

Einleitung

Dass Herrschaft und Recht sich ebenso bedingen wie entgegenstehen können, ist für das Gebilde des demokratischen Rechtsstaates ausführlich dokumentiert. Das Recht kann, als ihr Instrument, Herrschaft ermöglichen, befestigen oder maskieren. Zugleich kann das Recht auch, als ihr Widersacher, Herrschaft binden, infrage stellen und kontrollieren. Dabei geht es aber in den Diagnosen der Verflechtung genauso wie in den Rekonstruktionen des Widerspruches von Recht und Herrschaft in der Regel um das Verhältnis zwischen einheitlichen Entitäten. Der *Rechtsstaat* bezeichnet die Bündelung von Herrschaftskompetenzen und darüber hinaus einen Zusammenhang faktischer Gewaltmittel. Als *Rechtsstaat* stützen sich diese Kompetenzen und Mittel auf ein geschlossenes System verbindlicher Rechtsnormen. Ein *demokratischer* Rechtsstaat hat schließlich zur Aufgabe, Recht und Herrschaft als ein gegenwärtiges Verhältnis einzurichten. Das Recht soll hier Herrschaft programmieren, also in gebundener Form ermöglichen. Den Angelpunkt dieses Verhältnisses bildet ein inklusives Verfahren der Gesetzgebung, das in der Lage ist, die Ausübung von Herrschaftsgewalt vollständig auf die Herrschaftsunterworfenen zurückzuführen.

In der transnationalen Konstellation frant dieses Verhältnis immer deutlicher von beiden Seiten aus und stellt so die Voraussetzungen des demokratischen Legitimationszusammenhanges ganz grundsätzlich infrage. Es gilt zu verstehen, wie sich die Verbindung von Recht und Herrschaft darstellt, sobald Recht nicht mehr allein als staatliches Recht auftritt und Herrschaft nicht mehr allein den Aktivitäten des Staates zugerechnet werden kann. Die beiden letztgenannten Entwicklungen werden seit geraumer Zeit als *Internationalisierung* und *Privatisierung der Politik* sowie als *Instrumentalisierung des Rechts* diskutiert.¹ Die entsprechenden Untersuchungen zeigen auf, dass Herrschaft nicht mehr nur in den Verfahren und Entscheidungen staatlicher Institutionen manifest wird. Und sie wecken Zweifel an der Vorstellung, dass das Recht sich weiterhin dazu eignet, Herrschaft effektiv zu bändigen, anstatt sie lediglich einzukleiden. Der sukzessive Ausbau von internationalen Organisationen sowie der Bedeutungszuwachs der zugehörigen Gerichtsbarkeiten haben ebenso wie die Tiefenstrukturen einer kapitalistischen Globalisierung zur Diffusion von Herrschaftskompetenzen geführt. Infolge der Zerfaserung politischer Herrschaft und der Differenzierung

1 Aus der kaum mehr zu überblickenden Literatur an dieser Stelle jeweils nur ein Beispiel: Zur *Internationalisierung* vgl. Zürn (2018), zur *Privatisierung* vgl. Zumbansen (2015) und zur *Instrumentalisierung* vgl. Brunkhorst (2012).

sozialer Macht vervielfältigen sich die Instanzen, die selbstständig auf das Recht als Mittel zur Definition von Verpflichtungen, Leistungen und Sanktionen zurückgreifen. In beiden Hinsichten und jeweils entlang der Verbindung von Recht und Herrschaft werden deshalb die Prämissen gesetzesförmiger Herrschaft fraglich, die der souveränitätszentrierten Demokratie- und Verfassungstheorie so lange ganz selbstverständlich als Fundament gedient haben.

Die Beobachtungen der Internationalisierung oder der Privatisierung greifen jedoch zu kurz. Politische Herrschaft, ihre Ausübung und Funktion, ist insofern keineswegs allein »international«, als es nicht nur um Verfahren zwischenstaatlicher Kooperation geht. Zu beobachten ist nicht bloß eine Erweiterung, sondern die Kompensation klassischer Staatsfunktionen. Die Europäische Union (EU) ist dafür sicherlich nur ein, wenn auch ein besonders profiliertes Beispiel.² Analog dazu kann die Bezeichnung als »privat« die Ermächtigungen gesellschaftlicher Organisationen sowie die regulatorischen Dynamiken der globalen Wirtschaft nicht adäquat ausdrücken. Diese Zuständigkeiten werden gerade nicht im Rahmen der entsprechenden Befugnisse »öffentlicher«, staatlicher Institutionen wahrgenommen, wie es die Unterscheidung öffentlich/privat nahelegt. Ebenso kann das Recht nur unzureichend als Ergebnis einer Instrumentalisierung beschrieben werden, in deren Zuge es zum Mittel der multiplen (»internationalen« oder »privaten«) Herrschaftsinstanzen wird, die dadurch ein staatliches Monopol der Rechtserzeugung sukzessive aufbrechen. Die Diagnose der Instrumentalisierung konzentriert sich auf die Vervielfältigung normativer Ordnungen infolge des Auswuchses von Herrschaftsfunktionen, ohne dass aber der Formwandel des Rechts selbst hinlänglich adressiert wird.

Weil die herkömmlichen Beschreibungen nicht mehr ausreichend tragen, ist es sinnvoll, erst einmal abstrakter anzusetzen, um die konzeptuellen und normativen Herausforderungen der Demokratie in der transnationalen Konstellation zu verstehen. Es zeigt sich dann, dass die doppelte Einheit von Recht und Herrschaft porös geworden ist. Infrage steht einerseits die Einheit der Herrschaft in der Form staatlicher Souveränität und andererseits die Einheit des Rechts als ein reflexiv geschlossenes Normensystem. Sowohl der Gegenstand als auch das Medium demokratischer Legitimation sind damit entfallen. Zwar kann kaum vom schlichten Niedergang des ehemals souveränen Staates gesprochen werden. In den Untersuchungen der *Internationalisierung* und *Privatisierung* wird aber deutlich, dass nicht länger von rechtsstaatlichen Delegationsmodellen der Herrschaft auszugehen ist. Herrschaft ist insofern diffus und

- 2 Zur Ausübung vormals staatlicher Herrschaftskompetenzen durch die EU im Rahmen einer funktionalen Konstitutionalisierung vgl. Isiksel (2016a), zum Phänomen der »Entstaatlichung« vgl. Grimm (2012: 78 ff.).

vielgestaltig, als deren Ausübung nicht als ein Zusammenhang von intern differenzierten Kompetenzen plausibel wird, die an den rechtsförmigen Willen des Volkes gekettet werden können. Zuständigkeiten überlappen sich, dehnen sich aus und kommen in Konflikt miteinander, ohne dass sich diese eigenständigen Verschiebungen durch höhere Instanzen hinreichend steuern lassen.

In der transnationalen Konstellation wird zudem, so legt es die Diagnose der *Instrumentalisierung* bereits nahe, ein einheitliches Recht als Medium der Begründung und Begrenzung von Herrschaft fraglich. Dieser Wandel reicht aber über die Vervielfältigung des Rechts hinaus. An die Stelle hierarchischer Geltungsbeziehungen treten die normativen Verstrickungen einer wesentlich entgrenzten Rechtsordnung. Es entsteht ein Recht, das Geltung und Zugehörigkeit nicht synonym versteht. Im klassischen, staatlich begründeten Bild ist Geltung als Folge der Zugehörigkeit und Zugehörigkeit als Folge der Geltung bestimmt: eine Norm gilt, weil die Norm zur Ordnung gehört, und sofern die Norm zur Ordnung gehört, gilt die Norm. Das Recht der transnationalen Konstellation entsteht hingegen mit und aufgrund der Überschreitung dieser festgesteckten Grenzen unterschiedlicher Rechtsordnungen – und damit, aus der Perspektive der einzelnen Ordnung, als ein Vorgang der Entgrenzung. In der transnationalen Konstellation geraten, anders gesagt, Projektionen kollektiver Selbstbestimmung nicht allein aus institutionellen, sondern aus (rechts-)strukturellen Gründen unter Druck. Die Idee der Selbstgesetzgebung ist rechtlich haltlos geworden, so dass das Verhältnis von Recht und Demokratie neu erschlossen werden muss.

Die Möglichkeiten, Herrschaft durch Recht zu erreichen und zu binden, werden in der transnationalen Konstellation prekär – hinsichtlich der Komplexität der Herrschaftsformen, aber auch mit Blick auf das Recht als zentrales Medium der Herrschaftslegitimation. Lediglich die Ausübung von Herrschaft in der Form gebündelter Kompetenzen kann ein einheitliches Recht institutionell abstützen, und lediglich ein exklusiv strukturiertes Recht ist in der Lage, Herrschaft in der Form von Delegationsmodellen einzurichten. Der Rechtsstaat kann somit als »Klammerbegriff« der gegenläufigen Perspektiven der Politisierung von Recht einerseits und der Verrechtlichung von Politik andererseits (Luhmann 1993: 422) nur dann Vorstellungen demokratischer Legitimation anleiten, wenn Herrschaft und Recht, einmal als ein Delegations- und einmal als ein Geltungszusammenhang, Einheiten bilden und sich dergestalt wechselseitig in Betrieb nehmen. Nur dann ist es sinnvoll, von *der* Legalität der Herrschaft (oder *der* Herrschaft der Legalität) zu sprechen, und nur dann kann es gelingen, die Frage demokratischer Legitimation mit der Teilhabe der Betroffenen an Verfahren allgemeiner Rechtsetzung zu beantworten. Sobald jedoch die beiden Voraussetzungen der Einheit des Rechts und der Herrschaft infrage stehen, muss ein demokratischer

Legitimationszusammenhang anders verstanden und eingerichtet werden. Nur wie?

Für diese Suche bietet es sich an, mit der Figur der subjektiven Berechtigung zu beginnen. Sie bildet seit langem ein zentrales Moment der rechtsförmigen Begründung und Begrenzung von Herrschaftsgewalt. Innerhalb des demokratischen Rechtsstaates hatte die Formulierung und Konkretisierung von (Grund-)Rechten von den revolutionären Anfängen an die Funktion, die Herrschaftsunterworfenen von der »substantielle[n] Gewalt von politischer Herrschaft und sozialer Macht [loszusprechen], die der Legitimation an öffentlich diskutierten und rational erweisbaren Zwecken weder willens noch fähig ist.« (Habermas 1971: 122) Dabei kann aber die Entgegensetzung von Herrschaft und Recht nicht, wie manchmal behauptet wurde, umstandslos auf die Unterscheidung von objektiver, »souveräner« Rechtsordnung und subjektiven, »freiheitlichen« Rechtsansprüchen abgebildet werden.³ Um zu verhindern, dass aus rechtlichen Freiheiten ein Mittel staatlicher Herrschaft (vgl. Heller 2018) oder gesellschaftlicher Repression wird (vgl. Preuß 1976), musste und muss die Garantie von Rechten mit der egalitären Beteiligung der Rechtsträger:innen an deren Ausgestaltung verknüpft werden, oder: es muss ein Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung etabliert und gegen die Usurpationen der Herrschaft verteidigt werden. Schließlich sollte die Inanspruchnahme von Rechten es den Betroffenen ermöglichen, auf die Gestaltung und Ausübung der Herrschaft einwirken zu können.

Zur Debatte steht, ob dieser Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung unter den Bedingungen der transnationalen Konstellation⁴ noch einmal eingerichtet werden kann. Inwiefern könnte die Gewährleistung von Rechten zur egalitären Transformation von Herrschaft beitragen, wenn – zugleich – die Voraussetzungen des demokratischen Rechtsstaates entfallen sind? Ich gehe diese Frage in der Folge von der rechtlichen Seite, genauer: vonseiten der Techniken transnationaler Rechtserzeugung an.⁵ Der Vorteil dieser Herangehensweise

- 3 Etwa bei Neumann (1937: 543), für den sich ein »echte[r] Widerspruch« von Gewalt und Gesetz »bereits in der Doppelbedeutung des Wortes ›Recht‹ aus[drückt]. Denn Recht meint einmal das objektive Recht, d.h. das [...] der souveränen Gewalt zurechenbare Recht, zum anderen den Anspruch des Rechtssubjektes.«
- 4 Ein Wort zum Ausdruck der Konstellation: Er wird hier vor allem verwendet, um den Eindruck zu vermeiden, dass es sich um ein im strikten Sinne globales und historisch bestimmtes Phänomen handelt. Wenn von der transnationalen Konstellation die Rede ist, ist damit also weder gesagt, dass diese Konstellation *überall* ist, noch, dass diese Konstellation *jetzt und in näherer Zukunft* die einzige Konstellation von Recht und Herrschaft ist.
- 5 Dieses Vorgehen hat den offenkundigen Nachteil, dass so alle Herrschaftsformen, die nicht auf das Recht zurückgreifen, aus dem Blick geraten. Ich

besteht darin, dass die Möglichkeiten einer rechtsförmigen Legitimation von Herrschaft in differenzierter und begrifflich strukturierter Weise ermittelt werden können, ohne diese Analyse bereits mit der Untersuchung von konkreten Herrschaftsformen zu verquicken. Die Forderung, ein Herrschaftsphänomen rechtlich in den Griff zu bekommen, kann nicht von der Frage getrennt werden, wie das Recht beschaffen ist, also wie es um das Recht als Mittel steht, das eben diese Leistung erbringen soll.

Weil in der transnationalen Konstellation das Recht porös geworden ist, gilt es, die Gewährleistung und Ausweitung von Rechten auf ein Potential demokratischer Befähigung hin zu befragen. Dabei soll der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung wiederum auf eine Weise entfaltet werden, die Ressourcen einer nicht-etatistischen Beschreibung und Kritik transnationaler Rechtserzeugung bereitstellt. Wir haben es also mit einem Zirkel aus analytischen und normativen Aspekten zu tun. Ich stelle die Frage nach der Funktion der Rechte aufgrund der (vorläufigen) Einsicht in die spezifischen Kennzeichen der transnationalen Konstellation. Gleichzeitig können, so meine Hoffnung, die Antworten auf jene Frage dazu beitragen, diese Konstellation auf umfassendere Weise zu begreifen. Es geht mir also nicht darum, von Rechten als Rahmen von Recht und Politik bereits auszugehen, sondern darum, die demokratisch befähigenden Wirkungen der Garantie und Inanspruchnahme von Rechten unter den Bedingungen der transnationalen Konstellation zu evaluieren, die es auf diesen Pfaden erst zu fassen gilt.

Es sind schließlich zwei Thesen, die die Absicht dieser Studie umreißen, eine Analyseperspektive auf den Vorgang transnationaler Rechtserzeugung zu erarbeiten, die ein Potential demokratischer Befähigung beschreiben und dessen Grenzen bewerten kann. Ich argumentiere erstens, dass der *Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung* nicht auf die Teilhabe an Verfahren allgemeiner Rechtsetzung beschränkt ist. Die Formalisierung fundamentaler Rechte stellt Möglichkeiten der Rechtserzeugung auch abseits gesetzgeberischer Verfahren bereit und kann dazu beitragen, die Selbstsetzungen der Herrschaft zugunsten der Gleichberücksichtigung der Einzelnen zu durchbrechen. Ich möchte zweitens für den spezifischen Fall der transnationalen Konstellation zeigen, dass es die *Entgrenzungsformen* sind, die darüber entscheiden, ob die Gewährleistung von Rechten demokratisch befähigt

gehe allerdings, aufgrund der spezifischen Funktionen, die Recht für die Ausübung von Herrschaft erbringt, nicht davon aus, dass dies allzu viele sind. Ein Zugang von der anderen Seite, derjenigen der Herrschaft, wäre ebenfalls möglich, würde dann aber voraussetzen, unter der transnationalen Konstellation nicht vorrangig die Neukonfiguration von staatlichen Herrschaftsbefugnissen zu verstehen (vgl. Franzius 2014: 40 ff.), sondern den Begriff auf die Modalitäten der Verknüpfung dynamischer Herrschaftsformationen auszurichten (vgl. Volk 2019).

oder nicht. Unter Entgrenzungsformen verstehe ich die Techniken, die den Prozess transnationaler Rechtserzeugung prägen. Sie bedingen die normativen Verflechtungen, die für diesen Prozess charakteristisch sind, und entscheiden auf diese Weise über die demokratische Funktion der Rechte.

Die erste These bezieht sich auf den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung, die zweite These auf die Bedingungen, um diesen Zusammenhang in der transnationalen Konstellation zu etablieren. Die erste These ist interpretativ, sie erklärt auf dem Wege der Rekonstruktion, inwiefern Rechte ein Potential demokratischer Befähigung gegen die Selbstermächtigung der Herrschaft einrichten. Die zweite These ist kritisch, sie unterscheidet zwischen der bloßen Ausweitung von Rechten und der Wirkung der Befähigung, indem sie das Augenmerk auf die Entgrenzungsformen der transnationalen Konstellation richtet. Es ist durchaus möglich, die erste These zu verneinen und die zweite These zu bejahen. Dann müsste die Suche nach Möglichkeiten der Demokratisierung der transnationalen Konstellation anderswo als bei der ausgezeichneten Stellung von subjektiven Rechten beginnen. Es ist ebenso möglich, die erste These zu bejahen und die zweite These zu verneinen. Wenn sich allerdings der Prozess transnationaler Rechtserzeugung in das Bild der Normenhierarchie einfügen lassen würde, spricht erst einmal wenig dafür, die Idee der Selbstgesetzgebung als Grund der Herrschaftskritik aufzugeben.

Um diese beiden Thesen zu entfalten, skizziere ich zunächst den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung im Rahmen eines prozeduralen Demokratieverständnisses und stelle dar, dass die demokratische Funktion der Rechte nicht mit dem Prinzip der Volkssouveränität kurzgeschlossen werden sollte. Ich erläutere danach den für die Analyse des Zusammenhanges von Berechtigung und Befähigung im Recht der transnationalen Konstellation zentralen Begriff der Entgrenzungsformen. Jeweils geht es somit darum, rechts- und demokratietheoretische Überlegungen miteinander zu verknüpfen, um ein sich weitgehend gewandeltes Verhältnis von Recht und Herrschaft zu erschließen und die Problematik der demokratischen Legitimation von Herrschaft durch Recht aufzuzeichnen, die sich aus diesen Wandlungen ergibt.

Berechtigung und demokratische Befähigung

Die Form der Demokratie ist von der Idee der Gleichberücksichtigung der Einzelnen nicht zu trennen. Das schließt die Ausgestaltung des geltenden Rechts ein. Ich verstehe deshalb »demokratische Befähigung« in der Folge als die Gleichverteilung der Möglichkeiten, an der Erzeugung von Recht teilzunehmen. Diese Möglichkeiten sind im modernen

Recht regelmäßig als subjektive Rechte festgehalten. Zwischen Berechtigung und Befähigung muss zwar unterschieden werden. Sofern Rechte aber als egalitäre Befugnisse der Rechtserzeugung fungieren können, ist es zumindest prinzipiell möglich, ein Potential demokratischer Befähigung auch abseits von Verfahren der Gesetzgebung zu lokalisieren und zu befestigen. In diesem Sinne deutet Claude Lefort die Menschenrechte als ein »generatives Prinzip« der demokratischen Form. Subjektive Rechte können demnach nicht nur als »Platzhalter« (vgl. Brunkhorst 2002; Kreide 2016), sondern als möglicher Brückenpfeiler der Demokratie auch in der transnationalen Konstellation fungieren. Diesen Gedanken möchte ich nun zuerst mit Blick auf die Konstellation des demokratischen Rechtsstaates plausibilisieren und dazu ein prozedurales von einem staatlich begründeten Demokratieverständnis unterscheiden.

Die Gleichverteilung der rechtsförmigen Teilhabemöglichkeiten wird in staatlich begründeten Demokratiemodellen entlang der kategorialen Rollenverteilung zwischen den Autor:innen und den Adressat:innen des Rechts erläutert. Von tragender Bedeutung ist dort das Prinzip der Volkssouveränität, denn demokratisch befähigend bedeutet in diesen Ansätzen, dazu berechtigt zu sein, an inklusiven Verfahren der Selbstgesetzgebung teilnehmen zu können. Das Recht erscheint hier als prozeduraler Zusammenhang inhaltlich ungebundener Normen, die für den Zweck der umfassenden Steuerung staatlicher Herrschaft in den Dienst genommen werden. Es ist das Mittel, um Verfahren allgemeiner Rechtserzeugung einzurichten und den Ergebnissen dieser Verfahren verbindlichen Charakter zu verleihen. Doch gerade weil modernes Recht inhaltlich ungebunden ist und aus gegeneinander differenzierten und miteinander verknüpften Verfahren der Erzeugung von Normen besteht, betont hingegen ein prozedurales Demokratiemodell die fluide Rollenverteilung zwischen Rechtsautor:innen und Rechtsadressat:innen. Es versteht Gesetz- und Verfassungsgebung also nicht als den einzigen »echten« Ausdruck von Volkssouveränität. Rechte können demnach auch abseits der Beteiligung an legislativen Verfahren demokratisch funktional werden, weil ihre Inanspruchnahme auch abseits der Gesetzgebung – z.B. durch den Gang vor Gericht – Recht erzeugen kann. Denn entgegen einer weiterhin verbreiteten strikten Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und -anwendung⁶ wirken die Anwendungen einer Norm selbst wiederum normativ: Sie erzeugen neues Recht (oder Recht von neuem).⁷

6 »Es ist ein Irrtum, wenn auch ein weitverbreiteter, daß die Erzeugung des Rechts [...] mit der Gesetzgebung abgeschlossen oder gar in ihr allein beschlossen sei.« Diese Feststellung von Kelsen (1920: 17) trifft wenigstens auf die demokratietheoretische Forschungsliteratur immer noch weitgehend zu.

7 Vgl. dazu aus unterschiedlichen Perspektiven und mit unterschiedlichen Folgen für das Verständnis rechtlicher Normativität Müller (1997: 309 ff.), Müller-Mall (2012: 225 ff.), Möllers (2015: 179 ff.), Sheplyakova (2018).

Die Erzeugung von Recht etwa auf dem Weg der Rechtsprechung ist zwar von der Gesetzgebung zu unterscheiden. Das erweist sich schon daran, dass Gerichtsentscheidungen auf eine Klage angewiesen sind und als Anwendungsfall geltender Rechtsnormen dargestellt werden müssen, während die Gesetzgebung von sich aus aktiv werden kann und in nur geringeren Ausmaßen als Applikation von vorausliegenden (verfassungsrechtlichen) Normen erscheinen muss. Trotzdem ist der Unterschied unter dem Aspekt der Normgenese ein gradueller, denn die Einordnung einer Entscheidung als Rechtsentscheidung ist in jedem Fall – sowohl für das Gesetz als auch für das Urteil – von der Bezugnahme auf eine andere Entscheidung mit Rechtsqualität abhängig. Auch »gesetzte« Rechtsnormen sind prozedural aufgespalten und entgleiten dadurch der Fiktion des (volks-)souveränen Zugriffs. Wenn demnach die Herstellung rechtlicher Entscheidungen auf der legislativen Ebene nicht abgeschlossen ist, ist das Potential demokratischer Befähigung in Form der Rechte nicht auf die Gesetzgebung beschränkt.

Der Blick von den Rechten zum Recht ist für die Konstellation des demokratischen Rechtsstaates mittlerweile genauso vertraut wie umstritten. Das Verhältnis von Recht und demokratischer Herrschaft drückt sich in dieser Konstellation zusehends entlang der Garantie subjektiver Rechte aus, die, als Grund- oder Menschenrechte, den Prozess der Willensbildung mit verpflichtenden Ansprüchen konfrontieren.⁸ Es besteht weitreichende Übereinstimmung in der Beobachtung einer zunehmenden »rechtlichen Internalisierung klassischer politischer Funktionen«,⁹ die durch die Gewährleistung und den Ausbau subjektiver Rechte sowie den Bedeutungszuwachs der Gerichte vorangetrieben wird. »In der echten Welt der modernen repräsentativen Demokratie ist das Recht, ein Gericht davon zu überzeugen, ein Veto gegen eine bestimmte Politik einzulegen, mindestens so stark wie das Recht, für eine Änderung der Politik zu stimmen.« (Kumm 2010: 168)¹⁰ Die Inanspruchnahme von Rechten wird so immer nachdrücklicher als ein zentrales Mittel des demokratischen Prozesses wirksam. Diese »Omnirelevanz der Grundrechte« (Schlink 1992: 50) und ein »judizialisiertes«¹¹ Demokratieverständnis wird von republikanischen Ansätzen dafür kritisiert, den Gestaltungsspielraum der Politik

8 Die Debatte, ob es sich hierbei (nur) um einen historischen oder (auch) um einen notwendigen Zusammenhang handelt, ist verzweigt. Für einen detaillierten Überblick vgl. Lacroix/Pranchère (2018). Zur Historizität des liberalen (um die Garantie der Individualrechte zentrierten) Demokratieverständnisses vgl. neuerdings Manow (2024).

9 »[...] viele klassische politische Funktionen sind heute im Wesentlichen vom Rechtssystem internalisiert.« (Thornhill 2018: 499)

10 Alle Übersetzungen stammen, soweit nicht anders ausgewiesen, von mir (J.H.).

11 Zur »Judizialisierung der Politik« vgl. hier nur Hirschl (2008).

zu beschneiden und Regelungen mit zweifelhafter demokratischer Legitimation hervorzubringen (vgl. exemplarisch Bellamy 2013). Hingegen betonen liberale Positionen, dass die Gleichbehandlung der Einzelnen nur mittels des effektiven Schutzes grundlegender Rechte, notfalls auch gegen die legislativen Beschlüsse, und einer starken Rolle der (Verfassungs-)Gerichte Genüge getan werden kann (vgl. exemplarisch Dworkin 1996). Zur Debatte steht also nicht die Figur der subjektiven Berechtigung als solche, sondern vielmehr die Frage, wie ein subjektiv-rechtlich strukturiertes Recht mit den voluntaristischen Gehalten kollektiver Selbstbestimmung in Einklang gebracht werden kann.

Augenscheinlich sind es dabei stets die befähigenden Wirkungen der Rechte, um die sich die Diskussionen über den Umgang mit der Tatsache drehen, dass das Recht maßgeblich auf die Sicherung und Herstellung individueller Handlungsmöglichkeiten in dieser spezifischen Form ausgerichtet ist. Die prominente Rolle, die Rechte einnehmen, ist Wesensbestimmung und normatives Programm: Modernes Recht ist das Recht und soll das Recht sein, das auf Rechten gegründet ist. Sie gelten zwar nur aufgrund objektiver Rechtsnormen. Zugleich werden subjektive Rechte jedoch, wie Luhmann festhält, als ein »objektives Recht besonderer Art« wirksam, weil sie das »Verhältnis« zwischen dem objektiven Recht und dem privaten Willen der berechtigten Personen thematisieren. Der Privatwille wird in dieser Form¹² zum »Determinationsgrund« der geltenden Rechtsordnung (Luhmann 1981a: 66). Rechte sind deshalb eine spezifische Kategorie des Rechts. Denn sie erzeugen »eine bloße Ermächtigung zum Handeln« (Colliot-Thélène 2011: 136) und sind somit selbst, um einen allzu bildlichen Ausdruck zu verwenden, eine Quelle normativer Verpflichtungen. Als Ermächtigungen können Berechtigungen das Recht mobilisieren und gestalten.¹³ Im Unterschied zur bloßen Gleichbehandlung der Einzelnen nach den Maßgaben objektiver Normen etablieren subjektive Rechte somit einen »Anteil an der [...] Erzeugung von Rechtsnormen« (Kelsen 1960: 143). Sie erlauben es, an der Gestaltung der normativen Ordnung teilzunehmen und dadurch nicht einseitig rechtlicher Herrschaft, wie vorteilhaft sie auch sein sollte, unterworfen zu sein. Die Garantie subjektiver Rechte ist in diesem Sinne produktiv, weil sie die Fähigkeit hervorbringt, sich an der Erzeugung des Rechts zu beteiligen, über das Recht mitzubestimmen.¹⁴ Eben dieses Po-

- 12 Entscheidend ist also, dass es sich um ein *Verhältnis*, nicht aber um ein *Vor-rangverhältnis* handelt, dem zufolge das Recht die Aufgabe hätte, Ansprüche zu garantieren, die ihm z.B. in Form natürlicher Rechte vorausliegen. Dieses letztere Deutungsmuster bezeichnet Kelsen (1960: 136) zurecht als »ideologisch«.
- 13 Zum subjektiven Recht als »Gegenbegriff zum objektiven Recht« vgl. auch die historische Genealogie bei Auer (2014: 22 ff.).
- 14 Im Anschluss an die kritische Rekonstruktion durch Menke (2015: insb. 177 ff.). Rechte nehmen derart, wie auch Preuß (1979: 30) festhält, eine

tential wird neueren rechtskritischen Diskussionsbeiträgen zufolge nur als die andere Seite der Abstraktion und des Positivismus wirksam, die mit der spezifischen Form der Rechte verbunden ist.¹⁵ Aber auch solche Kehrseiten können ein »Eigenleben« annehmen, und so stellen Rechte »durchaus ›Waffen‹ in gesellschaftlichen Konflikten dar, die auch den schwächeren Positionen zur Verfügung stehen.« (Buckel 2007: 314)

Die Befähigung subjektiver Berechtigung ist dabei von den prozeduralen Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Rechten zu unterscheiden. Ein subjektives Recht im eigentlichen Sinne wäre ansonsten allein und ausschließlich die Fähigkeit zur Durchsetzung einer bestehenden Verpflichtung.¹⁶ Die Klagebefugnis etwa ist jedoch aus dem determinierenden »Verhältnis« von Individualwillen und objektiver Ordnung abgeleitet, das die Kompetenzen zur gerichtlichen Durchsetzung des Anspruches begründet. Der Rechtsanspruch geht der Möglichkeit der Klage voraus, das Klagerecht ist die Folge des (tatsächlich oder vermeintlich verletzten) Anspruches.¹⁷ Dabei führt es nicht weiter, innerhalb der Gruppe subjektiver Berechtigungen zwischen Kompetenzen und Freiheiten scharf zu unterscheiden.¹⁸ Alle subjektiven Rechtspositionen implizieren – als ein spezifisches Determinationsverhältnis – ein rechtliches Können, weil sie die Möglichkeit markieren, einen verpflichtenden Anspruch zu formulieren. Das kann man auch so erklären, dass die Garantie von Freiheiten (als Rechte) immer »eine gewisse Souveränität« beinhaltet.¹⁹

Diese befähigenden Wirkungen der Rechte lassen sich nur unter Schwierigkeiten in ein staatlich begründetes Demokratiemodell und

»spezifische Funktion für die Organisation und Legitimation von Herrschaftsbeziehungen« wahr.

- 15 Zur Abstraktion vgl. Buckel (2007: 237 ff.), zum Positivismus vgl. wiederum Menke (2015).
- 16 Das ist allerdings die Position von Kelsen (1960: 139 ff.), der die Einklagbarkeit als wesentlich für ein subjektives Recht »im technischen Sinne« versteht.
- 17 Dies zeigt sich unter rechtssoziologischen Gesichtspunkten daran, dass es »[s]ehr typisch« zu den Zugangsbeschränkungen des Rechtssystems gehört, »daß ein Interesse an einer Gerichtsentscheidung in der Form einer Verletzung subjektiver Rechte behauptet werden muß.« (Luhmann 1993: 419)
- 18 So Alexy (1994: 220, 222) in seiner an Bentham und Hohfeld angelegten Systematisierung der Grundrechte und im Anschluss an den von Jellinek formulierten »scharfen Gegensatz« von Dürfen und Können, um dann jedoch festzuhalten, dass der »Begriff der Kompetenz [...] zur Erfassung der Struktur der Grundrechte unerlässlich [ist]«, denn die Beseitigung einer Kompetenz »läßt aus *begrifflichen* Gründen den Freiheitsgegenstand (den Rechtsakt vorzunehmen oder nicht vorzunehmen) entfallen.«
- 19 »Freiheit ist im Grunde die Befugnis oder Macht zu tun, was man will [...]. Keine Freiheit ohne Selbstheit und, *vice versa*, keine Selbstheit ohne Freiheit. Und also eine gewisse Souveränität.« (Derrida 2003: 42)

dessen Fokus auf die Autor:innenschaft des Rechts eintragen. Der Idee der Selbstgesetzgebung verpflichtet, drängt es darauf, dass der Inhalt und die Reichweite der Rechte in symmetrischen und ergebnisoffenen Prozeduren allgemeiner Rechtserzeugung formuliert und ausgestaltet werden (vgl. Maus 2011: 212 ff.). Nur insofern die Gleichverteilung der Rechte an ein legislatives Verfahren zurückgebunden ist, in dem über die Hinsichten dieser Gleichverteilung befunden wird, kann von demokratischer Befähigung qua subjektiver Berechtigung die Rede sein. Denn nur derart kann eine Usurpation der rechtlichen Bindungen durch die Aktivitäten nicht-majoritärer Institutionen, insbesondere durch die Verfassungsgerichte, verhindert werden. Je weniger es sich bei den gewährleisteten Rechten um das Ergebnis gesetzgeberischer Verfahren handelt, desto mehr nehmen diese den Charakter von »Fertigprodukten« (Günther 2011: 46) oder »Reflexrechten« an (Maus 2015: 142), die die Festsetzungen einer vorausliegenden normativen Ordnung schlicht widerspiegeln, anstatt die Rechtsträger:innen selbst mit der Ausgestaltung der Rechte zu betrauen. Hingegen kann ein prozedurales Demokratiemodell den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung unabhängig von konkreten Verfahren der Rechtserzeugung denken und so Wege eröffnen, um die Problematik der Herrschaftslegitimation auch jenseits der Matrix des demokratischen Rechtsstaates zu erschließen. Dass der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung nicht auf die Gesetzgebung beschränkt ist, bedeutet, dass Rechte auch anderswo Herrschaft auf die Gleichberücksichtigung der Einzelnen zurückführen können.

In der transnationalen Konstellation kann die Idee gesetzesförmiger Herrschaft, die dem staatlich begründeten Demokratieverständnis zugrunde gelegt ist, keinen Halt mehr finden. Schon unter den Bedingungen rechtsstaatlicher Herrschaft ist es rechtstheoretisch kaum plausibel, zwischen legislativen (*rechtsetzenden*) und anderen (*rechtsanwendenden*) Verfahren strikt zu trennen. Alle Gewalten erzeugen Recht. Unter den Bedingungen transnationaler Rechtserzeugung wird aber, darüber hinaus, das Recht als Medium der demokratischen Herrschaftslegitimation fraglich. Die Inkorporation von Rechten in ein selbstbezügliches Verfahren der Gesetzgebung reicht als analytischer wie normativer Horizont nicht mehr aus, sobald das Recht selbst nicht mehr entlang hierarchischer Ableitungsbeziehungen operiert. In der transnationalen Konstellation ist, so könnte man auch formulieren, die Beteiligung an der Rechtserzeugung notwendigerweise asymmetrisch, denn symmetrisch können Teilhabemöglichkeiten allein in Bezug auf ein einheitliches Produkt sein. Die »Zerfaserung des Verfassungsstaates« (Meinel 2014: 767) beschränkt jedoch die Determinationskraft legislativer Entscheidungen. Die Gesetzgebung als Vehikel demokratischer Legitimation kann die Ausübung von Herrschaft nicht länger vollumfänglich programmieren, sobald das Recht nicht mehr exklusiv strukturiert ist.

Diese Eigenschaften der internen Hierarchie und der formalen Einheit hat das Recht in der transnationalen Konstellation, wie gleich ausführlicher erläutert wird, eingebüßt. Angesichts der »Entgrenzung« des Rechts bleibt ein Projekt kollektiver Selbstbestimmung notwendigerweise partiell – und blockieren ein staatlich begründetes Demokratiemodell und die Idee der Selbstgesetzgebung die Suche nach anders gelagerten Potentialen transnationaler Demokratisierung. Vielversprechender als von institutionellen Blaupausen, die das Prinzip der Volkssouveränität global skalieren, ist es daher, von der »reale[n] Funktionalität« der Rechte (Peters 2021: 74) Ausgang zu nehmen und sie entlang eines prozeduralen Demokratieverständnisses kritisch auf die Begründung egalitärer Teilhabemöglichkeiten hin zu befragen.²⁰

Der Begriff der Entgrenzungsformen

Die Auseinandersetzung mit der Problematik demokratischer Legitimation muss konsequent berücksichtigen, dass transnationales Recht ein Phänomen der Entgrenzung darstellt.²¹ An die Stelle normativer Ableitungsbeziehungen treten hier die Interaktionen unterschiedlicher Rechtsordnungen, die sich miteinander verflechten und verstricken.²² Diese Interaktionen konstituieren ein kompositives Recht aus einer Mehrzahl von füreinander bedeutsamen Normativitäten. Der technische Begriff der Rechtsordnung wird fraglich,²³ und an die Stelle von Beziehungen der »absoluten Normativität«²⁴ treten Beziehungen der »relativen Autorität«.²⁵ Von inter- oder supranationalen Organisationen und gubernativen Netzwerken bis hin zur Selbstregulierung von Unternehmen vervielfältigen sich die Institutionen und Verfahren, die ein staatliches Monopol

- 20 In dieser Hinsicht können (aber müssen nicht) Entwicklungen bedeutsam werden, die unter der Überschrift der Individualisierung völkerrechtlicher Normen seit geraumer Zeit diskutiert werden (vgl. u.a. Janis 1984; Henkin 1996; Parlett 2011; Peters 2014: 469 ff.).
- 21 Eine wichtige Inspirationsquelle für den in dieser Studie verwendeten Begriff der Entgrenzung ist Müller-Mall (2023: insb. 48 ff.).
- 22 Vgl. für den Ausdruck bzw. die Perspektive der Interaktion Young (2012), Dunoff (2012), Urueña (2016), Burchardt (2017).
- 23 Zum technischen Begriff der Rechtsordnung, entwickelt in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts u.a. in den Untersuchungen von Kelsen und Santi Romano, vgl. Itzcovich (2012), zum Fraglichwerden vgl. Burchardt (2018), Taekema (2019).
- 24 In Umkehrung der Formulierung von Weil (1983).
- 25 Vgl. dazu die Arbeiten von Roughan (2013: 136 ff.; 2016). Der dort entwickelte Ansatz konzentriert sich allerdings auf Fragen der Legitimität, vgl. ähnlich auch Venzke/Mendes (2018).

der Rechtserzeugung relativieren. Transnationales Recht ist aber anhand dieser Multiplikation rechtserzeugender Instanzen noch nicht adäquat beschrieben, denn *jenseits des Staates* ist transnationales Recht zuallererst in seinem Modus oder Vollzug. Als Vollzugsform normativer Interdependenz fügt es sich nicht in die staatlichen Vorstellungswelten der souveränen Autorität und der hierarchischen Geschlossenheit ein.

»Entgrenzung« bezeichnet somit ein strikt normatives Phänomen. Die konzeptuellen Herausforderungen der transnationalen Konstellation bestehen nicht allein in der Vervielfältigung des Rechts.²⁶ Vielmehr bringt das Recht der transnationalen Konstellation die Interdependenz unterschiedlicher Normen und Ordnungen *rechtlich* hervor. Es erweist sich insofern als entgrenzt, als hierarchische Rechtsstrukturen in Adaptionen- und Interaktionsbeziehungen eingebettet sind. Das betrifft auch den Verfassungsbegriff. Schließlich ist die Idee der Verfassung in zentralen Hinsichten mit Vorstellungen der Rechtseinheit verbunden, die hier entfallen sind. Als eine »Rahmenordnung« (Grimm 2012: 33), die die Produktion von Recht insgesamt regelt, kann die Verfassung in der transnationalen Konstellation nicht mehr fungieren. Doch das Faktum des Rechtspluralismus bedeutet nicht das Ende der Verfassung. Denn dass sich das Recht in der transnationalen Konstellation als porös erweist, sollte zugleich nicht so verstanden werden, dass Verhältnisse des normativen Vorranges ausgeschlossen sind. Die normativen Verstrickungen können die Form von (partikularen) Verfassungsstrukturen annehmen, die die zukünftigen Interaktionen und Adaptionen transnationaler Rechtserzeugung normieren.

Unter inhaltlichen Aspekten ist das Phänomen der Entgrenzung außerordentlich vielgestaltig. Es zeigt sich zum Beispiel, wenn im internationalen Investitionsschutz auf Regeln der *corporate social responsibility* Bezug genommen wird, um die völkerrechtlichen Verpflichtungen von ökonomischen Akteuren aufzuklären (vgl. Crow/Escobar 2018), oder in den Interaktionen zwischen internationalem Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht einerseits (vgl. Orakhelashvili 2008) und internationalem Umweltrecht andererseits (vgl. Shelton 2010). Es ist auch am Rückgriff auf nationales Recht im Regime zum außerbörslichen Handel von Finanzderivaten (vgl. Horst 2019: 68 ff.), im Rahmen der internationalen Sportgerichtsbarkeit (vgl. Duval 2022), oder im Recht der Domainvergabe zu erkennen (vgl. Renner 2011: 169 ff.). Derartige Verknüpfungen können aber auch einfach am Grundsatz der

26 Demokratiethoretische Überlegungen weisen schon seit langem darauf hin, dass Verfahren dezentraler Rechtserzeugung kein Problem für das Allgemeinheitspostulat sein müssen, solange die prozeduralen Entscheidungsprämissen entlang der hierarchischen Stufungen beachtet werden, die den technischen Begriff der Rechtsordnung charakterisieren (vgl. Maus 1986a).

Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes illustriert werden (vgl. Payandeh 2009).²⁷ Er gebietet es, nationales Recht konform mit einschlägigen internationalen Bestimmungen auszulegen, unabhängig von dem Aufweis, dass jene Verpflichtungen explizit in die deutsche Rechtsordnung eingegliedert sind. Ein formaler Erzeugungszusammenhang wird auf diese Weise zugunsten normativer Interaktionen zurückgenommen, »[d]ie binäre Unterscheidung – innerstaatliche Geltung ja oder nein – wird ersetzt und aufgeweicht durch eine relative normative Bedeutung der völkerrechtlichen Vorgaben.« (Payandeh 2013: 403)

Im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates entspricht die Konzentration von sämtlichen Herrschaftskompetenzen in den Institutionen des Staates einer stufenbauförmigen Konzeption der Rechts.²⁸ Erst dieses Korrespondenzverhältnis erlaubt es, die Ausübung von Herrschaft durchgängig rechtsförmigen Bindungen zu unterstellen. In der demokratischen Legitimation von Herrschaft durch Recht verschränken sich somit zwei Hinsichten. Mit Blick auf den Herrschaftscharakter – aus der Perspektive, *wie Herrschaft ist* – kann das Recht den Anspruch, Herrschaft zu binden, deshalb einlösen, weil und solange Herrschaft als ein Herrschaftsverband eingerichtet ist. (Historisch betrachtet ist der moderne Staat selbst das Resultat einer Entdifferenzierung von Herrschaft.) Aus dem Blickwinkel der Rechtsgeltung – aus der Perspektive, *wie Recht ist* – kann das Recht den Anspruch der Herrschaftslegitimation erfüllen, insofern es exklusiv strukturiert ist, also Normen allein aufgrund der Zugehörigkeit zur jeweiligen Rechtsordnung relevant werden. Die Begründung und Begrenzung von Herrschaft durch Recht setzt somit die Unterscheidung zwischen »eigenen« und »fremden« Rechtsnormen voraus, denn nur so lassen sich die delegierten Zuständigkeiten eindeutig bestimmen und Überschreitungen evaluieren. Unter den Bedingungen

27 Die normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung sind nicht auf die Rechtsprechung begrenzt. Sie zeigen sich zum Beispiel auch an der Formulierung der EU-Grundrechtecharta, die Rechte mit der »gleichen Bedeutung« auszustatten, wie sie ihnen in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verliehen wird. Diese Bezugnahme ist Ausdruck der historischen Tatsache, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Rahmen der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), auch ohne EU-Mitgliedschaft der Konvention, regelmäßig strikt beachtet wurde. Sie vermeidet es jedoch zugleich, das Verhältnis zwischen beiden Rechtsordnungen in Relationen der Über- bzw. Unterordnung zu formalisieren. Vgl. dazu in historischer Perspektive de Búrca (2011), in eher idealistischer Perspektive Bogdandy (2022).

28 Vgl. die Beobachtung von Wahl (1981: 498), dass die »Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung« ein »exakt auf die Situation der Demokratie passendes Konzept« ist.

der transnationalen Konstellation wird dieses Korrespondenzverhältnis prekär. Anstatt von hierarchischen Ableitungsbeziehungen ist der Prozess der Rechtserzeugung von normativen Interaktionen bestimmt, die jene starre Unterscheidung aufweichen.

Dieser Formwandel des Rechts ist für den hier thematischen Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung von wesentlicher Bedeutung. Denn entgegen eines individualrechtlichen Verständnisses der Demokratie besteht der Sinn demokratischer Befähigung, wie bereits skizziert, nicht im Schutz objektiver Interessen, sondern in der Gleichverteilung rechtlicher Teilhabemöglichkeiten. Im Hinblick auf den Prozess transnationaler Rechtserzeugung treten dabei Fragen der institutionellen Zuständigkeit in den Hintergrund. Ob es vorrangig die judikativen oder die legislativen Instanzen sein sollen, die über die Garantie und den Inhalt der Rechte entscheiden, steht für die Konstellation des demokratischen Rechtsstaates im Zentrum der Debatte: Soll es den Gerichten oder den Volksvertretungen zustehen, über diese (Verfassungs-) Normen zu befinden? Solche kompetenziellen Fragen nach der Entscheidungsbefugnis sind mit der normativen Einheit des Rechts verknüpft. Die Gliederung der Gewalten beschreibt schließlich eine Gliederung der rechtserzeugenden Gewalten, die sich auf eine Gesamtheit von potentiell relevanten Normen beziehen muss, um sinnvoll zu sein. Theorien der Gewaltengliederung sind in der transnationalen Konstellation deshalb nicht länger aufschlussreich, um den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung zu bewerten. Es kann hier allein noch um die Fundamentalisierung,²⁹ nicht aber um die Konstitutionalisierung der Rechte gehen; also um die Gewährleistung von fundamentalen Rechten im Zuge der Verflechtungen transnationaler Rechtserzeugung, nicht aber um die Einrichtung und Konkretisierung einer einzigen (und in dieser Hinsicht: universalen bzw. globalen) Verfassung. Ob eine solche Fundamentalisierung der Rechte erreicht werden kann, ist von den Techniken abhängig, die den Prozess transnationaler Rechtserzeugung formieren. Sie entscheiden darüber, ob die Verstrickungen konkurrierender Ordnungen ein Potential demokratischer Befähigung entfalten können.

Der Begriff der Entgrenzungsformen arbeitet eine analytische Perspektive aus, um dieses Potential unter den Bedingungen rechtsnormativer Interdependenz zu beschreiben und zu evaluieren. Entgrenzungsformen

29 Vgl. dazu die historische Untersuchung von Stourzh (1989). Unter der Fundamentalisierung der Rechte versteht Stourzh, dass in der »allgemeinen[n] Rechtsüberzeugung« die Garantie individueller Rechte ein »grundlegender Bestandteil« der betreffenden Rechtsordnung ist (ebd.: 31). Konstitutionalisierung bezeichnet hingegen den formalen Vorrang gegenüber allen anderen Rechtsnormen. Dass dieser »Weg« von der Fragmentierung zur globalen Konstitutionalisierung noch einmal beschritten werden kann, für eine solche Gegenposition zur hier vertretenen These vgl. Murray/O'Donoghue (2017).

sind Techniken, die den Prozess transnationaler Rechtserzeugung ermöglichen und prägen, denn die normativen Interaktionen geschehen nicht ad hoc. Es handelt sich bei diesen Techniken weder um Mechanismen noch um Prinzipien: Interdependenz kann weder als mechanischer Umsetzungs- noch als ein prinzipiengetreuer Anwendungsvorgang angemessen erklärt werden. Als Techniken weisen sie vielmehr strukturelle Eigenschaften auf, die den Prozess der Entgrenzung formieren und ihm Gestalt geben. Entgrenzungsformen übertragen und erzeugen. Sie bedingen die normativen Interaktionen, die Gegenstand der Vermittlung sind. Zugleich erwecken jene Techniken der Vermittlung den Eindruck, sich gewissermaßen wie von selbst zu vollziehen. Sie reduzieren Komplexität und invisibilisieren die eigenen, formierenden Leistungen. Diesen Entgrenzungsformen kommen aber »weltbildende Wirkungen« zu.³⁰ Das führt in dieser Studie die Auseinandersetzung mit der Technik der Verhältnismäßigkeit vor Augen.³¹ Die Vermittlung divergierender Rechtsordnungen auf den Pfaden der Verhältnismäßigkeitsprüfung erweist sich dabei notwendigerweise – hinsichtlich der Eigenschaften der Technik selbst – als unfähig, Verfassungsstrukturen und also Positionen egalitärer Berechtigung hervorzubringen. Es wird deutlich, dass die Expansion der Rechte sich selbst unterlaufen kann, sobald sie nicht als Formalisierung von gleichen Teilhabemöglichkeiten, sondern als situatives Verhältnis von materiellen Ansprüchen manifest wird.

Der Formwandel des Rechts ist mit der Zerfaserung und Diffusion von Herrschaft verknüpft. Der Begriff der Entgrenzungsformen betont aber, dass diese beiden Entwicklungen nicht derart miteinander verbunden sind, dass sich neue Formen souveräner Autorität konstituieren. Herrschaft und Recht bilden in der transnationalen Konstellation eben

30 Bomhoff (2021: 172) spricht von der Verhältnismäßigkeitsprüfung als einer »juristischen Wissenspraxis mit weltbildenden Wirkungen«.

31 Eine andere Vermittlungstechnik ist die *comitas*-Doktrin, die immer häufiger von internationalen Gerichten verwendet wird, um konkurrierende Zuständigkeitsbehauptungen zu berücksichtigen, aber auch dazu dienen kann, die Einbeziehung externer Normen anzuleiten (vgl. Schultz/Ridi 2017). Innerhalb der EU ist zudem das Prinzip der Subsidiarität für den Prozess der Konstitutionalisierung stets wichtiger geworden (vgl. Granat 2018). Es findet sich, als Mechanismus »indirekter Herrschaft« (Cassese 2015), mittlerweile auch explizit in der EMRK normiert und könnte zur Konkurrentin der etablierten *margin of appreciation*-Doktrin werden (vgl. Benvenuti 2018; Kleinlein 2019). In weniger dichten Interaktionskontexten ist schließlich seit einiger Zeit das *principle of systemic integration* in den Fokus gerückt, das die Berücksichtigung von weiteren relevanten (völkerrechtlichen) Normen betrifft (vgl. McLachlan 2005; Rachovitsa 2017), also explizit darauf ausgerichtet ist, Kompositionen konfligierender Rechtsregime bzw. -regeln zu forcieren.

keineswegs wieder Einheiten aus. Im Gegensatz dazu bleibt ein souveränitätszentrierter Zugriff gebunden an Vorstellungen formaler Rechtseinheit und der Delegation von Herrschaftskompetenzen – an die Möglichkeit, eindeutig *die* Fähigkeit zu bestimmen, über *das* Recht zu bestimmen –, ohne zu reflektieren, dass sich Recht und Herrschaft in der transnationalen Konstellation auf andere Weise zeigen. Die mit der Gewährleistung von subjektiven Rechten verbundenen Grenzen und Chancen eines demokratischen Legitimationszusammenhangs sind ausgehend von den spezifischen Kennzeichen transnationaler Rechtserzeugung zu betrachten, die mit staatsbezogenen Demokratietheorien nicht erfasst werden können. Jene Möglichkeiten sind nämlich in der transnationalen Konstellation nicht hinsichtlich einer einzelnen Rechtsordnung bestimmbar. Der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung ist von den Techniken abhängig, die in den normativen Interaktionen zwischen einer Mehrzahl von Ordnungen wirksam werden. Diese *Politiken der Vermittlung* bleiben jedoch in der zeitgenössischen Auseinandersetzung unterbelichtet.

Dabei verbindet die disparaten Strömungen der gegenwärtigen demokratie- und verfassungstheoretischen Debatte, dass Rechte bei der Suche nach Antworten auf die Frage, wie »die Normativität des demokratischen Rechtsstaates in den transnationalen Raum übertragbar ist« (Möller 2015: 20), eine hervorgehobene Rolle spielen. Das zeigt sich in deliberativen wie in kontestativen Ansätzen transnationaler Demokratie. *Deliberative Konzeptionen* rücken den rationalen Austausch von Gründen in symmetrisch verfassten Diskursen und, davon ausgehend, die Funktion der Rechte, Verfahren und Foren der inklusiven Beratung und Entscheidung zu institutionalisieren, in den Mittelpunkt (vgl. Benhabib 2013; Gould 2014: 226 ff.; Forst 2015; 2019; Bohman 2016). Diese Beteiligungsmöglichkeiten sollen sich dabei nicht mehr auf die staatlichen Rechtsgemeinschaften allein erstrecken, sondern sind auf die Verflechtungen vielfältiger Herrschaftsformen hin auszurichten. Obwohl derartige Möglichkeiten nicht subjektiv-rechtlich verfasst sein müssen, sind Rechte in diesen Ansätzen ein tragendes Mittel demokratischer Legitimation. Denn Rechte bedeuten »die Fähigkeit zu haben, eine Meinung zu äußern und ein Handeln zu initiieren« (Benhabib 2016: 147), und sind somit für die formalen Verfahren und informellen Praktiken der intersubjektiven Begründung verbindlicher Entscheidungen häufig unerlässlich. Auch *kontestative Konzeptionen* erhoffen sich von Rechten die Wiederherstellung demokratischer Handlungsfähigkeit. Die Ausstattung mit und die Forderung nach gleichen Rechten zielt hier nicht auf Verfahren der selbstbezüglichen Beteiligung, vielmehr geht es um die Revision bereits getroffener Entscheidungen. Im Zentrum steht demnach nicht der Austausch von Gründen, sondern ein disruptiver, punktueller Rückgriff auf Rechtspositionen mit dem Ziel, sie gegen die geltenden

Bestimmungen zu vertiefen oder auszuweiten (vgl. Brunkhorst 2014: 380 ff.; Schaffer 2015; Teubner 2018a). Zur Praxis des *rights claiming* (vgl. Zivi 2012) zählen der radikale Einspruch gegen die Ausgestaltung und Verteilung von vermeintlich universellen Rechten (vgl. Wall 2014) ebenso wie Formen der strategischen Prozessführung, um den einzelnen Fall in performativer Absicht zu mobilisieren (vgl. Sheplyakova 2016).

Jedoch gehen sowohl deliberative als auch kontestative Konzeptionen transnationaler Demokratie regelmäßig von der grundlegenden Position der Rechte aus. Die demokratische Funktion der Rechte wird zwar durchaus unterschiedlich gefasst. Sie dienen einmal der Institutionalisierung von Beteiligungschancen und einmal der Mobilisierung konkurrierender Normdeutungen. In beiden Ansätzen ist aber die Inklusion in einen unitaristisch konzipierten Prozess der Rechtserzeugung von elementarer Bedeutung. Sie begreifen demnach das Potential demokratischer Befähigung jeweils als die Folge einer »Vergrundrechtlichung der Weltgesellschaft« (Brunkhorst 2002: 990). Die Rolle und Position subjektiver Rechte unterliegt in der transnationalen Konstellation jedoch weitreichenden Modifikationen. Sie kann nicht derart verstanden werden, dass, analog zur »zweistufigen Legalität« des demokratischen Verfassungsstaates,³² das Recht im Singular mittels zugrunde liegenden (bzw. höherrangigen) Rechten gestaltet und transformiert wird. Die spezifischen Determinationsbeziehungen, die mit dem Status der Grundrechte einhergehen, können in der transnationalen Konstellation nicht umstandslos vorausgesetzt werden. Denn wie weit ein Recht und die mit dem Recht verknüpften Rechtserzeugungsbefugnisse reichen, wird nicht allein innerhalb der Rechtsordnung entschieden, der dieser Anspruch zugehörig ist, sondern ist von der Form der entgrenzten Interaktionen des Rechts abhängig.

Verfassungstheoretische Beiträge thematisieren hingegen schon seit längerer Zeit das Phänomen normativer Interdependenz, ohne jedoch die formierenden Wirkungen der Techniken hinreichend in den Blick zu nehmen, die jene Verknüpfungen und Verflechtungen transnationaler Rechtserzeugung anleiten. Das liegt vor allem daran, dass der Formwandel des Rechts und das Problem der transnationalen Verfassung regelmäßig als ein ethisches Problem aufgefasst wird. Mittels »konstitutioneller« oder »relationaler Imagination« (Thym 2019; Del Mar 2017) oder im Rahmen einer »Ethik der Responsivität« (Michaels 2019) soll ein angemessener Umgang mit den Verstrickungen divergierender Rechtsordnungen erreicht werden. Nicht wie, vielmehr dass Interaktionen hervorgebracht und abgestützt werden, bildet hier das Erkenntnisinteresse. Zentrales Anliegen ist es, den Solipsismus sich voneinander abschottender Rechtsordnungen aufzubrechen. Affirmiert wird deshalb ein »kontrapunktuelles Recht« (Maduro 2003), das die relevanten Ordnungen

32 Vgl. zum Begriff die Diskussion bei Grimm (1980).

und Normen in der Form eines »geordneten Pluralismus« (Delmas-Marty 2009) aneinander entfaltet. Dieser ethische Zugang wird eindrücklich im substantiellen Verfassungsbegriff der Vertreter:innen des *globalen Konstitutionalismus* manifest. Die Rechtsprechung soll hier eine Mehrzahl von Rechtsordnungen entlang geteilter Verfassungsprinzipien harmonisieren und dabei ein »Constitutionalist Mindset« mobilisieren (vgl. exemplarisch Peters 2009a; 2017). Aber auch in *systemtheoretischen Konzeptionen des Konstitutionalismus*, die weder einen substantiellen Verfassungsbegriff noch eine offene Diskursgemeinschaft voraussetzen, rücken Forderungen der »Responsivität« (Vielzeuner 2015) oder der »Konnektivität« (Kjaer 2018) ins Zentrum. In diesen Ansätzen ist das Projekt der Verfassung auf die Konsolidierung gesellschaftlicher Differenzierung, d.h. auf die Herstellung normativer Kompatibilität aus der jeweiligen Binnenperspektive funktional definierter Rechtsregime ausgerichtet (vgl. exemplarisch Teubner 2012; 2016). In beinahe idealistischen Wendungen wird dabei die Verfassung schließlich als ein vollkommen dezentrales System der Vermittlung konzipiert, ohne dass aber die formierenden Wirkungen und damit der politische Gehalt dieser Vermittlungen ausreichend Beachtung finden.

Angesichts dieser Leerstelle hat die Studie zum Ziel, eine Analyseperspektive zu erarbeiten und empirisch zu illustrieren, die den Formwandel des Rechts mit der Problematik des demokratischen Legitimationszusammenhangs verknüpft. Diese Analyseperspektive spielt gerade nicht Recht gegen Politik aus. Sie rückt vielmehr die Politiken der Vermittlung in den Fokus und stellt auf diese Weise Ressourcen einer nicht-etatistischen Beschreibung und Kritik transnationaler Rechtserzeugung bereit. Eine solche Kritik der transnationalen Konstellation kann nicht allein unter politischen Vorzeichen erfolgen. Denn das würde heißen, sich darauf zu beschränken, den kontingenten Charakter dieser Konstellation zu unterstreichen, ohne aber den Prozess transnationaler Rechtserzeugung als ein eigenständiges normatives Phänomen ernst zu nehmen. Das entgrenzte Recht der transnationalen Konstellation wäre dann bloß ein defizitäres, dem Prinzip der Volkssouveränität entgegenstehendes und dementsprechend neu zu gestaltendes Recht. Die Kritik kann aber auch nicht allein in rechtlichen Bahnen erfolgen. Das würde bedeuten, die »Berechnungen des Rechts«³³ als selbstverständlich hinzunehmen und die formierenden Wirkungen der eingesetzten Vermittlungstechniken außer Acht zu lassen. Es geht also darum, das Recht auf eine politische Weise zu denken.³⁴ Dass und wie das Recht der transnationalen Konstellation

33 »Das Recht ist das Element der Berechnung« (Derrida 1991: 33f.).

34 »Das Recht politisch zu denken heißt, die Akte der Normierung (*und Formierung*) zu untersuchen, die es hervorbringen.« (Menke 2015: 373, Herv. J.H.)

tion in Form gebracht wird, und was diese Formierungen mit den Möglichkeiten der Demokratie zu tun haben, ist das Thema dieses Buches.

* * *

Die Darstellung gliedert sich in zwei Teile, die den beiden eingangs skizzierten Thesen entsprechen. Zunächst geht es darum, ein prozedurales Demokratieverständnis zu explizieren und den weitläufigen Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung zu rekonstruieren. Ich stelle im *ersten Kapitel* dar, dass die demokratische Funktion der Rechte weder auf Verfahren allgemeiner Rechtserzeugung beschränkt ist noch komplett von der Idee der Volkssouveränität abgelöst werden kann. Habermas' Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates zufolge sollen Rechte dazu dienen, einen rationalen Prozess der Rechtsetzung einzurichten, ohne dass aber die leitende Unterscheidung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen schlussendlich durchgehalten werden kann. Hingegen fokussieren die Überlegungen von Catherine Colliot-Thélène und Karl Ladeur auf ein Potential demokratischer Befähigung, das mit der Unbestimmtheit der Rechte einhergeht und sich demnach in einer Reihe von rechtserzeugenden Verfahren realisieren kann. In diesen Ansätzen wird jedoch die Differenz zwischen politischen und (privat-)rechtlichen Handlungsformen eingegeben – mit der Folge, den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung entweder in die Motivation der Rechtsträger:innen oder einen anonymen Modus gesellschaftlicher Selbstregulierung zu verlegen. Über diese Alternativen hinaus argumentiere ich im *zweiten Kapitel*, dass fundamentale Rechte als ein Medium demokratischer Repräsentation operieren. Im Anschluss an Claude Lefort ist die Figur der Volkssouveränität immer bereits durch das Erfordernis der Repräsentation durchbrochen, das die Gleichberücksichtigung der Einzelnen, die für demokratische Gesellschaften wesentlich ist, erst hervorbringt. Auf diese Weise bedeuten fundamentale Rechte für Lefort ein »generatives Prinzip« der Demokratie, das den Selbstsetzungen der Herrschaft einen uneingelösten Anspruch der Gleichheit entgegen wendet.

Anschließend gilt es, die Bedingungen zu evaluieren, um diesen Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung in der transnationalen Konstellation etablieren zu können. Während transnationales Recht regelmäßig auf die Frage der Produktion und die Unterscheidung zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Verfahren der Rechtserzeugung eingeführt wird, lautet mein Argument, dass dieses Phänomen angemessener als Entgrenzung rechtlicher Ordnung konzipiert werden sollte. An die Stelle der hierarchischen Normgenese tritt ein konstitutiver Fremdbezug des Rechts, so dass der technische Begriff der Rechtsordnung fraglich wird. In der einschlägigen Debatte um die Verfassung der

transnationalen Konstellation werden, wie ich im *dritten Kapitel* zeigen möchte, diese normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung jedoch sogleich von ethischen Erwägungen überlagert. Derart gelangen aber die formierenden Wirkungen der Vermittlung unterschiedlicher Rechtsordnungen (und also das Problem der Verfassung selbst) nicht ausreichend in den Blick. Der Begriff der Entgrenzungsformen konzentriert sich im Kontrast dazu auf die Techniken, die jene Verstrickungen ermöglichen und prägen. Sie sind von entscheidender Bedeutung für die Begründung subjektiv-rechtlicher Teilhabemöglichkeiten und somit für das Potential demokratischer Befähigung, das mit der Garantie und Ausweitung von Rechten verbunden sein kann. Das *vierte Kapitel* illustriert diese Formierungen anhand des Einsatzes der Verhältnismäßigkeitsprüfung im massiv umstrittenen Regime des internationalen Investitionsschutzes. Sie verspricht, die den ökonomischen Interessen entgegenstehenden Forderungen als Grundrechtsnormen zu operationalisieren. Die Technik der Verhältnismäßigkeit kann dieses Versprechen aber nicht halten, denn sie richtet die normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung als ein permanentes Abwägungsgeschehen ein, das nicht dazu in der Lage ist, die Position der Rechte am Grund des Rechts abzubilden und so einen Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung zu etablieren. Ihre Analyse verweist auf die Politik der Form als ein essentielles Moment sowohl der Beschreibung als auch der Kritik der transnationalen Konstellation.

