



Chapitre d'actes

2015

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Die verflüssigte Souveränität : Umkreisung eines Begriffs

Ruegger, Vanessa Simone

How to cite

RUEGGER, Vanessa Simone. Die verflüssigte Souveränität : Umkreisung eines Begriffs. In: L'État c'est quoi ? : Staatsgewalt im Wandel. Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht e.V. ; Heschl, Lisa ; Juri, Julia ; Neubauer, Manuel P. ; Pirker, Jürgen ; Scharfe, Matthias ; Wagner, Lorin-Johannes ; Willgruber, Malina (Ed.). Graz. Basel ; Baden-Baden : Helbing Lichtenhahn ; Nomos, 2015. p. 301–320. (Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:181434>

Die verflüssigte Souveränität

Umkreisung eines Begriffs

Vanessa Rüegger

I. Verflüssigte Souveränität als kommunikative Macht	304
II. Verflüssigte Souveränität und Recht	309
III. Verflüssigte Souveränität im Verhältnis zu Rechtsstaat und Demokratie	314
IV. Abschliessende Umkreisung	320

Im republikanisch-liberalen Diskurs gelten Demokratie und Rechtsstaat als in einem asymmetrischen Verhältnis stehende Gegenspieler. Dem Begriff der Volkssouveränität kommt dabei zentrale Bedeutung zu: Für Vertreter republikanischer Ansichten bedeutet Volkssouveränität, dass demokratische Entscheidungen als Ausübung höchster Gewalt im Staat autoritär gegenüber Entscheidungen anderer staatlicher Gewalten wirken. Vertreter liberaler Ansichten gehen hingegen davon aus, dass die Tragweite des Volkswillens durch die verfassungsmässige Ordnung beschränkt ist. Dem Willen des Volkes kommt nach liberaler Ansicht zwar eine hohe Autorität zu, diese ist jedoch durch rechtsstaatliche Prinzipien relativiert, womit unter Umständen das geltende Recht dem Volkswillen übergeordnet sein soll.¹ Dem Begriff der Volkssouveränität kommt auch in der Schweiz,

1 Zum republikanisch-liberalen Diskurs siehe *E.-W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: H. Ehmke et al. (Hg.), FS Arndt, 1969, 53 (75 f.), der sich gegen die Vorstellung, das Recht gehe der Politik vor, ausspricht. Vielmehr plädiert er für die Anerkennung der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Recht (rechtsstaatliche Freiheitsordnung) und staatlich institutionalisierter Politik (als Voraussetzung für das Recht). *D. Grimm* deutet den Diskurs über den formellen oder materiellen Rechtsstaat vielmehr als pragmatische Strategie zur Durchsetzung linker oder rechter Postulate, *ders.*, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, in: O. Eberl (Hg.), Transnationalisierung der Volkssouveränität. Radikale Demokratie diesseits und jenseits des Staates, 2011, 19 (22 ff.). In der Sache spricht sich *D. Grimm* (29 f.) für die Verbindung des formellen Rechtsstaates mit materiellem Gehalt aus. Zum republikanisch-liberalen Diskurs siehe beispielhaft auch die gegensätzlichen Positionen im folgenden Streitgespräch: *R. Bäuml*, Demokratie und Rechtsstaat, Reformatio

insbesondere vor dem Hintergrund einzelner Verfassungsänderungen, aktuelle Bedeutung zu.² Im Zentrum der intensiven Diskussionen über die Grenzen demokratischer Entscheide steht nichts weniger als das Schwei-

-
- 1977, 280; *W. Kägi*, Der Rechtsstaat als Fundament und Schranke der Demokratie und des Sozialstaats, ebd., 270. Nach *I. Maus* sind Rechtsstaat und Volkssouveränität genau darin aufeinander angewiesen, »dass Volkssouveränität nur durch eine lückenlose Verrechtlichung der Staatsapparate zu realisieren ist, welche zugleich die restlose Verrechtlichung von Volkssouveränität ausschliesst«. *Dies.*, Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie, 2011, 92. Nach *I. Maus* (359 ff., insb. 371 ff.) ist dieser Zusammenhang jedoch durch den aktuell verbreitet praktizierten Rückgriff auf überpositivrechtliche Argumentationen als rechtsauflösende Strategien, materielle Verfassungsnormen, Grundrechtsjudikatur und expertokratische Entscheidungsprozesse zutiefst gestört. *S. Benhabib* bezeichnet die Öffentlichkeit als souveräne Gewalt, unterstellt diese aber der richterlichen Prüfung, *dies.*, Hannah Arendt. Die melancholische Denkerin der Moderne, 2006, 314 und 324 f. Damit folgert *S. Benhabib* (325): »In einer Demokratie hat das souveräne Volk das letzte, aber nicht das endgültige Wort.« Zu einem ähnlichen Schluss gelangt *J.P. Müller*: »Demokratische Öffentlichkeit beginnt, wo niemand das letzte Wort hat, sondern wo aus Impuls und Gegenimpuls, aus Argument und Gegenargument ein gangbarer Weg der Verständigung hervorgeht.«, *ders.*, Die demokratische Verfassung. Von der Selbstbestimmung des Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2. Aufl. 2009, 31 ff. und 50. Zur Diskussion über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaat aus Anlass der genannten Volksinitiativen in der Schweiz siehe des Weiteren auch (Auswahl): *D. Thürer*, Volksherrschaft und Herrschaft des Rechts, ZSR 2014, 3; *G. Malinverni*, Démocratie directe et droits de l'homme, in: A. Good/B. Platipodis (Hg.), Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht, FS Auer, 2013, 453; *H. Seiler*, Menschenrechte – Das trojanische Pferd des demokratischen Rechtsstaats, in: J.-B. Zufferey et al. (Hg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, 2011, 511 (mit einer ausgesprochen republikanischen Position); *R. Rhinow*, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus. Ein Plädoyer für den massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, Jusletter 14.3.2014; *M. Hertig Randall*, Rechtsstaatliche Voraussetzungen der Demokratie, in: A. Auer (Hg.), Demokratisierung im arabischen Raum, 2013, 135 (135 f. und 138 f.) (in Bezug auf den Arabischen Frühling).
- 2 Namentlich Art. 123a BV Lebenslange Verwahrung; Art. 72 Abs. 3 BV Minderungsverbot; Art. 121 Abs. 3–6 BV Ausschaffung straffälliger Ausländer; Art. 121a BV Steuerung der Zuwanderung. Um Missverständnisse zu vermeiden, gilt es an dieser Stelle zu betonen, dass die vorliegende Arbeit nicht eine rechtsdogmatische, sondern eine rechtstheoretische ist. Für eine rechtsdogmatische Aufarbeitung der rechtlichen Tragweite der genannten Verfassungsänderungen siehe *A. Epiney*, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Eine politische oder eine rechtliche Frage?, Jusletter 16.12.2013; *A. Epiney* (Rz. 1, 3, 21) betont zu Recht, dass die Frage des Anwendungsvorrangs im Konfliktfall eine Rechtsfrage ist, die unter Anwendung rechtsdogmatischer Methoden von einem Gericht zu beantworten ist (siehe als praktisches Beispiel dafür BGE 139 I 16).

zer Souveränitätsverständnis. Denn die Diskussion dreht sich letztendlich darum, welche Bedeutung dem Begriff der Volkssouveränität im demokratischen Rechtsstaat zukommt.

In Abgrenzung zum asymmetrisch-linearen Modell des republikanisch-liberalen Diskurses ist in der Diskurstheorie nach *Jürgen Habermas* das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaat symmetrisch-zirkulär gedacht. Volkssouveränität ist demnach das zentrale Prinzip, von dem alle Staatsgewalt ausgeht. Sie ist nach der diskurstheoretischen Lesart des demokratischen Rechtsstaates nicht in einer bestimmten Entität oder Körperschaft zu verorten, sondern überall dort, wo organisierte Kommunikation öffentlich stattfindet. Souveränität fließt als kommunikative Macht durch das kapillarische Kommunikationsnetz der Gesellschaft und ermöglicht Entscheide, die legitimes Recht begründen. Legitimes Recht wiederum garantiert persönliche Freiräume, welche wiederum die unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der Volkssouveränität sind. Rechtsstaat und Demokratie sind demnach gleichursprünglich. Der Begriff der verflüssigten Souveränität soll dazu beitragen, die effektive Komplexität gesellschaftlicher Kommunikation in die Theorie des modernen Staates einzu beziehen. Dadurch soll der tatsächlichen Macht öffentlicher Kommunikation auch im theoretischen Modell Anerkennung zukommen.³

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, in Auseinandersetzung mit dem diskurstheoretischen Begriff der verflüssigten Souveränität ein vertieftes Verständnis dafür zu entwickeln, was es bedeutet, sich den Souverän nicht mehr als feste Einheit, sondern vielmehr als verflüssigte Kommunikation

3 Die vorliegende Interpretation der verflüssigten Souveränität basiert mehrheitlich auf *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, davon insb. 169 ff., 209 ff., 363 ff., 527 ff. und 661 ff. In der Schweizer Lehre hat namentlich *J.P. Müller* die Habermassche These der verflüssigten Souveränität rezipiert. *J.P. Müller* schliesst in seiner Darstellung über den Begriffswandel der Souveränität in Anlehnung an *J. Habermas* (und *S. Benhabib*) mit der Feststellung, dass Souveränität in der Demokratie »weder personell noch räumlich noch funktionell einen festen Sitz« habe. Vielmehr sei sie als ein »Prozess der existenzsichernden Befriedigung und lebensnotwendigen Kooperation« zu sehen, der von einer durch die gemeinsame Verfassung strukturierten Bevölkerung getragen werde, *ders.* (Fn. 1), 135. Die Rezeption der Habermasschen Diskurstheorie wird auch in der staatsrechtlichen Lehrbuchliteratur zur Kenntnis genommen. Beispielsweise *W. Haller et al.*, Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. 2013, § 2, Rn. 77; *C. Kaufmann*, § 2, in: G. Biaggini et al. (Hg.), Staatsrecht, 2011, Rn. 61, und *dies.*, § 3, ebd., Rn. 30 f., verweisen auf *J. Habermas* Diskurstheorie und deren Rezeption durch *J.P. Müller*.

zu denken. Es ist die Annäherung an einen Begriff, der sich nicht abschliessend definieren, sondern nur umkreisen lässt. Der um den Begriff gezeichnete Kreis kann aber weder rund noch geschlossen zum Abschluss gelangen. Der Kreis umschliesst zwar einen begrifflichen Raum und bleibt dennoch auf die zusammenhangslose Aneinanderreihung einer endlichen Anzahl an Worten beschränkt. Das beschränkte Potenzial der Umkreisung eines Begriffs kann demnach einzig zum Ziel haben, sich der Wortlinie folgend mit sich selbst im Kreis zu drehen, um danach – weil auch die Umkreisung des eigenen Selbst nicht zu ihrem Ursprung zurückkehren kann – die Füße nicht mehr an derselben Stelle auf den Boden zu setzen.

I. Verflüssigte Souveränität als kommunikative Macht

Souveränität ist in der Diskurstheorie kommunikativ verflüssigte Macht.⁴ Souveränität fliesst als Kommunikation durch das kapillarische Kommunikationsnetz der Gesellschaft. Das bedeutet aber nicht, dass sich die Volkssouveränität auflöst. Sie zieht sich lediglich in die demokratischen Verfahren und deren rechtliche Implementierung zurück, um sich als kommunikativ erzeugte Macht zur Geltung zu bringen.

Die Konzeption, dass gesellschaftliche Macht nicht dinglich zu erfassen ist, erinnert an die Foucaultsche Machtkonzeption. Nach *Michel Foucault* ist Macht etwas, »das zirkuliert, oder eher noch [...] etwas, das nur in einer Kette funktioniert«. Die Macht kann demnach weder gesteigert noch vermindert werden.

4 *Habermas* (Fn. 3), 365 f. Die Vorstellung, dass die Moderne zu einer Verflüssigung vormals verfestigter Verhältnisse führt, findet sich in unterschiedlichen Ausprägungen, namentlich auch in den Theorien *Z. Baumans* und *U. Becks*. *Z. Baumann* bezeichnet bspw. die Entwicklung von stabilen zu dynamischen Arbeits-, Verwaltungs- und Verteilungsformen als die Transformation von der *soliden* zur *flüssigen* Moderne, *ders.*, *Flüchtige Moderne*, 2003. *U. Beck* erfasst als ein Merkmal der Gegenwartsmoderne die institutionelle Individualisierung. Mit institutioneller Individualisierung bezeichnet *U. Beck* einen gesellschaftlichen Strukturwandel, der sich in der Gesellschaft der Moderne, insb. durch die Verflüssigung der Sozialstrukturen, auszeichnet, *ders.*, *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 21. Aufl. 2012, 121 ff. Auch *A. Heller* deutet die Dynamisierung gesellschaftlicher Strukturen als Essenz der Moderne, *dies.*, *A Theory of Modernity*, 1999, 40 ff.; ebenso *P. Nitschke*, *Reformation und Revolution: Die fließenden Veränderungen in modernen Gesellschaften*, in: *ders./M. Wischke* (Hg.), *Öffentlichkeit und Demokratie in der Metamorphose*, 2013, 113 (116 f.).

Und weiter noch ist sie nach *Foucault* »niemals lokalisiert hier oder da, sie ist niemals in den Händen einiger, sie ist niemals angeeignet wie ein Reichtum oder ein Gut. Die Macht funktioniert, die Macht übt sich als Netz aus, und über dieses Netz zirkulieren die Individuen nicht nur, sondern sind auch stets in der Lage, diese Macht zu erleiden und auch sie auszuüben; sie sind niemals die träge oder zustimmende Zielscheibe der Macht; sie sind stets deren Überträger.«⁵

Die Macht ist bei Foucault eine Einheit, die sich aus der Differenz immer wieder selbst erzeugt und damit auch selbst legitimiert.

Volkssouveränität ist in der Diskurstheorie das Prinzip, wonach alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht.⁶ Das »Selbst« der sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft verschwindet aber hinter einer intersubjektivistischen Deutung. Volkssouveränität, verstanden als Kommunikation, ist subjektlos und ohne festen Sitz.⁷ Vielmehr bleibt im demokratischen Rechtsstaat »als der Behausung einer sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft [...] der symbolische Ort der diskursiv verflüssigten Souveränität leer«⁸. Das zeigt sich in der Vorstellung, dass sich die Volkssouveränität im diskurstheoretisch begriffenen Rechtsstaat nicht mehr in einer anschaulich identifizierbaren Versammlung autonomer Bürger verkörpert. Vielmehr zieht sich die Volkssouveränität in die subjektlosen Kommunikationskreisläufe von Foren und Körperschaften zurück. Für *Habermas* ist diese intersubjektivistische Deutung der Volkssouveränität eine Notwendigkeit, die sich aus der Struktur hochkomplexer Gesellschaften ergibt, auf welche konkretistische Deutungen körperhafter, physisch anwesender, partizipierender Glieder eines Kollektivs nicht mehr zutreffen.⁹

Dass das Volk der Volkssouveränität je vorwiegend körperlich gedacht wurde, ist hingegen umstritten. In seiner Abhandlung über die komplexe Beziehung zwischen dem Souverän und seiner Repräsentation zeigt *Friedrich Balke* auf, dass sich der Souverän selbst in der Form des absoluten Monarchen als Macht nur erhalten kann, wenn er sich als ein »symbolisch verstärktes und aus dem sozialen Immanenzfeld herausgehobenes Element innerhalb einer komplexeren Figuration begreift«¹⁰. Nach *Balke* bedarf je-

5 *M. Foucault*, Kritik des Regierens. Schriften zur Politik, 2010, 33.

6 *Habermas* (Fn. 3), 209.

7 Ebd., 170.

8 Ebd., 534.

9 *J. Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 13. Aufl. 2013, 43.

10 *F. Balke*, Figuren der Souveränität, 2009, 22. Zur Repräsentation der Souveränität siehe dort insb. 335 ff. und 397 ff.

de Politik eines Politischen, das die Gesellschaft imaginär in Szene zu setzen vermag und ihr eine Quasi-Repräsentation verschafft:

»[...] die griechische Polis ebenso wie der neuzeitliche souveräne Staat und der aus seiner demokratischen Transformation hervorgegangene moderne ›Nationalstaat‹, der die Bevölkerungen, die auf seinem Territorium leben, auf eine ganz neue Weise für sein Leben und Überleben engagiert, vermögen sich nur unter der Bedingung zu reproduzieren, dass sie sich einen *zweiten Körper* zulegen, der sie als abgrenzbare kommunikative Einheiten zu behandeln erlaubt. Gerade weil soziale Kommunikation unweigerlich ›grenzüberschreitend‹ operiert und sich nicht territorialisieren lässt, muss gegen diese spontane Tendenz zur kommunikativen Entgrenzung des sozialen Feldes der politische Exklusivitätsanspruch auf einer Ebene verankert werden, die seiner kommunikativen Problematisierung standhält.«¹¹

Nach *Balke* führt die Volkssouveränität aus diesem Grund als Referenz des Machtgefüges auf sich selbst keineswegs zur Verflüssigung oder Auflösung der Souveränität, sondern lediglich zum Verbot, dass sich das Machtgefüge auf eine symbolische Grösse bezieht, die über die Selbstreferenz hinausgeht.¹² Auch nach *Felix Trautmann* ist das Volk »weder eine je zu erlangende Identität noch die reine Undarstellbarkeit, sondern vielmehr die Praxis seiner Repräsentation, seiner Selbstdarstellung, selbst«. Das Volk ist deshalb substanzlos. Es konstituiert im politischen Prozess zugleich seine Erscheinungsweise und seine Projektion. Das Paradox des Volkes, das zwar bereits ist und dennoch zuerst werden muss, sieht *Trautmann* im konservativen Modell durch die Proklamation von Substanz in der Form eines kulturellen Kollektivs überspielt. Im liberalen Modell übernimmt die Vorstellung eines vertraglichen Verbundes von Individuen dieselbe Funktion.¹³

Souveränität ist in der Diskurstheorie also kommunikativ verflüssigte Macht. Kommunikative Handlungen sind aber nicht alle Handlungen, die Kommunikation generieren. Kommunikative Handlungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie darauf ausgerichtet sind, ihre je eigenen Handlungspläne auf der Grundlage kommunikativ erzielter Verständigung mit den

11 *Balke* (Fn. 10), 509.

12 Ebd., 22.

13 *F. Trautmann*, Die leere und imaginäre Mitte: Über die Selbstdarstellung des Volkes in der Volksherrschaft, NZZ vom 29.5.2013, 49. Nach *I. Maus* war der Begriff des Volkes bereits im 18. Jahrhundert ein abstrakter Begriff zur Bezeichnung der Nicht-Funktionäre, *dies.* (Fn. 1), 268 f.

Handlungsplänen anderer abzustimmen.¹⁴ Kommunikative Macht ergibt sich bei *Habermas* aus gemeinsamen Überzeugungen, die aus »Strukturen unversehrter Intersubjektivität« hervorgehen.¹⁵ Bedeutend ist, dass *Habermas* in seiner Rechtstheorie Staat und Gesellschaft trennt, um die in der Gesellschaft autonom erzeugte Kommunikation der staatlichen Macht als Gegengewicht entgegenzusetzen.¹⁶ Ausgangspunkt und Grundlage für rational begründete und deshalb vernünftige Entscheidungen ist in der Diskurstheorie die Öffentlichkeit. Die Öffentlichkeit der modernen Gesellschaft ist demnach eine Diskursarena, in der Private über Fragen, die die Allgemeinheit betreffen, diskutieren. Sie ist idealerweise ein Raum, in dem freie, uneingeschränkte und rationale Kommunikation stattfinden kann. Politische Auseinandersetzungen sollen nach der Diskurstheorie diskursiv in der Öffentlichkeit ausgeführt werden.¹⁷

In der deliberativen Demokratie nimmt die Öffentlichkeit also eine besonders bedeutsame Stellung ein. In der politischen Öffentlichkeit zirkuliert kommunikative Macht, die letztendlich in vernünftigen Entscheidungen mündet. Öffentlichkeit ist bei *Habermas* aber nicht mehr im Sinne *Hannah Arendts* ein Ort unmittelbarer menschlicher Interaktion, sondern

14 *Habermas* (Fn. 3), 152. Zur Entwicklung des Begriffs des kommunikativen Handelns in unterschiedlichen Werken *Habermas* siehe die Zusammenstellung bei H. Brunkhorst et al. (Hg.), *Habermas-Handbuch*, 2009, 332 f. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Begriff siehe A. Honneth/H. Joas (Hg.), *Kommunikatives Handeln. Beiträge zu Jürgen Habermas »Theorie des kommunikativen Handelns«*, 1986, in dem *J. Habermas selbst* (377 ff.) auf die am Begriff geäußerte Kritik eingeht.

15 *Habermas* (Fn. 3), 188. *J. Habermas* verwendet den Begriff mit Verweis auf Hannah Arendt. Zu den Bezügen zwischen den Schriften von *H. Arendt* und *J. Habermas* siehe *Benhabib* (Fn. 1), 310 ff.

16 *J. Habermas* tut dies nicht ohne parallel dazu an anderer Stelle auf die empirischen Daten zu verweisen, die gegen das Vorliegen der öffentlichen Meinung als Entität sprechen, *Habermas* (Fn. 9), 31 ff. Dieses Potenzial zur Gegenmacht wird der öffentlichen Meinung auch in der aktuell vorherrschenden Grundrechtsdogmatik der Kommunikationsfreiheiten zugeschrieben.

17 *Habermas* (Fn. 3), 365 f., 367 und 388 f. Die diskursiv geführte politische Auseinandersetzung bezeichnet die Diskurstheorie als Deliberation. Deliberation ist demnach ein diskursiv strukturiertes Beratungs- und Beschlussverfahren.

vielmehr die Kommunikation eines substanzlosen Publikums.¹⁸ In der Diskurstheorie sind politische Legitimität und die Verwendung persönlicher Vernunft zur Prüfung öffentlicher Angelegenheiten eng verbunden. Die Bedeutung kommunikativ verflüssigter Souveränität erkennt *Habermas* deshalb gerade in dessen Macht als Gegenposition zu administrativer Macht. Kommunikative Macht soll und kann administrative Macht aber nicht ersetzen. Die Funktion der kommunikativ verflüssigten Souveränität ist es, gerade durch ihre Unabhängigkeit gegenüber institutionalisierter Macht relevante Themen zu entdecken, Werte zu interpretieren und Beiträge zu Problemlösungen zu leisten. Erst durch diese Unabhängigkeit kann kommunikative Macht »im Modus der Belagerung« auf den »systematischen Eigensinn öffentlicher Bürokratien« einwirken.¹⁹ Nicht in der Auflösung, sondern in der produktiven Spannung zwischen kommunikativer und administrativer Macht liegt für *Habermas* die Bedeutung der prozeduralen (also verflüssigten) Souveränität. Nur als informelle Organisationsstruktur kann die nicht-organisierte Öffentlichkeit Probleme entdecken und neue Problemlösungen entwickeln. Ohne eine funktionierende, nicht-organisierte Öffentlichkeit ist es nach *Habermas* gar nicht erst möglich, diskursiv begründete vernünftige Entscheidungen zu erzeugen.²⁰ Die politische Öffentlichkeit ist für *Habermas* also die Grundbedingung seiner normativ angelegten Demokratietheorie. Ohne politische Öffentlichkeit liegen die Kommunikationsbedingungen gar nicht erst vor, die *Habermas* für die diskursive Meinungs- und Willensbildung und die daraus abgeleitete Legitimität diskursiv erzeugter Entscheidungen voraussetzt.²¹

Bedeutend ist dabei, dass sich Volkssouveränität als kommunikative Macht nicht mit dem Willen des Staatsbürgers deckt und für diesen auch nicht zur Disposition steht. Grund für diese Schranke ist die Vorstellung, dass die Staatsbürger als Bestandteil des politischen Systems lediglich ein

18 *Habermas* (Fn. 3), 399 ff. und 532 f. Zur Entwicklung des Begriffs der Öffentlichkeit bei *J. Habermas* siehe insb. *ders.* (Fn. 9). Siehe dazu bspw. auch die Rezeption bei *Müller* (Fn. 1), 42 ff., 50 und 91 ff. Zum Begriff der Öffentlichkeit in der Diskurstheorie auch *T. Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas, 2007, 88 f.; *Benhabib* (Fn. 1), 311 ff. Öffentlichkeit ist für *S. Benhabib* (325) ein regulatives Ideal der demokratischen Selbstverwaltung. Öffentlichkeit ist also eine Norm oder ein Prinzip, auf dessen Grundlage sich die Fairness und Vernünftigkeit demokratischer Entscheidungen überprüfen lassen.

19 *Habermas* (Fn. 9), 44.

20 Ebd., 43.

21 Ebd., 38.

Handlungssystem der Gesellschaft neben anderen konstituieren. Volkssouveränität, verstanden als kommunikative Macht, generiert sich aber aus der gesamten Lebenswelt.²² Volkssouveränität ist nicht auf die politische Kommunikation des politischen Systems beschränkt, sondern geht aus dem gesamten Netzwerk der politischen Öffentlichkeit hervor.²³ Weil sich Volkssouveränität aus dem Kontext der gesamten Lebenswelt generiert, ist sie als Grundidee des diskursiv-demokratischen Rechtsstaates also im weiten Sinn zu verstehen. Sie umschließt die gesamte politische Öffentlichkeit und damit sowohl den staatlich-institutionalisierten Gesetzgeber im Zentrum als auch die informelle, impulsgebende Kommunikation aus der Peripherie.²⁴

II. Verflüssigte Souveränität und Recht

Die einleitende Umkreisung des Begriffs der verflüssigten Souveränität verdeutlicht, dass der Begriff nur unter Einbezug der diskursiv-prozeduralen Lesart des demokratischen Rechtsstaates zu umschließen ist.²⁵ In den begrifflichen Kreis eingeschlossen wurden dabei nicht nur die Ideen der kommunikativ-entpersonifizierten Macht und der konstitutiv-bedeutsamen Öffentlichkeit, sondern auch die des Rechts als Medium der Verbindung zwischen Volkssouveränität und staatlicher Gewalt. Volkssouveränität ist als kommunikative Macht über einen Prozess diskursiv strukturierter Meinungs- und Willensbildung mit der Rechtsetzung ver- schränkt.

Das Recht dient in der Diskurstheorie als »das Medium für die Umwandlung von kommunikativer Macht in administrative« Macht.²⁶ Rechts-

22 Lebenswelt ist bei *J. Habermas* ein Vorrat an Selbstverständlichkeiten und Überzeugungen, die den Kommunikationsteilnehmern zur Verfügung stehen und die durch das Netz kommunikativer Handlungen in sozialen Räumen und historischen Zeiten gebildet werden, *Habermas* (Fn. 3), 37 f. und 107 f. Als System bezeichnet *J. Habermas* gesellschaftliche, von der Lebenswelt entkoppelte Teilbereiche. Zu den systemtheoretischen Begrifflichkeiten bei *J. Habermas* siehe *Lieber* (Fn. 18), 13 ff.

23 *Habermas* (Fn. 3), 366.

24 Ebd., 366 und 430; dazu auch *Lieber* (Fn. 18), 88. Die Überzeugung, dass Politik als System nicht nur aus dem institutionalisierten Zentrum, sondern auch aus der informellen Peripherie besteht, findet sich auch in der Systemtheorie *N. Luhmanns*, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 335 f.; *ders.*, *Politik der Gesellschaft*, 2002, 244 ff.

25 *Habermas* (Fn. 3), 364 ff.

26 Ebd., 209.

normen regulieren als Medium der Selbstorganisation den Lebenszusammenhang der Bürger einer konkreten Rechtsgemeinschaft. Als solche bringen sie idealerweise die verallgemeinerungsfähigen Interessen aller Betroffenen zum Ausdruck; oder den aufgrund fairer Verhandlungen für alle akzeptablen Kompromiss.²⁷ Im diskursiv-demokratischen Rechtsstaat sollen Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Form eines zweistufig-kombinierten Verfahrens stattfinden. Kombiniert ist das Verfahren, weil sowohl der informelle als auch der institutionalisierte Willensbildungsprozess in die Entscheidungsfindung einzubeziehen sind. In der ersten Phase des Prozesses erzeugen die Diskussionsteilnehmer kommunikative Macht und üben damit ihre Souveränität aus. Diese erste diskursive Phase findet in der Bildung eines vernünftigen politischen Willens, dem sich alle Betroffenen anschliessen könnten, ihren Abschluss. Das diskursive Verfahren begründet nach *Habermas* die fallibilistische – also jederzeit falsifizierbare – Vermutung, dass es zu mehr oder weniger vernünftigen Entscheiden führt. Legitimität verleiht dem diskursiven Verfahren, dass es den freien Austausch und die ungehinderte Diskussion von Themen, Informationen und Gründen ermöglicht.²⁸ Weil *Habermas* akzeptiert, dass aus pragmatischer Sicht niemals ein Diskurs aller Betroffenen stattfinden kann, äussert er seinen Theorieanspruch im Konjunktiv. Es müssen nicht alle Betroffenen tatsächlich dem Entscheid zustimmen, sondern der Entscheid ist bereits vernünftig und damit legitim, wenn die Möglichkeit vorliegt, dass alle möglicherweise Betroffenen rational zustimmen »könnten«. Die diskursiv erzeugte Entscheidung aller Betroffenen ist also lediglich eine Fiktion. Erlaubt die Komplexität der Materie und der Interessen keine verallgemeinerbare Regelung, der alle Betroffenen zustimmen könnten, sollen Verhandlungen zu einem Kompromiss führen, auf den dieselben An-

27 Ebd., 191. Nur am Rande angesprochen sei an dieser Stelle, dass auch an der Vorstellung, diskursive Verfahren erzeugen rational vernünftige Entscheidungen, bedeutende Kritik geübt wurde. *N. Luhmann* bspw. hat »die Letztspaltung der Menschheit in Inklusion und Exklusion durch Vernunft« als »Horrorvision« bezeichnet, *ders.*, Quod omnes tangit... Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas, *Rechtshistorisches Journal* 1993, 36 (45). Kritisch zu *N. Luhmann* hingegen wiederum *Maus* (Fn. 1), 246 ff.

28 *Habermas* (Fn. 3), 154 f., 159 ff. und 527. Auch bei *J. Maus* sind die vom Volkssouverän gefällten Entscheide in der Form formellen Rechts zu erlassen, *dies.* (Fn. 1), 90 ff. Die formelle Verfassung grenzt als formelles Recht die Handlungsspielräume autonomer Entscheidungsprozesse aus und garantiert rechtsfreie Räume. Das formale Recht ermöglicht den für autonome demokratische Prozesse notwendigen Handlungsspielraum.

forderungen zutreffen.²⁹ Die zweite Phase des Prozesses institutionalisiert die unter Ausübung kommunikativer Macht erzeugten Lösungen in rechtlicher Form.

In der deliberativen Demokratie ist Legitimität durch Legalität also deshalb möglich, weil das diskursive Verfahren Entscheide produziert, die vernünftig sind. Recht ist dann legitim, wenn es in einer diskursiven Meinungs- und Willensbildung von allen rational akzeptiert werden könnte.³⁰ Volkssouveränität besteht demnach aus einem Netzwerk von Diskursen und Verhandlungen, das kommunikative Macht generiert und dadurch die rationale Lösung pragmatischer, moralischer und ethischer Fragen ermöglichen soll.³¹ Aus dem diskursiv verstandenen demokratischen Rechtsstaat ergibt sich als handlungsanleitendes Prinzip das prozedurale Rechtsparadigma. Demnach sind nur diejenigen Rechtssätze legitim, die sich aus der durchgängigen Kombination und wechselseitigen Vermittlung rechtlich institutionalisierter und nicht-institutionalisierter Volkssouveränität ableiten lassen.³² Die Legitimität des Rechts kann nach der Diskurstheorie aber nicht aus der Kommunikation zwischen beliebigen Diskussionsteilnehmern erzeugt werden. Lediglich die aus der Mitte der Gesamtheit von Staatsbürgern generierte kommunikative Macht kann dem Recht Legitimität verleihen.³³ Dadurch ist die Möglichkeit, die Machterzeugung an Vertretungskörperschaften, wie beispielsweise an ein Parlament, zu delegieren, aber nicht bereits ausgeschlossen. Politische Repräsentation respektiert das diskurstheoretische Prinzip der Volkssouveränität aber nur dann, wenn Parteienkonkurrenz die Vertretung politischer Pluralität garantiert. Neben der institutionalisierten Politik muss zudem eine politische Öffentlichkeit fortbestehen, in der informelle Meinungsbildungsprozesse stattfinden. Diese autonome Öffentlichkeit besteht nach *Habermas* in diskursiv strukturierten öffentlichen Arenen. In diesen grundrechtlich geschützten, aber von Institutionalisierungszwängen befreiten Räumen bereitet die in-

29 Zum Prozessmodell siehe *Habermas* (Fn. 3), 187 ff.

30 Ebd., 169. In dem Sinne sind die Begriffe aus dem Werktitel wie folgt zu interpretieren: Faktizität im Sinne positiv gesetzter Normen (Legalität); Geltung im Sinne rechtmässig gesetzter Normen (Legitimität). Faktisch gültige Normen werden aus Zwang befolgt, legitim gültige Normen hingegen aus Überzeugung, ebd., 45 f.; dazu auch *Lieber* (Fn. 18), 16.

31 *J. Habermas* (Fn. 3), 389 und 210.

32 Ebd., 532 (die genaue Formulierung entnimmt *J. Habermas* an dieser Stelle *I. Maus*). Das Verfahren ist in der deliberativen Demokratie die einzige nachmetaphysische Quelle legitimen Rechts, ebd., 662.

33 Ebd., 210.

formelle Meinungsbildung die institutionalisierte Willensbildung vor (zur Bedeutung der Öffentlichkeit für die verflüssigte Souveränität auch ausführlich vorne II.).³⁴

Wichtig ist für *Habermas*, dass nur dem Volkssouverän, oder dem Gesetzgeber als seinem Repräsentanten, sämtliche normativen Gründe offen stehen. Der Gesetzgeber gibt durch den Akt der Gesetzgebung den rechtsanwendenden Behörden seine Auswahl normativer Gründe vor. Die rechtsanwendende Behörde hat sich in der Begründung ihrer Entscheidungen an diese Gründe zu halten. Während dem Gesetzgeber also konstruktiv sämtliche relevanten Gründe für die Begründung seiner Entscheidungen zur Verfügung stehen, kommt der Justiz nur ein rekonstruktiver Umgang mit normativen Gründen zu; der Entscheidungsspielraum der Verwaltung erschöpft sich in der Wahl der geeigneten Mittel zur Umsetzung der diskursiv erzeugten Entscheidungen. Gewaltenteilung bestimmt sich nach der Diskurstheorie aus diesem Grund funktional nach Kommunikationsformen und Gründen, die den Gewalten in Ableitung aus dem Prinzip der Volkssouveränität zukommen.³⁵ Weder die richterliche Rechtsfortbildung im Sinne einer eigentlichen Gesetzgebung noch der Vollzug komplex-dynamischer Handlungsprogramme, die der Verwaltung einen grossen Ermessensspielraum ohne Rückkoppelung mit dem demokratischen Verfahren überlassen, können nach der Diskurstheorie Legitimität beanspruchen.³⁶

Diese diskurstheoretische Interpretation der funktionellen Gewaltenteilung ist aus (systemtheoretisch angehauchter) rechtstheoretischer Sicht kritisch zu beurteilen. Recht und Politik sind demnach vielmehr als je autonome Systeme erfasst, zwischen denen aber eine Vielzahl struktureller Koppelungen bestehen. Entscheidend ist dabei die Vorstellung, dass die Politik zwar kollektiv bindende Entscheide in Gesetzesform fasst, diese Gesetze aber nicht schon das Recht sind. Vielmehr wird das Recht immer erst in gerichtlichen und administrativen Entscheidungen erzeugt. Weil also das eine dem anderen gar nicht entspricht, erscheint auch die Vorstellung, das eine sei die Anwendung des anderen und deshalb hierarchisch unterlegen, unter diesen Annahmen als nicht zutreffend. Das Gericht setzt das gesetzte Recht nicht einfach um, sondern erschafft aus den Texten, die ihm in Kombination mit einem Sachverhalt vorgelegt werden, erst das

34 Ebd., 211.

35 Ebd., 235 f.

36 Ebd., 516 ff.

Recht. Es folgt damit einer anderen Argumentationslogik als die Politik. Die Politik bedient sich dem Recht, um Verbindlichkeit für mehrheitsfähige Positionen zu erwirken und sich gleichzeitig deren erneute Veränderung zu einem späteren Zeitpunkt offenzuhalten. Sobald politische Entscheidungen in gesetzlicher Form vorliegen, nimmt das Recht diese aber in ihr eigenes Funktionssystem auf und bildet sie unter Anfrage nach rechtsinternen Argumentationsstrukturen zu Recht aus.³⁷ Dieser Konzeption des Rechts widersetzt sich die Diskurstheorie des demokratischen Rechtsstaates aber ausdrücklich, indem Recht nicht als ein in sich geschlossenes System verstanden wird. Recht ist nach *Habermas* eben gerade deshalb nicht autopietisch zu lesen, weil es sich als Medium auszeichnet, dass kommunikative und administrative Macht verbindet, und zwar sowohl im Moment seiner Setzung als auch seiner Anwendung.³⁸

Die rechtliche Institutionalisierung ist in der diskurstheoretischen Deutung des demokratischen Rechtsstaates der entscheidende Kristallisationspunkt zwischen informeller Öffentlichkeit und staatlicher Gewalt. Damit greift die Theorie zwar die Bedeutung informeller Meinungsbildungsprozesse auf. In ihrer institutionellen Umsetzung vermag sie ihren eigenen Ansprüchen hingegen nicht gerecht zu werden. Die rechtliche Institutionalisierung informell gebildeter Entscheide ist zwar das entscheidende Moment des diskurstheoretisch gedachten demokratischen Rechtsstaates. Der Aufbau der Theorie bringt die informelle kommunikative Macht trotz gegenteiligen normativen Ansprüchen aber in eine prekäre Lage. Ausschlag-

37 Siehe *R. Kiesow*, Über das unerbitterliche Wesen des Seins im Werden des Rechts, *myops* 2013, 66; *G. Teubner*, Das Recht vor seinem Gesetz: Franz Kafka zur (Un-)Möglichkeit einer Selbstreflexion des Rechts, *Ancilla Iuris* 2012, 176. Siehe selbstverständlich auch *Luhmann*, *Recht* (Fn. 24), insb. 422 ff. Nach *N. Luhmann* ist der Staat deshalb nur noch eine künstliche Klammer »für das, was sich inzwischen an Eigendynamik im politischen System und im Rechtssystem zeigt«. Ebd., 418. Ähnlich ist für *I. Maus* der Staat der Moderne eine Fiktion, die nur noch die Kommunikation zwischen verschiedenen fragmentierten Staatsapparaten bezeichnet, *dies.* (Fn. 1), 33 und 42. Daraus folgert sie für die politische Entscheidungsfindung in Abgrenzung zu *N. Luhmann* jedoch, dass partizipative Verfahren dezentral sämtliche Rechtsentscheidungen bestimmen. Diese radikale Rekonstruktion der Volkssouveränität versteht *I. Maus* in der Form ausschliesslich dezentralisierter Konfliktbearbeitungsmechanismen, *dies.* (Fn. 1), 35 f. Für *I. Maus* bedeutet jegliche »Selbstprogrammierung« der Exekutive und der Judikative die Zerstörung der Volkssouveränität und damit auch der Demokratie, ebd., 372.

38 *Habermas* (Fn. 3), 678: »Das Recht ist kein narzisstisch in sich abgeschlossenes System, sondern zehrt von der »demokratischen Sittlichkeit« der Staatsbürger und dem Entgegenkommen einer liberalen politischen Kultur.« Siehe auch ebd., 187.

gebend für die rechtliche Organisation der Gesellschaft ist letzten Endes die Eigenlogik des gesetzten Rechts und damit des administrativen Systems. Volkssouveränität ist in der Diskurstheorie als kommunikative Macht zwar allgegenwärtig, verliert aber ab dem Moment der Verrechtlichung eines Entscheides ihre Durchsetzungskraft. Danach steht sie institutionell gezähmt nur noch für ein Potenzial, das die administrative Macht potenziell beeinflussen könnte.³⁹ In der Summe bleibt der diskursiv-partizipative demokratische Rechtsstaat dem liberalen Bild eines gewaltenteiligen organisierten Staates behaftet. Die traditionellen Vorstellungen des demokratischen Rechtsstaates werden zwar unter Einbezug komplexer Kommunikationsstrukturen mit dem Modell der verflüssigten Souveränität ergänzt, die Machtverheissung informeller Meinungsbildungsprozesse bleibt jedoch hinter dem Gewicht ihrer rechtlichen Institutionalisierung zurück.⁴⁰

III. Verflüssigte Souveränität im Verhältnis zu Rechtsstaat und Demokratie

Die Verwendung des Begriffs »Souveränität« hat sich im Verlauf der Geschichte zwar stetig gewandelt, konstant geblieben ist aber seine Verwendung zur Bezeichnung der höchsten Gewalt im Staat.⁴¹ Wer sich für die

39 Ebd., 364 f.

40 Kritik an der institutionellen Verknüpfung zwischen kommunikativer und administrativer Macht äussern bspw. auch *Lieber* (Fn. 18), 88 ff., 98 f. und 115; *Maus* (Fn. 1), 268 ff.; *Luhmann* (Fn. 27), 55. Gänzlich ablehnend gegenüber dem diskurstheoretischen Modell der Souveränität äussert sich *F. Cheneval*, weil er auf das Volk als kollektiv handelnde Vereinigung von Bürgern nicht verzichten will, *ders.*, Volkssouveränität als Status-Funktion. Eine kleine politische Philosophie – nicht nur der Schweiz, *Studia philosophica* 2012, 97 (98) (siehe ebenfalls *ders.*, *The People in Deliberative Democracy*, in: S. Besson/J.L. Marti [Hg.], *Deliberative Democracy and its Discontents*, 2006, 159 [168]). Demgegenüber liegt nach *F. Cheneval* gerade in der dualen Struktur einer institutionalisierten und einer institutionell unverbundenen informellen Öffentlichkeit der Reiz deliberativer Demokratietheorien, *ders.*, *The People*, 159 ff., insb. 172 ff.

41 *D. Grimm*, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffes*, 2009, 101; *L. Wildhaber*, *Entstehung und Aktualität der Souveränität*, in: G. Müller et al. (Hg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, FS Eichenberger, 1982, 131 (132 und 140); *Müller* (Fn. 1), 127; *Haller et al.* (Fn. 3), Rn. 51; *Kaufmann* (Fn. 3), § 2, Rn. 40 f. Die Begriffsgeschichte der Souveränität ist in zahlreichen Abhandlungen mehr oder weniger ausführlich abgebildet, siehe bspw. *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1905, 421 ff.; *Grimm* (Fn. 41); *Balke* (Fn. 10); *Wildha-*

Begründung seiner politischen Position auf die Volkssouveränität beruft, erhebt einen Herrschaftsanspruch. Angerufen wird Souveränität in der Praxis immer dann, wenn unterschiedliche Akteure diese höchste Gewalt für sich beanspruchen wollen.⁴² Die Vorstellung, dass das Volk die oberste Gewalt im Staat ist, zugleich aber auch an die bestehende Ordnung gebunden sein soll, führt zu einem unauflösbaren Paradox. Das Paradox besteht darin, wie der Entscheidungsträger an seine eigenen Entscheidungen gebunden sein kann und sich dennoch die Änderbarkeit seiner Entscheidungen offen hält.⁴³ Das Paradox der Letztentscheidung bezeichnet die Konstitution einer angeblich obersten Gewalt im Territorialstaat, der umfassende Entscheidungsfreiheit zukommt – und zwar im Umfang sämtlicher Entscheidungsmöglichkeiten, inklusive möglicher Abweichungen von selbst gefällten Entscheidungen – bei gleichzeitiger Bindung an die eigenen Entscheidungen. Als Legitimationsfigur⁴⁴ vermittelt der Begriff der Souveränität zwischen dem Dogma des hierarchisch gegliederten Rechtsstaates und dem Dogma des sich selbst regierenden Volkes.

Die Berufung auf den Volkswillen vermittelt politischen Entscheidungen Anerkennungswürdigkeit. Zugleich versichert die Verwendung der

ber (Fn. 41), 131 ff. Siehe für Art und Weise der Darstellung der historischen Entwicklung des Souveränitätsbegriff auch die folgenden Lehrbücher (Auswahl): *T. Fleiner/L. Basta Fleiner*, Allgemeine Staatslehre. Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt, 3. Aufl. 2004, 314 ff.; *Haller et al.* (Fn. 3), 15 ff.; *Kaufmann* (Fn. 3), § 2, Rn. 40 ff.; *R. Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl. 2010, 47 ff.; *Müller* (Fn. 1), 127 ff.

42 Ebenso *Grimm* (Fn. 41), 119.

43 Entgegen der hier vertretenen Deutung des Souveränitätsparadoxes beschreibt *G. Agamben* dieses in dem Sinne, dass der Souverän zugleich ausserhalb und innerhalb der Rechtsordnung stehe, *ders.*, Homo sacer: Die Souveränität der Macht und das nackte Leben, 2002, 25. *G. Agamben* orientiert sich für seine Interpretation der Ununterscheidbarkeit von faktischem und rechtlichem Zustand an der berühmten Aussage von *C. Schmitt*, wonach »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«. *C. Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922, 11. Überzeugender ist hingegen die von *R.M. Kiesow* vertretene Interpretation, wonach *C. Schmitt* mit seiner Aussage den Begriff der Souveränität zwar ebenfalls zur Bezeichnung eines Paradoxes verwendet, dieses aber darin besteht, dass Rechtssetzung selbst keiner rechtlichen Setzung bedarf, *R.M. Kiesow*, Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht, Rechtsgeschichte 2002, 56 (59 f.). Darin liegt die Unterscheidung zwischen Politik und Recht begründet (und nicht, wie *G. Agamben* folgert, deren Aufhebung).

44 Zur Funktion von Figuren als Lösung von Begründungsproblemen siehe *M. Bors*, Die Figur der Rechtsfigur, in: *P. Gauch/P. Pichonnaz* (Hg.), Figures juridiques/Rechtsfiguren. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier/K(1)eine FS Tercier, 2003, 219 (insb. 238 f.).

Volkssouveränität als Legitimationsfigur, dass das unüberwindbare Paradox politischer Letztentscheidungen aus der Diskussion ausgeschlossen bleibt. Damit bleiben Volksentscheide auch vor Diskussionen über deren Rechtmässigkeit abgeschirmt. Souveränität soll letztbegründende Legitimation für die im politischen System erzeugte Kommunikation schaffen. Der Begriff der Volkssouveränität überspielt als Legitimationsfigur das grundlegende Paradox, dass in der Vorstellung, der Volkskörper als souveräne Gewalt sei zugleich an seinen eigenen Gemeinwillen gebunden, liegt.⁴⁵

Im republikanisch-liberalen Diskurs über die mutmassliche Verfassungswidrigkeit einzelner Volksinitiativen findet der Begriff der Volkssouveränität in kaum veränderter Semantik immer noch seine legitimierende Funktion für das Paradox der Selbstbindung des politischen Entscheidungsträgers angesichts erwünschter gesetzlicher Veränderungen. Im republikanisch-liberalen Diskurs ist die Forderung nach Achtung der Volkssouveränität als der Versuch zu verstehen, politische Entscheidungen, die anderen Normen widersprechen, gegenüber dem Recht und der öffentlichen Meinung zu legitimieren. Die Forderung nach Achtung der geltenden Rechtsordnung ist hingegen als der Versuch zu verstehen, den Souverän an seine eigenen Entscheidungen zu binden und damit dessen Letztentscheidungsgewalt zu überspielen. Angerufen wird die Souveränität in der Schweiz im aktuellen politischen Diskurs von den Vertretern republikanischer Ansichten, die sich damit für den Primat demokratischer Entscheidungen aussprechen. Im republikanisch-liberalen Diskurs tritt das Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie als unauflösbare Asymmetrie zwischen Volkssouveränität und Menschenrechten in Erscheinung. Der Staat ist hierarchisch gedacht. Die staatliche Herrschaft gilt als eine, einer bestimmten Institution zugeordnete Grösse, die gewissen Kontrollmechanismen unterliegt, die aber die Volkssouveränität im Kern nicht berührt; die Idee, dass es im Staat einen Souverän gibt und geben muss, bleibt erhalten.⁴⁶

Die Diskurstheorie wiederum versucht das Letztentscheidungsparadox in dem Sinne zu überspielen, als dass sie Demokratie und Rechtsstaat als gleichursprünglich bezeichnet. Demokratie und Rechtsstaat bedingen sich

45 In diesem Sinne bezeichnet *D. Grimm* Volkssouveränität als Legitimationsprinzip demokratischer Herrschaft, *ders.* (Fn. 41), 116 und 123.

46 Siehe Fn. 1. In ähnlicher Weise beschreibt auch *J. Habermas* die Kontroverse um das Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie, *ders.* (Fn. 3), 112 ff., 363 f. und 669 ff.

nach der Diskurstheorie und können folglich nur gleichursprünglich gedacht werden. Denn ohne die Gewährleistung eines persönlichen Frei-raums (*Habermas* verwendet den Ausdruck »private Autonomie«) durch die Menschenrechte kann kommunikative Macht als Volkssouveränität im Sinne der Diskurstheorie gar nicht erst erzeugt werden. Erst in der Ausübung kommunikativer Macht (sprich verflüssigter Souveränität) ist es aber wiederum möglich, legitimes Recht zu setzen und damit kommunikative in administrative Macht zu transformieren. Und erst legitim gesetztes Recht ermöglicht die Ausübung legitimer staatlicher Gewalt zur Rechtsdurchsetzung. Private Freiheit und öffentliche Partizipation stehen einander gleichberechtigt gegenüber. Diese Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Rechtsstaat ist die notwendige Folge aus der Verknüpfung von Volkssouveränität und Recht durch das diskursive Verfahren. Theoretische Eintrittsstelle in den unvermeidbaren und unauflösbaren Zirkel ist bei *Habermas* folglich das Diskursprinzip selber.⁴⁷

Die entscheidende Abgrenzung der diskursiven von den liberalen oder republikanischen Auffassungen des demokratischen Rechtsstaates ergibt sich in der Diskurstheorie aus der substanziellen Bedeutung der Volkssouveränität und dem daraus abgeleiteten prozeduralen Rechtsparadigma als Legitimationsgrundlage für staatliche Gewaltausübung. Demnach ist das Verhältnis zwischen Volkssouveränität und Grundrechten nach der Diskurstheorie nicht asymmetrisch-linear, sondern vielmehr symmetrisch-zirkulär.⁴⁸ Für die Vorstellung der Gleichursprünglichkeit ist entscheidend,

47 Ebd., 669 f. Zur zirkulären Begründung von Rechtsstaat und Demokratie bei *J. Habermas* und der daran geübten Kritik ausführlich *Maus* (Fn. 1), 220 ff.; siehe auch *Benhabib* (Fn. 1), 314. Auch *H. Brunkhorst* bemüht sich gestützt auf *J. Habermas* aufzuzeigen, dass Volkssouveränität und Menschenrechte seit der Neuzeit in dem Sinne angelegt sind, dass sich die Konzepte bedingen und gegenseitig garantieren, *H. Brunkhorst*, Menschenrechte und Souveränität – ein Dilemma?, in: *H. Brunkhorst et al.* (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, 1999, 157. Nach seiner Interpretation macht *J. Habermas* mit der Idee der Gleichursprünglichkeit lediglich eine Idee, die bis auf die politische Philosophie des 16. Jahrhunderts zurückgeht, explizit.

48 Die Vorstellung, dass Souveränität als Macht oder Gewalt zirkulär gedacht werden muss, findet sich auch in den Schriften von *J. Derrida*. Souveränität ist nach *J. Derrida* eine Einheit und deshalb kugelförmig, rund, geschlossen und selbstbezogen. Selbstbezogenheit bezeichnet nach *J. Derrida* das Prinzip legitimer Souveränität und damit anerkannter Überlegenheit. Selbstbezogenheit ist deshalb die letzte und höchste Quelle der Gewalt. Diese letzte und höchste Gewalt kommt nur der selbstbezogenen Einheit zu. Weil Souveränität auf selbstbezogenen Entscheidungen basiert, ist sie in ihrer Allmacht unwiderlegbar. Die Vorstellung von

dass Diskurs und Recht verschränkt sind. Die Genese des Rechts durch Diskurs und das daraus erzeugte legitime Recht bedingen sich gegenseitig und können deshalb nur gleichursprünglich gedacht werden.⁴⁹ Die verflüssigte Souveränität verfestigt sich im Medium des Rechts zu staatlicher Gewalt. Der politische Akt der Rechtsetzung friert den offenen Diskurs über eine bestimmte gesellschaftliche Fragestellung zu einem gewissen Zeitpunkt ein, um dadurch eine zumindest momentane Stabilität zu schaffen. Weil alle staatliche Gewalt auf rechtlich verfestigter, kommunikativer Macht basiert, ist alle staatliche Machtausübung an das Recht gebunden. Die Umsetzung der Volkssouveränität unter Verwendung des positiven Rechts begründet zugleich das Rechtsstaatsprinzip. Die diskursive Demokratie ist folglich immer auch Rechtsstaat. Die sich autonom selbstorganisierende Gemeinschaft konstituiert sich dadurch selbst als eine Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen, deren Erwartungen und kollektive Ziele in einer Verfassungsordnung stabilisiert vorliegen.⁵⁰ Der Rechtsstaat nimmt dabei mehrere Funktionen wahr: er schützt die Ausübung kommunikativer Macht, er institutionalisiert die Transformation von kommunikativer in administrative Macht und er reguliert die Ausübung administrativer Macht.⁵¹ Das nennt *Habermas* den internen Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie, den sowohl die liberalen als auch die republikanischen Theorien von Rechtsstaat und Demokratie durch ihre bevorzugte Gewichtung privater respektive öffentlicher Autonomie verkennen.⁵²

Kraft, Macht und Herrschaft ist aus diesem Grund in der Selbstbezogenheit der Einheit immer schon enthalten. Einheit kann aber nur aus Differenz erzeugt werden. Die Differenz ist konstitutiv für die Einheit. Erst aus Differenz ist die Einheit möglich, die sich auf sich selbst, auf ihre eigenen Differenzen bezieht. Und erst diese Selbstbezogenheit ermöglicht Souveränität. Souverän ist also nur, was sich als Einheit repräsentieren kann. Und als Einheit repräsentieren kann sich nur die Einheit einer Differenz, *ders.*, Schurken. Zwei Essays über die Vernunft, 2006, 30 und 36. Zum Begriff der Souveränität bei *J. Derrida* siehe auch *F. Balke*, Derrida and Foucault on Sovereignty, in: B. Goodrich et al. (Hg.), Derrida and Legal Philosophy, 2008, 99; *Balke* (Fn. 10), 22; *G. Pavlich*, Unconditional laws and ungovernable sovereigns, in: R. Puchanan et al. (Hg.), Reading Modern Law. Critical Methodologies and Sovereign Formations, 2012, 34 (46 f.) Ähnliche Überlegungen zur Zirkularität auch bei *Luhmann*, Recht (Fn. 24), 302 und 305.

49 *Habermas* (Fn. 3), 154 f. und 187.

50 Ebd., 217.

51 Ebd., 217 ff.

52 Ebd., 670. Siehe auch die zusammenfassende Darstellung in *J. Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: C. Menke/F. Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen, 2011, 442 (insb. 450 f.).

Die gleichursprüngliche Begründung von Volkssouveränität und den Bedingungen ihrer Ausübung geht freilich nicht gänzlich ohne zwei Vorgaben. Diese bezeichnet *Habermas* als »ein intuitives Verständnis des Diskursprinzips« und »den Begriff der Rechtsform«.⁵³ Dass der Anspruch dieses wechselseitigen, gleichursprünglichen Verhältnisses gleichsam das Letztentscheidungsparadox, respektive dessen Begründungsparadox, verdeckt, legt *Habermas* als »Kunstgriff« zwar offen.⁵⁴ Er überspielt diesen Befund aber mit Verweis auf »die Evidenz, dass rechtliche Institutionen der Freiheit ohne die Initiativen einer an Freiheit *gewöhnten* Bevölkerung zerfallen«⁵⁵. Diese erhalte sich nur in Assoziation mit einer liberalen politischen Kultur und sei darauf angewiesen, dass die Staatsbürger an Verständigungsprozessen über ihr Zusammenleben teilnehmen.⁵⁶ Die Gleichursprünglichkeit von Volkssouveränität und Menschenrechten (also privater und öffentlicher Autonomie respektive Souveränität und Recht) kann also auch bei *Habermas* nur als Paradox vorliegen, das er mit dem Rückgriff auf die historische Einbettung demokratischer Gesellschaften in eine freiheitliche Kultur überspielt und an die Institutionalisierung im gesetzten Recht bindet.⁵⁷

Die Forderung nach Achtung der Volkssouveränität ist als der Versuch zu verstehen, politische Entscheidungen, die anderen Normen widersprechen, gegenüber dem Recht letztbegründend zu legitimieren. Das in der Sache angerufene Gericht setzt aber als autonomes System die Gesetze souverän in Recht um. Was der Begriff der Souveränität bezeichnen soll, kann im Rechtssystem aber gar nicht vorliegen. Das in der Sache angerufene Gericht setzt als autonomes System die vom Volk gesetzten Normen nach systeminternen Verfahrensregeln in Recht um (siehe dazu ausführlich vorne II.). Sich auf den Primat der Volkssouveränität gegenüber gerichtlichen Urteilen respektive auf den Vorrang gerichtlicher Urteile gegenüber der Politik zu berufen, verkommt nach der Vorstellung, dass es sich bei Politik und Recht um zwei unterschiedliche Systeme handelt, die mit unterschiedlichen Prämissen arbeiten, zur reinen Rhetorik.

53 *J. Habermas* (Fn. 3), 163.

54 Ebd., 163.

55 Ebd., 165.

56 Ebd., 165 und 678.

57 Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser und weiteren möglichen Kritiken an der diskurstheoretischen Gleichursprünglichkeit siehe *Lieber* (Fn. 18), 175 ff.

IV. Abschliessende Umkreisung

Souveränität ist in der Diskurstheorie kommunikativ verflüssigte Macht. Volkssouveränität verstanden als Kommunikation ist subjektlos und ohne festen Sitz. Das »Selbst« der sich selbst organisierenden Rechtsgemeinschaft verschwindet demnach hinter einer intersubjektivistischen Deutung. Kommunikative Macht erzeugt in der Diskurstheorie legitimes Recht. Das in der Ausübung von kommunikativer Macht gebildete legitime Recht erzeugt seinerseits wiederum administrative Macht. Damit bildet die kommunikative Macht als souveräne Gewalt die Grundlage und Legitimation aller staatlichen Gewalt. Verbunden sind die kommunikative und die administrative Macht durch gesetztes Recht. Das gesetzte Recht ist in der Diskurstheorie der Schlüssel zur Verbindung zwischen Volkssouveränität und legitimer staatlicher Gewalt. Das Modell der verflüssigten Souveränität ermöglicht zwar den Einbezug komplexer Kommunikationsstrukturen in die Theorie des demokratischen Rechtsstaates, institutionell im Medium des Rechts gezähmt degradiert die Verheissung des Begriffs jedoch zum unfassbaren Potenzial. In der Diskurstheorie ist die verflüssigte Souveränität als Kommunikation eine normative Figur und als solche nicht weniger, aber auch nicht weiter vom Ist-Zustand anderer normativer Souveränitätsfiguren entfernt. Die Diskurstheorie verwendet eine neue Legitimationsfigur, die zwar den Aggregatzustand geändert hat, jedoch nach wie vor das Paradox der Selbstbindung des selbstbezogenen politischen Entscheidungsträgers zu überspielen hat.

Souveränität als kommunikative Macht entmystifiziert den Begriff der Souveränität und mystifiziert ihn zugleich. Entmystifizierend ist der Appell, dass im demokratischen Rechtsstaat der Moderne die politische Ordnung nicht vorgegeben ist, sondern immer wieder neu generiert wird. Die verflüssigte Souveränität ist aber in dem Sinne auch ein mystisches Konzept, als die kommunikative Macht der informellen Öffentlichkeit unfassbar bleibt. Das betrifft insbesondere die Vorstellung, kommunikative Macht herrsche zwar nicht, könne aber staatliche Gewalt lenken. Die verflüssigte Souveränität bleibt dadurch aber unfassbar, denn gerade in ihrer Unfassbarkeit liegt ihre Funktion. Als solches kann der Begriff nur umkreisend eingekreist werden. In der Vorstellung der intakten Geborgenheit eines informellen und sinnstiftenden Freiraums liegt zwar ein gewisser utopischer Reiz verborgen. Am Ende hinterlässt die Unfassbarkeit des Begriffs aber den hartnäckigen Verdacht, das Transzendente habe sich – allen rechtspositivistischen Beteuerungen der Theorie zum Trotz – mit dem Begriff der kommunikativen Macht dennoch in das Innere des ungeschlossenen Kreises gedrängt, um dort seine normative Kraft zu entfalten.