

Von der Gründung zur Begründung?

Über die Rolle der Imagination im globalen Konstitutionalismus

OLIVIERO ANGELI

1 EINLEITUNG

In der neueren verfassungstheoretischen Literatur hat sich die These verfestigt, dass der Konstitutionalismus einem umfassenden Wandel unterliegt.¹ Verfassungstheoretiker begegnen diesem Wandel mit gemischten Gefühlen. Für die einen verkommt der Konstitutionalismus zur leeren Phrase. Es ist sogar vom „Ende“² oder vom „Zwielicht des Konstitutionalismus“³ die Rede. Die anderen begrüßen den Wandel des Konstitutionalismus als längst überfällig und bitter notwendig. Überfällig, weil der überkommene Konstitutionalismus der Praxis der internationalen, euro-

-
- 1 Anne Peters: The Merits of Global Constitutionalism, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009) 2, S. 397-411; Christine E. J. Schwöbel: *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden/Boston 2011; Hans Vorländer: Die Verfassung vor, nach, über und unter dem Staat. Die Konstitutionalismusdebatte in der Suche nach einem anderen Verfassungsbegriff, in: Helena Lindemann u.a. (Hrsg.): *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Baden-Baden 2012, S. 23-42.
 - 2 Kuo Ming-Sung: The End of Constitutionalism as we know it?, in: *Transnational Legal Theory* 1 (2010) 3, S. 329-369.
 - 3 Petra Dobner/Martin Loughlin (Hrsg.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford 2010. Siehe auch Alexander Somek, der in Anlehnung an Hegels berühmte philosophische Formel der „Eule der Minerva“ einen seiner letzten Artikel mit *The Owl of Minerva – Constitutional Discourse Before its Conclusion* (in: *The Modern Law Review* 71 (2008) 3, S. 473-489) überschreibt.

päischen, aber auch nationalen Gerichtsbarkeit nicht mehr entspricht.⁴ Notwendig, weil er „das Bewusstsein für die kognitiven Schranken des“, wie Mattias Kumm schreibt, „nationalen Parochialismus“⁵ fördert.

Doch so klar die Fronten zu sein scheinen, bei näherem Hinsehen verschwimmen die Konturen der Debatte. Es gibt mittlerweile eine Fülle an Begriffsbestimmungen, die teilweise auf die unterschiedlichen Forschungsgegenstände zurückgehen und ihrerseits Ausgangspunkte ganzer Theorierichtungen darstellen. Der Konstitutionalismus ist derzeit ‚staatlich‘ oder ‚gesellschaftlich‘, ‚holistisch‘ oder ‚pluralistisch‘, ‚politisch‘ oder ‚managerial‘ – um nur einige der am häufigsten verwendeten Unterscheidungen zu nennen. Überlagert werden diese Unterscheidungen von einer weiteren, die inzwischen den Charakter einer fundamentalen, allumfassenden Unterscheidung angenommen hat: die Unterscheidung zwischen dem nationalstaatlichen und dem globalen Konstitutionalismus.⁶

Die Rollen sind klar verteilt: Der nationalstaatliche Konstitutionalismus verkörpert das altgediente und etwas in die Jahre gekommene Verfassungsdenken. Der globale Konstitutionalismus steht für das aufkommende und zukunftsgewandte Verfassungsparadigma. In der Tat hat zuletzt kaum ein Zweig oder eine Disziplin der Verfassungstheorie so viel Aufwind genossen wie der globale Konstitutionalismus. Joseph Weiler spricht in diesem Zusammenhang sogar von einer „akademischen Pandemie“⁷, welche die

4 Anne Peters: Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006) 3, S. 579-610.

5 Mattias Kumm: The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism, in: Jeffrey L. Dunoff/Joel P. Trachtman (Hrsg.): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge 2009, S. 257-324, hier: S. 307 (meine Übersetzung).

6 Bei dem Begriff ‚globaler Konstitutionalismus‘ handelt es sich um einen Import aus der jüngeren verfassungstheoretischen Diskussion in den USA. Samantha Besson sieht seinen Ursprung allerdings schon im Österreich der 1920er Jahre als Alfred Verdross – ein Kelsen-Schüler – das inzwischen etwas in Vergessenheit geratene Werk *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* verfasste (Samantha Besson: Whose Constitution(s)? *International Law, Constitutionalism and Democracy*, in: Dunoff/Trachtman, *Ruling the World?*, 2009, S. 381-407, hier: S. 381).

7 Joseph H.H. Weiler: Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts, in: Gráinne de Búrca/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.): *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge 2012, S. 8-18, hier: S. 8 (meine Übersetzung). Der globale Konstitutionalismus befindet sich – nach Meinung von Weiler – auf dem Weg zu einer selbstständigen akademische Disziplin, die in-

Konstitutionalismusforschung seit den 1990er Jahren erfasst hat (vor allem im angelsächsischen Sprachraum). Dabei lässt sich der Wesensgehalt des ‚globalen Konstitutionalismus‘ bislang überwiegend *ex negativo* bestimmen, nämlich aus der Negation dessen, was den modernen, nationalstaatlichen Konstitutionalismus ausmacht. Eine Grundannahme des nationalstaatlichen Konstitutionalismus sticht dabei besonders hervor. Sie lautet: *die Autorität der Verfassung beruht, zumindest teilweise, auf ihrer Rückführbarkeit auf die verfassungsgebende Gewalt*. Aus der Negation dieser Grundannahme lässt sich eine zentrale These des globalen Konstitutionalismus ableiten: *Die Autorität der Verfassung beruht nicht auf ihrer Rückführbarkeit auf die verfassungsgebende Gewalt*. Sie geht aus der Verfassung selbst oder aus Prozessen der Konstitutionalisierung hervor.

Die ‚Wende‘ zum globalen Konstitutionalismus impliziert somit eine ‚Internalisierung‘⁸ und zugleich Verfügbarmachung der verfassungsgebenden Gewalt. Die verfassungsgebende Gewalt materialisiert sich nicht mehr in einem *verfassungs-transzendenten* Moment. Sie soll in die verfassungsrechtliche Praxis integriert werden.⁹ Dieser Vorgang kann nicht ausschließlich im Sinne eines normativen Wandels erklärt werden. Dagegen spricht der Umstand, dass Verfassungsnormen kein von den sozialen Repräsentationen des Rechts abgelöstes Eigenleben führen. Der Konstitutionalismus als normative Deutungssemantik gründet auf bestimmte Narrative und Vorstellungen, die auf das Verständnis verfassungsrechtlicher Normen und Prinzipien einwirken. Wer also bei der Frage nach der Autorität einer Verfassung ausschließlich auf die Analyse verfassungsrechtlicher Normen und Prinzipien abstellt, greift m. E. eindeutig zu kurz. Was sich verändert sind nicht ausschließlich konstitutionelle Normen und Prinzipien, sondern zugleich jene Bilder und Vorstellungen, aus denen sich diese Normen und Prinzipien speisen. Die Grundthese dieses Aufsatzes ist dementsprechend, dass der globale Konstitutionalismus auf einen tief greifenden *Wandel der konstitutionellen Imagination* reagiert oder diesen zumindest theoretisch vorwegnimmt.

zwischen über eine eigene wissenschaftliche Zeitschrift mit dem Titel *Global Constitutionalism* verfügt.

8 Vgl. Chris Thornhill: Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power, in: *Global Constitutionalism* 1 (2012), S. 369-404.

9 Vgl. kritisch Ming-Sung, *The End of Constitutionalism*, 2010, S. 329-369.

Bevor ich mich mit dem Wandel der konstitutionellen Imagination beschäftige, muss ich allerdings eine wichtige begriffliche Klärung hinsichtlich der Bedeutung des Begriffs ‚Imagination‘ beziehungsweise ‚konstitutionelle Imagination‘ vornehmen. Anschließend werde ich die Bedeutung der konstitutionellen Imagination am Beispiel von zwei wichtigen Denkfiguren des Verfassungsdenkens veranschaulichen: die Analogie beziehungsweise der Präzedenzfall und die Verfassungsgründung. Diese zwei Denkfiguren dienen zugleich als Hinweis auf den schon erwähnten Wandel der konstitutionellen Imagination. Wie ich zeigen möchte, lässt sich dieser Wandel an zwei Entwicklungen deutlich ablesen: Zum einen an der Einbeziehung ausländischer Präzedenzfälle in die jüngere Verfassungsrechtsprechung und zum anderen an der verstärkten Orientierung der Verfassungsrechtsprechung am Gebot der verfahrensgerechten Abwägung zwischen konfligierenden Rechten. Die erste Entwicklung weist auf eine gewisse *Kosmopolitisierung* der konstitutionellen Imagination hin, die zweite zeugt von der Abkehr von einem narrativen Kohärenzverständnis zugunsten einer normativen Perspektive. Dieser letzte Vorgang setzt zugleich den Versuch der Enttranszendierung der ‚verfassungsgebenden Gewalt‘ voraus.

2 WAS HEISST ‚KONSTITUTIONELLE IMAGINATION‘?

Der Begriff ‚Imagination‘ ist – von wenigen Ausnahmen¹⁰ abgesehen – in den Verfassungsdebatten bislang kaum nennenswert in Erscheinung getreten. Der Frage nach der Bedeutung der konstitutionellen Imagination muss daher die Frage nach der Bedeutung der Imagination vorangestellt werden. Was also heißt Imagination? Nach Kant deutet die Imagination auf die Fähigkeit hin, Vorstellungen auch ohne die Gegenwart des Objekts zu haben.¹¹ Das hört sich abstrakt an, entspricht aber weitestgehend dem

10 Ausnahmen sind James B. White: *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston 1973 und jüngst Mark Antaki: *The Turn to Imagination in Legal Theory: The Re-Enchantment of the World?*, in: *Law and Critique* 23 (2012) 1, S. 1-20 sowie Ulrich Haltern: *Recht und soziale Imagination*, in: Werner Gephart (Hrsg.): *Rechtsanalyse als Kulturforschung*, Frankfurt a.M. 2012, S. 89-102.

11 KrV B 151. Zitate aus der „Kritik der reinen Vernunft“ (KrV) werden, wie allgemein üblich, nach der ersten (z.B. A 205) oder zweiten Auflage (z.B. B 250) der Originalausgabe zitiert. Alle übrigen Kant-Zitate werden nach der Ausgabe der Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften (Akademie-

Gebrauch des Begriffs ‚Imagination‘ in den Sozialwissenschaften. Benedikt Anderson behauptet beispielsweise, dass eine Nation ‚imaginiert‘ (*imagined*) ist, weil deren Mitglieder eine Vorstellung davon haben, wer zur Nation gehört, obschon keiner von ihnen die meisten Mitglieder je zu Gesicht bekommen wird.¹² Moderne Gemeinschaften zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie sich niemals in Form einer Ansammlung von Menschen in Zeit und Raum *materialisieren*. Für Hannah Arendt, die sich in ihren New Yorker Kant-Vorlesungen eingehend mit Kants Begriff der ‚Einbildungskraft‘ (*imagination*)¹³ beschäftigt hat, besteht die menschliche Urteilskraft aus zwei Vorgängen: der Imagination und dem eigentlichen Vorgang des Urteilens – der Reflexion. Die Einbildungskraft ist deshalb so wichtig, weil ohne sie das Urteilen alternativlos wäre. „Sie re-präsentiert, was gerade nicht vorliegt, nämlich Beispiele und Vorbilder. Ohne Einbildung ist das Urteil blind, ohne Urteil ist die Einbildung leer.“¹⁴

Das erklärt freilich noch nicht, was genau die Imagination tut, wenn sie Dinge ‚repräsentiert‘ und sie der Urteilskraft als *Reflexionsmasse* übermittelt. Für Kant übt die Imagination (beziehungsweise Einbildungskraft) im Wesentlichen zwei Funktionen aus: eine synthetische und eine repräsentative Funktion. Zum einen ordnet sie die Mannigfaltigkeit der Wahrnehmungen. Sie leistet, was Kant eine „empirische Synthesis“¹⁵ genannt hat. Zum anderen hat die Einbildungskraft den Zweck, wie Kant schreibt, „das Mannigfaltige der Anschauung in ein Bild [zu] bringen“¹⁶. Letztere stellt die *repräsentative* Funktion der Imagination dar. Die Imagination erzeugt also Bilder, die Vergangenes oder Künftiges im Denken repräsentieren.¹⁷

In der Kritik der Urteilskraft findet die Idee des Bildes seine Entsprechung im Beispiel. Arendt schreibt: „Das Beispiel ist das Besondere, das

Ausgabe = AA) angegeben. Römische Ziffern geben den Band an, arabische Ziffern die betreffende Seitenzahl im Band.

12 Benedict Anderson: Die Erfindung der Nation. Zur Karriere eines erfolgreichen Konzepts, Berlin 1998.

13 Die Begriffe ‚Imagination‘ und ‚Einbildungskraft‘ werden fortan synonym verwendet.

14 Hannah Arendt: Denktagebuch, Bd. 2, hrsg. von Ursula Ludz, München 2002, S. 680.

15 Vgl. Kant KrV A 103.

16 Kant KrV A 120.

17 Die ‚Synthesis‘ und die Repräsentation sind keine im engeren Sinne moralische Vorgänge. Die Imagination ordnet zunächst die mannigfaltige Erscheinungswelt nach Regeln der Einheit und bedient sich dabei gewisser Bilder.

einen Begriff oder eine allgemeine Regel in sich enthält oder von dem angenommen wird, dass es sie enthält.“¹⁸ Der Unterschied liegt darin, dass Bilder stets auf allgemeine Regeln verweisen, während Beispiele einen gewissen Grad an Allgemeinheit dadurch erhalten, dass sie als mitteilbar und nachvollziehbar gelten. So gesehen, ist der Gebrauch von Beispielen keine *eigensinnige*, sondern eine *gemeinsinnige* Handlung. Beispiele setzen das Vermögen voraus, das Kant *sensus communis* genannt hat – ein Vermögen, welches u.a. die Fähigkeit, an „der Stelle jedes andern“¹⁹ zu denken, impliziert.

Von hier aus ist der Weg zum konstitutionellen Denken nicht mehr weit. Auch die Praxis des verfassungsrechtlichen Urteilens wäre *blind*, könnte sie nicht auf Bilder beziehungsweise Beispiele zurückgreifen, die insofern *imaginiert* sind, als dass sie weder räumlich noch zeitlich *präsent* sind. Für den US-amerikanischen Rechtswissenschaftler (und früheren Justizminister) Edward H. Levi gehört das Denken in Beispielen und Analogien zu den Wesensmerkmalen des Rechts überhaupt. Er schreibt: „The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example.“²⁰ Dieses Denken in Beispielen bezieht sich dabei nicht nur auf Analogien und Präzedenzfälle,²¹ sondern schließt – wie ich noch zeigen möchte – auch den Gründungsakt einer Verfassungsordnung ein.

Aber der Reihe nach: Präzedenzfälle rufen bestimmte, vergangene Ereignisse und Gerichtsentscheidungen ins Gedächtnis, um sie als Entscheidungsmaßstab für gegenwärtige Fälle zu nutzen.²² Als Präzedenzfälle

18 Hannah Arendt: Das Urteilen. Texte zu Kants politischer Philosophie, hrsg. und mit einem Essay von Ronald Beiner, München 2012, S. 128. Allerdings vergleicht Arendt Beispiele mit Kants Schemata, was ich – aus Gründen die ich hier nicht näher ausführen kann – für unplausibel halte.

19 Kant AA V, 294.

20 Edward H. Levi: An Introduction to Legal Reasoning, Chicago 1962, S. 1.

21 Präzedenzfälle spielen im Common Law eine weitaus größere Rolle als beispielsweise im deutschen Recht. Für meine Fragestellung ist aber diese Unterscheidung nicht ausschlaggebend, da es mir primär darum geht, die Bedeutung teils bewusster, teils unbewusster Vorstellungen und Bilder für das konstitutionelle Denken zu erläutern.

22 Der Rechtsquellencharakter von Präzedenzfällen ist im kontinentaleuropäischen Rechtskreis umstritten. Prinzipiell orientieren sich Urteile an Gesetzen und nicht an den Urteilen anderer Gerichte. Von einem Präzedenzfall kann man allenfalls dann sprechen, wenn ein Gericht in einem Urteil einen älteren Fall (Präzedenz) zur Auslegungshilfe heranzieht. Vgl. Robert Alexy: Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1978, S. 334-340.

gelten diese Entscheidungen nur unter der Bedingung, dass die ihnen zugrunde liegende *ratio decidendi* (d.h. die im betreffenden Fall ausschlaggebende Norm) verallgemeinerungsfähig ist. So gesehen, kann nicht von einem Präzedenzfall unmittelbar auf die zu fällende Entscheidung geschlossen werden. Vielmehr muss man einen Umweg machen: Vom Präzedenzfall „schließt man auf die ihm zugrunde liegende Norm, die *ratio decidendi*; alsdann subsumiert man [die zu fällende Entscheidung] unter diese Norm“²³. Durch diesen ‚Umweg‘ gewinnt man den Eindruck, dass die Bestimmung von Präzedenzfällen ein deduktiver Vorgang sei. In Wahrheit liegt jeder Berufung auf Präzedenzfälle ein imaginäres Moment zugrunde,²⁴ das sich der rechtlichen Deduktion entzieht. Dieses ist nicht in der Rechtfertigung für die Berufung auf einen bestimmten Präzedenzfall, sondern in der vorausgehenden Suche nach den zu vergleichenden Fällen zu finden.²⁵ Dieser Vorgang gehört freilich zum *vorreflexiven* Stadium eines Urteils und damit zum Vermögen der Imagination, das nach Kant immer einen gewissen Grad an Freiheit involviert.²⁶ Es ist dieser Grad an Freiheit, der für viele Rechtstheoretiker die Unvorhersehbarkeit beziehungsweise Irrationalität des *In-Analogien-Denkens* ausmacht.²⁷ Dabei hat die Imagination lediglich die Funktion, rechtliche Analogien so zu *präsentieren*, dass anschließend

23 Martin Kriele: *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin 1967, S. 270.

24 Scott Brewer (Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy, in: *Harvard Law Review* 109 (1996), S. 923-1028, hier: S. 954) spricht in diesem Zusammenhang von einem „uncodifiable imaginative moment in exemplary, analogical reasoning“. Das erinnert an Kants Beschreibung der Einbildungskraft als eine „verborgene Kunst in den Tiefen der menschlichen Seele“ (KrV B 180).

25 Einschlägig in diesem Zusammenhang ist Richard Posners Bemerkung: „Analogy belongs to the logic of discovery rather than to the logic of justification.“ (Richard Posner: *How Judges Think*, Cambridge, Mass. 2010, S. 183)

26 In Anlehnung an Kant kann man in diesem Zusammenhang vom Wirken der Einbildungskraft als „freie Gesetzmäßigkeit“ (Kant AA V, 240) oder als „Gesetzmäßigkeit ohne Gesetz“ (ebd.) sprechen.

27 So zum Beispiel Charles Fried: „Analogy and precedent are the stuff of the law because they are the only form of reasoning left to the law when general philosophical structures and deductive reasoning give out, overwhelmed by the mass of particular details. Analogy is the application of a trained, disciplined intuition where the manifold of particulars is too extensive to allow our mind to work on it deductively. This is not a denial of a reason; on the contrary; it is a civilized attempt to stretch reason as far as it will go.“ (Charles Fried: *The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know*, in: *Texas Law Review* 60 (1981), S. 35-62, hier: S. 57)

reflexiv darüber nachgedacht werden kann und insbesondere über deren Eignung als Präzedenzfall entschieden werden kann. *Schlechte* Analogien werden reflexiv verworfen, *gute* Analogien nehmen die Rolle von Präzedenzfällen ein.

Natürlich stellt sich hier gleich die Frage, was gute von schlechten Analogien unterscheidet. Ein *formales* Kriterium habe ich bereits angeführt: die Universalisierbarkeit. Damit wird allerdings sofort eine weitere Schwierigkeit offenkundig: Es gibt im Recht keine *perfekten* Analogien. Ein Unterschied lässt sich stets finden. Andererseits geht die (konstitutionelle) Imagination bei der Suche nach passenden Beispielen und Analogien nicht willkürlich vor. Sie ist *frei*, geht aber zugleich nach gewissen Bestimmungskriterien vor. Diese Bestimmungskriterien lassen sich am besten entlang zeitlicher und räumlicher Koordinaten untersuchen. Dabei dürfte klar werden, ob und inwiefern die konstitutionelle Imagination einem Wandel unterliegt.

3 VERFASSUNGSGRÜNDUNG ALS TRANSCENDENZ

Wenn man die Imagination unter einem zeitlichen Gesichtspunkt untersucht, so fällt zunächst ihr *Vergangenheitsbezug* auf. Die Imagination kann Vergangenes vergegenwärtigen und aus Vergangenen Beispiele und Analogien hervorbringen, auf die man Bezug nehmen kann. Aber damit ist noch nicht alles gesagt. Denn die Art des Bezugs kann unterschiedlich sein. Eine dieser Bezugsarten entspricht dem Kriterium der narrativen Kohärenz und knüpft an Arendts Interpretation von Kants Einbildungskraft an.

Wie ich bereits erwähnt habe, hängt die Kommunizierbarkeit und Nachvollziehbarkeit eines Urteils – für Arendt – maßgeblich von den verwendeten Beispielen und Analogien ab.²⁸ Wenn ich erklären will, was ‚mutig‘ ist, dann brauche ich nur auf Beispiele verweisen, die – wie Kant selbst angenommen hat – meinem Urteil „exemplarische Gültigkeit“²⁹ verleihen können. Der „Grieche“, so nimmt Arendt an, mag bei dem Be-

28 Siehe auch Leslie Paul Thiele: „Our judgments prove to be good or bad, in large part, depending upon which examples, which narratives, inform them. Arendt concludes her lectures on Kant with a discussion of the importance of ‚exemplary validity‘.“ (Leslie Paul Thiele: *The Heart of Judgment: Practical Wisdom, Neuroscience, and Narrative*, Cambridge, Mass. 2006, S. 48)

29 Kant AA V, 239.

griff ‚Mut‘ an Achilles denken.³⁰ Solche Beispiele zeigen aber auch zugleich, wie sehr Urteile in narrativen Strukturen verwoben sind. Will man nachvollziehbare Urteile fällen, so ist es ratsam, auf narrative Beispiele zurückzugreifen, die in der Vorstellungswelt der Anderen verankert sind. Das gilt auch für Rechtsdiskurse. In der Tat baut ein beträchtlicher Teil der rechtssoziologischen Forschung auf der These auf, dass Menschen ihren Zugang zum Recht und insbesondere zum Verfassungsrecht über Narrative finden und dass die Analyse von Verfassungsnarrativen einen Zugang zum Rechts- und Verfassungsverständnis der Menschen eröffnet.³¹ Die Verfassung gewinnt für die meisten Menschen nur dann Gestalt, wenn sie Teil einer Geschichte wird, an der sie selbst teilhaben oder der sie zumindest Glauben schenken.³²

Das führt mich zum Thema der *Gründung*. Gründungsgeschichten zählen schließlich zu den bedeutsamsten Verfassungsnarrativen.³³ Sie beschreiben den Übergang von einem vorrechtlichen zu einem rechtlichen Zustand und üben dabei eine entscheidende normative Funktion aus. Sie verleihen der Verfassung jene Autorität, die nicht aus der Verfassung selbst hervorgeht.³⁴ Zu diesem Zweck wird der Anfang der „Geschichte“ – die Verfassungsgründung – in einen der Verfassung vorausliegenden, *vorrechtlichen* Raum verlegt, von dem aus die Verfassung mit der nötigen Autorität ausstatten werden kann, um sie auf Dauer zu stellen. Dieser Vorgang suggeriert nach Günter Frankenberg die Sehnsucht nach einer „säkularisierten

30 Arendt, Das Urteilen, 2012, S. 128.

31 Siehe in diesem Zusammenhang Alasdair MacIntyre: Der Verlust der Tugend, Frankfurt a.M. 1997, S. 288: „Der Mensch ist in seinen Handlungen und in seiner Praxis ebenso wie in seinen Fiktionen im wesentlichen ein Geschichten erzählendes Tier.“

32 Vgl. Robert M. Cover: The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, in: Harvard Law Review 97 (1983) 1, S. 4-68.

33 Die vielleicht bekanntesten Gründungsgeschichten gehören zur religiösen Überlieferung oder zum klassischen Bestand der Weltliteratur, so zum Beispiel die Orestie des Aischylos oder die Geschichte der Entgegennahme der Zehn Gebote durch Moses auf dem Berg Sinai; siehe dazu Shulamit Almog: From Sterne and Borges to lost storytellers: Cyberspace, narrative, and law, in: Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal 13 (2002), S. 1-34.

34 Vgl. Christian Waldhoff: Die Gründungserzählung der Verfassung als Idee des Staates, in: Otto Depenheuer (Hrsg.): Erzählungen vom Staat. Ideen als Grundlage von Staatlichkeit, Wiesbaden 2011, S. 61-79.

Ersatz-Transzendenz“³⁵, die sich in der Gestalt eines sakral aufgeladenen Schöpfungsaktes (*creatio ex nihilo*) manifestiert.

Ähnlich wie ihr sakrales Pendant bedarf jede narrative Verfassungsauslegung des beständigen Heraufbeschwörens ihrer „Ersatz-Transzendenz“ – sprich der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes³⁶ –, damit diese weiterhin als Quelle von verfassungsrechtlicher Autorität dienen kann. Dem klassischen Konstitutionalismus zufolge kommt diese Aufgabe vor allem den (Verfassungs)Richtern zu,³⁷ die sich der Figur der verfassungsgebenden Gewalt (des Volkes) zur (narrativen) Begründung ihrer Urteile bemächtigen.³⁸ Bekannt ist in diesem Zusammenhang Ronald Dworkins Metapher des Fortsetzungsromans (*chain novel*).³⁹ Auf die Verfassungsrechtsauslegung übertragen, deutet diese Metapher darauf hin, dass der Verfassungsgeber mit dem Gründungsakt das erste und wichtige Kapitel einer langen Geschichte verfasst, die von den Verfassungsgerichten im Wege der Rechtsanwendung nach und nach – nach Maßgabe eines narrativen Kohärenzverständnisses – fortgeschrieben wird. Die Verfassungsrechtsauslegung wird damit zu einem holistischen Unterfangen, das sich an der Vorstellung der narrativen Kohärenz orientiert.⁴⁰ Jeder Schritt der Verfas-

35 Günter Frankenberg: Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, Baden-Baden 1996, S. 85.

36 Als verfassungsgebende Gewalt ist das Volk aber auch eine verfassungstranszendente Größe, weil es nur außerhalb der Verfassung in Erscheinung treten kann – zum Beispiel indem es eine bestehende Verfassung auflöst oder eine neue gründet. Als verfassungsrechtliche Größe bleibt das verfassungsgebende Volk stets unverfügbar.

37 Hans Vorländer: Gründung und Geltung. Die Konstitution der Ordnung und die Legitimation der Konstitution, in: Gert Melville/Hans Vorländer (Hrsg.): Geltungsgeschichten. Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen, Köln/Wien/Weimar 2002, S. 243-263, hier: S. 254.

38 Im Lissabon-Urteil beispielsweise hat das BVerfG ganze neun Mal die verfassungsgebende Gewalt des Volkes bemüht. Damit hat es sich über die Bedenken hinweggesetzt, die Rechtswissenschaftler wie Josef Isensee bewogen haben, die Idee des verfassungstranszendenten Volkes als „Klapperstorchmärchen für Volljuristen“ zu betrachten. Siehe Josef Isensee: Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, Opladen 1995, S. 73.

39 Demnach ist der Prozess der Verfassungsauslegung in sogenannten *hard cases* mit der Art zu vergleichen, wie ein Schriftsteller – der auf die vorherigen Kapitel anderer Autoren aufbauen muss – ein Kapitel des Romans verfasst. Siehe Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Cambridge, Mass. 1986, S. 228ff.

40 Siehe dazu Neil McCormick: *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005. Weiterführend Peter Brooks/Paul Gerwitz (Hrsg.): *Law's Stories: Narrative and*

sungsauslegung muss sich – nach Dworkin – an das vorherige Ganze anpassen (entsprechend der These des interpretativen „fit“). Das, durch die konstitutionelle Imagination ermöglichte, narrative Verständnis der Verfassung übt damit eine wichtige heuristische Funktion aus. Es dient als *Sensorium* für die Relevanz von Analogien:

„The facts of a particular (legal) case are constructed and reconstructed at each stage of the process [...], through a selection of those features [...] of the situation which [...] are regarded as pertinent. That selection of pertinent traits will evoke a mental image or will be judged ‚relevant‘ to one of a stock of narratives which represent the social knowledge of the group concerned.“⁴¹

4 VON DER GRÜNDUNG ZUR BEGRÜNDUNG

Die historisch ausgerichteten Verfassungsnarrative konkurrieren in den jüngeren Verfassungsdebatten mit analytisch-normativen Modellen, die dem Gründungsmoment einer Verfassung keine narrative Funktion und keine verfassungstranszendente Bedeutung zuweisen. Dies hat zum einen pragmatische, zum anderen normative Gründe. Die pragmatischen Gründe liegen in dem Umstand, dass die Entstehung von internationalen beziehungsweise globalen Verfassungen kaum als „Anfangserzählung“ dienen kann, „mit deren Hilfe wir uns erzählen und erklären, wie es zu einer demokratischen Ordnung kam und was sie bedeutet“⁴². Globale Verfassungsprozesse eignen sich deshalb nicht zur narrativen Überhöhung und stellen keinen Zusammenhang mit einem verfassungsgebenden Volk her. Hinzu kommen normative Bedenken. Zwei seien hier genannt: Während *erstens* das verfassungsgebende Volk als verfassungstranszendente Instanz *per definitionem* nur durch vorrechtliche beziehungsweise vorstaatliche Merkmale definiert werden kann, zeichnet sich ein staatlich verfasstes Volk vor allem durch ein primär rechtliches Merkmal aus: seinen Status als Gesetzgeber und Gesetzesunterwerfener. Daran wird eine problematische Diskrepanz zwischen zwei widersprüchlichen Modi der Zugehörigkeit

Rhetoric in the Law, New Haven, CT 1998 und Robert P. Burns: A Theory of the Trial, Princeton, NJ 1999.

41 Bernard S. Jackson: Law, Fact and Narrative Coherence, Liverpool 1988, S. 170.

42 Christoph Möllers: Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 96.

erkennbar: Dem vorstaatlichen Volk liegt eine gewisse Homogenitätsvorstellung zugrunde, die ein staatlich verfasstes Volk nicht erfüllen kann. *Zweitens*, Gründungsnarrative bergen für den Rechtstheoretiker Frank Michelman die Gefahr, dass sie die Frage nach der normativen Autorität der Verfassung in die Frage nach der Autorität der Verfassungsgeber verwandeln – mit der Konsequenz, dass Urheberschaft (*authorship*) und Autorität (*authority*) zu austauschbaren Begriffen werden. Dementsprechend spricht Michelman von einem „authority-authorship-syndrome“⁴³, das viele dazu verleitet hat, der Verfassung deshalb normative Autorität zuzusprechen, weil sie von den Gründungsvätern so gewollt wurde („because they said so“).⁴⁴

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass sich die Verfassungsrechtsauslegung für den globalen Konstitutionalismus immer weniger an der Vorstellung der narrativen Kohärenz orientiert, wonach Verfassungen ihre Identität als einheitliche Rechtsordnungen primär aus ihrer eigenen Geschichte beziehen. Der Fokus liegt stattdessen auf der Begründung der Rechtsnormen nach Maßgabe eines normativen und gegenwartsbezogenen Verständnisses der rechtlichen Kohärenz.⁴⁵ Demnach bezieht jede Verfassung ihre Identität aus der Einheit ihrer grundlegenden Normen im Moment ihrer Auslegung beziehungsweise Anwendung. ‚Normative Kohärenz‘ verkörpert das, was Joseph Raz ein „momentary legal system“⁴⁶ genannt hat.

Die graduelle Abkehr von narrativen Kohärenzvorstellungen – und damit auch der Verzicht auf das evokative Moment der Gründung – kann als eine Wende von der ‚Interpretation‘ der Verfassung zur ‚Begründung‘ der in der Verfassung enthaltenen Rechtsnormen auf der Grundlage des

43 Frank Michelman: Constitutional Authorship by the People, in: Notre Dame Law Review 74 (1999), S. 1605.

44 Siehe Frank Michelman: Constitutional Authorship, in: Larry Alexander (Hrsg.): Constitutionalism: Philosophical Foundations, Cambridge, Mass. 1998, S. 64-98.

45 „Narrative coherence relates necessarily to the flux of events in time. Narratives replicate in analytical time events supposed or imagined to have occurred in real time. A coherent narrative fits events and acts together [...] in convincing diachronic linkages. Normative coherence, by contrast, is at-one-time, rather than through-time, coherence; normative coherence has an essentially synchronic character contrasting with the essentially diachronic character of narrative coherence.“ (MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law, 2005, S. 229)

46 Joseph Raz: The concept of a legal system, Oxford 1970, S. 34.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes interpretiert werden.⁴⁷ Damit kommt der konstitutionellen Imagination eine etwas andere Funktion zu. Sie dient nicht der Rekonstruktion von Vergangenem, sondern der Erweiterung des Spektrums der Argumente und Betrachtungsweisen. Gerade der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwingt Urteilende, sich in die Situation der von einer Rechtsmaßnahme Betroffenen hineinzuversetzen, um deren Grad an Betroffenheit zu evaluieren und ihre Interessen gegenüber denen der anderen Betroffenen abzuwägen. Robert Alexy sieht in diesem Vorgang eine Form der ‚argumentativen Repräsentation der Bürger‘,⁴⁸ welche den demokratischen Weg der Repräsentation ergänzt.

5 EINE KOSMOPOLITISCHE KONSTITUTIONELLE IMAGINATION?

Die Imagination kann Vergangenes oder Gegenwärtiges zum Inhalt haben. Aber kann sie auch Fernes beziehungsweise Fremdes erfassen? Hat die Imagination auch eine räumliche Dimension? Diese Auffassung vertritt zumindest Hannah Arendt, wenn sie schreibt, dass man seine Imagination lehren soll, „Besuche zu machen“ (*go visiting*).⁴⁹

„Kritisches Denken spielt sich nach wie vor in der Einsamkeit ab: doch durch die Einbildungskraft macht es die anderen gegenwärtig und bewegt sich damit in einem Raum, der potentiell öffentlich, nach allen Seiten offen ist. Kritisches Denken nimmt, mit anderen Worten, die Position von Kants Weltbürger ein.“⁵⁰

47 Gerade die zunehmende Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips wird gern als Beleg für einen „universal, Esperanto-like discourse of constitutional adjudication and reasoning“ angeführt (Mattias Kumm: The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, in: *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010) 2, S. 141-175). Vgl. dazu auch Moshe Cohen-Eliya/Iddo Porat: American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, in: *I-Con: International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), S. 263-286; Dieter Grimm: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, in: *University of Toronto Law Journal* 57 (2007), S. 383-397; Alec Stone Sweet/Jud Mathews: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), S. 73-165.

48 Vgl. Robert Alexy: Balancing, Constitutional Review, and Representation, in: *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), S. 572-81.

49 Arendt, *Das Urteilen*, 2012, S. 68.

50 Ebd.

Die Imagination macht sich also *auf die Reise*, wenn sie Bilder oder Geschichten aus dem Leben der Menschen in anderen Ländern in Betracht zieht und dadurch Menschen befähigt, sich in andere Lebenskonstellationen hineinzuversetzen.⁵¹ Die von der Imagination erzeugten Beispiele sind daher nicht nur „Gängelwagen der Urteilskraft“⁵², wie Kant selbst in der *Kritik der reinen Vernunft* bemerkt hat, sondern eine wichtige Bedingung für die Herausbildung eines kosmopolitischen Standpunktes (was Hannah Arendt den Standpunkt eines ‚Welt-Zuschauers‘ nennt).

Nun mag man sich fragen, was das alles mit dem Wandel des Verfassungsdenkens zu tun hat? Es ist nicht schwierig, Analogien zu finden. Wenn man der verfassungstheoretischen Literatur der letzten Jahre Glauben schenkt, so ist tatsächlich von einer verstärkten Tendenz zur Einbeziehung ausländischer Analogien und Beispiele auszugehen. Das trifft freilich mehr auf Europa und Südamerika als auf die USA zu.⁵³ Allerdings sorgen neuerdings auch Verweise des *Supreme Court* auf ausländisches oder internationales Recht (*foreign precedents*)⁵⁴ für lebhafte Debatten in der verfassungstheoretischen Literatur. Ebenso überraschend und – verfassungstheoretisch gesehen – frustrierend ist der Umstand, dass die Art und Weise der Einbeziehung ausländischer Analogien primär keine reflexive, sondern eine intuitive und assoziative ist. Zumindest hat sich bisweilen kein US-amerikanischer Verfassungsrichter die Mühe gemacht, diesen Vorgang zu rechtfertigen. Wie Jeremy Waldron konstatiert: „The justices who cited foreign law simply gave the impression they thought it was a good idea.“⁵⁵

51 Siehe in diesem Zusammenhang Arjun Appadurai (Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization, Minneapolis 1998), demzufolge die Globalisierung die Bilder und Narrative für eine soziale Imagination anderer möglicher Leben liefert.

52 Kant KrV A 134.

53 Ich danke Mattias Kumm für den Hinweis. Siehe auch Frank Cross u.a.: Citations in the U.S. Supreme Court: An Empirical Study of their Use and Significance, in: University of Illinois Law Review (2010) 2, S. 489-576.

54 Im Fall *Atkins v. Virginia* geht es beispielsweise um die Frage, ob die Verhängung der Todesstrafe gegen geistig Behinderte gegen die Menschenrechte verstößt. In einem anderen, vieldiskutierten Fall (*Lawrence v. Texas*) geht es um die Frage, ob Einzelstaaten homosexuelle Handlungen unter Strafe stellen können.

55 Jeremy Waldron: „Partly Laws Common to All Mankind“: Foreign Law in American Courts, New Haven, Conn. 2012, S. 122.

So problematisch diese Entwicklung verfassungstheoretisch auch sein mag, sie zeigt doch, wie ähnlich letztlich das Denken eines Richters – in seinen imaginären Quellen – dem eines verfassungsrechtlichen Laien ist. Beide orientieren sich bei der Berufung auf die ausländische Rechtsprechung – mit Charles Taylor gesprochen – an der „impliziten Landkarte“⁵⁶ ihres rechtlichen Vorstellungsraums, die der verfassungsrechtlichen Landkarte nicht entspricht. Sie setzen sich damit über die, durch die Verfassungsnormen eng gezogenen, Grenzen des Verfassungsrechts hinweg und richten ihre Aufmerksamkeit darauf, wie andere politische Gemeinschaften Rechtsprinzipien wie Gleichheit und Freiheit in konkreten Fällen auslegen. Diese Erfahrungen können die Wahrnehmung der eigenen Rechtsansprüche und die Würdigung der Rechtsansprüche ihrer Mitbürger verändern. So lassen sich Minderheitenrechte in vergleichsweise homogenen Gesellschaften in einem anderen Licht betrachten, wenn einschlägige rechtliche Beispiele aus multikulturellen Gesellschaften in Betracht gezogen werden. Ähnliches gilt für die Bestimmung des Rechts auf Eigentum in post-sozialistischen Gesellschaften.⁵⁷

Dienen Verweise auf ausländisches Recht dazu, demokratische Spielregeln zu umgehen? Die zwei oben erwähnten Beispiele scheinen eher das Gegenteil zu belegen. Die demokratieförderliche Komponente des ausländischen Rechts tritt deutlich hervor, wenn die öffentlichen Rechtsvorstellungen und das Verfassungsrecht auseinanderdriften. Oder anders formuliert: Wenn sich Bürger zunehmend der Beispiele aus anderen Rechtskontexten zur Begründung der eigenen Rechtsansprüche bedienen und diese keinen Ausdruck in den überkommenen Auslegungen des Verfassungsrechts finden, dann droht ein Legitimations- beziehungsweise Responsivitätsproblem.⁵⁸ Verfassungsgerichte leisten dann keine „argumentative Repräsentation“⁵⁹ der Rechtsadressaten, sondern verharren in

56 Taylor, Charles: Ein säkulares Zeitalter, Frankfurt a.M. 2012, S. 298.

57 Beide Beispiele lehnen sich an Vlad Perju: Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government, in: International Journal of Constitutional Law 8 (2010) 3, S. 326-353, hier: S. 344 an.

58 Dieses Problem entsteht, wenn Verfassungsgerichte nicht in einer Art und Weise auf die Klagen der Bürger reagieren, die den Vorstellungen der Bürger zugänglich ist. Vgl. Perju, Cosmopolitanism, 2010.

59 Alexy, Balancing, 2005, S. 572-581. Robert Alexy unterscheidet zwei Formen der demokratischen Repräsentation. *Politische* Repräsentation erfolgt vor allem durch periodisch durchgeführte Wahlen. *Argumentative* Repräsentation be-

einer Art verfassungsinterpretatorischem *Solipsismus*.⁶⁰ In solchen Fällen können richterliche Verweise auf ausländisches Recht den Charakter eines legitimatorischen Korrektivs annehmen. Sie tragen dazu bei, Erfahrungen und Perspektiven einzubeziehen, die Wahrnehmung und Anerkennung individueller Rechtsvorstellungen verändern können.⁶¹

6 SCHLUSS

Die konstitutionelle Imagination stellt eine Form des vorreflexiven, verfassungsrechtlichen Denkens dar. Sie besitzt die Fähigkeit, Abwesendes in Form von bildhaften Vorstellungen zu vergegenwärtigen. Sie ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil es ohne sie keine Erinnerungen an vergangene Verfassungsereignisse, keine narrative Rekonstruktion der Verfassungsgeschichte und keine Projektionen von der Zukunft einer Verfassung gäbe. Kantisch formuliert: Verfassungstheorien wären ohne konstitutionelle Imagination leer, die konstitutionelle Imagination wäre ohne Theorien beziehungsweise ohne Reflexion blind.

Ziel des vorliegenden Beitrages war es zu zeigen, dass der globale Konstitutionalismus von einem veränderten Temporalitäts- und Raumverständnis des konstitutionellen Denkens ausgeht. Sein Erfolg oder Misserfolg hängt somit von einer zeitlichen und räumlichen Neuausrichtung der konstitutionellen Imagination ab. Zur empirischen Grundlage des globalen Konstitutionalismus gehört die Annahme, dass die konstitutionelle Imagination nicht mehr von einem ‚narrativen‘ Verständnis der verfassungsrechtlichen Kohärenz zehrt und sich damit keiner legitimatorischen Gründungsgeschichte bedient, die der Verfassung Autorität verleiht. Dieser Vorgang impliziert eine *Enttranszendierung* der verfassungsgebenden Gewalt. Die verfassungsgebende Gewalt materialisiert sich nicht mehr *außerhalb der Verfassung*. Sie soll in die verfassungsrechtliche Praxis integriert werden, die sich zum Ziel setzt, normative Kohärenz durch Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung herbeizuführen. Kurzum, der einmalige Akt der *Gründung* wird durch das Verfahren der *Begründung*

zwecken auch Gerichte, die zwar nicht vom Repräsentierten gewählt sind, sich aber bemühen, die Positionen der Rechtsadressaten argumentativ zu würdigen.

60 Vgl. Eliezel Rivlin: Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chain-Novel, and Novelty, in: Florida Journal of International Law 21 (2009), S. 1-27.

61 Vgl. Perju, Cosmopolitanism, 2010, S. 326-353.

ersetzt. Eine weitere Voraussetzung des globalen Konstitutionalismus stellt die *Kosmopolitisierung* der konstitutionellen Imagination dar. Der globale Konstitutionalismus geht von einer räumlichen Ausdehnung der konstitutionellen Imagination aus, die Menschen dazu befähigt, Beispiele aus anderen Rechtskontexten zur Begründung von Rechtsnormen zu nutzen.

