁰ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre³, Berlin 1914, 396 ff.

²¹ Für das Argument, dass diese spezifischen Charakteristika eines Staates bereits im gegenwärtigen Entwicklungsstand der EU erfüllt sind vgl. Walter van Gerven, The European Union. A Polity of States and Peoples, Oxford 2005.

²² Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 290.

²³ „Alle Versuche, ein anderes Band zu finden, das die möglicherweise nach Sprache, Rasse, Religion und Weltanschauung verschiedenen, durch Klassengegensätze und mannigfache andere Interessenkonflikte getrennten Menschen zusammenhält, zu einer Einheit verbindet, müssen scheitern.“ Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 290.

²⁴ Ebd., 290 f.

Rechtsgemeinschaft (bei Kelsen noch mit dem Staat identifiziert!) wollen wir der Ergründung der Existenzform der EU als Grundlage jeder weiteren Beschreibung als politische Gemeinschaft zugrunde legen.

IV. Integration des bereits Integrierten? – Kelsen jenseits der Staatlichkeit

Wie kann dieses Konzept von Rechtsgemeinschaft, obzwar selbst staatsrechtlich argumentiert, zur Überwindung des „konstitutionellen Etatismus“ (Verfassungsordnung setzt Staat voraus) beitragen und welcher vorhergehenden Kritik haben wir die Staatslehre Kelsens zu unterziehen, um sie für neue Einsichten in die Ontologie der EU anzuwenden? In Hauke Brunkhorsts Einsicht, jedwede Verfassung Europas „has to be a *constitution without a state*“²⁵ birgt auch einen Schlüssel zur Anschlussfähigkeit von Kelsens Rechtsgemeinschaft an die nichtstaatliche politische Gemeinschaft der EU in sich. Zwar blieb in seinem Werk der Staatsbegriff in allgegenwärtig, es ist ihm aber der Beweis der Möglichkeit dessen gelungen, was Mancini als unmöglich beschrieben hat²⁶: den Staat von der (ihr vorausgehenden organischen) Nation zu scheiden. Versuchen wir also, den Staatsbegriff Kelsens von seiner Rechtsgemeinschaft zu subtrahieren.

Zutreffende Charakterisierungen der innerhalb der EU anzutreffenden kollektiven wie individuellen Identitäten kreisen um Begriffe wie Diversität, Pluralität, Multikulturalismus etc. Kelsen gibt uns nun einen Staatsbegriff zur präzisen Erfassung solcher pluralistischer politischer Gemeinschaften an die Hand, der ganz ohne das Vorhandensein substantieller, ideologischer und exklusiver Bande der Menschen (wie der romantische Begriff der Nation) zu dieser Gemeinschaft auskommt. Der Staat (= die Rechtsordnung, die die politische

²⁵ “The European Union is not a state and – as far as we can see – is not on an evolutionary track to statehood. *Etatism* is misleading anyway. The argument of the famous Maastricht ruling of the German Constitutional Court that the Union is neither a federal state (*Bundesstaat*) nor a federation of states (*Staatenbund*) but something in between, an association of states (*Staatenverbund*), goes in the wrong direction. The word “state” (*Staat*) is what all these variants of concepts have in common. But the Union is a unique political entity which is not only a post-national but a post-statist entity.” Hauke Brunkhorst, *A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution*, ARENA Working Paper 14 (2003), 19.

²⁶ Siehe in FN 7.

Gemeinschaft bildet) ist das einzig stichhaltige Band seiner Bürger (Rechtsunterworfenen), die eben in diesem Sinn eine Rechtsgemeinschaft bilden (und sonst – erkenntnistheoretisch fassbar – nichts!). Das Problem der Übertragung dieses gegenüber nicht-normativen Gemeinsamkeiten der eine politische Gemeinschaft bildenden Menschen neutralen und damit für die Gesellschaft(en) der EU ideal anmutenden Konzepts bleibt die damit verbundene Notwendigkeit, die EU als Staat (zwar im abstrakten Sinne der Reinen Rechtslehre, aber dennoch als Staat) aufzufassen. Das Stadium der „primitiven Rechtsordnung“, als die Kelsen noch das klassische Völkerrecht klassifiziert, da es sich um eine weitgehend dezentralisierte Rechtsordnung insbesondere ohne arbeitsteilig funktionierende Organe zur Erzeugung und Anwendung seiner Normen handle, hat die EU praktisch mit ihrer Gründung (ursprünglich in Form der Europäischen Gemeinschaften) hinter sich gelassen (autonome Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsorgane!).

Es bringt uns nicht viel weiter, wenn wir bei der Analyse der EU als politischer Gemeinschaft in den traditionellen Denkkategorien der Staatsrechtslehre, eine Disziplin entwickelt vor dem Hintergrund der Dominanz des Nationalstaates, verhaftet bleiben. Kelsens Konzept der Rechtsgemeinschaft in seiner ursprünglichen Form und unreflektiert auf die EU übertragen hieße eine Staatstheorie mit einer anderen zu ersetzen, ohne dabei das Konzept des Staates für die Kategorisierung der EU aufzugeben. Aber was, wenn wir Kelsen auf den Kopf stellen, seine Lehre gegen seine eigenen Prämissen richten? Alle Staaten (weil politische Organisationen) sind Rechtsordnungen. Aber nicht jede Rechtsordnung ist ein Staat.²⁷ Bringt es uns voran, wenn wir das Konzept des Staates beiseite lassen und einen vom Staat unabhängigen Begriff der Rechtsgemeinschaft auf die EU anlegen? Wir sind der Meinung, dass damit ein großer Schritt hin zu einem normativen Begriff des Wesens der EU als politische Gemeinschaft getan wäre. Der Staat ist Rechtsordnung gerade weil er politische

²⁷ So Kelsen selbst! Es gibt die vorstaatlichen Rechtsordnungen „primitiver Gesellschaften“ und die im gleichen Sinn „primitiven“ über- oder zwischenstaatliche Völkerrechtsordnung (und Entwicklungsstufen). Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 289.

Organisation, eine politische Gemeinschaft ist; d.h. da er objektiv nur als eine Ordnung menschlichen Verhaltens begreifbar ist, kann das spezifisch politische an dieser Gemeinschaft nur der von Mensch zu Mensch geübte Zwang sein.²⁸

Was Kelsen nicht explizit sagt ist, dass aber ebenso jede nicht-staatliche politische Gemeinschaft (die sich eben nicht durch den relativ hohen Grad an Zentralisierung wie die Staaten auszeichnen), will man sie frei von Ideologie (auf metaphysischen oder gar mystischen Grundlagen zu Gemeinschaften konstruierten Summe von Menschen) erkennen, als Ordnung menschlichen Verhaltens, als normative Ordnung, – ist das der Gesellschaft Gemeinsame die Rechtsordnung – als Rechtsgemeinschaft begriffen werden können muss.

Kelsen argumentiert: „Wenn man sagt, daß eine bestimmte Gesellschaft durch eine normative, das gegenseitige Verhalten einer Vielheit von Menschen regelnden Ordnung konstituiert ist, so muß man sich bewußt bleiben, daß Ordnung und Gesellschaft nicht zwei voneinander verschiedene Dinge, sondern ein und dasselbe Ding sind, daß die Gesellschaft in nichts anderem besteht als in dieser Ordnung, und daß, wenn Gesellschaft als Gemeinschaft bezeichnet wird, im wesentlichen die das gegenseitige Verhalten der Menschen regelnden Ordnung das diesen Menschen Gemeinsame ist. Das tritt besonders deutlich im Fall einer Rechtsordnung oder der von ihr konstituierten Rechtsgemeinschaft hervor, zu der Menschen verschiedener Sprache, Rasse, Religion, Weltanschauung und insbesondere auch Menschen gehören können, die verschiedenen, einander feindlichen Interessengruppen angehören. Sie alle bilden eine Rechtsgemeinschaft, sofern sie ein und derselben Rechtsordnung unterworfen sind, das heißt: sofern ihr gegenseitiges Verhalten von ein und derselben Rechtsordnung geregelt ist.“²⁹ Und an anderer Stelle: „Die Gemeinschaft besteht in der das Verhalten einer Mehrheit von Individuen regelnden normativen Ordnung. Man sagt zwar, die Ordnung konstituiert die Gemeinschaft. Aber Ordnung und Gemeinschaft sind nicht zwei verschiedene

²⁸ Ebd.

²⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 90.

Gegenstände. Eine Gemeinschaft von Individuen, das heißt: das was diesen Individuen gemeinsam ist, besteht nur in dieser ihr Verhalten regelnden Ordnung.³⁰

Die EU ist also allein dann politische Gemeinschaft, wenn sie Rechtsgemeinschaft ist!³¹ Nicht jede politische Gemeinschaft kann den Kriterien der Reinen Rechtslehre für Staatlichkeit entsprechen, aber jede politische Gemeinschaft ist – wie der Staat – zugleich Rechtsgemeinschaft; ja Rechtsgemeinschaft bringt spezifizierend die Identität von Ordnung und politischer Gesellschaft/Gemeinschaft begrifflich zum Ausdruck. Wieder anders gesagt: In der Rechtsgemeinschaft fallen in diesem Sinn Ordnung und Gemeinschaft zusammen; ebenso wie Staat und Recht in jener Kategorie von Rechtsgemeinschaften zusammenfallen, die sich durch einen höheren Zentralisationsgrad auszeichnen.

Diese Konsequenz ermöglicht nun nichts weniger als die Vermeidung der Falle, den Staat (weil relativ homogen) als das einzige soziale Gebilde anzusehen, in dem Demokratie, Legitimität, Grundrechte, Governace und „Rule of Law“ (im Staat die Rechtsstaatlichkeit) denkmöglich wären. Auf die Homogenität der Rechtsordnung, nicht auf jene der kollektiven Identität der eine Gemeinschaft bildenden Menschen kommt es also im Kern an! Es muss diesen dritten Weg zwischen der relativ zentralisierten Rechtsordnung von Staaten und der in „primitiven Gesellschaften“ gleichermaßen dezentralisierten Rechtsordnung des Völkerrechts³² geben. Es kann auf Grund Kelsens eigener Prämissen nicht nur ein schwarz oder weiß der politischen Gemeinschaften geben; entweder Staat oder „primitiv“. Relativ zentralisierte Rechtsordnungen können als Staaten kategorisiert werden (und solange diese Art von politischen Gemeinschaften eine dominante Rolle gespielt haben ist die auch zweckmäßig); aber gleichzeitig muss es möglich sein, relativ zentralisierte Rechtsordnungen (wie die EU) ebenso als Rechtsgemeinschaften ohne weitere Präzisierung als Staaten zu

³⁰ Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 154.

³¹ Es ist argumentiert worden, dass der EU das Zwangsmoment fehle (unter anderen Werner Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, Tübingen 2002, 211 ff.). Mayer, Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht (wie FN 10), 130 hat den Zwangcharakter der Rechtsordnung der EU im Sinne der Reinen Rechtslehre nachgewiesen.

³² S. für diese Beschreibung Internationaler Organisationen Kelsen, Problem der Souveränität (wie FN 17), 260.

beschreiben. Andernfalls wäre es ja auch unmöglich, Staaten als Rechtsgemeinschaften zu verstehen (Menschen bilden immer dann eine Rechtsgemeinschaft, wenn sie ein und derselben Rechtsordnung unterworfen sind; aber eben nicht alle Rechtsordnungen sind Staaten!).³³

Die Dichotomie von Zentralisation und Dezentralisation muss folglich auch als ein Schwachpunkt der Reinen Rechtslehre angesehen werden. Kelsen macht nicht klar, wo das eine Charakteristikum beginnt und das andere aufhört. Es ist daher auch nicht möglich, innerhalb der Reinen Rechtslehre festzustellen, an welchem Punkt der Entwicklung die EU von einer durch eine „primitive“ Rechtsordnung konstituierte Internationalen Organisation zu einer relativ dezentralisierten Rechtsordnung (Kelsen würde dann mit Stand der Reinen Rechtslehre von 1960 klar von einem Staat sprechen!) wird. Der hier vorgeschlagene Ausweg aus der Dichotomie von entweder Staat, oder Internationale Organisation lässt diese diffusen Grenzen beiseite und versucht, die Frage nach dem Wesen der EU eben mit dem Konzept der Rechtsgemeinschaft jenseits des Staates zu beantworten. Diese Option (neben jenen, die EU eben als Internationale Organisation oder doch als Staat anzusehen) schließt auch die Möglichkeit ein, die Menschen und ihre sozialen (Sub-)Gruppen, deren gemeinsames Charakteristikum die Ordnung ihres Zusammenlebens (gegenseitigen Verhaltens) durch die Rechtsordnung der EU darstellt, als so definierte politische Gemeinschaft zu verstehen; und zwar ganz unabhängig davon, ob sie auf Grund anderer Bestimmungsmerkmale als ein einheitlicher *Demos* oder eine Mehrzahl von europäischen *Demoi* verstanden werden.

Wir können daher in Anlehnung an Kelsen zusammenfassend sagen: Als politische Organisation (das ist ein soziales Gebilde das als eine Ordnung menschlichen Verhaltens

³³ Es ist damit natürlich nicht gesagt, dass politische Gemeinschaften, die sich durch einen hohen Grad an Pluralität und Heterogenität ihrer Gesellschaften auszeichnen (wie etwa Indien), nicht als Staaten, sondern bloß als Rechtsgemeinschaften aufgefasst werden können. Auf den Homogenitätsgrad der Gesellschaft kommt es für die rechtliche Existenz einer politischen Gemeinschaft nicht an, sondern letztlich nur auf (durch den Willen der Bürger getragene) Geltung und Wirksamkeit der sie konstituierenden Rechtsordnung.

verstanden wird) ist die EU eine Rechtsordnung³⁴. Da Ordnung und Gemeinschaft (der Menschen, die dieser Ordnung unterstehen) eins sind, ist die EU Rechtsgemeinschaft. Es klingt hier die von Vladimír Kubeš betonte Bezogenheit der Analyse der faktischen Bedingtheit des Rechts durch die Gesellschaft und der normativen Bedingtheit der Gesellschaft durch das Recht nicht auf das Abstraktum Gesellschaft sondern auf das Konkretum der in Gesellschaft lebenden Individuen, auf den Menschen, an.³⁵ Denn die Rechtsgemeinschaft EU setzt eine Gesellschaft von Individuen voraus, die wiederum normativ durch die Rechtsgemeinschaft bedingt ist.

Welchen Erkenntnisgewinn bringt das für ein zweckmäßiges Verständnis der EU mit sich? In gleicher Art und Weise, wie sich die traditionelle Staatsrechtslehre der ideologischen Legitimation des Nationalstaates verschrieben hat, erstrebt der in Rechts- wie Politikwissenschaften gleichermaßen vertretene Verfassungsetatismus die Legitimierung und Rechtfertigung der politischen Gemeinschaft durch das Recht. In beiden Konzepten muss der Staat oder die EU (nationale Staatlichkeit wird hier durch europäische Staatlichkeit ersetzt) als eine vom Recht unterschiedene und ihm vorgehende personalisierte, organische oder substanzhafte Einheit imaginiert werden, um wiederum den Staat (die EU) durch Recht zu rechtfertigen, das dann als zuerst von dieser Einheit erschaffen erscheint, dem sie sich dann unterwerfen kann. Nach Kelsen ist diese Legitimationsfunktion (die Rechtfertigung des Staates durch das Recht) nur dann möglich, „wenn es als eine vom Staat (von der EU, Anm.) wesensverschiedene, dessen ursprüngliche Natur: der Macht, entgegengesetzte und darum in irgendeinem Sinne richtige oder gerechte Ordnung vorausgesetzt wird.“³⁶ Der Staat (die EU) werde so aus einem bloßen Faktum der Gewalt zum Rechtsstaat, der sich dadurch legitimiere, das er Recht fertige.³⁷

³⁴ Kelsen, Reine Rechtslehre (wie FN 17), 290.

³⁵ Vgl. Kubeš, Grundfragen (wie FN 3), 15.

³⁶ Ebd., 288.

³⁷ Ebd.

Die etatistischen Verfassungstheorien der EU teilen demnach die Doktrin der Selbstverpflichtung des Staates (der EU), was gleichermaßen die Notwendigkeit nach einer Art europäischen Nation voraussetzt, die sich von dem unterscheiden muss, was dann erst an einem gewissen Punkt nach der Formierung politischen Gemeinschaft, eines solchen *Demos* – etwa in einem Europäischen Verfassungsmomentum – zum „Rechtsstaat EU“ wird. Der personifizierte vorrechtliche Staat (die vorrechtliche EU) erfüllt in dieser Konzeption seine historische Mission durch die Schaffung des Rechts (der Verfassungsordnung), erschafft sich so als Rechtsordnung (als Rechtsgemeinschaft) neu und unterwirft sich so selbst unter diese neue (legitimierende) Qualität der Gemeinschaft.

Als “die EU” kürzlich den Versuch unternommen hat, einen solchen Verfassungsmoment herbeizuführen und sich dadurch ihre Funktionen (Macht) durch die Schaffung und die anschließende Selbstunterwerfung unter eine neue Verfassungsordnung (neu) zu legitimieren, ist sie in die gleiche Falle gegangen, in der sich die Nationalstaaten befinden. Kelsens Kritik zufolge kann die Annahme einer Art von vorrechtlicher Nation/eines vorrechtlichen *Demos* niemals eine zufriedenstellende Erklärung der Unterscheidungsmerkmale politischer Gemeinschaften (ja nicht einmal ihrer Existenz) sein. Dieselbe Kritik trifft umso mehr zu, wenn es um die Legitimierung und Rechtfertigung der EU durch die Konstruktion und Annahme eines metaphysischen, vor-rechtlichen Europäischen Volkes (auch die weniger pathetischen Bezeichnungen Nation oder *Demos* meinen dasselbe) geht, das man sich durch gemeinsame Werte und einer gemeinsamen Kultur (nicht zu reden von Religion, Geschichte ...) verbunden vorstellt.

Versteht man Verfassung im Sinne der Reinen Rechtslehre essentiell als die Regelung der Gesetzgebung³⁸, dann hat die EU bereits eine Verfassung.³⁹ Aber der letzte, gescheiterte (weil substantierte) Versuch der Kodifizierung einer europäischen Verfassung (inklusive der

³⁸ Robert Alexy, Hans Kelsens Begriff der Verfassung, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hg), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechts theoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, 333-352, hier 352.

³⁹ Die Gründungsverträge der EG/EU werden spätestens seit 1986 von dieser selbst als „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“ bezeichnet (EuGH, Rs. 294/83, Les Verts/EP, Slg. 1986, 1339, Rn 23).

die gemeinsamen Werte und Kultur beschwörenden Präambel) meinte eben die Schaffung einer Art von Verfassungspatriotismus oder gar Verfassungstheologie⁴⁰ im Sinne eine supra-rechtlichen Identität und vorgegebenen Homogenität einer imaginierten Wertegemeinschaft des europäischen Volkes. Dabei wurde die EU in das Korsett von aus dem 19. Jahrhundert stammenden Konzepten von Staat und Nation, in jenes des Verfassungsetatismus und deren – durchaus gegenwärtig vertretenen – korrespondierende Konzepte von kollektiver Loyalität und Zugehörigkeit gepresst.⁴¹ Im Gegensatz dazu ermöglicht uns der vorgestellte Zugang mit Rückgriff auf das Kelsensche Konzept der Rechtsgemeinschaft einstweilen ein Verständnis der EU und der sie konstituierenden Individuen (die Bürger als die Nation im Sinne der Aufklärung) als eine schon längst durch das Faktum der Geltung und der – im großen und ganzen – Wirksamkeit der Rechtsordnung der EU bestehende politische Gemeinschaft: als Rechtsgemeinschaft. Wie sehr sich diese in Zukunft – etwa zu einer voll ausgeprägten demokratischen Föderation – weiter „zentralisiert“, ist eine Frage der Willensbildung ihrer freien, auf gesamteuropäischer Ebene nicht in das Korsett eines relativ homogenen europäischen Volkes gezwängten Bürger.

Mit Blickrichtung auf das Scheitern des Verfassungsvertrags scheint es ja fast, als wären die Menschen in den letzten 200 Jahren klüger geworden und lassen sich nicht mehr in vorgefertigte kollektive Identitäten drängen, wie das den Nationalstaaten so erfolgreich und nachhaltig gelungen ist und was als den Menschen und ihrer jeweiligen Singularität nicht gerecht werdende „Identitätszsumutungen“⁴² aufgefasst werden muss. Das bleibt auch im Sinne der Verwirklichung der Humanität in der Rechtsidee (von der EU) nach Kubeš für die weitere Entwicklung der politischen Gemeinschaft Europas zu hoffen.

⁴⁰ Maus, Volk und Nation (wie FN 8), 5.

⁴¹ Für weitere Details siehe Tamara Ehs, Kelsens normativer Volksbegriff. Volksgemeinschaft ist Rechtsgemeinschaft, in dies. (Hg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (ersch. Anfang 2009).

⁴² So Bogdandy, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? VVDStRL 62 (2003), 156 ff., hier 180 ff.