

Erster Teil – Konstitutionalismus als widersprüchliche Form

I. DIE GLOBALE VERFASSUNGSFRAGE

Die jüngeren Diskussionen in der internationalen politischen Theorie und der Rechtstheorie erheben die globale Verfassungsfrage zur »zentralen Herausforderung für internationale Philosophen im 21. Jahrhundert«¹. Im alltagsverständlichen Sinne erscheint das erst einmal irritierend, wird der Begriff der Verfassung doch in der Regel vor allem verwendet, um nationale Staatsverfassungen – beispielsweise das Grundgesetz – zu bezeichnen. Allerdings erlebt die Diskussion um die Verfassung seit den 1990er Jahren eine zunehmende Verschiebung in den inter- und transnationalen Raum.² Der Übergang in die Weltgesellschaft, das Anwachsen von Institutionen jenseits des Nationalstaats, die Globalisierung der Wirtschaft, die Verrechtlichung kontinentaler Integrationsprozesse – all diese Entwicklungen deuten auf ein verändertes Terrain hin, auf dem sich Verfassungsfragen stellen. Jedenfalls gerät die ausschließliche Identifizierung von Nationalstaat und Verfassung zunehmend unter Druck; ja, es wird immer deutlicher, dass der moderne Konstitutionalismus, der im Nationalstaat seinen Ausdruck gefunden hat, nur ein Kapitel in einer vielfältigeren Verfassungsevolution abgibt, deren Zukunft in der Weltgesellschaft eventuell vollkommen neuartige Facetten hervorbringen wird. Insgesamt ist es fraglich, ob Staatsverfassungen unter Bedingungen globaler Vernetzung überhaupt noch in der Lage sind, ihre Funktionen zu erfüllen. Man mag der Staatssouveränität noch die Rolle eines Schutzes nationaler Demokratie vor demokratischen Defiziten zuschreiben. Selbst dann bleibt sie oft machtlos.³ Sie findet

1 | Allott, Philip: »The Emerging Universal Legal System«, in: International Law Forum du Droit International 3/1 (2001), S. 12-17, hier S. 16.

2 | Vgl. den Überblick bei Schwöbel, Christine J.: »Situating the Debate on Global Constitutionalism«, in: International Journal of Constitutional Law 8/3 (2010), S. 611-635.

3 | Die Souveränität ist dann eher defensiver Demokratischeschutz bei Grimm, Dieter: Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, Berlin: Berlin University

keinerlei Rückendeckung mehr, wenn wichtige Entscheidungen von der Fiskalpolitik bis zum Grundrechtsschutz längst von inter- und transnationalen Institutionen vereinnahmt oder wenigstens massiv mitbestimmt werden.

Deshalb gewinnen zwischenzeitlich Überlegungen an Bedeutung, die den Verfassungsbegriff vom Nationalstaat lösen. Sie zeichnen eine folgenreiche Konstitutionalisierung jenseits des Staates nach und binden sie an die Entwicklungen der Weltgesellschaft an. So werden der Übergang des internationalen Völkerrechts zu einem kosmopolitischen Weltbürgerrecht, die Tendenz zur Verrechtlichung der Weltwirtschaft oder auch Verfassungsprozesse in den unterschiedlichsten Sozialbereichen der Weltgesellschaft wie Weltgesundheit, Technikregulierung oder Weltbildung zu Anhaltspunkten für eine Wende.⁴ Der Konstitutionalismus erhält eine starke transnationale Dimension.

So unterschiedlich die Prämissen innerhalb dieser neueren Diskussion sein mögen, so fallen doch wenigstens Familienähnlichkeiten in der Herangehensweise auf. Zumeist verallgemeinern die vorliegenden Überlegungen einzelne Strukturmerkmale der nationalen Staatsverfassung. In einem nächsten Schritt versuchen sie in der Regel zu zeigen, wie und ob solche Strukturmerkmale auch jenseits des Nationalstaats aufzufinden sind. Dies ruft einzelne entgegenkommende Beispiele der Weltgesellschaft auf. Die Annahme besteht darin, dass sich Strukturmerkmale der modernen Nationalstaatsverfassung im transnationalen Raum, wenn auch in veränderter, verschobener Art, aufspüren lassen. Insofern – und hier besteht ein Kontrast zu den jüngeren Forschungsschwerpunkten der zeitgenössischen Politikwissenschaft – findet in dieser Perspektive nicht nur eine Transformation politischer Steuerung statt; vielmehr wird das Blickfeld über die »Global Governance« hinaus erweitert und in gewisser Weise radikaliert.⁵ Nicht nur politische Institutionen rücken in den Fokus. In Konstitutionalisierungsprozessen sind Wechselbeziehungen zwischen Politik, Recht, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam, die weit über die enge Sphäre

Press 2009, S. 123; vgl. zur Souveränität als politischer Widerstandsstrategie auch: Koskeniemi, Martti: »What Use for Sovereignty Today?«, in: *Asian Journal of International Law* 1/1 (2011), S. 61-70.

4 | Exemplarisch für den Bereich des Völkerrechts: Habermas, Jürgen: »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, in: ders., *Der gespaltene Westen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2004, S. 113-193; für den Welthandel: Petersmann, Ernst-Ulrich: »The WTO-Constitution and Human Rights«, in: *Journal of International Economic Law* 3/1 (2000), S. 19-25; für die transnationalen Sozialbereiche: Teubner, Gunther: *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin: Suhrkamp 2012.

5 | Siehe dazu auch die Problematisierung bei Bogdandy, Armin von/Dann, Philipp/Goldmann, Matthias: »Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance«, in: *Der Staat* 49/1 (2010), S. 23-50.

re der internationalen Politik hinausreichen. Die Verfassungsfrage aufzuwerfen, sie zu stellen, macht einen Unterschied ums Ganze aus. In der Rede (und nicht zuletzt im Schreiben) über die Verfassung schwingt schließlich ein normativer Anspruch mit. Auf dem Spiel steht nicht einzig die Verfassung als Institution, sondern genauso ihre Normativität: Kann die Normativität der Verfassung, können ihre herrschaftsbegrenzenden und herrschaftskonstituierenden Ambitionen in die Weltgesellschaft verlängert werden? Und wenn ja, inwiefern leisten Verfassungsordnungen einen Beitrag dazu, den Krisen- und Gefährdungslagen der Weltgesellschaft zu begegnen?

Zwischenzeitlich hat die Diskussion um die Verfassungsbildung jenseits des Staates ein hohes Differenzierungsniveau erreicht. So liegen unterschiedliche Definitionsversuche vor, die darauf zielen den Verfassungsbegriff zu verallgemeinern. Im Kern scheint jedoch alles auf drei grundlegende Strukturmerkmale hinauszulaufen, die im Mittelpunkt der Kontroversen stehen.

Erstens ist davon auszugehen, dass der Verfassungsbegriff stets auf eine höherrangige Ordnung verweist, die Recht und Politik aufeinander bezieht.⁶ Die Verfassung ist der Ort, an dem sich Recht und Politik überschneiden. Dort regeln sie ihre gegenseitigen Einflussnahmen. In den Worten Niklas Luhmanns reagiert die Verfassung historisch auf »eine Differenzierung von Recht und Politik [...] und auf den damit gegebenen Verknüpfungsbedarf«⁷. Dabei unterwirft sie als höherrangige Ordnung beide Seiten einem »Zwang zur Form«⁸. Sie gibt das Recht der Rechtserzeugung vor. Sie regelt, in welchen politischen Verfahren Recht gesetzt und verändert wird. Dies gilt auch für die Änderungsregeln der Verfassung selbst. Darüber hinaus stattet sie unterschiedliche Organe mit Kompetenzen aus und unterwirft sie gleichermaßen dem Recht der Verfassung. Damit formt die Verfassung beide Seiten, Recht und Politik. Die Politik wird in die Form der Gesetzgebung überführt und an das Recht gebunden. Das Recht selbst wird dem höherrangigen Recht der Verfassung unterworfen. Der

6 | Zu diesem Motiv einer höherrangigen Koppelung von Recht und Politik durch Verfassung vgl. so unterschiedliche Ansätze wie Luhmann, Niklas: »Verfassung als evolutionäre Erruggenschaft«, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176-220, hier S. 180; Vorländer, Hans: Die Verfassung. Idee und Geschichte, München: C. H. Beck 1999, S. 9; Möllers, Christoph: »Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung«, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hg.): Europäisches Verwaltungsrecht, Heidelberg: Springer 2009, S. 227-277, hier S. 238. Nowotny/Raunig führen den Verfassungsbegriff begriffsgeschichtlich auf die »Zusammen-Stellung von mehreren Komponenten« zurück, vgl. Nowotny, Stefan/Raunig, Gerald: Instituierende Praxen. Bruchlinien der Institutionskritik, Wien: Turia + Kant 2008, S. 37.

7 | N. Luhmann, Verfassung als evolutionäre Erruggenschaft, S. 180.

8 | Preuss, Ulrich K.: »Der Begriff der Verfassung«, in: ders. (Hg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt a. M.: Fischer 1994, S. 7-36, hier S. 12.

Rechtstheoretiker H. L. A. Hart hat solche Regeln als *secondary rules* bezeichnet, also sekundäre Regeln, die einfache primäre Regeln hervorbringen.⁹ Es geht also um die Normierung von Normierungen, um die Regeln der Regelerzeugung. Im Nationalstaat, wie er in umkämpften Prozessen der Territorialisierung seit der Frühen Neuzeit entstanden ist, hat das staatliche Gewaltmonopol sich diese höherrangige Setzungskompetenz zunehmend angeeignet.¹⁰ Nun ist die Leistung der Verfassung so zu verstehen, dass sie als Verknüpfungsinstanz in doppelter Weise wirksam ist. Sie hat die Herrschaftsausübung im Territorialstaat zum einen ermöglicht, indem sie Recht und Politik dauerhaft verknüpft und vonseiten des Staates her vereinheitlicht hat. So sind legale Veränderungen der Herrschaftsstrukturen durchführbar geworden. Zum anderen hat die Verfassung eine begrenzende Wirkung entfaltet, da sie die Herrschaftsausübung einem höherrangigen Recht unterworfen und rechtlich formalisiert hat.¹¹

Im Übergang zur Weltgesellschaft gerät dieses Amalgam aus Herrschaftskonstitution und Herrschaftsbegrenzung, das idealtypisch in den Staatsverfassungen ablesbar ist, unter massiven Druck. Die Weltgesellschaft bringt zunehmend Strukturen hervor, die der Staatsverfassung ihre Zentralstellung rauben. Dies gilt schon für das klassische Völkerrecht, das die Souveränität der Nationalstaaten eingrenzen soll, vielleicht aber noch mehr für die supranationale politische Integration wie in der Europäischen Union (EU) oder in der sich abzeichnenden Verfassung des Welthandels. Der Staat verliert hier zunehmend sein Rechtsetzungsmonopol. Seine Verfassung wird übertrumpft und kann sich nicht mehr einfach als höchste Ordnung darstellen. Denn auch jenseits des Staates sind höherrangige Ordnungen identifizierbar, die Recht und Politik in neuer Weise miteinander verbinden.

Zweitens halten Verfassungen in der Regel eine Regierungsart fest – oder, um klassisch mit Aristoteles zu sprechen, ein Prinzip der »Staatslenkung«¹². Obliegt die Regierung einem, mehreren oder vielen, dem Mächtigsten, den Beseten oder den Mittellosen? Weist die Verfassung ein monarchisches, aristokra-

9 | Vgl. Hart, H. L. A.: *The Concept of Law* (1961), Oxford: Oxford University Press 2012, S. 79 ff.

10 | Vgl. Kriegel, Blandine: *The State and the Rule of Law*, Princeton: Princeton University Press 1995.

11 | Diese Formulierung greift die gängige Unterscheidung zwischen einer herrschaftskonstituierenden und einer herrschaftsbegrenzenden Dimension der Verfassung auf. Sie wird sich zu einem späteren Zeitpunkt der Argumentation als problematisch erweisen (siehe insbes. den dritten Teil, I, ab S. 116). Jon Elster analysiert diesen Aspekt der Verfassung als Strategie des *precommitment*, vgl. Elster, Jon: *Ulysses and The Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press 1979, S. 94 ff.

12 | Aristoteles: *Politik. Schriften zur Staatstheorie*, Stuttgart: Reclam 2010, S. 170.

tisches oder demokratisches Regierungsprinzip auf? Seit den demokratischen Revolutionen des 18. Jahrhunderts in Amerika und Frankreich hat sich zunehmend ein Verständnis durchgesetzt, das dem Volk die konstituierende Macht zuschreibt. Es ist das Volk, das sich sowohl das Recht der Verfassungsgebung als auch die Wahl der Regierung aneignet. Demokratische Verfahren und Mechanismen der Gewaltengliederung sollen gewährleisten, dass sich die Adressaten der Rechtssetzung als ihre Autoren verstehen können. Heutzutage wird der Verfassungsbegriff sogar oft direkt mit dem Demokratieprinzip gleichgesetzt. Viele zeitgenössische Kritiker des neueren Verfassungswandels weisen darauf hin, dass die Ordnungsmuster der Weltgesellschaft einer demokratischen Regierungsart vollkommen entbehren und deshalb nicht als Verfassungen zu bezeichnen sind – wo kein *demos* ist, könne von einer Verfassung im modernen Sinne keine Rede sein.¹³ Sie halten an der Idee der demokratischen Verfassung fest, die für die bürgerlich-demokratischen Revolutionen charakteristisch war.

Auf der anderen Seite üben die inter- und transnationalen Vernetzungen selbst Druck auf die nationalstaatliche Demokratie aus. Es scheint so, als ob die gegenseitige Bezogenheit von territorial gebundenen Rechtsunterworfenen und Rechtsautoren nur um den Preis des nationalen Autismus aufrechtzuerhalten ist. Schließlich sind regelmäßig bei Entscheidungen im Nationalstaat weite Teile der Weltbevölkerung massiv betroffen, haben jedoch im Gegenzug kaum Chancen, überhaupt Einfluss zu nehmen.¹⁴ Die demokratische Regierungsart in ihrer staatlich gebundenen Form ist zunehmend durch eigene Legitimationsdefizite gekennzeichnet. Es ist fraglich, ob transnationale Institutionen dabei sind, Mechanismen auszubilden, die diese demokratischen Defizite kompensieren. Dies betrifft etwa die Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) an Entscheidungsprozessen oder die Entstehung transnationaler Öffentlichkeiten. Gleichzeitig liegen weitreichende Legitimationsprobleme der vorliegenden Konstitutionalisierungsprozesse selbst vor. In diesem Umfeld kann sogar zugespitzt von einer Krise der Verfassungsevolution ausgegangen werden, wenn der Souveränitätsverlust des Nationalstaats mit einer schlechenden Tilgung des zweiten Strukturmerkmals, der demokratischen

13 | Vgl. Maus, Ingeborg: Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie, Berlin: Suhrkamp 2011, S. 375 ff., oder Grimm, Dieter: »The Achievement of Constitutionalism in a Changed World«, in: Petra Dobner/Martin Loughlin (Hg.): The Twilight of Constitutionalism?, New York: Oxford University Press 2010, S. 3-22, hier S. 21.

14 | Dies ruft die Frage auf, wie »Betroffenheit« unter Globalisierungsbedingungen zu fassen ist; für eine Diskussion des »all-affected-principle« unter Globalisierungsbedingungen vgl. Fraser, Nancy: Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalized World, New York: Columbia University Press 2010, S. 40 ff.

Regierungsart, einhergeht.¹⁵ Die neuere Rede über einen postdemokratischen Herrschaftszustand hätte so auch eine Verfassungsdimension:¹⁶ transnationaler Konstitutionalismus ohne Demokratie.

Drittens schließlich enthalten Verfassungen in der Regel einen umfassenden Katalog an Grundrechten, der soziale Kommunikationssphären von einander abgrenzt.¹⁷ Sie sollen Individuen und gesellschaftliche Teilbereiche (Öffentlichkeit, Wissenschaft, Religion etc.) vor Übergriffen schützen und ihre Autonomie ermöglichen. Im Übergang zur Weltgesellschaft erlebt dieses Strukturmerkmal einen Wandel. Das schillerndste Beispiel dafür ist die gewachsene Bedeutung des Menschenrechtsschutzes, der immer stärker von inter- und transnationalen Institutionen geprägt ist. Die Erklärung der Menschenrechte wird zunehmend als globaler Grundrechtskatalog verstanden, auf den sich alle Weltbürger, unabhängig von ihrem Wohnort, berufen können.¹⁸ In der *Responsibility-to-Protect*-Doktrin etwa, die auf dem *UN World Summit* 2005 von fast allen Staaten der Welt anerkannt wurde, ist festgehalten, dass die internationale Staatengemeinschaft auf innerstaatliche Menschenrechtsverletzungen reagiert.¹⁹ Der Schutz der Menschenrechte wird gerade nicht den Einzelstaaten überlassen. Diese Entwicklung ist widersprüchlich und umkämpft. Militärische Interventionen der letzten Jahre haben kriegsführende Staatenallianzen zumeist als Friedensmissionen tituliert, die weltweit kosmopolitischen Weltbürgerrechten zur Geltung verhelfen.²⁰ Aber auch globale soziale Bewegungen übersetzen ihre Anliegen in die Sprache der Menschenrechte. Sie bündeln ihre Forderungen in einen Aktivismus, der die transnationale *lex humana*

15 | So etwa die Beobachtung bei Hirsch, Ran: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge/London: Harvard University Press 2004, und Bellamy, Richard: *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.

16 | Vgl. die Postdemokratietheorie bei Crouch, Colin: *Post-democracy*, Cambridge: Polity Press 2005.

17 | Dies ist die sozialtheoretische Lesart der subjektiven Rechte bei Luhmann, Niklas: *Grundrechte als Institution* (1965), Berlin: Duncker & Humblot 1999; Willke, Helmut: *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin: Duncker & Humblot 1975 sowie Thornhill, Chris: *A Sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

18 | Vgl. Fassbender, Bardo: *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009.

19 | UN Generalversammlung, Resolution der UN Generalversammlung A/Res/60/1.

20 | Siehe zu dieser Verbindung von kosmopolitischen Weltbürgerrechten und kriegerischer Intervention Eberl, Oliver: *Demokratie und Frieden. Kants Friedensschrift in den Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos 2008.

dazu treibt, neue Themenbereiche in den Horizont grundlegender Menschenrechte zu übernehmen.²¹ Wieder steht die Zentralstellung der Staatsverfassung in Frage. Angesichts vielfältiger Mechanismen des Grund- und Menschenrechtsschutzes, die von unterschiedlichen Konventionen und Arenen bestimmt sind, durchläuft auch diese letzte Komponente tiefgreifende Veränderungen.

Betrachtet man alle drei Strukturmerkmale, wird deutlich, dass der Übergang zur Weltgesellschaft mit einem Verfassungswandel einhergeht. Inter- und transnationale Institutionen, globale Sozialdynamiken und ökonomische Verkehrsverhältnisse sind schon längst dabei, Strukturmerkmale auszubilden, die bisher im Regelfall der Staatsverfassung vorbehalten waren. Nicht zuletzt wird sie wiederum durch jene Prozesse einem rückwirkenden Funktionswandel ausgesetzt. Die Staatsverfassung ist nicht mehr der einzige höherrangige Lokus, sondern Teil eines pluralen Kontinuums von rechtlich-politischen Formen, das sich einer zentralen Steuerung entzieht.²² Insofern verschiebt der Übergang zur Weltgesellschaft die Verfassungsfrage von der Staatsverfassung hin zur Frage nach den beobachtbaren Konstitutionalisierungsprozessen jenseits des Staates und ihren Folgen für diejenigen Strukturmerkmale, die im Zentrum der modernen Verfassungsevolution stehen.

II. REFLEXIVITÄT

Es ist deshalb nur konsequent, wenn der Verfassungsbegriff wesentlich stärker als Prozessbegriff verstanden wird. Weder besteht eine einheitliche Weltverfassung noch existieren schon vollständig etablierte Ordnungen, die in vollem Sinne einem herkömmlichen, am Beispiel der Staatsverfassung geschulten Verständnis entsprechen. Erst recht kann man nicht davon ausgehen, dass eine solche Verfassung die beiden Funktionssysteme Recht und Politik – etwa im Zuge eines klar erkennbaren Gründungsaktes oder einer nachträglichen Erzählung über einen solchen Gründungsakt – ins Werk setzt und von dort aus formt. Die Verfassungsbildung jenseits des Staates besteht ja gerade nicht in der autoritativen Setzung einer Globalverfassung mit klarer Normenhierarchie, sondern in den teils untergründigen Prozessen, in denen in Völkerrecht, in transnationalen Sozialbereichen und internationalen Organisationen schritt-

21 | Vgl. Fischer-Lescano, Andreas: *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück 2005.

22 | Zum damit zusammenhängenden »Kontinuum« politischer Legitimation: Ley, Isabelle: *Opposition im Völkerrecht. Ein Beitrag zur Legitimation internationaler Rechtszeugung*, Heidelberg u. a.: Springer 2015, S. 180; zum Pluralismus des transnationalen Rechts: Krisch, Nico: *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010.

weise Ordnungen mit konstitutionellen Merkmalen entstehen. Die transnationale Verfassungsbildung vollzieht sich vor allem inkrementell, insbesondere durch die Aktivität internationaler Gerichtsbarkeiten oder durch die Eigendynamik internationaler Institutionen. Es liegen zumindest Indizien für eine höherrangige Formgebung vor, wenn Gerichte damit beginnen, die Menschenrechte als einklagbare individuelle Grundrechte der Weltbürger zu begreifen, wenn das internationale Staatensystem zu einer übergeordneten internationalen Gemeinschaft avanciert oder die WTO-Verträge ihre Mitglieder auf eine Freihandelspolitik festlegen. Die Vielfalt der Phänomene sowie ihre gegenseitigen Einflussnahmen werden dadurch erfasst, dass der Verfassungsbegriff eher im englischen Wortsinn als breitere Tradition des *constitutionalism*, als Prozess der Konstitutionalisierung oder als *constitutional mindset* verwendet wird.²³

Dieser veränderte Zugriff macht noch einen weiteren Abstraktionsschritt erforderlich. Schließlich müssen die genannten Strukturmerkmale der transnationalen Verfassungsbildung als Teil eines umfassenderen Vorgangs darstellbar sein. Einerseits können sie sozusagen nicht nur für sich stehen. Denn internationales Recht, internationale Politik und der Schutz von Grund- und Menschenrechten deuten noch nicht zwingend auf eine Verfassungsbildung hin. Andererseits scheint in den tiefgreifenden Veränderungen im Übergang zur Weltgesellschaft tatsächlich eine konstitutionelle Dimension enthalten zu sein, die schon an den allgegenwärtigen Jurisdiktionskonflikten zwischen unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten ablesbar ist.

Um den prozessualen Charakter der Verfassungsbildung jenseits des Staates herauszuarbeiten, ist verstärkt das Kriterium der Reflexivität eingeführt worden.²⁴ Demnach sind Verfassungen als reflexive Strukturbildungen zu kennzeichnen. Sie entstehen dort, wo die Frage nach dem Selbstbezug eines Sozialbereiches oder einer Institution aufgeworfen wird. Die Reflexivität der Verfassung ist auf beiden Seiten wirksam. Die eingangs erwähnte Dimension eines höherrangigen Rechts kann als reflexiv verstanden werden, da es dem einfachen Recht ein Recht der Rechtserzeugung überordnet. In der Verfassung entsteht ein Recht, das in Distanz zum einfachen Recht ein höherrangiges Recht begründet. Man sollte jedoch nicht nur das Recht in den Blick nehmen. Die Pointe der Verfassung liegt genau darin, dass sie auch auf der anderen Seite, der Politik, eine reflexive Strukturbildung aufweist. Im Zuge einer Verfas-

23 | Vgl. Koskeniemi, Martti: »Constitutionalism as Mindset. Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 8 / 1 (2007), S. 9-36.

24 | Vgl. u. a. G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, S. 158 ff.; siehe auch Lindahl, Hans: »Constituent Power and Reflexive Identity. Towards an Ontology of Collective Selfhood«, in: Martin Loughlin/Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford: Oxford University Press 2007, S. 9-24.

sungsbildung wird auch die Frage nach dem politischen und sozialen Selbstbezug aufgeworfen. Die Reichweite der jeweiligen Ordnung, ihre Grenzen und Zwecke werden festgelegt. Und nicht zuletzt erfahren die Machtverhältnisse eine Institutionalisierung und Verrechtlichung.²⁵ Auf diese Weise entsteht ein höherrangiger Selbstbezug, der seine Beobachtung am Code »verfassungsgemäß/verfassungswidrig« ausrichtet.²⁶ Insofern erscheint es geboten, von einer doppelten Reflexivität auszugehen. Dabei kommt ein »Zusammenspiel von autonomen Sozialprozessen und autonomen Rechtsprozessen zustande«, das »auf Dauer gestellte strukturelle Koppelungen von teilbereichsspezifischen Ordnungsmustern und Rechtsregimes«²⁷ herstellt. Diese Generalisierung verortet die konstitutionelle Dimension der genannten Strukturmerkmale vor allem darin, dass sie den Selbstbezug der jeweiligen Ordnungen festlegen und eine Eigendynamik entfalten, die ihnen Dauer und eine gewisse Selbstständigkeit ermöglichen.

An dieser Stelle soll nicht verschwiegen werden, dass ein solcher prozessorientierter Verfassungsbegriff durchaus Kritik erfährt.²⁸ Der Vorwurf lautet, dass die Konstitutionalisierungsdiskussion dazu neige, einfache Rechtsphänomene überzustrapazieren, indem sie das einfache Recht als konstitutionell auflädt. Der Verfassungsbegriff sei zu amorph und letztlich eine rein semantische Strategie. Die Schwäche dieser Einwände ist dort zu suchen, wo sie die transnationale Sozialstruktur weiterhin aus dem Nationalstaat ableiten oder ihm nachordnen. Wenn es sich *nicht* um Konstitutionalisierungsprozesse handelt, bieten sich im Grunde nur noch zwei Optionen an: (i) Entweder ist die Ära der Verfassungsbildung beendet und die neuartigen Ordnungen entziehen sich den klassischen Versuchen der politischen und juridischen Begriffsbildung vollständig.²⁹ Dem widerspricht die ausufernde Verrechtlichung der Weltgesell-

25 | Zur Funktion von Verfassungen, politische und soziale Macht zu aggregieren und handhabbar zu machen, vgl. C. Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, S. 372 ff.

26 | Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1993, S. 95.

27 | Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther: *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2006, S. 55.

28 | Vgl. Neves, Marcelo: *Transconstitutionalism*, Portland/Oxford: Hart Publishing 2013, S. 5 ff., im Hinblick auf die Dissemination in die Sozialbereiche; mit stärker staatszentrierten Argumenten vgl. etwa Haltern, Ulrich: »Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende«, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts* 128/4 (2003), S. 511-557.

29 | In diese Richtung weist etwa Luhmanns Spekulation, wonach die »Prominenz des Rechtssystems« nichts weiter »als eine europäische Anomalie« sei, »die sich in der Evolution der Weltgesellschaft abschwächen wird«, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 586.

schaft genauso wie die zunehmende Verbreitung des Konstitutionalismus.³⁰ Internationale Institutionen greifen in der Regel auf Mechanismen rechtlicher Selbstbindung, der Festlegung politischer Kompetenzen und der Regulierung von Kommunikationssphären zurück. Oder aber (2), das ist die zweite Option, die nationalstaatliche Verfassung bleibt vollkommen intakt und bildet nur eine inter- und transnationale Rechtsschicht aus. Dies würde letztlich auf die Wiederbelebung eines dualistischen Modells hinauslaufen, das die inter- und transnationale Sphäre auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Staaten zurückführt.³¹ Doch sowohl die Tendenzen zu einer Ordnungsbildung jenseits des Staates, die Teile der zeitgenössischen Politikwissenschaft als »globale Herrschaft«³² konturieren, als auch die vielfältigen Diagnosen zum Niedergang der nationalstaatlichen Demokratie legen einen Einwand nahe: Die Kritik an der Konstitutionalisierungsthese tendiert dazu, die folgenreiche Ordnungsbildung jenseits des Staates letztlich doch als eine Garnitur zu betrachten, die keine tiefgreifenden und auch konstitutionellen Folgen in den Nationalstaaten zeitigt. Die Legitimationsprobleme der Weltgesellschaft bleiben so recht beschränkt und sind durch verstärkte rechtliche Kooperation, Rückbindung an parlamentarische Entscheidungsverfahren oder die Herausbildung transnationaler Öffentlichkeiten zu beheben. Dies steht in einem Spannungsverhältnis zu den drastischen Diagnosen, die gerade im Hinblick auf die politische Seite der Verfassung gestellt werden. Hier ist vom Funktionsverlust der Demokratie die Rede, von Postdemokratie, von demokratischen Defiziten und transnationaler Klassenherrschaft.³³ Letztlich geht es um die Frage, wie stark man die Veränderungen erachtet. Es handelt sich schließlich nicht nur um die idiosynkratische Verrechtlichung im Sinne eines verstärkten Dualismus, sondern um Verhältnisse der Koevolution des Rechts mit transnationalen Funktionssystemen. Genau dieser Umstand wird am ehesten im Verfassungsbegriff abgebildet. Denn die neuen Spielarten der Verrechtlichung können nicht sinnvoll als bloße internationale Rechtsschicht erfasst werden, ohne auf die Rolle

30 | Dazu jüngst Brunkhorst, Hauke: *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives*, New York u. a.: Bloomsbury 2014, S. 319 ff.

31 | Vgl. zur Aktualisierung des Dualismus: Cohen, Jean L.: *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, New York: Cambridge University Press 2012.

32 | Daase, Christopher/Deitelhoff, Nicole: Zur Rekonstruktion globaler Herrschaft aus dem Widerstand, Frankfurt a. M.: Working-Paper Projekt »Internationale Dissidenz« 1/2014.

33 | Einen Überblick über die Diskussionslage gibt Volk, Christian: »Zwischen Entpolitisierung und Radikalisierung. Zur Theorie von Demokratie und Politik in Zeiten des Widerstands«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 54/1 (2013), S. 75-110.

des Rechts für die Erwartungsstabilisierung in anderen transnationalen Funktionssystemen einzugehen.

Demnach bleibt auch die verbreitete These einer verstärkten Politisierung durch Global Governance allzu sehr auf die Sphäre der internationalen Politik beschränkt.³⁴ Sie verliert den Umstand aus dem Blickfeld, dass schon längst eine Verrechtlichung im Gange ist, die massiven Einfluss auf die Rahmenbedingungen politischen Handelns ausübt oder aber schon in Bereiche vorgedrungen ist, die weit vom Staatensystem entfernt liegen. Ein passendes Beispiel dafür ist sicherlich die Verrechtlichung der Weltwirtschaft.³⁵ Insofern irritiert die Konstitutionalisierungsthese einerseits eine Rechtswissenschaft, die stets geneigt ist, doch in allen Phänomenen nur (internationales) Recht zu sehen, und andererseits eine Politikwissenschaft, die das internationale Recht den politischen Machtbeziehungen der Staatenwelt nur nachordnet.

Demgegenüber macht das hier angeführte Kriterium der Reflexivität einen Zugriff erforderlich, der in den neueren Diskussionen als verfassungssoziologisch ausgewiesen wird.³⁶ Hier wird die Verschränkung von weltgesellschaftlichen Strukturbildungen und rechtlichen Normen in den Mittelpunkt gestellt. Die Verbindung der Diskussionen um Verrechtlichung, Weltgesellschaft und Global Governance verspricht nicht nur eine innovative analytische Perspektive, sie soll ebenso in die Lage versetzen, normative Fragestellungen besser herauszuarbeiten zu können.³⁷

Schließlich hängen die diagnostischen Fragen auch direkt mit normativen Problemlagen zusammen. Einzelne Momente der Höherrangigkeit, der Regierungsweise oder des Menschenrechtsschutzes dienen in der Regel als entschei-

34 | Vgl. Zürn, Michael/Binder, Martin/Ecker-Ehrhardt, Matthias: »International Authority and its Politicization«, in: International Theory – A Journal of International Politics, Law and Philosophy 4/1 (2012), S. 69-106; vgl. für einen Zugriff auf die Politisierung, die auch eine innerrechtliche Politisierung nachvollzieht: Liste, Philip: Völkerrecht-Sprechen. Die Konstruktion demokratischer Völkerrechtspolitik in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos 2012.

35 | Vgl. nur für den Bereich des Investitionsschutzrechts: Schneiderman, David: Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

36 | Dazu: H. Brunkhorst, Critical Theory of Legal Revolutions; C. Thornhill, A Sociology of Constitutions; Kjaer, Poul F.: Constitutionalism in the Global Realm. A Sociological Approach, London/New York: Routledge 2014; Holmes, Pablo: Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft. Differenzierungsprobleme des Rechts und der Politik im Zeitalter der Global Governance, Baden-Baden: Nomos 2013.

37 | So das Programm einer »Triangulation« bei Wiener, Antje: »Zur normativen Wende in den IB: Triangulation of a Different Kind«, in: Zeitschrift für internationale Beziehungen 17/2 (2010), S. 335-354, hier S. 338.

dende Indizien dafür, dass sich der demokratische Rechtsstaat doch als historische Universalie in die Weltgesellschaft verlängert. Dabei entstehen jedoch auf beiden Seiten – Faktizität und Normativität – massive blinde Flecken. Man mag die Menschenrechtsentwicklung zum Kernbestandteil für eine kosmopolitische Konstitutionalisierung erheben. Dass die Menschenrechte jedoch im Übergang zur Weltgesellschaft eine andere Rolle einnehmen, indem sie von ihrer Verbindung zum Demokratieprinzip entkoppelt werden und so eher eine Sprache bereitstellen, in der sich konkurrierende politische Projekte ausdrücken, kommt selten in den Blick.³⁸ Ähnliches gilt beispielsweise auch für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und die damit zusammenhängenden Grundfreiheiten der Europäischen Verträge. In der Euphorie für die sich längst abzeichnende Konstitutionalisierung der EU scheint allzu selten auf, dass sie vor allem das Binnenmarktpunkt absichert. Die einstweilige europäische Verfassung entbehrt bisher ein Äquivalent zu den sozialen Rechten der jeweiligen nationalen Grundrechtskataloge.³⁹ Auch im Bereich transnationaler Institutionen führt die Suche nach einzelnen Strukturelementen der Nationalverfassungen zu folgenreichen Kategorienfehlern. Der Basler Bankenausschuss beispielsweise organisiert Governancedialoge und Bürgerbeteiligungsverfahren.⁴⁰ Solche Mechanismen, von Teilen der zeitgenössischen Governanceforschung zum Ersatz für das Demokratieprinzip geadelt, versorgen die Entscheidungsträger nur zu oft mit diskursiven Schmiermitteln für ihre Eigeninteressen.⁴¹ Sie sind von einer demokratischen Regierungsart, die tatsächliche Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse beinhaltet, oft weit entfernt.

Bei allen kuriosisch eingeführten Beispielen besteht die Gefahr darin, dass mit der Annahme von konstitutionellen Strukturmerkmalen gleichzeitig davon ausgegangen wird, dass die Normativität des demokratischen Rechtstaats in den transnationalen Raum übertragbar ist und nur in disaggregierter Form verwirklicht wird. Demgegenüber soll hier eine Herangehensweise im Mittelpunkt stehen, die voraussetzt, dass der Übergang in die Weltgesellschaft mit einem Verfassungswandel einhergeht. Eventuell zeichnet sich dann in der Verfassungsbildung jenseits des Staates eine andere Form der Verfassung, ein an-

38 | Vgl. I. Maus, Über Volkssouveränität, S. 359 ff.

39 | Zur Kritik der marktliberalen Konstitutionalisierung siehe jüngst nur Joerges, Christian: »Recht und Politik in der Krise Europas«, in: Merkur 66 / 11 (2012), S. 1013-1024.

40 | Zur Partizipation der Zivilgesellschaft: Barr, Michael S./Miller, Geoffrey P.: »Global Administrative Law. The View from Basel«, in: European Journal of International Law 17 / 1 (2006), S. 15-46.

41 | Vgl. Kohler-Koch, Beate/Quittkat, Christine: Die Entzauberung partizipativer Demokratie. Zur Rolle der Zivilgesellschaft bei der Demokratisierung von EU-Governance, Frankfurt a. M./New York: Campus 2010.

derer Typ der Konstitutionalisierung ab, der die genannten Strukturmerkmale neu arrangiert und die Normativität der Verfassung massiv verändert. Indem die transnationale Verfassung ausschließlich mit der Verfassung des demokratischen Rechtsstaats erklärt wird, bleibt die spannende Frage offen: Welche beobachtbaren Sozialdynamiken der Weltgesellschaft rufen neuartige Formen der Verfassungsbildung hervor? Und vor allem: Von welchen Verfassungskämpfen und Widerspruchskonstellationen ist der transnationale Konstitutionalismus geprägt? Im Folgenden soll die *Frage nach dem konstitutionellen Terrain des Transnationalen und dem damit verbundenen Formwandel des Konstitutionalismus im Mittelpunkt der Diskussion stehen.*

III. DER WIDERSPRUCH DER VERFASSUNG MIT SICH SELBST. ANSCHLÜSSE AN HEGEL UND MARX

Das hier aufscheinende Grundmotiv, also die Frage nach dem Formwandel der Verfassung, entstammt einer theoretischen Traditionslinie, die auf die Kritik des Hegel'schen Staatsrechts durch den jungen Karl Marx zurückgeht.⁴² Hier hatte Marx ein Problem identifiziert, das sich wie ein roter Faden von der Hegel'schen Verfassungstheorie bis in die Weltgesellschaft zieht. Der Versuch, die Verfassungsbildung einfach dadurch aufzuklären, dass sie die schon bestehende Verfassungsbildung verlängert, muss scheitern, da die gesellschaftlichen Dynamiken, die sich in sie einschreiben, unberücksichtigt bleiben. In seinem Vorwort zur »Kritik der politischen Ökonomie« rekapituliert Marx seine Auseinandersetzung mit dem Hegel'schen Konstitutionalismus wie folgt:

»Meine Untersuchung [Kritik der Hegel'schen Rechtsphilosophie – d. Verf.] mündete in dem Ergebnis, daß Rechtsverhältnisse wie Staatsformen weder aus sich selbst zu begreifen sind noch aus der sogenannten allgemeinen Entwicklung des menschlichen Geistes, sondern vielmehr in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln, deren Gesamtheit Hegel, nach dem Vorgang der Engländer und Franzosen des 18. Jahrhunderts, unter dem Namen ‚bürgerliche Gesellschaft‘ zusammenfaßt, daß aber die Anatomie der bürgerlichen Gesellschaft in der politischen Ökonomie zu suchen sei.«⁴³

In dieser kurzen Passage verweist Marx auf ein Argument, das für seinen verfassungstheoretischen Standpunkt charakteristisch ist. Wenn »Rechtsverhältnisse« und »Staatsformen« nicht einfach aus Recht und Staat heraus ableitbar

42 | Vgl. Marx, Karl: »Kritik des Hegelschen Staatsrechts« (1843), in: ders./Engels, Friedrich: Werke. Band 1, Berlin: Dietz 1976, S. 203-333.

43 | Marx, Karl: »Zur Kritik der politischen Ökonomie« (1859), in: ders./Friedrich Engels, Werke. Band 13, Berlin: Dietz 1971, S. 3-160, hier S. 8.

sind (und auch nicht den Weltgeist säkularisieren), folgt daraus eine gegenseitige Verwiesenheit von Verfassung und Gesellschaft. Erst eine Untersuchung der »bürgerlichen Gesellschaft« und ihrer »politischen Ökonomie« ermöglicht eine hinreichend fundierte Diskussion *ihrer* Verfassung. Die Verfassung tritt als Verfassung einer spezifischen Gesellschaftsformation auf die Bühne der Geschichte, nicht als ewiges Prinzip. Selbst »universalistische Bewusstseinsstrukturen«, die in Verfassungen verankert sein mögen, sind immer Bestandteil einer spezifischen Form der Verfassung.⁴⁴ Nicht die Staatsverfassung als abstrakte Idee bringt die Gesellschaft hervor, sondern umgekehrt: In der Gesellschaft und ihren materiellen Lebensverhältnissen entstehen politisch-rechtliche Formen mit Verfassungscharakter. Man kann den Marx'schen Hinweis auf die politische Ökonomie als Einfallstor für vermeintlichen Ökonomismus lesen. Davon bleibt die grundlegende Einsicht allerdings, auch unter Verzicht auf die Zentralstellung der politischen Ökonomie, unberührt und hochgradig aktuell. Denn der Vorwurf an die klassische Verfassungstheorie lautet: Der Verzicht darauf, die eigenen Überlegungen an eine Analytik der materiellen Lebensverhältnisse anzubinden, die Verfassung also vom Staat und nicht von der Gesellschaft her zu denken, neigt dazu, ideologisch zu werden. Indem sie die politisch-rechtlichen Formen autonom stellt, mystifiziert die klassische Verfassungstheorie den Zusammenhang von Verfassung und Gesellschaft. Sie tut so, als ob es die Staatsverfassung selbst ist, die sich eine Gesellschaft nach ihrem Bilde formt. Deshalb fragt sie nicht danach, in welchem Verhältnis Verfassung und Gesellschaft zueinander stehen. Sie nimmt an, dass eine vernünftige Staatsidee die gesellschaftliche Realität immer schon vorgängig zu strukturieren vermag.

Obgleich Hegels bürgerliche Gesellschaft der Einsatz ist, an dem Marx zeigen kann, wie ihre Grundzüge in die Verfassung eingehen, kritisiert er doch scharf Hegels Entwurf einer konstitutionellen Monarchie, der in der Rechtsphilosophie vorliegt.⁴⁵ Der Fortschritt der Hegel'schen Gesellschaftstheorie wird gewissermaßen sofort wieder dadurch zunichtegemacht, dass er die bürgerliche Gesellschaft einem Verfassungsmodell unterstellen will, das auf eine sittlichkeitsverbürgende Staatssouveränität hinausläuft.⁴⁶ Die Integration gesell-

44 | Zur Einschätzung, dass sich schon im frühen bürgerlichen Privatrecht solche universalistischen Bewusstseinsstrukturen »verkörpern«: Habermas, Jürgen: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1976, S. 260.

45 | Vgl. Hegel, Georg W. F.: Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) (= Werke. Band 7), Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1986.

46 | Freilich kann die Hegel'sche Rechtsphilosophie nicht auf die bloße Verteidigung des Obrigkeitstaates reduziert werden; vgl. nur jüngst die Anschlüsse bei Honneth, Axel: Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit, Berlin: Suhrkamp 2011. Darüber hinaus wird in der Kritik des Hegel'schen Staatsrechts deutlich,

schaftlicher Sphären, die das Hegel'sche Modell prägt, steht unter Führung und Letztentscheidungskompetenz der fürstlichen Gewalt.⁴⁷ Marx bringt an dieser Stelle seine schon angedeutete Kritik am Staatsfetischismus ins Spiel: dass nämlich Hegel »den sich selbst wissenden und wollenden Geist« zur »Substanz des Staates« erklärt, was durch die Souveränität der fürstlichen Gewalt, das heißt des Staates selbst, ausgedrückt wird.⁴⁸ So schwinge sich der Monarch zum »Gottmenschen« als »wirkliche Verkörperung der Idee«⁴⁹ auf.

Bei Hegel, so lautet die Marx'sche Kritik, schleicht sich auf diese Weise die schon angemahnte Transsubstantiation im Verhältnis von Staatsverfassung und bürgerlicher Gesellschaft ein. Die Idee eines Staatsgedankens, der die Gesellschaft vernünftig von oben ordnet, wird zum Subjekt erhoben und nicht umgekehrt als Teil der Lebensverhältnisse kontextualisiert. Das staatssouveränistische Verfassungsdenken ruft verzerrende Effekte hervor, indem es den Staat zu einer Verwirklichungsinstanz der Vernunft erhebt, statt ihn aus der sozialen Evolution der modernen Gesellschaft heraus zu begreifen. Dies gilt für die Mystifizierung des Staates und seiner »Kraft zur Versöhnung«⁵⁰ genauso wie für die im Hegel'schen Entwurf angelegte Gliederung der Gesellschaft in unterschiedliche Sphären. Sie folgen einem jeweils eigenen, begrenzten Zweck, dem sie nur im Hinblick auf das Staatsganze nachkommen können. Als naturalisierende Festschreibung der bürgerlichen Verkehrsverhältnisse bleiben sie einer gesellschaftlichen Befragung entzogen. Die Gesellschaft regiert sich nicht im Medium der Verfassung selbst. Sie wird einer Vernunftregierung von oben unterworfen. Dabei strukturiert die Verfassung als Vermittlungsinstanz die Herrschaftsausübung des modernen Staates und sichert gleichzeitig als »Verfassung des Privateigentums« die Verkehrsverhältnisse der bürgerlichen Ge-

dass sich Marx durchaus eingehend mit Verfassungsfragen beschäftigt und dabei Recht und Verfassung nicht kategorisch zurückweist (siehe demgegenüber die stark rechtskritische Lesart des jungen Marx bei Abensour, Miguel: *Democracy against the State. Marx and the Machiavellian Moment*, Cambridge: Polity Press 2011). Vgl. auch für einen Versuch, die Marx'schen Frühschriften für Fragen des internationalen Rechts fruchtbar zu machen: Koskenniemi, Martti: »What Should International Lawyers Learn from Karl Marx?«, in: *Leiden Journal of International Law* 17/2 (2004), S. 229-246; im Hinblick auf den Republikanismus beim frühen Marx: Isaac, Jeffrey C.: »The Lion's Skin of Politics. Marx on Republicanism«, in: *Polity* 22/3 (1990), S. 59-85.

47 | Vgl. G. W. F. Hegel, *Rechtsphilosophie*, S. 441 ff.

48 | K. Marx, »Kritik der Hegelschen Staatsrechts«, S. 215.

49 | Ebenda, S. 225.

50 | So H. Brunkhorst in seinem Kommentar zu Marx' »18. Brumaire« mit Blick auf den Hegel'schen Etatismus, siehe ders.: »Kommentar«, in: ders. (Hg.), *Karl Marx, Der 18. Brumaire des Louis Bonaparte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2007, S. 133-328, hier S. 160.

sellschaft ab.⁵¹ Der Hegel'sche Konstitutionalismus ist vor allem eines: eine etatistische Herrschaftsform.

In der Kritik des Hegel'schen Staatsrechts endet der junge Marx ausdrücklich nicht mit einer kategorischen Zurückweisung. Hatte er die staatssouveräni stische Verfassung kritisiert, so nicht, um den modernen Konstitutionalismus nur auf seine herrschaftliche Faktizität zurückzuführen. Im radikal demokratischen Verfassungsverständnis der Französischen Revolution entdeckt der junge Marx nämlich ein emanzipatives Gegenprinzip, für das er beherzt Partei ergreift. Marx entpuppt sich als radikaler Demokrat. Denn die Idee einer demokratischen Verfassung und ihrer Volkssouveränität, das heißt der konstituierenden Macht des Volkes, sich eine Verfassung zu geben und sich in ihrem Rahmen selbst zu regieren, erscheint als qualitativ vollkommen anderes Moment, als ein der Staatssouveränität »ganz entgegengesetzter Begriff der Souveränität«⁵². Das Lob des revolutionären Demokratieprinzips findet viele Formeln. Die demokratische Verfassung sei »das aufgelöste Rätsel aller Verfassungen«, das »Wesen aller Staatsverfassungen« und noch die »Wahrheit der Monarchie«⁵³. Was Marx mit diesen Formulierungen im Blick hat, ist der Umstand, dass die demokratische Volkssouveränität eine doppelte historische Chance enthält. Sie trägt zur Entmystifizierung des Verfassungsdenkens bei und legt eine emanzipatorische Entgrenzung des Demokratieprinzips nahe, die tendenziell alle Herrschaftsverhältnisse der Kritik aussetzt. Im Gegensatz zu Hegel, der

»die moderne Entwicklungsgeschichte mit dem, was 1814 als Erbschaft Napoleons übrig geblieben war [...] beginnen lässt, geht Marx auf die gründende Verfassung der parlamentarischen Demokratie, die zwischen 1789 und 1794 mit Macht zur Wirklichkeit drängt, zurück«⁵⁴.

Indem die Französische Revolution die Forderung nach der Identität von Rechtsautoren und Rechtsadressaten erhoben und dem Volk die verfassungsgebende Kompetenz überignet hatte, ist nicht nur eine andere Regierungsart in den Vordergrund getreten, sondern eine viel weitergehende gesellschaftliche Wahrheit: dass die rechtlich-politischen Formen aus den gesellschaftlichen Lebensverhältnissen entspringen, von Menschen »gemacht« werden und damit veränderbar sind. Es ist weniger die Verfahrensgerechtigkeit, die Marx zum Anhänger der Volkssouveränität macht; eher ist es die historische Wahrheit, dass hier endlich eine nichtmystifizierende Perspektive auf gesellschaftli-

51 | K. Marx, »Kritik des Hegelschen Staatsrechts«, S. 303.

52 | Ebenda, S. 230.

53 | Ebenda, S. 230 ff.

54 | H. Brunkhorst, »Kommentar«, S. 162.

che Verhältnisse eingerichtet wird. Die konstituierende Macht des Volkes wirft schließlich nicht nur die Frage auf, inwieweit sich die Menschen als Autoren ihrer eigenen *Rechtsverhältnisse* verstehen, sondern sie eröffnet darüber hinaus zumindest die Möglichkeit, diese Befragung auf die Gesamtheit der gesellschaftlichen Verhältnisse auszuweiten. Denn offen ist, ob sich die Menschen auch als Autoren ihrer eigenen *Lebensverhältnisse* verstehen können. Insofern enthält die demokratische Verfassung ein emanzipatives Moment der Entgrenzung, das über den Staat hinausgetrieben werden kann.

Ausgehend von der konstituierenden Macht des Volkes zeichnet sich eine Tendenz zu weitergehenden Idealen gesellschaftlicher Emanzipation ab. In der Kritik des Hegel'schen Staatsrechts und in seinem Text »Zur Judenfrage« klingt das Projekt einer »wahren Demokratie«⁵⁵ an, in der die verselbstständigte Staatsform in die Gesellschaft zurückgenommen wird und der »Mensch seine forces propres als gesellschaftliche Kräfte erkannt und organisiert hat und daher die gesellschaftliche Kraft nicht mehr in Gestalt der politischen Kraft von sich trennt«⁵⁶. Marx korrigiert diesen Optimismus schnell wieder dadurch, dass er ebenso zeigt, wie die demokratische Verfassung mit ihrer Begrenzung auf die politische Sphäre zu einer »Halbheit der Emanzipation«⁵⁷ führt, wenn die Forderung nach Selbstregierung auf den Staat begrenzt bleibt. Trotzdem ist festzuhalten, dass in der demokratischen Verfassung, dort, wo die konstituierende Macht des Volkes zum Prinzip avanciert, ein gänzlich anderes Moment der modernen Verfassung aufscheint. Versucht der restaurative Konstitutionalismus Hegels die Gesellschaft als Organismus zu ordnen, ist es hier das »Regime der Unruhe«⁵⁸, das seine Selbstregierungsambitionen sogar über den politischen Staat hinaustreiben kann.

Folglich gibt es nicht die *eine* Verfassung, die durch begriffliche Arbeit eindeutig zu identifizieren ist. In der Verfassungsevolution liegt ein Widerspruch, eine Spaltung vor. Dies wird vor allem deutlich, wenn der junge Marx das Hegel'sche Zugeständnis an die demokratische Verfassung diskutiert. Hegel hatte in seinem Verfassungsentwurf eine »gesetzgebende Gewalt« eingeführt, die auf ständische Mitbestimmungsmechanismen hinausläuft.⁵⁹ Ihr charakte-

⁵⁵ | K. Marx, »Kritik des Hegelschen Staatsrechts«, S. 232.

⁵⁶ | Marx, Karl: »Zur Judenfrage« (1843), in: ders./Engels: Werke. Band 1 (1976), S. 347-377, hier S. 370; siehe für eine Rekonstruktion der Marx'schen Kritik am bürgerlichen Recht jüngst Menke, Christoph: »Die ›andre Form‹ der Herrschaft. Marx' Kritik des Rechts«, in: Rahel Jaeggi/Daniel Loick (Hg.), Nach Marx. Philosophie, Kritik, Praxis, Berlin: Suhrkamp 2013, S. 273-295.

⁵⁷ | K. Marx, »Zur Judenfrage«, S. 351.

⁵⁸ | Marx, Karl: »Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte« (1852), in: ders./Friedrich Engels, Werke. Band 8, Berlin: Dietz 1960, S. 111-207, hier S. 153.

⁵⁹ | G. W. F. Hegel, Rechtsphilosophie §298 ff., S. 465.

ristisches Merkmal ist es aber, dass sie der Staatssouveränität als Teilmoment untergeordnet ist. Sie kann nur Gesetze im Rahmen der Verfassung und dort in Übereinstimmung mit der fürstlichen Gewalt erlassen. Die Kompetenz der Verfassungsgebung und demokratischen Selbstregierung – das *pouvoir constituant* – erhält das Volk ausdrücklich nicht. Marx spürt hier einen irreduziblen Widerspruch auf:

»Die Kollision zwischen der Verfassung und der gesetzgebenden Gewalt ist nichts als ein Konflikt der Verfassung mit sich selbst, ein Widerspruch im Begriff der Verfassung. [...] Sie ist daher notwendig in sich selbst ein Traktat wesentlich heterogener Gewalten.«⁶⁰

Die Verfassung ist der Schauplatz eines Widerspruchs zweier kollidierender Gewalten. Zwar bleibt die gesetzgebende Gewalt bei Hegel noch durch die staatssouveräistische Verfassung gezähmt. Allerdings kann sich diese konservative Verfassungsarchitektur nicht als einheitlicher Aufbau präsentieren. Die Aufnahme einer gesetzgebenden Gewalt, die nicht unmittelbar dem Staat, sondern der Gesellschaft zugeordnet ist, gilt als Zeichen dafür, dass selbst das restaurative Denken am Beginn des 19. Jahrhunderts zu Zugeständnissen an die Volkssouveränität gezwungen ist. Im Fahrwasser der Französischen Revolution wird noch Hegels Entwurf als Traktat heterogener Gewalten lesbar, also als Ensemble widersprüchlicher Momente, die Marx sogleich – der Verfassungstheorie der Französischen Revolution folgend – als *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué*⁶¹ bezeichnet. Selbst der herrschaftliche Konstitutionalismus kann unter gewissen historischen Umständen zum Austragungsort von sozialen Konflikten und antagonistischen Widersprüchen werden.

Die eine Traditionslinie des Konstitutionalismus generiert im Grunde zwei kollidierende Subverfassungen: eine Verfassung der Herrschaftsausübung und eine Verfassung der Herrschaftskritik. Die Verfassung erscheint in zwei heterogene Teile gespalten, die jedoch beide ihre Haltepunkte in der einen Verfassung finden. Scheint die konstituierende Macht des Volkes in der Verfassung auf, wird es möglich, den herrschaftlichen Konstitutionalismus am Maßstab der Demokratie zu befragen. Verfassungskämpfe sind die notwendige Folge dieser Teilung der einen Verfassung in zwei konkurrierende Momente des Konstitutionalismus. Dann wird das Terrain der Verfassung zu dem Ort, der es ermöglicht, Herrschaftskonflikte in den Widerspruch der beiden Subverfassungen der einen Verfassung zu übersetzen.⁶² Der moderne Konstitutiona-

60 | K. Marx, »Kritik des Hegelschen Staatsrechts«, S. 260.

61 | Bzw. als *assemblée constitutante* und *assemblée constituée*, ebenda.

62 | Abensours Rekonstruktion der Marx'schen Demokratie- und Staatskritik weist zwar plausibel die noch weiter auszuführenden Parallelen (vgl. den vierten Teil, ab S. 179) zu radikalen Demokratietheorien nach, die Verfassung, also das Terrain, auf dem sich

lismus wird zur Bühne des Konflikts zwischen »zwei bereits ›existierenden‹ (Hegel), also geschichtlich wirksamen Verfassungsbegriffen, die miteinander konkurrierten«⁶³.

Auf diese Weise scheiden allzu lineare Perspektiven auf den eigentlichen Sinn des Konstitutionalismus aus: Weder ist er der Anknüpfungspunkt für eine einseitige Fortschrittsgeschichte und per se aufs Demokratische gerichtet noch die bloße Hülle einer sich ausweitenden staatlichen Repressionsgewalt. Als Traktat heterogener Gewalten entzieht er sich einer einseitigen Zuordnung zur demokratischen oder zur herrschaftlichen Verfassung. Er hat zwei Seiten.

Genau jener »Widerspruch der Verfassung mit sich selbst« (Marx) gibt das Leitmotiv der folgenden Untersuchungen vor. Die Annahme ist dabei, dass die transnationale Konstitutionalisierung den Widerspruch zwischen herrschaftlicher und demokratischer Verfassung erbt. Dabei erfahren die beiden Seiten nicht einfach eine Verlängerung. Im Prozess der Transnationalisierung werden sie umgearbeitet. Das Terrain für mögliche Verfassungskonflikte verschiebt sich. Die vorliegende Studie fragt danach, (1) wie diejenigen (welt-)gesellschaftlichen Verhältnisse zu fassen sind, mit denen ein Formwandel des Konstitutionalismus einhergeht (zweiter Teil, ab S. 33), (2) wie zeitgenössische Verfassungstheorien den diagnostizierten Formwandel und seine Widersprüche bearbeiten (dritter Teil, ab S. 115) und schließlich (3) wo das demokratische Moment in der Weltgesellschaft noch Ansatzpunkte finden könnte (vierter Teil, ab S. 179).

IV. VERFASSUNGSSOZIOLOGIE

Aus der Rekonstruktion der Verfassungstheorie des jungen Marx folgen zwei weitere Weichenstellungen: Die erste besteht darin, dass eine Diskussion der

Herrschaftskritik und Herrschaftsausübung treffen, bleibt eine Leerstelle. Für Abensour beginnt die Marx'sche »wahre Demokratie« überhaupt erst jenseits des Staates, siehe M. Abensour: *Democracy against the State*, insbes. S. 47 ff. Die Annahme der beiden Subverfassungen weist eher Parallelen zu Balibars Unterscheidung zwischen einer »Politik der Verfassung« und einer »Politik der Insurrektion« auf, vgl. Balibar, Etienne: *Die Grenzen der Demokratie*, Hamburg: Argument-Verlag 1993, S. 113. Aber auch diese Unterscheidung schlägt das Recht und die Verfassung eher der herrschaftlichen Seite zu. Im Laufe der Argumentation wird sich zeigen, dass gerade auch die »revolutionäre« Seite nicht vollständig auf die Form verzichten kann (vgl. Epilog, ab S. 207).

63 | H. Brunkhorst, »Kommentar«, S. 163; vgl. auch die Analyse der Verwendungweise des Demokratiebegriffs in den sozialen Bewegungen des frühen und mittleren 19. Jahrhunderts bei Draper, Hal: *Karl Marx's Theory of Revolution III. The »Dictatorship of the Proletariat«*, New York: Monthly Review Press 1986, S. 59 ff.

Verfassungsfrage nur sinnvoll als Bestandteil einer Theorie der Gesellschaft erfolgen kann. Wenigstens muss sie gesellschaftstheoretische Anleihen vornehmen, um nicht in Zirkelschlüsse zurückzufallen oder die Verfassung zu einer vorsozialen Entität zu verdinglichen. Um diese gegenseitige Verwiesenheit von Gesellschaft und Verfassung zu kennzeichnen, bietet sich eine Perspektive an, die nicht in der Analyse politisch-rechtlicher Verfahren verharrt, sondern sie als Bestandteil spezifischer Gesellschaftsformationen ausleuchtet. In der jüngeren Diskussion ist in diesem Zusammenhang zunehmend von einer Verfassungssoziologie die Rede.⁶⁴ Diese Herausforderung ruft sogleich einen Ersetzungsbedarf auf. Während Marx und Hegel ihre verfassungstheoretischen Überlegungen im Hinblick auf die nationalstaatlich eingehetzte bürgerliche Gesellschaft entwickelten, stellt sich die Verfassungsfrage heute in der funktional ausdifferenzierten Weltgesellschaft.⁶⁵ Der *zweite Teil* (ab S. 33) der vorliegenden Arbeit versucht diesen Ersetzungsschritt zu leisten. Er fragt nach den charakteristischen Merkmalen der postnationalen Konstellation, nach ihren Sozialdynamiken und Konfliktverhältnissen. Dabei soll die systemtheoretische Weltgesellschaftsdiagnose mit der postmarxistischen Hegemonietheorie so verbunden werden, dass die offensichtlichen Mängel einer bloßen Ausdifferenzierungsthese eingeholt werden. Erst als fragmentierte Hegemoniekonstellation wird die Weltgesellschaft wirklich lesbar; erst vor diesem Hintergrund kann der Formwandel des Konstitutionalismus erhellt werden.

Schließlich geht es nicht einzig um die neuartige Koppelung zwischen Recht und Politik. Zumeist tauchen hintergründige Beschreibungen auf, die den Zustand der Weltgesellschaft als Ganze betreffen: Seien es die funktionale Differenzierung und ihre negativen Externalitäten, sei es die neoliberale Weltwirtschaft, die sich eine rechtlich-politische Verfassung nach ihrem Bild erschafft oder sei es das dezisionistische Machthandeln einzelner Nationalstaaten, dem durch eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts begegnet werden soll. Eine angemessene Diskussion der Verfassungsfrage muss sich bestimpter Grundzüge der Weltgesellschaft versichern. Sie sollte zeigen, wie es zu einer Weltgesellschaft kommt, welche grundlegenden Konflikte auftauchen, wie die neuen Ordnungsmuster zu charakterisieren sind. Gefragt ist eine Perspektive,

64 | Vgl. C. Thornhill, *A Sociology of Constitutions*; Teubner, Gunther: »Das Projekt der Verfassungssoziologie. Irritationen des nationalstaatlichen Konstitutionalismus«, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 32/2 (2011), S. 189–204; P. F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm*.

65 | Vgl. Luhmann, Niklas: »Die Weltgesellschaft« (1971), in: ders., *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Wiesbaden: VS-Verlag 2005, S. 63–88.

die an der Grenze von Politik, Recht und Sozialwissenschaft generiert wird.⁶⁶ Sie steht vor der Herausforderung,

»real ablaufende Konstitutionalisierungsprozesse außerhalb der Nationalstaaten empirisch zu untersuchen, eine Theorie des transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus zu entwerfen [und schließlich] soziologische Problemvorgaben für normative Perspektiven in Politik und Recht zu entwickeln«⁶⁷.

Hier taucht eine Schwierigkeit auf. Die empirische Untersuchung von Verfassungsphänomenen ist fraglos notwendig. Sie ruft jedoch ebenso die Gefahr einer Rücknahme der Verfassungsdiskussion in den Zirkel von Beispiel und Gegenbeispiel hervor. Die einen beobachten eine Konstitutionalisierung der digitalen Welt im Bereich der *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Sie regelt die Adressvergabe im Internet.⁶⁸ Die anderen beschreiben solche Prozesse weder als Verfassungsbildung noch erachten sie diese neuartigen Verrechtlichungsmechanismen für konstitutionell.⁶⁹ Für diejenigen, die sowieso daran festhalten, dass die Nationalstaaten das »Monopol physischer Gewaltsamkeit« (Weber) – trotz Globalisierung – vereinnahmen,⁷⁰ ist die ICANN vielleicht interessant, als Gegenstand einer Verfassung jedoch ungeeignet und ohne jeden prognostischen Charme für die Weltgesellschaft als Ganze. Von ordoliberaler und neomarxistischer Seite wird eingewendet: *It's the economy stupid.* Nur Fälle aus Weltwirtschaft, Finanzmärkten oder europäischer Binnenmarktintegration erhalten hier die nötige Verfassungsdignität. Sicherlich ist die Untersuchung empirischer Beispiele aufschlussreich. Man kommt allerdings auch hier ohne eine Klärung sozialtheoretischer Grundfragen nicht aus. Wie sich der Übergang zur Weltgesellschaft darstellt, wel-

66 | Vgl. zu den Erfordernissen einer »transdisziplinären« Methode: A. Wiener, Zur normativen Wende in den IB, insbes. S. 338; Niesen, Peter: »Internationale Politische Theorie: Eine disziplinengeschichtliche Einordnung«, in: Zeitschrift für internationale Beziehungen 17/2 (2010), S. 267-277.

67 | G. Teubner, »Das Projekt der Verfassungssoziologie«, S. 190.

68 | Karavas, Vagias: »Governance of Virtual Worlds and the Quest for a Digital Constitution«, in: Christoph Beat Graber/Mira Burri-Nenova (Hg.), Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity. Transdisciplinary Enquiries, Cheltenham: Edward Elgar 2009, S. 153-169.

69 | Vgl. D. Grimm, »The Achievement of Constitutionalism in a Changed World«.

70 | Vgl. u. a. Müller, Harald: »Staatlichkeit ohne Staat? Ein Irrtum aus der europäischen Provinz«, in: Nicole Deitelhoff/Jens Steffek (Hg.), Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter, Frankfurt a. M.: Campus 2009, S. 221-258; Ten Brink, Tobias: Geopolitik. Geschichte und Gegenwart kapitalistischer Staatenkonkurrenz, Münster: Westfälisches Dampfboot 2008.

che neuartigen Interaktionsverhältnisse von Recht, Politik und Gesellschaft entstehen, welche Widersprüche auftauchen, welche Fälle von prognostischer Relevanz sind und welche nicht – all diese Fragen machen ein Verständnis derjenigen Prozesse notwendig, die überhaupt die globale Verfassungsfrage aufwerfen. Deshalb widmet sich das erste Kapitel der Frage nach der Weltgesellschaft. *Die dabei zugrundeliegende These lautet: Die Weltgesellschaft ist als fragmentierte Hegemoniekonstellation zu begreifen, in der sich ein Formwandel des Konstitutionalismus vollzieht.*

Die nächste, zweite Umstellung, die sich aus der Rekonstruktion der Verfassungstheorie des jungen Marx gewinnen lässt, zielt auf den Widerspruch in der Verfassungsevolution. Demnach gibt es nämlich keinen eindeutigen »richtigen« Begriff der Verfassung, der über seine historischen Ausprägungen erhaben ist. Was vorliegt, sind spezifische Beziehungen zwischen Recht, Politik und Gesellschaft, die in der Form der Verfassung bestehende Muster der Herrschaftsausübung absichern und ermöglichen. Unter Formwandel wäre also zu verstehen, dass ein Veränderungsprozess stattfindet, der bestimmte Strukturmerkmale des Konstitutionalismus in die Weltgesellschaft fortschreibt. Diese werden aber so grundlegend transformiert, dass man von einer anderen Form des Konstitutionalismus ausgehen muss.⁷¹

Dies betrifft natürlich auch das Verhältnis von Herrschaftsausübung und Herrschaftskritik. Zwar fand mit der konstituierenden Macht des Volkes eine entgrenzte Herrschaftskritik ihren gründenden Eingang in die Verfassungsevolution, jedoch entzieht sie sich einer eindeutigen Zuordnung zu einer der beiden Seiten; vielmehr ist zu betrachten, wie beide Seiten aufeinander bezogen sind. Im *dritten Teil* (ab S. 115) soll diesem Problem nachgespürt werden. Die Annahme ist, dass die Weltgesellschaft den Widerspruch zwischen herrschaftlichem und demokratischem Konstitutionalismus erbt, die vorliegenden Reflexionen allerdings noch keine Mittel dafür gewonnen haben, den Widerspruch adäquat zu bearbeiten.

Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass es zu einseitig wäre, den Formwandel nur für die eine, herrschaftliche Seite anzunehmen. Auch die andere Seite, das Prinzip der demokratischen Verfassung, erlebt eine Veränderung, wenn es dem Übergang in die Weltgesellschaft ausgesetzt ist. Im *zweiten Teil* wird deshalb demonstriert, dass zeitgenössische Verfassungstheorien daran scheitern, diesen Formwandel hinreichend auszuarbeiten. Neuere Diskussionen um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts berücksichtigen die Transformation der Verfassung zu wenig. Der transnationale gesellschaftliche Konstitutionalismus legt dagegen eine ausführliche Betrachtung zu den

71 | Davon bleibt die Annahme, dass die Verfassung als höherrangige Form zu verstehen ist, unberührt.

Veränderungen vor.⁷² Ihm gelingt es jedoch nicht, den Formwandel als Herrschaftsproblem so zu reformulieren, dass die demokratische Verfassung noch eine Rolle in der Weltgesellschaft spielen kann.

Deshalb schlägt der *vierte Teil* (ab S. 179) prognostische Überlegungen zum Problem der demokratischen Verfassung vor. Die Aussichten sind dabei düster. Bisher sind diejenigen großen Geschichtszeichen und radikaldemokratischen Verfassungsrevolutionen, wie sie Marx in der Französischen Revolution für die bürgerliche Gesellschaft ausgemacht hat, in der Weltgesellschaft ausgeblieben. Die erste, herrschaftliche Seite der Verfassungsevolution gewinnt an Dominanz. Die konstituierende Macht des Volkes taucht zumeist gar nicht mehr auf und wenn, dann in korrumpter Fassung, als Governance – ein Problem, das Marx schon in Hegels Ständeverfassung angelegt sah: »Das Volk ist hier schon so zubereitet, wie es in dem betrachteten Organismus zubereitet sein muß, um keinen entschiedenen Charakter zu haben.«⁷³ Unter diesen Bedingungen bleibt es dem pouvoir constituant vorbehalten, sich negativ als »*absetzende Macht*«, als pouvoir destituant, zu artikulieren. Um überhaupt wieder eine Einstreibung der demokratischen Verfassung in den transnationalen Konstitutionalismus zu erreichen, wird es erst einmal negativ ansetzen müssen. Nicht gesetz- und verfassungsgebend, sondern in Bezug auf die Verfassungsbildung jenseits des Nationalstaats: ab- bzw. ent-setzend.⁷⁴ Erst im Zuge einer Entleerung des transnationalen Konstitutionalismus von seinen ihn bisher bestimmenden Programmen und Politiken kann sich der Raum für eine erneute Einstreibung des Widerspruchs in den Konstitutionalismus öffnen. Dabei tritt der einheitliche *populus* der Staatsverfassung als Träger der konstituierenden Macht zu Gunsten von eher *plebeischen* Handlungsformen zurück, die darauf zielen, das herrschaftskritische Moment noch präsent zu halten.

72 | Zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts vgl. J. Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«; zum gesellschaftlichen Konstitutionalismus: G. Teubner, *Verfassungsfragmente*.

73 | K. Marx, »Kritik des Hegelschen Staatsrechts«, S. 273.

74 | Dazu ausführlicher im vierten Teil, ab S. 179; vgl. auch für die freilich etwas anders geartete, von innen her im Rechtsprozess ansetzende Figur einer Ent-Setzung des Rechts im Anschluss an Walter Benjamins »Kritik der Gewalt«: Menke, Christoph: Recht und Gewalt, Berlin: August-Verlag 2011, S. 59 ff.

