

II. Entgrenzungsformen

Zwischen Berechtigung und demokratischer Befähigung muss unterschieden werden. Dieser Unterschied wird im Rahmen des demokratischen Rechtsstaates auf ganz verschiedene Weise verstanden. Entweder werden, so bei Habermas, Rechte entlang von öffentlichen Begründungsdiskursen mit der Idee der Volkssouveränität verknüpft. Entsprechend gilt es dann, politische und andere subjektive Rechte zu differenzieren. Oder subjektive Rechte schlechthin werden, wie bei Ladeur und Colliot-Thélène, mit den funktionalen Erfordernissen gesellschaftlicher Selbstorganisation bzw. mit den normativen Forderungen der Rechtsgleichheit kurzgeschlossen. Hier ist die Form der Rechte, dort das Verfahren der Gesetzgebung von entscheidender Bedeutung. Hier sind nur politische, dort alle Rechte politische Rechte. Doch überzeugender, als die Souveränität des Volkes entweder vorauszusetzen oder schlichtweg aufzugeben, ist es, mit Lefort, jene demokratische Funktion der Rechte so zu rekonstruieren, dass die Herrschaft des Volkes durch deren Inanspruchnahme egalitär durchbrochen wird. Fundamentale Rechte konfrontieren die Selbstsetzungen der Herrschaft mit dem uneingelösten Anspruch der Gleichberücksichtigung und wirken insofern als ein Medium demokratischer Repräsentation.¹

Demokratische Befähigung bezeichnet jedenfalls die gleichen Teilhabemöglichkeiten am Prozess der Rechtserzeugung. Damit stehen die skizzierten Positionen allesamt vor dem Problem, dass der Unterschied von Berechtigung und Befähigung, den es zu fassen gilt, von den Eigenschaften eben dieses Prozesses abhängig ist. Dass und wie also ein subjektives Recht in den Operationen des Rechts relevant wird, entscheidet darüber, ob es auf egalitäre Weise dazu befähigt, Recht zu erzeugen – oder nicht. Dieses Problem bleibt aber in den Bahnen des demokratischen Rechtsstaates meistens ein nachgeordnetes. Das ist insbesondere der Fall, solange davon ausgegangen werden kann, dass das Recht ein hierarchisches Normensystem darstellt, das die Rede von fundamentalen Rechten bzw. Grundrechten erst sinnvoll macht. Hier geht es dann vielfach um Rechte als ein Verteilungsproblem (vgl. Lessenich 2019), nicht aber um die Rolle der Rechte als der »letzte Bezugsrahmen« des Rechts. Kämpfe um die Ausweitung der Rechte wurden und werden ja gerade deshalb geführt, weil Rechte eine solche, im Wortsinn basale Funktion der rechtmäßigen Opposition wahrnehmen können. Ganz anders stellt sich die Situation dar, sobald dieses Normensystem sich als porös erweist. Denn sobald die einzelnen Operationen des Rechts, wie es in der transnationalen Konstellation der Fall ist, keinen formalen Erzeugungszusammenhang mehr

1 Siehe dazu insgesamt *Teil I*.

bilden, wird der Status der Rechte als Grund der (verfassungs-)rechtlichen Ordnung prekär. Schließlich haben wir es in der transnationalen Konstellation nicht nur mit der bloßen Vervielfältigung von rechtserzeugenden Instanzen zu tun, die eine vermeintlich geordnete Rechtswelt des Staates durcheinander bringt. Die Vielfalt rechtlicher Ordnungen und Regime allein, etwa infolge der Auswanderung von Herrschaftsfunktionen aus der Enge des Staates in die Weite der globalisierten Welt, ist kein exklusives Merkmal der transnationalen Konstellation² – auch wenn dieser »Polyzentrismus der Rechtserzeugung« (Kadelbach/Günther 2011: 33) sicherlich ein Kennzeichen dieser Konstellation darstellt. Das Rechtserzeugungsmonopol des Staates wird seit längerer Zeit faktisch aufgebrochen (oder hat es sogar nie gegeben), wie in akteurszentrierten Untersuchungen des Rechts der transnationalen Konstellation deutlich wird. Wesentlich für den *Prozess* transnationaler Rechtserzeugung sind aber die normativen Interaktionen zwischen diesen unterschiedlichen Zentren der Rechtsproduktion. Anders formuliert: für das Recht als Mittel der Herrschaftslegitimation ist die Vervielfältigung von Recht und Verfassung (nur) dann und deshalb bedeutsam, wenn jene Vielfalt mit der Ausbildung von Verhältnissen, mit Verflechtungen und Verstrickungen unterschiedlicher Rechtsordnungen, einhergeht.

Das Faktum des Rechtspluralismus ist erst einmal ein rechtssoziologischer Befund. Es wird aber mehr als das, sobald die verschiedenen Ordnungen füreinander wirksam werden, sobald sich also dichte oder auch nur punktuelle Verknüpfungen zwischen diesen Ordnungen und »ihren« Normen herausbilden. Jene Verstrickungen und Verschränkungen werden hier als *Prozess der Entgrenzung* gefasst. Der Ausdruck beschreibt in der Folge ein rechtsnormatives Phänomen: eine Veränderung in der Art und Weise, wie die Normativität des Rechts (re-)produziert wird. Weil das Recht Normativität ist, handelt es sich dabei um eine Veränderung der Rechtsform. Dieser Formwandel des Rechts geht über einen »Vorrang ohne Hierarchie« hinaus.³ Die verschiedenen Rechtsordnungen werden in der transnationalen Konstellation nicht wieder in eine Anordnung gebracht. Zu beobachten ist vielmehr, dass Rechtsordnungen zusammenwirken und derart, durch und aufgrund dieser Verflechtungen, Recht erzeugen. Im klassischen, staatlich begründeten Bild ist die Geltung (und das bedeutet: die Existenz)⁴ einer Norm als Folge der Zugehörigkeit und die Zugehörigkeit einer Norm als Konsequenz der Geltung

- 2 Vgl. zur langen Geschichte des Rechtspluralismus u.a. Tamanaha (2008), Meder (2009), Jansen (2010).
- 3 Mit diesem Ausdruck beschreibt Sauer (2013) jene Derogationsnormen oder Kollisionsregeln, die eine Wiederherstellung eindeutiger Geltungschancen bewirken.
- 4 Denn »Geltung« bezeichnet »die spezifische Existenz einer Norm.« (Kelsen 1960: 9)

bestimmt: Eine Norm gilt, weil die Norm zur jeweiligen Ordnung gehört, und sofern die Norm zur jeweiligen Ordnung gehört, gilt die Norm. Der Vorgang der Rechtserzeugung stellt sich entsprechend als ein einheitlicher, exklusiver Zusammenhang der Normgenese dar. Transnationales Recht entsteht hingegen durch die Überschreitung der vormals festgesteckten Grenzen einzelner Rechtsordnungen, als Vollzug oder Prozess der Entgrenzung. Das kann man auch so formulieren, dass die Geltungschance sowie der Inhalt einzelner Normen erst im Rahmen dieser normativen Interaktionen bestimmt wird.⁵ (Und das schließt Rechte als eine Gruppe von Rechtsnormen natürlich ein.) Das Recht der transnationalen Konstellation ist poröses oder eben: *entgrenztes* Recht.

Transnationales Recht so verstanden ist mit der Zerfaserung der Herrschaft und dem Faktum des Rechtspluralismus zwar verknüpft, es bildet diese beiden Entwicklungen jedoch nicht einfach ab. Ich argumentiere deshalb auf den folgenden Seiten, dass ein tragfähiger Begriff der transnationalen Konstellation die Unterscheidung von staatlichen (»öffentlichen«) und nicht-staatlichen (»privaten« oder »gesellschaftlichen«) Instanzen der Rechtserzeugung als zentrales Bestimmungsmerkmal relativieren und vielmehr auf die Veränderung der Selbstbeschreibung des Rechts fokussieren sollte. Transnationales Recht – das Recht (in) der transnationalen Konstellation – bezeichnet zuerst eine andere Vollzugsform des Rechts. Es ist eine andere Form des rechtserzeugenden Prozesses: nicht ein Prozess der Konkretisierung genereller Normen, sondern ein Prozess der Interdependenz verschiedener Rechtsordnungen. Diese Interpretation grenzt sich von einer akteurszentrierten Perspektive ab, die bei der Multiplikation der rechtsetzenden Verfahren und Institutionen verharret. Der neue »Polyzentrismus« des Rechts beschreibt in dieser Perspektive »die Tatsache, dass neue Teilnehmer Zugang zum juristischen Diskurs erhalten haben, in dem der sich ständig verändernde Inhalt der Rechtsordnung festgelegt wird.« (Tuori 2014: 24) In der akteurszentrierten Hinsicht bezeichnet transnationales Recht die Vervielfältigung der Quellen des Rechts, die weitgehend unabhängig von und tendenziell in Konkurrenz zur Souveränität des Staates sprudeln. Dass dessen Monopol der Rechtserzeugung erodiert, ist in diesen Ansätzen ein Beleg des Bedeutungsverlustes des Staates aufgrund der Umstände der Globalisierung. Eben dieser Bedeutungsschwund führt insofern zur Multiplikation rechtlicher Ordnungen, als eine Vielzahl von Assoziationen,

- 5 Der technische Begriff der Rechtsordnung bleibt dabei auch abseits der institutionellen und epistemischen Bedingungen des Staates (und der staatsorientierten Rechtswissenschaft) relevant, denn »Entgrenzung« bezeichnet kein normatives Chaos, sondern eine Weise der Rechtsproduktion, die jene hierarchischen Ableitungsbeziehungen des *Rechts der Rechtsordnung* unterläuft.

Verbänden und Institutionen geradezu zwangsläufig⁶ in das neue Vakuum vorstoßen und »jenseits des Staates« Recht erzeugen. Das Recht der transnationalen Konstellation beschreibt jedoch nicht, so möchte ich zeigen, eine neue Ära, in der ein plurales *Weltrecht* an die Stelle von oder neben die staatlichen und zwischenstaatlichen Rechtsordnungen getreten ist.⁷ Vielmehr handelt es sich bei der transnationalen Konstellation um eine Entgrenzung rechtlicher Ordnung(en), und damit um ein Recht, dessen Normativität nicht entlang hierarchischer Ableitungsbeziehungen und eindeutiger Vorrangrelationen konzipiert werden kann. Der technische (logische) Begriff der Rechtsordnung kann solche Verstrickungen, wie sie für den Prozess transnationaler Rechtserzeugung charakteristisch sind, kaum denken. Aber sie passieren trotzdem. Das Adjektiv »transnational« verweist damit auf einen Umbruch in der Art und Weise, wie Recht erzeugt wird: transnationales Recht ist die Vollzugsform normativer Interdependenz.

Dieser Umbruch ist mit gravierenden Konsequenzen für den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung verbunden. Denn unter den Bedingungen transnationaler Rechtserzeugung kann die demokratische Funktion der Rechte nicht mehr ausgehend von einer einzelnen Rechtsordnung beschrieben und bewertet werden, die diese Rechte garantiert. Die Frage, ob der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation noch einmal etabliert werden kann, muss deshalb als Frage nach der Qualität der normativen Interaktionen – als Frage, *wie* diese Verstrickungen und Verschränkungen des transnationalen Rechtserzeugungsprozesses sich vollziehen – gestellt werden. Das ehemals hintergründige Problem, wie Rechte rechtlich relevant werden, rückt nun ins Zentrum. Dieses Problem muss dabei zugleich präziser gefasst werden: Weil transnationales Recht ein Phänomen der Interdependenz ist, gilt es, die Techniken zu identifizieren und kritisch zu beleuchten, die jene Verstrickungen ermöglichen und prägen, also als *Entgrenzungsformen* wirksam werden. Verfassungs- und demokratietheoretische Untersuchungen müssen diese Techniken der Vermittlung unterschiedlicher (und potentiell konfligierender) Rechtsordnungen miteinbeziehen, denn nur deren Analyse kann den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung in der transnationalen Konstellation aufklären.

Der Formwandel des Rechts und die zur Debatte gestellte Analyseperspektive der Entgrenzungsformen sollen nun eingangs genauer erläutert

- 6 »Wenn Staat und internationale Organisationen ausfallen, muss zwangsläufig die Gesellschaft selbst die Regelbildung übernehmen.« (Vielleschner 2013: 223)
- 7 Vgl. dazu Berman (1995). Zum Weltrecht als »dritte Rechtsordnung«, erzeugt und durchgesetzt von nicht-staatlichen Akteuren, vgl. auch Voigt (2008).

werden. Diese Ausführungen bereiten die anschließenden Diskussionen im dritten und vierten Kapitel vor, die zuerst den Umgang mit der Entgrenzung des Rechts in ausgewählten Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus aufgreifen und danach mit der Technik der Verhältnismäßigkeit eine konkrete Entgrenzungsform detaillierter beleuchten. Es wird sich zeigen, dass jene Konzeptionen die Verstrickungen transnationaler Rechtserzeugung registrieren wie forcieren und dazu durchaus auch den Techniken Beachtung schenken, die diese Verstrickungen befördern. Doch weil diese Konzeptionen von dem Ziel geleitet sind, die neue Vielfalt des Rechts zu erhalten, geraten die normativen Folgen aus dem Blick, die jene Techniken für die Verfassung der Vermittlung haben.

Ein entgrenztes Recht

Transnationales Recht wird vielfach über den Kontrast zur Rechtsproduktion des Staates bestimmt. Es bezeichnet sodann das Recht der Globalisierung, das von nicht-staatlichen Instanzen »spontan«⁸ gesetzt und teilweise auch durchgesetzt wird. Beobachtet wird eine, verursacht durch den Prozess weltweiter Vernetzung, Multiplikation von alternativen Verfahren und Institutionen der Rechtserzeugung, die diese verdichteten (ökonomischen, kulturellen etc.) Beziehungen in der Form von weitgehend selbstständigen Rechtsordnungen kodifizieren. Transnationales Recht ist demnach zuerst und vorrangig ein von der nationalstaatlichen Gesetzgebung separiertes – und diese potentiell unterminierendes – Recht. Es ist aber zumindest begriffsgeschichtlich zu bedenken, dass die Debatte um transnationales Recht zu Beginn eher konzeptuelle als definitorische Unsicherheiten adressiert hatte. Es ging weniger um die adäquate Bezeichnung einer distinkten Gruppe von Rechtsregeln oder -ordnungen als eher um die treffende Beschreibung einer Rechtswelt, die sich von der Idee ablöst, dass zugehörige und »fremde« Rechtsnormen eindeutig unterschieden werden können. In seinen *Storrs Lectures* (1956), die »transnationales Recht« erstmals auf umfangreiche Weise besprechen, führt Philip Jessup in diese doppelte Problematik der Definition und der Konzeption dessen, was und wie transnationales Recht ist, folgendermaßen ein:

Ein Teil der Schwierigkeit bei der Analyse der Probleme der Weltgemeinschaft und des Rechts, das sie regelt, ist das Fehlen eines geeigneten Wortes [...] für die Regeln, über die wir sprechen. So wie das Wort »international« nicht adäquat ist, um das Problem zu beschreiben, wird auch der Ausdruck »internationales Recht« nicht ausreichen. [...] Ich werde statt

8 Zur Unterscheidung zwischen spontanem und (staatlich) initiiertem »privaten« Recht vgl. Bumke/Röthel (2012).

»internationales Recht« den Ausdruck »transnationales Recht« verwenden, um alles Recht zu erfassen, das Handlungen oder Ereignisse regelt, die die nationalen Grenzen überschreiten. Dazu gehören sowohl öffentliches Recht als auch internationales Privatrecht sowie andere Regeln, die sich nicht vollständig in solche etablierten Kategorien einordnen lassen. (Jessup 1956: 1f.)

Die transnationalen Szenarien, die Jessup beschreiben möchte, aber mit den herkömmlichen Kategorien nicht beschreiben kann, betreffen die Interaktionen zwischen Staaten ebenso wie die Aktivitäten einzelner Individuen, internationaler Organisationen oder wirtschaftlicher Unternehmen, die die nationalen Grenzen überschreiten. Entscheidender sind für Jessup aber konzeptuelle Innovationen, die mit diesen Vorgängen verknüpft sind. Denn jene »Handlungen und Ereignisse« machen es hinsichtlich der Bestimmung geltenden Rechts erforderlich, dass rechtspraktische Fragen der Anwendbarkeit über rechtstheoretische Fragen der Klassifikation privilegiert werden. Transnationales Recht beschreibt damit eine Form der Rechtspraxis, die Bezugspunkte⁹ nahelegt, die nicht den Binnendifferenzierungen der staatlichen Rechtswelt folgen und so die verfügbare Regelmengende erweitern: »Die Verwendung transnationalen Rechts würde einen größeren Vorrat an Regeln bieten, auf die man zurückgreifen könnte« (ebd.: 15). Dabei muss die Auswahl der Regeln keinerlei im Voraus festgelegten Kriterien, wie z.B. der Territorialität oder der Nationalität, folgen (vgl. ebd.: 106). Transnationales Recht ist somit, obwohl oder gerade weil Jessup das Problem des Umganges mit konkreten Konflikten in den Fokus rückt, auf eine Verwendungsweise von Recht, auf einen spezifischen Rechtsvollzug ausgerichtet. Transnationales Recht ist eine Art und Weise, die Vielfalt des Rechts zu gebrauchen. Dass es Jessup unterlässt, zwischen internationalem und transnationalem Recht klar zu unterscheiden, wie in der Rezeption bis heute bemängelt wird (vgl. Noortmann 2015), verfehlt also insofern den Punkt, als transnationales Recht kein distinktes Rechtsgebiet, sondern die Praxis der übergreifenden Berücksichtigung von vormals separierten Legalitäten bezeichnet.

In der neueren rechts- und verfassungstheoretischen Diskussion wird hingegen transnationales Recht, manchmal auch im selektiven Anschluss an Jessup, auf die Frage der Produktion enggeführt. Diese Diskussionsbeiträge wenden sich gegen die Vorstellung, dass Recht nur staatliches Recht (sowie zwischen souveränen Staaten vereinbartes Völkerrecht) sein

- 9 Ich spreche von »Bezugspunkten« in Abgrenzung von den verschiedenen »Bezugssystemen«, die staatliches Recht und Völkerrecht in der Kelsen'schen Perspektive darstellen (vgl. Kelsen 1960: 345). Dies soll betonen, dass die normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung sich gerade über die Grenzen von derartigen Bezugssystemen erstrecken.

kann. Unter der Überschrift »transnationales Recht« wird dann eine neue Vielfalt von Instanzen aufgezeichnet, die Recht in »faktische[r] Unabhängigkeit von den Staaten« erzeugen (Vielzeuner 2013: 207). In diesen akteurszentrierten Ansätzen wird transnationales Recht teilweise als eine neue Art von »Rechtssystem« zusätzlich zum nationalen und internationalen Recht eingeführt, das von den »Rechtsschöpfungskräfte[n] einer globalen Zivilgesellschaft geschaffen und entwickelt« wird (Callies 2004: 254f.). Beobachtet wird jedenfalls die Produktion von Regeln und Institutionen durch einen »unmittelbaren Durchgriff auf das Recht« (Teubner 2000: 438), die von der Inkorporation dieser Regeln in nationales oder internationales Recht unabhängig ist. Das Resultat ist die »Privatisierung« von Rechtsetzung und Verfassungsgebung (vgl. Teubner 1996; 2003). Transnationales Recht ist demnach »weitgehend ein Produkt nicht-staatlicher, funktional definierter Entitäten.« (Avbelj 2016: 19) Im Zuge dieser Entgegensetzung von staatlichen und nicht-staatlichen (gesellschaftlichen) Instanzen der Rechtsproduktion beschreibt transnationales Recht den Rechtseffekt der Globalisierung und wird von der Erosion staatlicher Souveränität getragen oder wenigstens begünstigt: Der Staat ist nur noch ein Rechtsakteur unter vielen und sieht sich mit »rasch anwachsenden Rechtsmassen« in der Gestalt von »normative[n] Ordnungen jenseits des Nationalstaates« konfrontiert (Meder 2015: 252). Das Recht der transnationalen Konstellation befindet sich in dieser Hinsicht immer seltener noch allein in der Hand des Staates, mit dem Ergebnis einer Konjunktur von »quasi«-Phänomenen: Die Zerfaserung von ehemals staatlichen Herrschaftsbefugnissen führt zur Herausbildung von quasi-legislativen und quasi-gerichtlichen Institutionen, die selbst wiederum quasi-legale Normen hervorbringen. Kurz: eine neue Vielfalt an Rechtsakteuren ist hier das Bestimmungsmerkmal transnationaler Rechtserzeugung.

Eine solche Perspektive reicht aber nicht hin, um transnationales Recht als ein spezifisches normatives Phänomen zu erschließen. So findet sich die eben skizzierte Debatte in der Regel auf die Frage beschränkt, ob es sich tatsächlich um Formen der selbstständigen Rechtsproduktion handelt oder ob diese nicht doch nur im »Schatten der Hierarchie« des Staates auftreten (Wolf 2014: 284). Perspektivbildend ist also die Frage, ob wirklich Recht jenseits des Staates erzeugt wird, wobei unter »Recht« weiterhin ein geschlossenes Normensystem verstanden wird. Doch Diagnosen, die allein auf die Vervielfältigung von Rechtsquellen, -schichten oder -systemen infolge der Globalisierung fokussieren, sind rechtshistorisch kaum plausibel und weiterhin auf den Staat als Kontrastfolie fixiert. Derart lassen sich die Veränderungen an der »konkreten Verfassungslage der Gegenwart« nicht abbilden.¹⁰ Verfahren

10 Unter dieser Überschrift beobachtet Schmitt (2016: 67) – in polemischer Absicht – schon vor knapp 100 Jahren eine folgenreiche Dezentralisierung des

privater Rechtsetzung hat es schließlich auch bereits zur Hochzeit staatlicher Vorherrschaft gegeben. Es ist darüber hinaus wenigstens zu fragen, ob nicht der Zusammenhang zwischen staatlicher und rechtlicher Ordnung – auch und insbesondere in der negativen Variante *nicht*-staatlicher Rechtsordnungen – die Sicht verstellt, denn: »Ein Recht ohne Staat ist bloß das Gegenstück von einem Recht innerhalb des Staates«, so dass der Staat zum »Hauptkriterium für die Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Recht [wird].« (Michaels 2007: 468) Die akteurszentrierte Perspektive reproduziert daher oftmals ein herkömmliches Bild des Rechtserzeugungsprozesses.¹¹ Der Befund des Pluralismus allein steht der Idee und Praxis exklusiver Rechtsordnungen nicht entgegen und ist somit, für sich genommen, noch kein Ausweis einer sich im Entstehen befindlichen »post-souveränen Welt« (Somek 2014: 19). Es ist also nicht viel gewonnen, wenn man das Recht auch an die Gesellschaft statt nur an den Staat bindet, denn durch den Fokus auf die Dezentralisierung des Rechts geraten die Umwälzungen der transnationalen Konstellation noch nicht hinreichend in den Blick.¹² Konzentriert man sich statt dessen auf die (internen) Rechtsbezüge selbst und damit auf den relationalen Charakter des Rechts, beschreibt transnationales Recht einen Wandel der Art und Weise, *wie* Recht ist.

Einen Anhaltspunkt für diesen Formwandel des Rechts bilden Untersuchungen, die eine Reihe von Erosionserscheinungen festhalten. Sie weisen insofern über akteurszentrierte Konzeptionen hinaus, als sie, statt sich auf die Unterscheidung von staatlichen und nicht-staatlichen Instanzen der Rechtserzeugung zu konzentrieren, strukturelle Veränderungen des Rechtserzeugungsprozesses aufzeichnen. Die Diagnose, dass transnationales Recht ein Recht *jenseits des Staates* ist, kann schließlich auf zweierlei Weise verstanden werden. Sie kann sich, wie gesehen, auf die

Rechts: Dabei »machen jetzt die verschiedenen, an der staatlichen Willensbildung beteiligten Instanzen die Auslegung der Verfassung [...] zum Gegenstand von Abmachungen und von Prozessen, die nach Analogie von Zivilprozessen geführt werden«.

- 11 Vgl. die skeptischen Bemerkungen bei Duval (2020) hinsichtlich einer »Reinen Theorie des transnationalen Rechts«, die Recht nun funktional begründet, ohne aber den (nationalstaatlichen) Begriff der Rechtsordnung aufzugeben.
- 12 Hier besteht ein Zusammenhang mit den Arbeiten von Zumbansen, die transnationales Recht vorrangig als ein methodisches Programm verstehen. Dementsprechend ist es nicht als »distinkter Raum der Global Governance, der nichts mit der Welt der Staaten und den damit verbundenen Rechtsbestimmungen zu tun hat« (Zumbansen 2012: 23) zu fassen. Transnationales Recht beschreibt vielmehr »einen Reflexionsrahmen für die Untersuchung von verschiedenen, nebeneinander bestehenden und sich überschneidenden Modellen normativer Ordnung.« (Zumbansen 2016: 192)

»Quelle« des Rechts und Verfahren der Durchsetzung beziehen. Oder sie weist auf Konstellationen hin, die sich im Rahmen eines staatszentrierten Verständnisses nicht angemessen abbilden lassen, weil das Recht sich nicht länger als ein geschlossenes Normensystem, als ein einheitliches, durch Ableitungsbeziehungen gestiftetes Ganzes zeigt. Anders formuliert, kann *das Recht des Staates* sich sowohl auf dessen Genese als auch auf dessen Form beziehen. Die Charakterisierungen als *hybrides*, *ungleichmäßiges* und *intransparentes Recht* deuten dabei auf eine Erosion der Legitimitäts-, der Legalitäts- und der Formalitätskriterien hin, die dieses Recht des Staates definieren.

Die Bezeichnung als *hybrides Recht* baut auf Unsicherheiten der Klassifikation auf. Schon bei Jessup erstreckt sich »transnationales Recht« auf solche Normen, die sich den konventionellen Kategorien staatlicher Rechtsordnung nicht eindeutig zuordnen lassen. Auch in neueren Beiträgen wird transnationales Recht stellenweise als »Inbegriff der rechtlichen Hybridisierung« bezeichnet (Tuori 2014: 17), weil es die etablierten Systematisierungen sprengt und sich durch die Vermischung von vormalig getrennten Rechtsbereichen und -systemen auszeichnet. Diese Uneindeutigkeiten der Klassifikation erschweren zugleich die Identifikation der geltenden Normen. Die Einheit des Rechts steht infrage, sobald nicht mehr im Voraus festgelegt ist, wie einzelne Elemente (Normen) erzeugt oder außer Kraft gesetzt werden. Denn Hybridität beschreibt die »generische Mischung von Ursprüngen« (Müller-Mall 2013: 17), und hybrides Recht damit ein Recht, das sich nicht in das Bild eines formalen Zusammenhanges einpassen lässt: ein geteilter, den Zusammenhang der jeweiligen Elemente stiftender »Geltungsgrund« (Kelsen) ist nicht mehr auffindbar. So spricht Nico Krisch mit Blick auf das Recht jenseits des Staates von der »abgestuften«, der »zerstreuten« und schließlich der »flüssigen« Autorität des Rechts (Krisch 2010: 12; 2016: 667; 2017: 252). *Hybrides Recht* weist somit auf eine Erosion der etablierten Legitimitätskriterien hin, auf eine Erosion der (Möglichkeit der) souveränen Entscheidung darüber, welche Normen zur jeweiligen Rechtsordnung zählen – und welche nicht.

Transnationales Recht bezeichnet häufig das Ergebnis von nicht-staatlichen, funktional abgesteckten Vorhaben der Selbstregulierung. An die Stelle einer »zeitlich, sachlich und sozial generalisierenden Gesetzgebung« tritt die »Selbstregulierung durch Normen unterschiedlicher Reichweite und Generalität« (Günther 2001: 541). Solche Teilbereichsordnungen können, wie bereits skizziert, der Verselbstständigung von internationalen Sachgebieten und Organisationen ebenso wie privaten Normierungen (nicht nur, aber vor allem der Wirtschaft) entspringen. In beiden Fällen handelt es sich um ein thematisch differenziertes Recht – um »Regime«.¹³ Diese

13 Ein derartiger Regimebegriff ist in der politikwissenschaftlichen und der rechtswissenschaftlichen Forschung einschlägig, vgl. z.B. Alter/Raustiala

inhaltlichen Beschränkungen bedeuten für den Anspruch der Universalität, den das Recht des Staates erhebt, eine Herausforderung. Denn hier verbindet sich ein umfassender (globaler) Geltungs- mit einem begrenzten Regelungsanspruch. Eine solche enge Verknüpfung mit den jeweiligen politischen und sozialen Logiken ist Gegenstand einer Reihe von Kritiken, die das Recht der Regime als ein bloßes Abbild von anonymen, selbstgesetzlichen Prozessen funktionaler Differenzierung zurückweisen (vgl. Koskeniemi 2009; Maus 2015; Goldmann 2015: 229 ff.). An dieser Stelle ist aber erst einmal zu bemerken, dass jene Spezialisierungen mit der (potentiell) uneingeschränkten Zuständigkeit des Rechts in einem Spannungsverhältnis stehen. Das Recht des Staates ist schließlich ein allein prozedural determiniertes, und das bedeutet: ein inhaltlich ungebundenes Recht. Diese *Ungleichmäßigkeiten* der Rechtserzeugung betreffen auch die institutionellen Verdichtungen der funktional differenzierten Ordnungen, insbesondere deren Grad der Judizialisierung (vgl. Kingsbury 2012; Cutler 2018). Die inhaltlichen und die institutionellen Ungleichmäßigkeiten verstärken einander, mit der Folge, dass zusehends ein identischer Sachverhalt aufgrund konkurrierender institutioneller Zuständigkeiten oder infolge widerstreitender inhaltlicher Bestimmungen unterschiedlich bewertet werden kann. Die Gefahr von Normenkonflikten (Welche Rechtsordnung regelt einen konkreten Fall?) und Jurisdiktionskonflikten (Welches Gericht soll den konkreten Fall beurteilen?) steigt, weil das »letzte Wort« ganz unterschiedlich ausfallen kann.¹⁴ Ein derart *ungleichmäßiges* Recht deutet auf die Erosion der etablierten Legalitätskriterien hin, denn das Recht des Staates impliziert letztgültige Maßgaben zur »rechtssicheren« Relevanz der geltenden Normen und zur Frage der zuständigen Institutionen.

Der Prozess transnationaler Rechtserzeugung wird zudem mit technokratischen, gouvernementalen oder ökonomischen Machtpositionen und einem informellen Zuschnitt der Rechtsproduktion in Zusammenhang gebracht. Dazu zählen die »transnationalen Verwaltungsnetzwerke« (vgl. Oeter 2014) ebenso wie Verfahren der Rechtserzeugung *bottom-up* (vgl. Levit 2008) oder die Formulierung und Konkretisierung von *soft law* (vgl. Merry 2015). Recht wird hier jeweils hinter verschlossenen Türen und relativ ad hoc erzeugt, in Distanz von prozeduralen Vorgaben und autorisierten Kompetenzen. Das Resultat ist ein *intransparentes Recht*, das wiederum als Ausdruck der hybriden und ungleichmäßigen Struktur transnationaler Rechtserzeugung aufgefasst werden kann. Denn hybrid ist transnationales Recht ja auch insofern, als ein formaler und insofern »geregelter« Erzeugungszusammenhang aufgebrochen wird. Zugleich

(2018) (für die Politikwissenschaft) und Fischer-Lescano/Teubner (2006) (für die Rechtswissenschaft).

14 Zur Diagnose der Ermangelung eines »letzten Wortes« vgl. Bogdandy (2008), Somek (2014), Stone Sweet/Mathews (2019).

erschweren es die thematisch differenzierten und institutionell zersplitterten Rechtsregime, das Recht an ein inklusives Verfahren der Rechtserzeugung zurückzubinden. *Intransparentes* Recht betrifft somit die Erosion der etablierten Formalitätskriterien des Rechts als ein von weiteren sozialen Interaktionskontexten und den korrespondierenden Machtpositionen unterschiedenes normatives Universum, dessen Bestandteile einer rationalen Überprüfung ausgesetzt werden können.

Diese Erosionserscheinungen weisen allesamt darauf hin, dass transnationales Recht einen Umbruch in der Art und Weise bedeutet, wie das Recht ist. Es als ein eigenständiges normatives Phänomen in den Blick zu nehmen, macht es darüber hinaus nötig, die externen Aufzeichnungen des Rechtspluralismus um die Ebene der Selbstbeschreibung des Rechts zu ergänzen. Auf diese Weise können die skizzierten Erosionserscheinungen aufgegriffen werden, ohne den Rechtsbegriff selbst infrage stellen zu müssen, wie es »radikalere« Varianten des Rechtspluralismus manchmal tun.¹⁵ Ich gehe dabei davon aus, dass das Recht, wie Niklas Luhmann herausgearbeitet hat, ein sich selbst produzierendes *und* ein sich selbst beschreibendes soziales System ist. Dass das Recht sich selbst produziert, bedeutet erst einmal nur, dass Recht das ist, was durch das Recht als Recht bestimmt wird.¹⁶ Selbstbeschreibungen sind Reflexionsleistungen des Rechts, die, als Vorgaben oder »Bedingungen« (Luhmann 1988: 13), Einfluss auf diesen Prozess der Selbstbestimmung haben. Denn dass sich das Recht selbst bestimmt, dass es die eigene Erzeugung regelt, trifft noch keine Aussage darüber, wie es das tut. Luhmann betont die »Mehrheit möglicher Selbstbeschreibungen«, die abhängig vom »Interaktionskontext« wechseln können (Luhmann 1991: 277). Transnationales Recht bezeichnet eine Veränderung dieser Vorgaben, und zwar eben derart, dass sich der Prozess der Rechtserzeugung nicht länger entlang von normativen Ableitungsbeziehungen vollziehen muss, die ein geschlossenes Normensystem zugleich voraussetzen und wiederherstellen. Das Recht in der transnationalen Konstellation zeigt sich,¹⁷ im Unterschied dazu, als ein offenes Interaktionsgeschehen, das sich über die Grenzen unterschiedlicher Rechtsordnungen erstreckt. Wesentlich für transnationales Recht ist also nicht, dass diese Verstrickungen als solche (faktisch) bestehen, sondern von entscheidender Bedeutung sind Operationen, die jene Verstrickungen und Verflechtungen reflektieren und dadurch normativ wenden. Im klassischen Bild des Rechtserzeugungsprozesses, das hier als *Recht der Rechtsordnung* bezeichnet werden soll, ist die Existenz einer konkreten

15 Siehe dazu *Kapitel 3.1.1*

16 Das unterstreicht natürlich ebenso Kelsen (1960: 73): »[E]s ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, daß es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt.«

17 Zur Unterscheidung herausbilden/sich zeigen vgl. Müller-Mall (2023: 38).

Norm zwingend von der Existenz einer weiteren, übergeordneten Norm abgeleitet, das Recht bewegt sich also allein innerhalb bzw. entlang der festgesteckten Grenzen eines formalen Zusammenhanges. In der transnationalen Konstellation ist das Recht hingegen insofern entgrenzt, als diese hierarchischen Ableitungsbeziehungen ineinander mit normativen Adaptions- und Interaktionsbeziehungen bestehen. Die rechtserzeugenden Wirkungen einer spezifischen Norm sind damit nicht auf die stufenbauartigen Relationen der Über- und Unterordnung beschränkt. Sie kann sich auch jenseits der eigenen Ordnung als normativ bedeutsam erweisen.

Der Prozess der Entgrenzung bringt dadurch ein kompositives Recht aus einer Mehrzahl von relevanten Normativitäten hervor. Im Kontrast dazu ist das *Recht der Rechtsordnung*, wie Hans Kelsen festhält, eine »spezifische Selbstbewegung« (Kelsen 1925: 248), nämlich der Vollzug einer Einheit aus erzeugten und erzeugenden Normen. Eine Rechtsnorm gilt demnach als solche,¹⁸ sofern die Norm gemäß den vorgeschriebenen Bestimmungen erzeugt wurde und so den Zusammenhang (re-)produziert, durch den das Recht als ein einheitliches System besteht: Mit jedem Rechtsakt »wird eine Norm höherer Stufe vollzogen und eine Norm tieferer Stufe erzeugt.« (Kelsen 1934: 83) Die Anwendung einer Norm ist zugleich die Erzeugung einer anderen Norm, genauso wie Erzeugung einer Norm zugleich die Anwendung einer anderen Norm ist. Dabei sind aber beide Normen, darin liegt die Spezifik dieser Bewegung, durch hierarchisch strukturierte Ableitungsbeziehungen miteinander verbunden, die sowohl die Geltung der einzelnen Norm als auch die Einheit der Ordnung erklären. Dieser technische Begriff der Rechtsordnung stellt die Rechtsproduktion bekanntermaßen als Stufenbau dar.¹⁹ Das Bild des Stufenbaus, so hält Kelsen fest, »erfaßt das Recht in seiner Bewegung, in dem ständig sich erneuernden Prozeß seiner Selbsterzeugung.« (Kelsen 1960: 283) Denn die Selbsterzeugung des Rechts kann – »bildlich gesprochen« (Merkel 1931: 276) – als Relation von höheren und niedrigeren Normen aufgezeichnet werden. Die Frage der Geltung kann somit als Frage der Rangordnung gestellt werden.²⁰ In dieser Darstellung ist die Norm, die die Bedingungen der Erzeugung einer weiteren Norm festlegt, dieser Norm übergeordnet.²¹ Weil und insofern es sich um

18 Ich klammere die Dimension der faktischen Wirksamkeit hier aus.

19 Maßgeblich entwickelt von Merkell (u.a. 1931) und dann von Kelsen übernommen.

20 Ebenso Kelsen (1960: 228), dem zufolge der Erzeugungszusammenhang »in dem räumlichen Bild der Über- und Unterordnung dargestellt werden [kann].«

21 Das *Recht der Rechtsordnung* bestimmt auch die Aufhebung von Rechtsnormen, die wiederum als Stufenordnung abgebildet werden kann. Die beiden Rangordnungen, nach Kriterien der Erzeugung oder der Derogation, müssen einander nicht entsprechen (vgl. Merkell 1931: 276 ff.).

eine »Ordnung« handelt,²² hält das *Recht der Rechtsordnung* auch Bestimmungen für den Fall der Kollision gleichrangiger Normen bereit.²³ Es kann hier insofern keinen »echten Normenkonflikt« (Kelsen 1958: 161) geben, als jede Kollision widersprechender Sollensforderungen unter Rekurs auf die Interpretation des formalen Erzeugungszusammenhanges auflösbar ist.

Um Recht zu sein, muss das Recht souverän sein. Diese Eigenschaft der Souveränität kann aber auf zwei Weisen verstanden werden, die dazu eignen, den Unterschied zwischen der Selbsterzeugung und der Selbstbeschreibung des Rechts zu illustrieren. Souveränität kann einerseits Unabhängigkeit bedeuten. Dass das Recht souverän sein muss, bedeutet dann (nur), dass es sich um ein distinktes soziales System handelt, das diese Differenz selbst zum Ausdruck bringt und so als eine bestimmte Form der gesellschaftlichen Verhältnisse manifest wird: Nur das Recht kann darüber entscheiden, was rechtens ist. Das Recht, so könnte man auch sagen, erzeugt sich selbst und ist darin souverän. Die Eigenschaft der Souveränität kann aber auch so verstanden werden, dass das Recht diese Operationen auf eine bestimmte Art und Weise erledigt. Dass das Recht souverän sein muss, bedeutet dann (auch), dass es als ein geschlossenes Normensystem operiert – dass es sich also als Prozess der Anwendung von höherrangigen (oder: zugrunde liegenden) Normen darstellt. Etwas ist demnach dann und nur dann rechtlich, wenn es sich als ein Element dieser Ketten aus hierarchischen Ableitungsbeziehungen ausweisen kann. Auf diese Weise erläutert der technische Begriff der Rechtsordnung die Eigenschaft der Souveränität des Rechts: als ein normatives Erfordernis, die eigene Unabhängigkeit in Relationen der Über- und Unterordnung auszudrücken. Und so ist hier – aber nur hier – auch zu verstehen, dass das Recht souverän sein *muss*.

Für Luhmann ist der Stufenbau des Rechts ein für die Praxis folgenreiches Modell dessen, wie das Recht sich selbst erzeugt. Das Stufenbaumodell beschreibt oder »erfaßt« nicht nur, sondern es orientiert auch die Rechtspraxis. Es stellt »eine Form konzentrierter Selbstreferenz« bereit (Luhmann 1999b: 423). Solche Selbstbeschreibungen sind *informativ*. Sie dokumentieren ein Wissen über die Selektionen der Vergangenheit.

22 Denn eine »Ordnung« ist ein System von Normen, deren Einheit dadurch konstituiert wird, daß sie alle denselben Geltungsgrund haben.« (Kelsen 1960: 32)

23 Kelsen revidiert in der posthum erschienenen *Allgemeinen Theorie der Normen* die eigene Auffassung dahingehend, dass solche Kollisionsregeln nun positiv-rechtlich statuiert sein müssen und nicht in der Ermächtigung zur Rechtserzeugung inbegriffen sind, somit also letztlich nicht alle Normenkonflikte im Sinne logischer Widerspruchsfreiheit durch Interpretation aufgelöst werden können müssen (vgl. Baldus 1995: 152 ff.; Fischer-Lescano 2007).

Darüber hinaus wirken Selbstbeschreibungen aber auch *normativ*, insofern Aussagen über die Produktion von Recht formuliert werden, die ein internes Sollen ausdrücken. Sie sind nicht nur Beobachtung, sondern Teil der Rechtskommunikation.²⁴ Kurz gesagt, weist Luhmann darauf hin, dass das »Bild«, das sich das Recht von sich selbst macht, mit der Entscheidung darüber, was Recht bzw. rechtens ist, verbunden und für diese Entscheidung verbindlich ist. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass das Recht dieser Darstellung folgen muss. Es handelt sich um ein Bild, nicht um geltendes Recht (und Theorie und Praxis können sich in den Haaren liegen).²⁵ Dass es sich bei der Darstellung des Rechts als ein normhierarchisches Gefüge um eine erfolgreiche rechtstheoretische Innovation handelt (vgl. Koller 2005; Wiederin 2011), erweist sich aber jedenfalls auch an der Rolle, die jene »juristische Begründungsmetaphorik« des Stufenbaus (Krawietz 1984: 265) in der tatsächlichen Rechtspraxis spielt. Manchmal explizit, in der Regel implizit, stellt sie Antworten auf die Frage bereit, wie Recht zu erzeugen oder zu vernichten ist und erklärt, dass die Lösung von Rechtskonflikten als die Aktualisierung normativer Rangverhältnisse zu rechtfertigen ist. Eine Rechtsentscheidung, die nicht in stufenbauförmigen Relationen dargestellt werden kann, bewegt sich wie selbstverständlich in der Grauzone juristischer Argumentation. Das zeigt etwa die Figur des »Vorranges der Verfassung«.²⁶ Auch kann auf ein hierarchisches Rechtsmodell, das Anforderungen wie die Gesetzesbindung der Justiz fundiert, in rechtsstaatlichen Kontexten kaum verzichtet werden.²⁷ Das Recht ist hier in Form des rechtsintern stabilisierten Erfordernisses der Hierarchie reflexiv geschlossen. Man kann insofern mit Luhmann auch von einer »Selbsthierarchisierung des Rechtssystems« sprechen (Krawietz 1984: 268).

Transnationales Recht ist der Bruch der Rechtspraxis mit dem Bild der Normenhierarchie, eine andere Vollzugsform des Rechts. Das Recht zeigt sich hier als ein Interaktionsgeschehen, das aus den Bahnen des

24 Die Rechtswissenschaft gehört daher zum Rechtssystem.

25 »Die Theorie [der Rechtsordnung] trifft keine Entscheidungen, sondern stellt einen konzeptionellen Rahmen zur Rechtfertigung der getroffenen Entscheidungen dar.« (Itzcovich 2012: 367; vgl. auch Schultz 2014: 93 ff.; Gragl 2018)

26 Dass der Vorrang der Verfassung den Stufenbau der Rechtsordnung zur rechtstheoretischen Voraussetzung hat, vgl. dazu Wahl (1981, hier: 487).

27 Von vorrangiger Bedeutung ist daher nicht, wie Luhmann bezweifelt, dass das Recht jemals wirklich mit dem »klassische[n] Modell der Hierarchie« (Luhmann 1990a: 469) übereingestimmt hat. Zentral für diese Studie ist vielmehr, die Relevanz eben dieser Selbstbeschreibungen für die konkrete Rechtspraxis zu markieren. Das Bild des Stufenbaus kann das Recht, wie es eigentlich ist, verfehlen. Das schließt aber nicht aus, dass dieses Bild für die Rechtsproduktion einflussreich ist.

formalen Erzeugungszusammenhangs ausbricht, die für das *Recht der Rechtsordnung* von elementarer Bedeutung sind. Die »Enthierarchisierung der globalen Rechtsordnung« (Brunkhorst 2012: 192) ist nicht nur ein faktisches, sondern auch ein normatives Phänomen. Dabei wird die (Möglichkeit der) Unterscheidung in »fremde« und »eigene« Normen durch einen *konstitutiven Fremdbezug* rechtlicher Ordnung abgelöst. Transnationales Recht ist somit zuerst eine andere Selbstbeschreibung des Rechts: ein »Theoriefortschritt«, um dadurch »möglicherweise einer gegebenen historischen Lage besser entsprechen [zu können.]« (Luhmann 1999b: 424) Denn es handelt sich um einen Modus von Rechtskommunikation, der den permeablen Aspekt der Interaktion über den hermetischen Aspekt der Zugehörigkeit privilegiert. Charakteristisch für das Recht der transnationalen Konstellation ist somit, »dass es Cluster entstehender, andauernder, variierender und abnehmender Legalität gibt, sowie ihre Interaktion miteinander« (Culver/Giudice 2010: 105, Herv. J.H.). Die Einheit des Rechts, wie sie der technische Begriff der Rechtsordnung versteht, wird fraglich. Transnationales Recht ist poröses Recht oder, in einer einflussreichen Formulierung, »interlegal«. ²⁸

Maßgeblich für den *konstitutiven* Fremdbezug des Rechts ist, dass diese Verstrickungen in den Rechtsoperationen selbst, also auch in der internen Perspektive der Rechtspraxis, ²⁹ Ausdruck finden. ³⁰ Die Verflechtungen treten nicht allein den wissenschaftlichen Beobachter:innen vor Augen, sondern sie werden (rechts-)normativ wirksam. In einer hilfreichen Unterscheidung kann zwischen faktischen und normativen Interaktionen differenziert werden (Burchhardt 2017). Dabei liegt eine »faktische Interaktion [...] beispielsweise vor, wenn die externen Rechtsnormen als reine Inspirationsquelle für die Schaffung oder Anwendung interner Normen genutzt werden.« (ebd.: 306) Von normativen, »jurisgenerativen« Interaktionen (Dunoff 2016: 58) kann hingegen gesprochen werden, wenn diese Bezugnahme auf fremde Normen den normativen Charakter der fraglichen Regelung oder Ordnung betrifft, die Bezugnahme also mit rechtserzeugenden Wirkungen einhergeht. Hier

28 »Wir leben in einer Zeit poröser Legalität oder legaler Durchlässigkeit, der multiplen Netzwerke von Rechtsordnungen, die uns zu ständigen Übergängen und Überschreitungen zwingen. Unser Rechtsleben besteht aus einer Überschneidung verschiedener Rechtsordnungen, d.h. aus *Interlegalität*.« (Sousa Santos 1987: 298) Vgl. zum Begriff der Interlegalität Wai (2008), Taekema (2019).

29 Zur Unterscheidung von interner und externer Perspektive vgl. Tamanaha (1997: 178 ff.).

30 »Verknüpfungen und Verflechtungen werden *innerhalb der Rechtspraxis* durch unterschiedliche Arten von Normen und Praktiken, die verschiedene Normenkörper verbinden und überspannen, verarbeitet und hergestellt.« (Krisch 2022: 30, Herv. J.H.)

wird deutlich, dass »die Tatsache, dass eine Norm zu einer bestimmten Rechtsordnung gehört, ihre externen Wirkungen nicht einschränkt oder gar ausschließt.« (Burchhardt 2017: 323) Solche normativen Interaktionen lassen sich als »Prozess dynamischer Adaption« fassen (Urueña 2016: 150), der sich hierarchischen Konzeptualisierungen der Normgenese entzieht. Dass die Einheit des Rechts und der technische Begriff der Rechtsordnung fraglich geworden sind, impliziert die Möglichkeit »echter« Rechtskonflikte (die auszuschließen das *Recht der Rechtsordnung* für sich in Anspruch nehmen konnte). So ist transnationales Recht durchzogen von und bildet sich fort anhand von normativen Widersprüchen. Allerdings müssen die rechtserzeugenden Interaktionen nicht als Rechtskonflikte auftreten und sind nicht auf die Rechtsprechung beschränkt. Zudem lassen sich – diese Einschränkung ist explizit zu machen – solche normativen Interaktionen von faktischen Interaktionen nicht immer eindeutig unterscheiden.³¹ Die Signifikanz »externer« Normen kann jedenfalls, und darin liegt gerade das Bestimmungsmerkmal transnationaler Rechtserzeugung, nicht im Voraus der jeweiligen Interaktionen bestimmt werden.

Techniken der Vermittlung: Ethisch oder politisch?

Transnationales Recht bedeutet weder zwangsläufig noch regelmäßig eine neue Unabhängigkeit von Recht und Staat und kann nicht allein anhand der Vielfalt des Rechts auf den Begriff gebracht werden. Akteurszentrierte Konzeptionen fassen transnationales Recht vorrangig als die Vervielfältigung von wenigstens relativ eigenständigen Rechtsordnungen auf, die durch den Bedeutungsverlust des Staates infolge der Globalisierung begünstigt wird. Doch es handelt sich, darüber hinaus, um ein spezifisches Phänomen der rechtshinweisenden Interdependenz. Aber auch die Aufmerksamkeit für diese Verstrickungen und Verknüpfungen reicht noch nicht hin, um das Recht der transnationalen Konstellation voll und ganz zu erfassen. Dazu müssen die Techniken, die jene Verstrickungen bedingen, ins Zentrum rücken.

In den rechts- und verfassungstheoretischen Ansätzen, die den Formwandel des Rechts aufgreifen, werden jedoch die normativen Folgen dieser Techniken kaum thematisch. Das liegt vor allem daran, dass die Vermittlung unterschiedlicher Rechtsordnungen, wenn sie denn in den Blick gerät, allein als ein ethisches Problem behandelt wird. Mittels Praktiken »relationaler Imagination« (Del Mar 2017) und im Rahmen einer »Ethik der Responsivität« (Michaels 2019) soll sodann ein angemessener Umgang mit den Verstrickungen und Verknüpfungen des Rechts, mit

31 Das liegt schon daran, dass das Recht sprachlich verfasst ist.

der Tatsache der Interlegalität, sichergestellt werden. Es gilt, die neue Rechtsvielfalt und das »komplexe« Phänomen der vielgestaltigen Überschneidungen verschiedener Ordnungen auf adäquate Weise abzubilden: »Der interlegale Sinn der Komplexität verlangt vom juristischen Entscheidungsträger, so viele Normativitäten zu berücksichtigen, wie an dem Fall beteiligt sind, und die »gerechte« Lösung aus einer kompositiven, nicht nur einseitigen Perspektive zu erarbeiten.« (Klabbers/Palombella 2019: 3) Vermieden werden soll die Dominanz einzelner Ordnungen, die den Rechtspluralismus beeinträchtigen oder unterdrücken würde. Von zentraler Bedeutung sind dafür insbesondere judizielle Verfahren und Praktiken der Normproduktion, die eine Haltung der Toleranz ausdrücken. Als wichtig erachtet für den Umgang mit Interdependenz wird »eine weit verbreitete Hingabe zum Lernen (und eine damit einhergehende Bereitschaft, Identität auf der Grundlage von Alterität [...] neu zu gestalten).« (Neves 2017: 386) Der irreduzible Rechtspluralismus soll durch solche alteritätsorientierten Interaktionen erhalten und vorangetrieben werden. Es geht also vielfach nicht um die Allokation von Kompetenzen³² und eine Lösung für die konfligierenden Zuständigkeitsbehauptungen und widersprüchlichen Entscheidungen, die den »jurisdiktionellen Pluralismus« (Berman 2019a) notwendigerweise begleiten. Maßgeblich ist Harmonisierung statt Hierarchisierung, umsichtige Offenheit statt positivistische Verhärtung. Hinter der pluralismus-sensiblen Ausrichtung verschwinden aber die Techniken der Vermittlung, die diese Interdependenzen formieren. Sie geraten nur so in den Blick: als Mechanismen oder Prinzipien, die dazu beitragen, die Diversität des Rechts aufrechtzuerhalten, nicht jedoch als Techniken, die jene normativen Interaktionen ermöglichen und prägen.

In den Ansätzen eines globalen Konstitutionalismus wird ein solcher ethischer Zugriff überaus deutlich. Hier soll ein substantieller Verfassungsbegriff dazu dienen, das Ineinandergreifen von internationalen und nationalen Rechtsordnungen zu harmonisieren. Strikt an den vermittelnden Leistungen der Rechtsprechung orientiert, wird Konstitutionalisierung durch die Verwendung von »konstitutionellen Prinzipien und Verfahren« vorangetrieben (Peters 2016a: 1014), um auf diese Weise das Potential des (völker-)rechtlichen Pluralismus zu entfalten und die Gefahren der Fragmentierung zu bändigen. Auszuschließen ist diesen Ansätzen zufolge zum einen, dass sich die Verfassung der transnationalen Konstellation schlichtweg entlang von Machtgefällen entwickelt.³³ Zum

32 Vgl. auch die Unterscheidung von »normativer Integration« und der »Integration von Autorität« durch Komori (2012: 134).

33 Unter den Stichworten *after* oder *beyond fragmentation* rücken vielmehr Verfahren der kooperativen Konfliktbewältigung in den Fokus (vgl. Andenas/Bjorge 2015; Megiddo 2019; Kreuder-Sonnen/Zürn 2020), die Hoffnungen

anderen gilt es aber auch zu vermeiden, eine Normenhierarchie zu etablieren, die jene interlegalen Szenarien für einen formalen Erzeugungszusammenhang eintauscht. Das Potential des Pluralismus kann dabei jedoch in einer zirkulären Argumentation nur so entfaltet werden, dass Prinzipien, Verfahren und Techniken zum Einsatz gelangen, die bereits als »konstitutionell« ausgezeichnet sind (vgl. Peters 2010; 2017). Auf welche Weise dann Verfassungsstrukturen etabliert werden können, sobald die (hierarchische) Einheit des Rechts einmal aufgebrochen ist, gerät so vollkommen aus dem Blick. In systemtheoretischen Konzeptionen wird ebenso »Responsivität« (Vielteichner 2015), »Konnektivität« (Kjaer 2018) oder »Networking« (Perez/Stegmann 2018) betont. In diesen Ansätzen ist der Verfassungsbegriff auf die Herstellung normativer Kompatibilität zwischen je funktional spezifizierten Rechtsordnungen ausgerichtet. Zugleich steht – im Kontrast zur Idee eines globalen Konstitutionalismus – ein einheitlicher, substantieller Standpunkt der Verfassung nicht zur Verfügung. Deshalb wird »die Verantwortung für den Ausgleich der konfligierenden Rechtsordnungen [...] in die konfligierenden Einheiten hineinverlagert« (Teubner 2012: 237). Auch hier geht es darum, den Pluralismus angemessen zu bewältigen, und das bedeutet auch hier: ihn zu bewahren. Wie diese Vermittlung divergierender Rechtsordnungen passiert, und welche Folgen sie für den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung hat, bleibt hingegen im Dunkeln.

Diese Leerstelle ist besonders eklatant, insofern fundamentale Rechte in beiden Konzeptionen transnationaler Konstitutionalisierung eine wichtige Rolle einnehmen. Schließlich plädieren die Vertreter:innen des globalen Konstitutionalismus für eine Ausweitung von zentralen Prinzipien des demokratischen Verfassungsstaates und ist die Achtung der Menschenrechte ein Kennzeichen³⁴ des transnationalen Konstitutionalisierungsprozesses (vgl. Gardbaum 2008; Peters 2009b; Kleinlein 2011; Kumm 2013; Besson 2017; Stone Sweet/Ryan 2018). Eine »Legitimation durch Menschenrechte« (Habermas 1998) wird dort zur einfachen Checkliste und der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung so verstanden, dass die Herrschaftsbefugnisse von staatlichen und zusehends auch von nicht-staatlichen Instanzen unter Rekurs auf begründete Interessen effektiv begrenzt werden (vgl. Dobner 2010; Volk 2012; Krivenko 2017). Aber auch in den systemtheoretischen Konzeptionen sollen Grund- bzw. Menschenrechte die Konstruktion

der Konstitutionalisierung gerade auf den Pfaden des Rechtspluralismus wecken.

34 In der Regel zusätzlich zu Demokratie und *rule of law*. Auf diese Weise konzeptualisiert z.B. Kumm (2016: 710) die sog. »Dreifaltigkeitsformel des Konstitutionalismus«. Vgl. auch Wiener et al. (2012).

geeigneter Regimeverfassungen anleiten. Sie haben zur Aufgabe, in den rechtlich abgestützten Sozialsystemen eine »Alteritätsorientierung« (Fischer-Lescano 2017: 493; Horst 2019: 157) und also die Berücksichtigung der jeweiligen Systemumwelten zu forcieren.

Verfassungsstrukturen und insbesondere fundamentale Rechte werden somit in einflussreichen Beiträgen der Rechts- und Verfassungstheorie als Ausdruck entweder von geteilten Verfassungsprinzipien (globaler Konstitutionalismus) oder von gesellschaftlichen Rationalitäten (systemtheoretischer Konstitutionalismus) konzipiert. Sie sind jeweils inhaltlich gesättigt und bilden sich in einer charakteristischen Distanz von legislativen Verfahren heraus, die den Anspruch erheben können, die Rechtsträger:innen selbst an der Ausgestaltung dieser Rechte zu beteiligen. Weil transnationales Recht ein Phänomen der normativen Interdependenz darstellt, kann eine solche Verselbstständigung der Rechte nicht in einen allgemeinen Gesetzgebungsprozess zurückgenommen werden. Nicht nur sind es vor allem Gerichtsentscheidungen, die die Verfassung der transnationalen Konstellation herausbilden (sollen), so dass sich beide Strömungen durchaus affirmativ auf die Beobachtung beziehen, dass solche Entscheidungen zusehends »in die leere Stelle eines transnationalen pouvoir constituant einzutreten [scheinen].« (Teubner 2015: 70) Bedeutender ist, dass über den Gehalt und die Reichweite der Rechte nicht mehr allein im Rahmen einer einzelnen Ordnung entschieden werden kann, sobald das Recht aus einer Mehrzahl von miteinander verstrickten Legalitäten besteht und also nicht mehr auf eine umfassende Weise normiert werden kann. Die Idee der Selbstgesetzgebung ist rechtlich haltlos geworden und kann deshalb einer Kritik der Rechtsentwicklung nicht mehr als Ausgangspunkt dienen.

Umso wichtiger ist es, den vorherrschenden, ethischen Zugriff auf den Prozess transnationaler Rechtserzeugung zu problematisieren. Er stellt zum einen ein analytisches Problem dar. Schließlich richtet sich die Aufmerksamkeit jeweils nur auf die Selbstbegrenzung der einzelnen Ordnung, die sich tolerant zeigen und die eigene Umwelt beachten soll. Auf diese Weise kann aber der Vorgang der Entgrenzung nicht vollständig erfasst werden, da die normativen Interaktionen nur als einseitiges Wirkungsgeschehen in den Blick geraten. Sie sind aber, eben als Interaktionen, für alle beteiligten »Seiten« relevant. Dass sich, um ein Beispiel aufzugreifen, das Regime des internationalen Investitionsschutzes durch die Berücksichtigung von menschenrechtlichen Ansprüchen selbst begrenzt,³⁵ dieser Vorgang ist sowohl für den Investitions- als auch für den Menschenrechtsschutz relevant (beide Ordnungen sind »danach«, infolge der Interaktionen, nicht mehr dieselben). Zum anderen handelt es sich um ein normatives Problem, wenn die formierenden Wirkungen

35 Siehe dazu *Kapitel 4.3*.

transnationalen Rechtserzeugung einer pluralismusaffinen »Ethik der Responsivität« nachgeordnet werden. Denn wie die Techniken wirksam werden, die den Prozess der Entgrenzung prägen, tritt in der Diskussion hinter die Forderungen der Selbstverpflichtung und Alteritätsorientierung zurück. Dass sich die verschiedenen Ordnungen und Regime füreinander öffnen und derart selbst beschränken ist hier von vorrangiger Bedeutung, ohne dass die Folgen, die mit der Wahl bestimmter Techniken der Vermittlung verbunden sind, hervortreten und Gegenstand der Kritik werden können. Sowohl ein globaler als auch ein systemtheoretischer Konstitutionalismus sind von dem Ziel geleitet, Vielfalt (durch Rechte) zu bewahren. Um das Potential demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation auszuloten, greift eine empathische Ethik der Selbstverpflichtung aber zu kurz. Vielmehr müssen die *Politiken der Vermittlung* untersucht werden, um den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung evaluieren zu können. Der Begriff der Entgrenzungsformen rückt die formierenden Wirkungen der Techniken ins Zentrum, die für die und in den Interaktionen unterschiedlichen Rechtsordnungen zum Einsatz gelangen. Entgrenzungsformen übertragen und erzeugen. Sie bedingen also die normativen Interaktionen, die Gegenstand der Vermittlung sind. Dabei weisen diese Entgrenzungsformen als Techniken strukturelle Eigenschaften auf, die über das Potential demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation entscheiden.

Dass das Recht der transnationalen Konstellation nur anhand der Verstrickungen des Rechts angemessen beschrieben werden kann, diese Einsicht verbindet die unterschiedlichen Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus. Sie werden im folgenden, dritten Kapitel diskutiert. Dabei wird sich zeigen, dass jene Konzeptionen die normativen Herausforderungen einer »entgrenzten« Rechtsordnung anerkennen und auch die Frage nach den geeigneten Techniken aufwerfen, die den Prozess transnationaler Rechtserzeugung rahmen. Sie bleibt jedoch letztendlich unterbelichtet, weil die relevanten Techniken allein aus einer ethischen Perspektive in den Blick genommen werden, die auf das Management von Vielfalt und Verpflichtungen zur Selbstbegrenzung eingestellt ist. Die Entgrenzungsformen werden so nicht als ein eigenständiges, grundlegendes Moment transnationaler Rechtserzeugung sichtbar. Der Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung kann dadurch weder adäquat verstanden noch bewertet werden. Ich illustriere im vierten Kapitel eine solche Politik der Vermittlung anhand der Technik der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Investitionsschutzes. Sie erlaubt eine Ausweitung von Rechtsansprüchen über die Grenzen dieser partiellen Ordnung und tritt derart als eine wirkmächtige Entgrenzungsform in Erscheinung. Mittels der Verhältnismäßigkeitsprüfung erstrecken sich unter anderem die Normen des Menschenrechtsschutzes in das Regime zum internationalen Investitionsschutz und stellen derart

dessen alleinige Ausrichtung an der Rationalität des Marktes infrage. Die normativen Interaktionen, die für das Recht der transnationalen Konstellation charakteristisch sind, bedeuten somit einerseits einen Zuwachs von Einflusschancen. Andererseits verläuft diese Berücksichtigung externer Normen in den spezifischen Bahnen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie formiert jene Interaktionen als ein konstantes Abwägungsgeschehen, das unfähig ist, die Position der Rechte am Grund des Rechts abzubilden und einen Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung zu etablieren.

3. Die Verfassung der Vermittlung

»Das Hinzufügen von ›transnational‹ zu ›Recht‹ ist wie das Hinzufügen eines Fragezeichens: Es stellt das staatszentrierte Rechtsverständnis der modernen westlichen Rechtswissenschaft infrage.«¹

Transnationales Recht ist nicht einfach auf den Begriff zu bringen. Die »Identitätskrise« (Zumbansen 2013: 118), die mit diesem Ausdruck aufgerufen wird, legt nahe, dass das Recht in der transnationalen Konstellation sowohl den Anlass als auch den Gegenstand konzeptueller Innovationen bedeutet. Es ist Anlass, insofern transnationales Recht ein staatszentriertes Verständnis des Rechts und der modernen Rechtswissenschaft infrage stellt, und es ist Gegenstand, weil transnationales Recht einen Umbruch in der Art und Weise markiert, wie das Recht ist. Gleichzeitig haben sich, typisch für eine Identitätskrise, die hergebrachten Formen der (Selbst-)Beschreibung nicht umstandslos erledigt. Doch der Formwandel des Rechts geht über den Bedeutungszuwachs von nicht-staatlichen Institutionen und Verfahren der Rechtsproduktion hinaus. Es handelt sich um ein spezifisches, eigenständiges Phänomen rechtlicher Normativität – nämlich um ein wesentlich entgrenztes Recht.

Um dieses Phänomen auszuleuchten, greife ich auf den nächsten Seiten auf neuere Diskussionen des globalen Rechtspluralismus zurück. Sie bilden einen geeigneten Ausgangspunkt, weil dort die analytischen sowie die normativen Herausforderungen thematisch werden, die mit diesen Entgrenzungsbewegungen verbunden sind. Gemeinsam ist den diskutierten Ansätzen, dass sie den Prozess transnationaler Rechtserzeugung als einen »nicht-hierarchischen« Prozess verstehen.² Der gewählte Diskussionszusammenhang verhält sich dabei zunächst neutral zur Frage, wie dieser Pluralismus eingerichtet ist und ausgestaltet werden sollte. Er erlaubt so einen geeigneten Zugriff auf die Debatte um das Recht der Gegenwart, innerhalb derer sich, wie Neil Walker bemerkt, »divergenzgewährende« und »konvergenzbefördernde Konzeptionen des globalen Rechts« unterscheiden lassen (Walker 2014: 55 ff.). Erstere beobachten umfassende Relativierungen der (normativen) Einheit des Rechts. Zweitere gehen davon aus, dass jene Entwicklungen wieder so justiert werden können, dass sich Koordinations- und Integrations-tendenzen einstellen.

1 Cotterrell (2012: 502).

2 »Zwei Elemente sind für das Verständnis des globalen Rechtspluralismus von zentraler Relevanz. Erstens dessen nicht-hierarchisches Wesen und zweitens die Bedeutung von nicht-staatlichen Akteuren« (O'Donoghue 2014: 91).

In diesen verzweigten Diskussionen des globalen Rechtspluralismus wird sich dreierlei erweisen. *Erstens* wird Recht als ein normatives Interaktionsgeschehen konzeptualisiert. Die Debatte, so vielfältig sie auch ist, begreift das Recht der transnationalen Konstellation als Produkt einzelner oder kontinuierlicher Interaktionen zwischen unterschiedlichen Rechtsordnungen. Sie greift also, zumindest implizit, auf Beobachtungen und das Motiv der Entgrenzung zurück. *Zweitens*, und davon ausgehend, fokussieren die verschiedenen Konzeptionen durchaus auf die Mechanismen und Verfahren, auf die Einstellungen und Dispositionen, auf die Strukturen und Institutionen, die diese Interaktionen eröffnen und rahmen. Geteilt wird also die Prämisse, dass solche Verknüpfungen und Verstrickungen auf die eine oder andere Weise ermöglicht werden (müssen). *Drittens* bleiben die formierenden Wirkungen dieser Verfahren, Mechanismen und Techniken aber unterbelichtet. Das ist die Folge einer ethischen Perspektive, die sowohl Positionen, die Fragmentierungstendenzen unterstreichen, als auch Positionen, die Einheitsstiftung forcieren, einnehmen. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass ein spezifischer Zustand – der horizontalen Verknüpfung oder der integrativen Harmonisierung – als erstrebenswert ausgezeichnet wird und die zur Vermittlung eingesetzten Verfahren und Techniken daraufhin befragt werden, ob sie diesen Zustand herbeiführen oder nicht. Die Frage, wie sie das tun, und damit die Konsequenzen der Vermittlung selbst, treten hingegen in den Hintergrund.

Ich möchte jene Leerstelle in der Folge anhand von zwei konkreten Ansätzen aufzeigen, die, im Kontrast zur Position des globalen Konstitutionalismus,³ von der unhintergehbaren Vielfalt des Rechts ausgehen. Es handelt sich also um Beiträge, die, in der Terminologie von Walker, als »divergenzgewährende Konzeptionen des globalen Rechts« zu charakterisieren sind. Im Rahmen dieses Debattenstranges lassen sich wiederum zwei Lesarten unterscheiden. Der Ansatz des *globalisierten Rechtspluralismus* versteht die Entgrenzung des Rechts als den Zuwachs von potentiellen Kollisionen zwischen unterschiedlichen Rechtsgemeinschaften und betont die Rolle prozeduraler Mechanismen zur Bewältigung der Gemeinschaftskonflikte. Die formierenden Wirkungen dieser Mechanismen werden jedoch ausgeklammert (3.1). Der *systemtheoretische Ansatz* behandelt solche Verstrickungen des Rechts in Gestalt der Konstitutionalisierung sozialer Teilbereiche. Dabei rücken insbesondere Grundrechte zur Bewältigung der Rationalitätskonflikte der Weltgesellschaft in den Blickpunkt. Die Auseinandersetzung mit den Entgrenzungsformen transnationaler Rechtserzeugung entfällt letztendlich aber auch hier (3.2). Diese Leerstelle ist kein Zufall, sondern das Resultat einer Rekonstruktion der transnationalen

3 Siehe dazu Einleitung zu *Teil II*.

Konstellation als ein zuvorderst *ethisches Problem*. Ein globaler Rechtspluralismus soll in beiden diskutierten Konzeptionen auf die Berücksichtigung von konkurrierenden normativen Ansprüchen, also auf die Herstellung von Responsivität ausgerichtet werden. Entscheidend ist deshalb jeweils nur *ob*, nicht *wie* Responsivität hergestellt wird, mit der Folge, dass die spezifischen Politiken der Vermittlung außen vor bleiben.

3.1 Gemeinschaftskonflikte

3.1.1 *Klassischer Rechtspluralismus*

Die soziologischen Untersuchungen des Rechtspluralismus zeichnen seit langem ein strittiges Verhältnis zwischen staatlicher und nicht-staatlicher Rechtsproduktion auf. Der Vorrang staatlicher Rechtsnormen lässt sich diesen Untersuchungen zufolge in keinem Untersuchungsgebiet, weder in (post-)kolonialen Kontexten noch im Globalen Norden, ausweisen.⁴ Die Behauptung des Rechtsstaates, in den Grenzen seines Territoriums mittels Verfahren der Gesetzgebung den gesamten Rechtsbestand zu erzeugen, erweist sich als ein weitgehend uneingelöster Anspruch – als ein Anspruch, der von der Realität einer Vielfalt rechtserzeugender Instanzen dementiert wird.⁵ Die verschiedenen Analysen dokumentieren diese Alternativ- bzw. Konkurrenzstrukturen rechtlicher Ordnung als das Produkt der Selbstorganisation ethnischer (vgl. Weyrauch/Bell 1993), religiöser (vgl. Weisbrod 1988) oder ökonomischer Gemeinschaften (vgl. Bernstein 1992), die eigenständig Recht setzen und anwenden.⁶

Jene alternativen Rechtsstrukturen stellen einen starken oder radikalen Rechtspluralismus dar. Das bedeutet, dass ein Primat staatlicher Rechtsordnung aufzugeben ist, dem zufolge »das Recht das Recht des Staates ist und sein sollte, das für alle Personen einheitlich ist, alles andere Recht ausschließt und von einer einzigen Reihe staatlicher Institutionen

4 *Klassischer Rechtspluralismus* beinhaltet hier die ersten beiden Phasen («klassischer» und »neuer Rechtspluralismus») der einflussreichen Unterscheidung von Merry (1988: 872 ff.).

5 Zur Rekonstruktion dieses »Pluralismus der Pluralismen« vgl. aus dem deutschen Sprachraum Seinecke (2015: 27 ff., 291 ff.), Gailhofer (2016: 57 ff.).

6 Sie sind auch Beleg dafür, dass ein »reiches Anschauungsmaterial für Recht, das neben, ohne oder jenseits des Staates operiert«, ausdrücklich nicht »vor allem jenseits der OECD-Staatenwelt« aufzufinden ist, wie aber Calliess/Maurer (2014: 1) meinen.

verwaltet wird.« (Griffiths 1986: 2)⁷ Hingegen steht in den Dokumentationen eines schwachen Pluralismus das Rechtserzeugungsmonopol des Staates zwar stellenweise infrage, am Koordinationsmonopol staatlicher Rechtsordnungen und dadurch an einer Konzeption normativer Einheit mittels der Delegation von Zuständigkeiten oder der expliziten Integration »externer« Normen kann hier aber festgehalten werden (vgl. ebd.: 5 ff.). Eine unmittelbare Folge des starken Pluralismus besteht darin, das Recht des Staates auf den Status einer möglichen (wenngleich oftmals dominanten) Erscheinungsform rechtlicher Normativität zurückzustufen und ein einheitliches Recht als allein ideelles Konstrukt kritisch zu befragen, denn: »Das Recht hat viele Existenzen.« (Benda-Beckmann 2002: 65) Dabei verbinden Aufzeichnungen des starken Rechtspluralismus ein grundsätzliches Moment – die Variabilisierung von staatlicher und rechtlicher Ordnung – mit graduellen Befunden hinsichtlich der Frage, inwieweit Funktionen der Rechtserzeugung tatsächlich von nicht-staatlichen Gemeinschaften ausgeübt werden.

Die begrifflichen Irritationen des klassischen (starken) Rechtspluralismus sind dabei auch das Ergebnis einer prekären, immer nur vorläufigen Unterscheidung von rechtlichem und normativem Pluralismus. Diese Unschärfe wird, im Anschluss an die Arbeiten des Ethnologen Bronisław Malinowski, als »Malinowski-Problem« diskutiert (vgl. Gailhofer 2016: 100 ff.). Es besagt, dass die Identifikation geltender Rechtsnormen nicht allein anhand von formalisierten Kriterien der Rechtsgeltung erfolgen kann, wenn das Vorhaben darin besteht, Alternativstrukturen rechtlicher Ordnung in Distanz zum staatszentrierten Rechtsverständnis aufzuzeichnen. Diese Aufzeichnungen müssen jedoch ein anderes, wiederum spezifisches Verständnis von Recht voraussetzen. Es geht deshalb in den Untersuchungen des klassischen Rechtspluralismus vielfach um den Aspekt der effektiven Relevanz der fraglichen Normen, d.h. um Funktionen der Selbstregulierung und um die »paradoxe« Relation zwischen sozialer Praxis und Rechtsnormativität.

Die Phänomene des Rechtspluralismus sind soziale Normen *und* Rechtsnormen, Recht *und* Gesellschaft, formell *und* informell, regelorientiert *und* spontan. Dabei ist die Beziehung zwischen Recht und Gesellschaft im Rechtspluralismus höchst mehrdeutig, ja geradezu paradox: getrennt und doch ineinander verschlungen, autonom und doch wechselseitig abhängig, geschlossen und gleichzeitig offen. (Teubner 1995: 192)

- 7 Bemerkenswerterweise hat sich Griffiths (2006: 64) in der Folge vom Ausdruck »Rechtspluralismus« distanziert und plädiert für eine Beschreibung als »normativer Pluralismus« oder als »Pluralismus der sozialen Kontrolle«. Zum Verhältnis von Rechtspluralismus und normativem Pluralismus vgl. auch Twining (2010).

Ein funktionales Rechtsverständnis weicht dabei stellenweise durch und durch nominalistischen Ansätzen. In einer derartigen Auffassung ist Recht »das, was die Menschen durch ihre sozialen Praktiken als Recht anerkennen und behandeln.« (Tamanaha 2000: 319) Ob allerdings dieser Zugriff noch dazu in der Lage ist, den eigenen Untersuchungsgegenstand sinnvoll zu identifizieren und wenigstens in Grundzügen zu konturieren, erscheint fraglich.⁸ Denn es steht auf diese Weise kein Kriterium mehr bereit, um zwischen rechtlichen und anderen sozialen Normen noch unterscheiden (und, in der Folge, einen möglichen Anspruch auf Gleichbehandlung der verschiedenen Rechtsordnungen umsetzen)⁹ zu können.

In den Situationen des Rechtspluralismus lassen sich die verfügbaren Rechtsnormen¹⁰ nicht in einen formalen Erzeugungszusammenhang einordnen. Die Koexistenz verschiedener Rechtsordnungen kann deshalb als ein Verhältnis des normativen Widerspruches inszeniert werden. Diese Konflikte sind nicht als eine Konfrontation des Rechts mit faktischen Gegebenheiten zu fassen, die sich den rechtlichen Bestimmungen entgegen als widerständig erweisen. Der Aspekt der Durchsetzung allein ist nicht entscheidend. Es handelt sich vielmehr um die Möglichkeit genuiner Rechtskonflikte, also um Konflikte, die sich zwar auf die eine oder andere Weise bewältigen, aber nicht unter Rekurs auf gemeinsame Normen oder geteilte Verfahren auflösen lassen. Das Recht der Rechtsordnung wird also rechtlich infrage gestellt, so dass die Grenzen der einen Ordnung von der Anerkennung dieser Grenzen durch eine andere Ordnung abhängig sind. Keine Ordnung steht für sich allein. Diese »Anerkennung« ist natürlich durch empirische Machtverhältnisse geprägt. Dennoch rückt bereits im klassischen Rechtspluralismus nicht bloß die Vielfalt des Rechts in den Fokus. Als bedeutsam erscheinen vielmehr die normativen Interaktionen zwischen den verschiedenen, teils staatlichen, teils »indigenen«¹¹ Rechtsordnungen. »Die Existenz des Rechtspluralismus an und für sich ist weniger relevant als die Dynamiken des Wandels und der Transformation.« (Merry 1988: 879) Ein diffuser Rechtsbegriff ist demnach nicht per se das Kennzeichen des starken Rechtspluralismus. Er ist es nur und insoweit, um jene Interaktionen unterschiedlicher Rechtsordnungen erforschen zu können.

8 Vgl. dazu Cotterrell (2015), im Anschluss an die Kritik der Arbeiten von Tamanaha durch Twining (2003). Vgl. zum Ganzen auch Halpin (2014).

9 Siehe dazu gleich *Kapitel 3.1.2.*

10 »Verfügbar« bezeichnet hier mindestens die Perspektive der Teilnehmer:innen der Rechtspraxis.

11 »Mit indigenem Recht bezeichne ich nicht ein diffuses volkstümliches Bewusstsein, sondern konkrete Ordnungsmuster in einer Vielzahl von Institutionen – in Universitäten, Sportvereinen, Wohnsiedlungen, Krankenhäusern usw.« (Galanter 1981: 17f.)

In den Untersuchungen des klassischen Rechtspluralismus werden bereits die Verknüpfungen und Verstrickungen, nicht allein die Koexistenzen rechtlicher Ordnungen aufgezeigt und für rechtstheoretische Einsichten fruchtbar gemacht. Das Recht erweist sich hier als ein Prozess normativer Interdependenz. Dabei steht typischerweise die Relativierung der alleinigen Rechtsproduktion des Staates im Mittelpunkt, und wird das Interaktionsgeschehen meistens im Rahmen des Nationalstaates – »innerhalb eines einzigen Landes« – entfaltet.¹² Ein globalisierter Rechtspluralismus weitet dieses Geschehen insofern aus, als auch dieser letzte (territoriale) Bezugsrahmen des Rechts entfällt.

3.1.2 Globalisierter Rechtspluralismus

Die Untersuchungen des neuen (Berman 2009), internationalen (Nollkaemper 2013) oder globalen Rechtspluralismus (Merry 2008) widmen sich den Folgen der Globalisierung für das Recht und beschreiben diese Folgen, im Anschluss an die Untersuchungen des klassischen Rechtspluralismus, als die nochmalige Multiplikation rechtserzeugender Instanzen wie Interaktionen. Die Vielfalt des Rechts wird in diesen Aufzeichnungen eines globalisierten Rechtspluralismus auch über die Grenzen des Staates hinweg virulent. Zum deskriptiven Anspruch, das zeitgenössische Recht angemessen zu beschreiben, tritt hier ein normativer Anspruch hinzu. Die Vielfalt des Rechts ist demnach nicht nur unhintergebar, sondern wird auch den Geboten des *Rechts der Rechtsordnung* vorgezogen – unter der Prämisse allerdings, dass das Faktum des Pluralismus nicht einfach akzeptiert,¹³ sondern durch ein Management der Vielfalt sowohl dynamisch als auch responsiv gestaltet wird. Alle sollen Recht erzeugen dürfen und können: derart soll ein progressiver Pluralismus auf den Pfaden des Pluralismus selbst eingerichtet werden.¹⁴ Dabei verstellt jedoch ein solcher ethischer Zugriff den Blick auf die formierenden Wirkungen der mit dem Ziel der Vermittlung eingesetzten Verfahren und Techniken. Doch geht es den jüngeren Konzeptionen des Rechtspluralismus eigentlich darum, ein plurales Recht in Form zu bringen. Dadurch, dass

- 12 »Fast alle Mainstream-Studien [zum sozio-rechtlichen Pluralismus] haben sich mit substaatlichen oder subnationalen Phänomenen innerhalb eines einzigen Landes beschäftigt« (Twining 2010: 510).
- 13 Das betrifft natürlich zuerst die (oftmals ökonomischen) Machtverhältnisse, die in diesem Pluralismus Ausdruck finden. Vgl. z.B. Pistor (2018) für den Übergang vom »Rechtspluralismus« zum »kommerziellen Rechtspartikularismus«.
- 14 Ich interessiere mich hier vor allem für die analytischen Weichenstellungen dieser Konzeptionen. Zur Kritik der normativen Begründung des (Rechts-) Pluralismus vgl. z.B. Sharafi (2008), Isiksel (2013).

sie den Blick auf die Politiken der Vermittlung verstellen, verstehen sie sich also selbst falsch.

Ein zentraler Einwand gegen diese jüngeren Konzeptionen betrifft die Kontinuität der Diagnose und also die Frage, ob und wie ein distinkter Untersuchungsgegenstand des *globalen* Rechtspluralismus bestimmt werden kann (vgl. Michaels 2009). Nicht nur sind die Situationen des Rechtspluralismus ein historischer Normalfall, sie werden in den soziologischen und ethnologischen Analysen des klassischen Rechtspluralismus darüber hinaus sogar als ein »universelles Merkmal sozialer Organisation« aufgefasst (Griffiths 1986: 38). Rechtspluralismus ist somit schlichtweg überall. Wenn aber das Recht »immer schon plural verfasst« ist (Seinecke 2015: 1), wird der Beschreibungsgewinn unklar. Zwar übertreten die verschiedenen Rechtsordnungen nun die territorialen Grenzen des einzelnen Staates und beleuchten die jüngeren Untersuchungen die daraus resultierenden Interaktionen entsprechend aus einer Perspektive »jenseits des Staates« (und können sich dabei unter empirischen Gesichtspunkten gewichtige Differenzen ergeben). Unter konzeptuellen Aspekten geht es aber erneut darum, den staatlichen *bias* der modernen Rechtswissenschaft infrage zu stellen. Zugleich wird aber gerade durch die Kontinuität der Diagnose deutlich, dass die Rede von Recht (und Verfassung) »jenseits des Staates« in zweifacher Hinsicht kaum nützlich ist, um die normativen Verstrickungen des Rechts und darüber den Prozess transnationaler Rechtserzeugung zu erfassen. Sie ist deshalb als ein analytisches Werkzeug aufzugeben. Einerseits geht es bereits den klassischen Untersuchungen um den Zusammenhang und das Ineinandergreifen unterschiedlicher normativer Ordnungen, darunter zuerst und insbesondere um die Interaktionen zwischen staatlichem und nicht-staatlichem Recht. Auf diese Weise, entlang dieser Interaktionen, ist aber kein Recht jemals wirklich »jenseits« des Staates. Andererseits sind sich klassischer und globalisierter Rechtspluralismus gerade darin einig, dass der Staat rechtlich nie ganz bei sich selbst ist. Das Recht ist in dieser Hinsicht immer schon »jenseits« des Staates. Deshalb spricht Paul Schiff Berman, einer der wichtigsten Vertreter:innen des globalisierten Rechtspluralismus, treffenderweise von einer »Anwendung« der Annahmen des klassischen Rechtspluralismus.

Rechtspluralisten haben seit langem beobachtet, dass Menschen in einem bestimmten sozialen Kontext durch eine Vielzahl unterschiedlicher rechtlicher und quasi-rechtlicher Regime reguliert werden und dass diese Regelungen manchmal mit dem formalen staatlichen Recht verbunden sind, manchmal aber auch nicht. Der Ansatz des globalen Rechtspluralismus griff diese Erkenntnis auf und wandte sie genau zum richtigen Zeitpunkt auf die Arena des Internationalen und Transnationalen nach dem Kalten Krieg an. Um 1998 vermehrten sich die internationalen und transnationalen Institutionen, die Normierungsgremien

der Industrie und die Verhaltenskodizes der Unternehmen gewannen an Bedeutung, und der Aufstieg der Online-Kommunikation führte zur zunehmenden Deterritorialisierung des sozialen Lebens [...]. (Berman 2019b: 381)

Es geht in diesen Ansätzen also, wie Berman betont, um die nochmalige Vervielfältigung der rechtserzeugenden Instanzen infolge verstärkter zwischenstaatlicher Kooperation, sozialer Vernetzung und ökonomischer Selbstregulierung. Diese pluralen Schübe einer erneuten Verrechtlichung sind deshalb bemerkenswert, weil sie nicht als Vertiefung oder Ausweitung einer bestehenden (in der Regel: staatlichen) Rechtsordnung, sondern in weitgehend eigenständigen normativen und organisatorischen Zusammenhängen Gestalt annehmen. Situationen, für die nur eine einzelne Rechtsordnung Zuständigkeit beanspruchen kann, werden weniger und dementsprechend Vorstellungen der normativen Einheit und der exklusiven Autorität des Rechts im Vergleich mit den Untersuchungen des klassischen Rechtspluralismus noch einmal brüchiger.

Ein globalisierter Rechtspluralismus spiegelt demnach die Steuerungsdefizite des Staates wider, wie sie im Rahmen der mittlerweile kanonischen Globalisierungsdebatte adressiert werden. Das Ergebnis ist »eine genuin *legale* Form der Heterarchie« (Krisch 2010: 226), die von widerstreitenden Verpflichtungen und der Konkurrenz von Zuständigkeitsbehauptungen ebenso gekennzeichnet ist wie von Integrations- und Adaptionsbemühungen (vgl. ebd.: 69). Anders gesagt, resultiert die neue Vielfalt des Rechts in dessen erweiterte Entgrenzung. Das Recht religiöser Gemeinschaften etwa kann nicht mehr nur mit den Bestimmungen der nationalen Verfassung, sondern nun auch mit den Normen des internationalen Menschenrechtsschutzes in Konflikt geraten, die Regelungen ökonomischer Gemeinschaften nicht mehr nur mit staatlichen Vorschriften, sondern nun auch mit der Rechtsprechung der WTO kollidieren. Rechtserzeugung wird erneut, infolge technologischer Innovationen, wirtschaftlicher Verflechtungen und kultureller Streuungen, aus dem Griff des Staates herausgelöst. Unter den Bedingungen des globalen Rechtspluralismus kann somit ein räumlich-territorialer Zugriff – als Referenzrahmen des klassischen Rechtspluralismus ja noch weitgehend unstrittig¹⁵ – den Szenarien überlappender und sich verstrickender Legalitäten immer seltener gerecht werden. Der sozialen und normativen Realität des Rechtspluralismus ist kaum noch zu entkommen: »Letztendlich kann es keinen Rückzug aus der Hybridität geben.« (Berman 2012: 57)

Die Entwicklungen der Globalisierung führen zur Entstehung normativer Gemeinschaften, die zu den bereits bestehenden religiösen, ethnischen oder wirtschaftlichen hinzu kommen, aber auch die Institutionenwelt

15 Siehe dazu *Kapitel 3.1.1.*

des Staates bereichern. In den Fokus rücken die staatlichen Gemeinschaften in Form von internationalen Institutionen und Netzwerken ebenso wie die »nicht-staatlichen normerzeugenden Gemeinschaften« (ebd.: 41) und die themenspezifischen Regelungen, die durch diese Gemeinschaften produziert werden. Analog zum klassischen Rechtspluralismus geht es nicht um den quantitativen Zuwachs bloß ko-existierender Rechtsordnungen, sondern um die Verstrickungen von ehemals »souveränen«¹⁶ Operationen der Rechtserzeugung. Berman stellt diese kreative Dimension ausdrücklich heraus: »Das Recht wird ständig durch den Wettstreit dieser verschiedenen normerzeugenden Gemeinschaften gebildet.« (ebd.: 12) Recht im Singular beschreibt die – manchmal harmonische, oftmals konfliktive – Synthese unterschiedlicher normativer Ordnungen. Wiederrum analog zum klassischen Rechtspluralismus wird zwischen Rechts- und weiteren Sozialnormen nicht strikt unterschieden. Zum Universum des Rechts zählen auch die »normativen Bindungen« (ebd.: 54) und »jurisdiktionellen Behauptungen« (Berman 2016: 180) abseits der Gesetzgebung und Justiz des Staates: also auch solche Organisationsformen gesellschaftlicher Beziehungen, die sich weder in die Normenhierarchie des Rechtsstaates einfügen lassen noch mit dieser im engeren Sinne vergleichbar sind. Unscharf ist somit nicht nur die Unterscheidung zwischen Rechts- und Sozialnormen, sondern auch diejenige (im Anschluss an H.L.A. Hart) zwischen primären und sekundären Normen.

Für solche normativen Gemeinschaften ist vielmehr die Qualität der sozialen Beziehungen charakteristisch. Sie weisen einen gewissen Grad an Stabilität und Dauer auf (vgl. Cotterrell 2008; 2013) und können sich entlang von Werten oder Ideologien, aber auch auf der Basis von Interessen (z.B. im Rahmen ökonomischer Gemeinschaften) herausbilden. Relevant ist demnach einerseits, dass die jeweiligen Gemeinschaften einzelne, aber dabei mindestens in Ansätzen homogene Einheiten darstellen, denn Pluralismus bedeutet eine Mehrzahl von unterschiedlichen und voneinander unterscheidbaren Elementen (vgl. Twining 2010: 482 ff.; O'Donoghue 2014: 61 ff.). Andererseits »ist es nicht nötig, in Begriffen starr abgegrenzter Gemeinschaften zu denken, die einander gegenüberstehen. Das passende Bild ist vielmehr das von sich überschneidenden, aber fließenden und sich häufig verändernden Netzwerken sozialer Gemeinschaftsbeziehungen.« (Cotterrell 2012: 521) Diese Überschneidungen bilden sich auch rechtsförmig ab. Registriert wird ein »rechtserzeugendes Potenzial von komplexen, sich gegenseitig durchdringenden Netzwerken« (ebd.: 515). Ein Beharren auf Hierarchiemodellen des Rechts würde hingegen bedeuten, solche inter-kommunitären Verbindungen zu kappen sowie die Möglichkeiten multipler Mitgliedschaften und der Entwicklung neuer Rechtsgemeinschaften einzuschränken.

16 Siehe dazu Einleitung zu *Teil II*.

Deshalb gilt es, mittels geeigneter Normen und Verfahren, die Vielfalt des Rechts und der Rechtsgemeinschaften zu bewahren. Der Prozess der Rechtserzeugung sollte, Nico Krisch zufolge, als ein »dezentrales Management der Vielfalt« aufgefasst und eingerichtet werden (Krisch 2012: 226). Im Hinblick auf die Figur des *margin of appreciation* oder Prinzipien der Subsidiarität geht es auch Berman darum,

den Rechtspluralismus, den wir um uns herum sehen, zu bewältigen, ohne ihn zu eliminieren. Solche Mechanismen, Institutionen und Praktiken können bei der Vermittlung der Konflikte helfen, indem sie anerkennen, dass mehrere Gemeinschaften legitimerweise ihre Normen [...] geltend machen wollen, indem sie nach Wegen suchen, um konkurrierende Normen miteinander in Einklang zu bringen, und indem sie sich, wenn möglich, alternativen Herangehensweisen beugen. (Berman 2013: 669)

Ziel ist es also, die unterschiedlichen Rechtsordnungen füreinander zu öffnen und die Rechtspraxis insgesamt auf die Berücksichtigung konkurrierender Normen und Interessen einzustellen: »Die Idee besteht darin, die sorgsame und mehrmalige *Berücksichtigung* von anderen potentiellen rechtserzeugenden Gemeinschaften zu begünstigen.« (ebd.: 170) Diese responsive Rechtspraxis tritt an die Stelle der übergeordneten Rechtsnormen oder -prinzipien, auf die Vertreter:innen des *konstitutionellen Pluralismus* rekurren; also an die Stelle einer »übergreifenden normativen Struktur« (Stone Sweet 2013: 493) oder einer »gemeinsamen Grammatik der Legitimation« (Halberstam 2012: 175).¹⁷ Dabei betrifft der Gegensatz zwischen diesen Positionen, das ist im Auge zu behalten, nicht den Umgang mit einzelnen Konfliktlagen.¹⁸ Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus unterstellen jedoch keinen übergreifenden Bezugsrahmen, um Vorrangverhältnisse zu etablieren, während die Verfechter:innen des konstitutionellen Pluralismus mit Voraussetzungen normativer Einheit – in der Form von gemeinsamen Prinzipien oder geteilten Werten – operieren:

In einer pluralen Ordnung wird Konstitutionalismus *notwendig* nicht nur als ein Merkmal politischer Gemeinschaften und Prozesse aufgefasst, sondern als ein Medium, durch das sie miteinander verbunden sind – als eine strukturelle Eigenschaft der Beziehung zwischen bestimmten [...] Autoritätsansprüchen, die an verschiedenen Orten oder in verschiedenen Prozessen angesiedelt sind (Walker 2002: 340).

Die Notwendigkeit derartiger Vermittlungen und die Funktion von konkreten Prinzipien oder Mechanismen als »Medium« eben dieser

17 Zur Kritik am *konstitutionellen Pluralismus* als ein »widersprüchliches Konzept« vgl. Loughlin (2014).

18 »In der Praxis kann der Unterschied zwischen Rechtspluralismus und konstitutionellem Pluralismus allein ein terminologischer Unterschied sein.« (Shaffer 2012: 574)

Vermittlungen unterstreichen auch die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus. Sie schließen jedoch aus, jene Verbindungen auf einen einheitsstiftenden Standpunkt der Verfassung zurückführen zu können (vgl. Krisch 2010: 296). Die Bewältigung der Diversität des Rechts ist somit ein einseitiges, partikulares Unterfangen, das eine bestimmte Haltung oder Einstellung erforderlich macht (vgl. Günther 2016). Krisch spricht in diesem Zusammenhang ganz ausdrücklich von »moralischen Forderungen« (Krisch 2010: 296), die dann auf juristisches Gehör nur hoffen können. Nötig für ein gelingendes Management der Vielfalt ist die Bereitschaft, andere Rechtsordnungen oder -gemeinschaften anzuerkennen. Statt sich um sich selbst zu zentrieren, sind Rechtsentscheidungen so zu treffen, dass sie die existierenden Verstrickungen berücksichtigen sowie neue Verknüpfungen herbeiführen. Die Haltung der Toleranz und des Respekts soll dabei vor allem in Institutionen und Verfahren der Rechtsprechung zum Ausdruck gelangen. Sie sind der hervorgehobene Ort, um Toleranz zu üben, also um die Vielfalt des Rechts zur Entfaltung kommen zu lassen.

Diese Ethik der Selbstbegrenzung steht dabei stets vor dem Problem, auch solche Gemeinschaften in das Management der Vielfalt miteinbeziehen zu müssen, die nicht bereits als Bezugspunkte des Rechtspluralismus in Erscheinung getreten sind. »Die entscheidende Frage ist, welche normativen Ordnungen sich als Rechtsordnungen qualifizieren und damit den Anspruch erheben können, legitimerweise Zugang zur globalen Arena zu erhalten.« (Croce/Goldoni 2015: 12) Anders gesagt, ist der Erhalt der interdependenten Vielfalt des Rechts von einseitigen Operationen der Berücksichtigung *und* der Identifikation abhängig. Die Entscheidung, welche andere Norm oder Ordnung auch Berücksichtigung verdient, kann nur von den jeweiligen Gemeinschaften selbst getroffen werden. Denn ausgeschlossen ist gerade die Entscheidungsgewalt einer einzelnen Stelle (in der Regel: die Entscheidungsgewalt des Staates) über das, was Recht und für das Recht relevant ist. Diversität gilt es somit nicht nur zu berücksichtigen, sondern auch und erst einmal zu erkennen. Weil aber die Anzahl der Gemeinschaften und Ordnungen, auf die sich die Haltung der Toleranz erstrecken müsste, notwendigerweise unbegrenzt ist, kann diese Selbstbegrenzung niemals wirklich gelingen. Um sie wenigstens vorläufig umzusetzen, adressieren die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus, wie bereits angedeutet, die Mechanismen und Verfahren der Vermittlung unterschiedlicher Rechtsordnungen. Sie sollen, wie auf den folgenden Seiten ausführlicher diskutiert wird, das Potential des Pluralismus insofern ausschöpfen, als sie einen *dynamisch, innovativ, kontestatorisch* und *partizipativ* strukturierten Prozess der Rechtserzeugung einrichten und abstützen. Diese Eigenschaften sind zugleich die Folge des (globalen) Rechtspluralismus. Sie, und somit den Pluralismus selbst, gilt es zu erhalten und zu forcieren.

Dynamik

Globaler Rechtspluralismus ist das Resultat einer zweifachen Dynamisierung der Rechtswelt. Die Dynamik des Pluralismus ist einerseits der Effekt externer Entwicklungen (vor allem der Globalisierung), die sich in der Vervielfältigung des Rechts abbilden. Sie ist aber, andererseits, auch die Konsequenz der Rechtsvielfalt selbst, denn die Überlappungen und Verstrickungen des Rechts evozieren Interaktionen, die Anlass weiterer normativer Interaktionen sind. Die Pluralisierung und die Dynamisierung rechtlicher Ordnung bilden somit in den Ansätzen des globalisierten Rechtspluralismus insofern einen Zusammenhang, als die Dynamik der Rechtsnormproduktion gleichermaßen die Ursache und der Effekt der Rechtsvielfalt ist. Diesen Elan des Pluralismus zeichnet Harold Koh in seinen Beiträgen zum »transnationalen Rechtsprozess« auf (vgl. Koh 1996; 1997: 2645 ff.; 2006). Er beschreibt die Interaktionsfolgen zwischen nationalen Rechtsregeln und völkerrechtlichen Normen folgendermaßen: »Transnationales Recht wandelt sich, es mutiert und fließt von oben nach unten und von unten nach oben, von der öffentlichen zur privaten, von der nationalen zur internationalen Ebene und wieder zurück.« (Koh 1996: 184) Die Entgrenzungsbewegungen des Rechts generieren beständig neue Rechtsnormen, die dann den interdependenten Prozess der Rechtserzeugung erneut vorantreiben. Während Koh sich vor allem auf die Inkorporation von Völkerrechtsnormen durch nationales Recht und die Interaktionen zwischen nationalen Rechtssystemen stützt, lokalisieren die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus jene Dynamik auch in den Interaktionen mit und zwischen den nicht-staatlichen normativen Gemeinschaften. Der Vorgang transnationaler Rechtserzeugung wird demnach als ein offener, multidimensionaler Prozess von miteinander verschränkten Rechtsbewegungen beschrieben. Das Management der Vielfalt muss diesen Zusammenhang von Pluralisierung und Dynamisierung unterstützen. Es geht deshalb nicht darum, Rechtsordnungen oder -ebenen hierarchisch abzustufen. Ziel ist es vielmehr, Überlappungen sichtbar zu machen, denn etwaige Konflikte sind das Antriebsmoment der normativen Interaktionen. Das bedeutet, dass die zum Zweck der Vermittlung eingesetzten Verfahren und Prinzipien die Kontaktzonen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen möglichst auf Dauer stellen müssen. Die »jurisgenerativen Möglichkeiten, die sich aus der Existenz mehrerer rechtserzeugender Gemeinschaften und mehrerer Normen ergeben« (Berman 2012: 150f.), können schließlich nur dann realisiert werden, wenn die Pluralisierung mit der tatsächlichen Dynamisierung des Rechtserzeugungsprozesses einhergeht. Das Recht soll also porös sein, denn die Dynamik der Interaktionen bringt kreative Adaptionen oder, in der Terminologie von Koh, »Internalisierungen« hervor (Koh 1996: 204).

Innovation

Um diese kreative oder innovative Dimension des Rechtspluralismus zu akzentuieren, greift Berman auf föderale Theorien der Rechtsprechung zurück. Im Anschluss an Überlegungen von Robert Cover zur *jurisdiktionalen Redundanz* ist demnach eine (heterarchische) Vielzahl rechtsprechender Instanzen nicht der Ausdruck einer bedauernswerten Fragmentierung des Rechtsschutzes. Ein »zerbrochenes Mosaik der Jurisdiktionen« (Cover 1981: 640) ist vielmehr dazu geeignet, einseitige, »ideologische« Formen der Rechtsprechung offenzulegen. Die Mehrzahl der Rechtswege kann die Bindungskraft der fraglichen Norm stärken und den Normgehalt präzisieren. Sie trägt darüber hinaus zum Informationstransfer über die epistemischen Grenzen der jeweiligen Ordnung bei und fördert auf diese Weise die Qualität der Rechtsentwicklung.¹⁹ Dieser kreative Wandel des Rechts aufgrund einer Vielfalt der Jurisdiktionen soll auch für den globalen Rechtspluralismus produktiv gemacht werden.²⁰ Es geht also darum, jene Möglichkeiten der Rechtsentwicklung auszuschöpfen, die mit »sich überschneidenden Zuständigkeitsbehauptungen von sowohl staatlichen als auch nicht-staatlichen Entitäten« verbunden sind (Berman 2012: 237). Die Mechanismen und Verfahren zur Bewältigung der Diversität des Rechts sollen Deliberation, zumindest aber innovative Adaption im Sinne einer Berücksichtigung von konfligierenden Verpflichtungen bewirken und dazu das kreative Potential der Rechtsproduktion ausschöpfen, das mit den Alternativstrukturen des Rechts verknüpft ist: »So wie die Länder in einem föderalen System als ›Laboratorien‹ der Innovation fungieren, so ermöglicht auch der Erhalt von vielfältigen Rechtsräumen Innovation.« (ebd.: 134) Sogar die Inkonsistenz geltender Normen ist deshalb ein explizites Anliegen der normativen Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus – solange sichergestellt ist, dass sich Interaktionen zwischen diesen verschiedenen Rechtsnormen und -räumen ereignen und also Pluralisierung wiederum in Innovation mündet.

Kontestation

Ein globaler Rechtspluralismus impliziert in diesen Ansätzen nicht nur Ressourcen der Innovation, sondern auch des Widerstandes gegen die Exklusionen einzelner Ordnungen. Die Vielfalt des Rechts etabliert, so

19 Mit Blick auf diese inhärenten Möglichkeiten des Rechtspluralismus ist es nicht trivial, daran zu erinnern, dass dieser Pluralismus bei Cover selbst allerdings im Singular steht: »[...] *ein Regime* der polyzentrischen Normartikulation« (Cover 1981: 673, Herv. J.H.).

20 Zu den Topoi des Rechtspluralismus im Werk von Cover vgl. Seinecke (2015: 260 ff.), Vischer (2021: 318 ff.).

Krisch, eine »Dynamik der Ermächtigung« (Krisch 2010: 257), denn sie erlaubt es, sich anderswo Gehör zu verschaffen sowie die jeweiligen Bestimmungen und Sanktionen durch den Rekurs auf andere Legalitäten in Frage zu stellen. Nicht nur kann hier etwas erlaubt sein, das dort verboten ist. Durch den Verweis auf rivalisierende Normen können auch den geltenden Bestimmungen andere Regelungen effektiv entgegengewendet werden (vgl. Kuyper 2014). Die Dezentralisierung des Rechts soll auf diese Weise Möglichkeiten der Kontestation und der (rechtmäßigen) Ermächtigung bereithalten: »Ein Argument, das in einem Forum ungehört bleibt, kann in einem anderen aufgegriffen werden. Eine an einem Ort artikulierte Norm kann anderswo überzeugen. Die Ohnmächtigen in einem System können sich in einem anderen Macht verschaffen.« (Berman 2014: 259) Die unterschiedlichen Techniken der Vermittlung sollen dabei einerseits solche Optionen des Dissenses verfügbar halten, das Ausmaß der Rechtskonflikte andererseits aber einhegen und integrativ wirken. Es gilt also auch in dieser Hinsicht, die dynamischen Entgrenzungsbewegungen »produktiv« (Berman 2012: 10) zu wenden. Jeweils müssen die Verschränkungen und Verstrickungen des Rechts aber für möglichst viele Mitglieder der einzelnen normativen Gemeinschaften praktische Relevanz entfalten können. Das führt, letztens, zur Frage der Partizipation.

Partizipation

Die kreativen oder kontestativen Interaktionen müssen forciert werden können. Deshalb plädieren die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus für solche prozeduralen Mechanismen, die eine Berücksichtigung unterschiedlicher Interessen, Perspektiven und Normen motivieren (vgl. Berman 2013: 669). Aufgrund der Dezentralisierung des Rechts, aufgrund der Tatsache also, dass Entscheidungen über »das« Recht nirgendwo mehr getroffen werden können, gilt es insbesondere die Entscheidungsträger:innen, also zumeist die Richter:innen, für den normativen Anspruch des Rechtspluralismus zu sensibilisieren (vgl. Berman 2015: 36). Eine Orientierung nach außen sowie eine Haltung der Toleranz soll sich vor allem in den Präferenzen und Gepflogenheiten der unparteilichen Rechtsexpert:innen niederschlagen. Dazu gehört für Berman, »illiberale« Normen kritisch zu prüfen und gegebenenfalls auszuschließen (Berman 2016: 155). Ähnlich bleibt auch für Krisch der Grad der Berücksichtigung externer Normen von der Verfassung der jeweiligen Ordnung und den konkreten Partizipationschancen abhängig (vgl. Krisch 2010: 101). Die verschiedenen Rechtsordnungen sollen sich umso bereitwilliger füreinander öffnen und miteinander verschränken, je mehr Mitsprache die Rechtsadressat:innen im Rahmen der einzelnen Ordnungen üben können.

Die Konzeptionen des *globalisierten Rechtspluralismus* beobachten, dass sich unter den Umständen der Globalisierung die normativen Gemeinschaften und rechtserzeugenden Instanzen vervielfachen, die Anspruch darauf erheben, denselben Sachverhalt zu normieren und zu beurteilen. Dieser radikale Pluralismus ist diesen Konzeptionen zufolge sowohl unausweichlich als auch begrüßenswert. Die Verstrickungen des Rechts sollen nicht durch ein territoriales Modell staatlicher Souveränität oder durch ein konstitutionelles Modell normativer Einheit überwunden werden. Vielmehr werden Verfahren und Techniken der einseitigen Koordination und Adaption relevant, die den konstitutiven Fremdbezug des Rechts zur Geltung bringen und so Möglichkeiten der Innovation wie Kontestation bereithalten. Dabei geraten jedoch diese Entgrenzungsformen transnationaler Rechtserzeugung nicht als solche in den Blick. Sie spielen nur als ein ermöglichendes, nicht aber als ein prägendes oder gar determinierendes Element eine Rolle, und so bleiben die formierenden Wirkungen der »prozeduralen Mechanismen« (Berman 2013: 669) und »interface-Normen« (Krisch 2010: 285) seltsam unterbelichtet. Der Grund für diese Leerstelle ist auf der Ebene der Konzeptionen selbst und in der ethischen Perspektive, die sie einnehmen, zu suchen. Sie zielen auf eine Bereitschaft zur Selbstbegrenzung ab, um auf diese Weise die intrinsischen Eigenschaften des Rechtspluralismus zu entfalten. Den Rechtspluralismus zu formieren, bedeutet hier, diesen Rechtspluralismus – irgendwie – zu erhalten. Das Ziel besteht darin, den Pluralismus »zu bewältigen, ohne ihn zu eliminieren« (Berman). Solange nur Interdependenz sichergestellt wird, ist demnach das Management der Vielfalt gelungen. So sind die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus aber (analytisch) nicht dazu in der Lage, ein Potential demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation zu differenzieren.

3.2 Rationalitätskonflikte

Die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus zeichnen Recht als Prozess der Entgrenzung auf, als ein sich intensivierendes Interaktionsgeschehen zwischen verschiedenen normativen Ordnungen und Gemeinschaften. Auf diese Weise rückt das Problem der Vermittlung und damit die Frage der *Entgrenzungsformen* in den Fokus. Mehr noch als für den klassischen Rechtspluralismus ist dieses Problem ausdrücklich ein normatives Problem. Die Techniken und Verfahren des angemessenen Umganges mit der Vielfalt des Rechts tragen die Last der Rechtsfertigung, denn sie sollen den Pluralismus nicht nur hinnehmen, sondern auf eine bestimmte Weise einrichten. Trotz dieser zentralen Rolle

bleiben jene Techniken aber unterbelichtet. Diese Leerstelle ist das Resultat einer ethischen Perspektive, die sich auf die intrinsischen Eigenschaften des Rechtspluralismus (auf dessen *Dynamik* etc.) stützt und für die es gilt, die Vermittlungsleistungen allein darauf hin zu befragen, ob sie die Rechtsvielfalt letztendlich bewahren oder nicht. In der Terminologie normativer Gemeinschaften formuliert, sollen die einzelnen Gemeinschaften zugleich authentisch und tolerant operieren, sie sollen das eigene Selbst erhalten und andere dennoch zur Entfaltung kommen lassen. Der irreduzible Pluralismus des Rechts steht somit am Anfang und Ende der jeweiligen Konzeptionen, ohne dass der Blick auf das Binnengeschehen der rechtserzeugenden Interaktionen gerichtet wird: solange der Pluralismus aufrechterhalten wird, ist es gelungen, den Pluralismus zu bewahren. Unter analytischen Gesichtspunkten klappt hier jedoch eine Lücke. Es gerät nicht in den Blick, dass jene »prozeduralen Mechanismen« die Verstrickungen des Rechts nicht nur forcieren, sondern zugleich formieren. Sie fungieren nicht als bloßes Instrument, sondern als Techniken mit distinkten (rechts-)normativen Wirkungen. Vermittlung ist kein unschuldiger Begriff. Um den Prozess transnationaler Rechtserzeugung umfänglich beschreiben und schließlich auch rechtfertigen bzw. kritisieren zu können, ist somit ein Ansatz nötig, der diese prägenden Wirkungen der eingesetzten Vermittlungstechniken grundsätzlicher in Betracht ziehen kann.

Die *systemtheoretischen Konzeptionen* des globalen Rechtspluralismus sind dafür der geeignetste Kandidat. Denn erstens operieren sie mit einem konturierten Rechtsbegriff und geben so auf die Frage nach der Identifikation der relevanten Einheiten eine Antwort. Rechtspluralismus beschreibt hier die Sekundärcodierung von funktional differenzierten Sozialsystemen, die sich aus den territorialen Begrenzungen des Staates herausgelöst und als Rechtsregime verdichtet haben. Dadurch wird erst klar, inwiefern es sich um ein *rechtliches* Interaktionsgeschehen und um die Möglichkeit genuiner Rechtskonflikte handelt. Es ist zudem ein Kriterium gewonnen, das die Gleichrangigkeit der jeweiligen Ordnungen und deren jeweiligen *prima facie*-Anspruch auf Vorrang im Kollisionsfall erläutert. Diese Frage, welche Einheiten berücksichtigt werden sollen, stellt ja, wie in der vorherigen Diskussion gezeigt wurde, die Ausgangsfrage einer normativen Beschäftigung mit dem Phänomen des Rechtspluralismus dar. Sie verdienen Berücksichtigung eben deshalb, weil, so die Antwort, sie sich der Rechtsform bedienen. Ein systemtheoretischer Zugriff kann dadurch Entgrenzung als Strukturprinzip der transnationalen Konstellation plausibilisieren sowie als Prozess rechtlicher Binnendifferenzierung fassen und bewerten.

Zweitens wird das Management des Pluralismus in diesen Konzeptionen an einen evolutionären Vorgang der regimespezifischen Konstitutionsalisierung zurückgebunden. Die verschiedenen Rechtsregime bilden,

wie insbesondere Gunther Teubner herausgearbeitet hat, höherrangige Normierungen aus, die als ein funktionales Äquivalent der konstitutionellen Aufgaben der Herrschaftsbegründung und -begrenzung operieren. Auf diese Weise tritt sodann einerseits der Perspektivismus (der Bewältigung) des Rechtspluralismus deutlicher hervor. Systemtheoretische Konzeptionen zielen ebenso darauf ab, Vielfalt zu vermitteln. Dabei nehmen aber, im Kontrast zu den Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus, die damit verbundenen normativen Herausforderungen die Gestalt von »Eigenstrukturen« transnationaler Verfassungen an (Teubner 2011a: 199). Die Haltung der beteiligten Rechtsexpert:innen fällt also als Legitimationsmoment schon deshalb aus, weil kein evaluativer Standpunkt zugrunde gelegt wird, von dem aus, wie von außen, auf das Interaktionsgeschehen geblickt werden kann (um z.B. »liberale« und »illiberale« Normen zu unterscheiden). Die Ordnung des Pluralismus ist hier immer schon eine systemrelative Anordnung. Somit fällt auch der Bruch mit den Ansätzen des *konstitutionellen Pluralismus* – gerade durch die Beobachtung der Vervielfältigung nicht nur von Recht, sondern von Verfassung – prägnanter aus. Andererseits rücken systemtheoretische Konzeptionen (Grund-)Rechte und deren »transsubjektives« Potential in den Fokus.²¹ Es sind vor allem Grundrechtspositionen, die die normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung rahmen. Durch die Hinwendung zum Rechte-basierten »globale[n] Kollisionsverfassungsrecht« (Teubner 2012: 30) bildet der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung das Zentrum der Auseinandersetzung.

Schlussendlich treten aber die formierenden Wirkungen der im Zuge der Vermittlung eingesetzten Techniken auch in diesen Konzeptionen hinter eine Ethik der Responsivität zurück. Auch die systemtheoretischen Positionen vernachlässigen die normativen Folgen, die jene Techniken für die Verfassung der transnationalen Konstellation haben. Der Umgang mit der zerstreuten Dynamik gesellschaftlicher Selbstorganisation wird der Bereitschaft zur adäquaten Berücksichtigung der »fremden« Ordnungen und Normen übertragen. Zwar wird betont, dass solche Alteritätsorientierungen durch externen Druck hergestellt werden müssen. Zudem und darüber hinaus wird die Verpflichtung zur Selbstbegrenzung nicht in den Einstellungen der Rechtsexpert:innen, sondern in den verfassungsrechtlichen Modifikationen der teilbereichsspezifischen Rationalitäten verortet (3.2.1). Das Problem der Verfassung wird also explizit aufgeworfen, denn es wird die Form der normativen Interaktionen und dadurch ein grundlegendes Merkmal transnationaler Rechtserzeugung thematisch. Dennoch werden die Politiken der Vermittlung und

21 Zur »transsubjektiven Dimension« subjektiver Berechtigung vgl. Teubner (2018b).

so die Bedingungen des Zusammenhanges von Berechtigung und Befähigung weitgehend ausgeblendet (3.2.2).

3.2.1 *Systemrelative Rationalität*

Systemtheoretische Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus verknüpfen rechtstheoretische Überlegungen zur operativen Einheit der Rechtskommunikation mit soziologischen Einsichten zur weltweiten funktionalen Differenzierung. Auf diese Weise können dann »Tendenzen in Richtung rechtlicher Globalisierung in relativer Abgeschlossenheit von staatlichen Institutionen« beschrieben werden (Teubner 1996: 256). Im Rahmen der Weltgesellschaft als »evolutionär völlig neuartiges Phänomen« (Luhmann 2005: 71) löst sich der Prozess der sozialen Differenzierung von den sektoralen Rahmenbedingungen des Staates. Zugleich gerät dessen »Inklusionsfunktion«, also die »Leistung der *nationalen Exklusion von Ungleichheit*« (Brunkhorst 2012: 185), angesichts der Globalisierung von Sozialsystemen in die Krise. Am Anfang des globalen Rechtspluralismus steht also, analog zum Ansatz des globalisierten Rechtspluralismus, der relative Bedeutungsverlust staatlicher Ordnung. Die Emanzipation der funktional differenzierten Gesellschaft von den Voraussetzungen des Staates hat zur Folge, dass ein einzelnes Funktionssystem – in unterschiedlichen Graden – die eigene Kommunikation mit einer am Rechtscode ausgerichteten Kommunikation verflechten kann und so die eigene Reproduktion abstützt. Das Ergebnis ist ein spontanes wie spezifisches Recht. Es ist spezifisch, weil es mit den Funktionen und Inhalten des gesellschaftlichen Teilbereichs verbunden ist, und es ist spontan, weil die fraglichen Normen ohne Rekurs auf einen formalen Erzeugungszusammenhang zustande kommen. Um Recht handelt es sich, sobald die Systemkommunikation mit einer Kommunikation, die Anspruch auf Rechtsgeltung erhebt, effektiv verknüpft ist.

Die Rechtsqualität wird damit insofern von den Institutionen des Rechtsstaates unabhängig, als sich in den Funktionssystemen eigene Zuständigkeiten und Verfahren der Produktion und teilweise auch der Durchsetzung von Recht herausbilden. Rechtspluralismus bezeichnet somit die Form der »systeminterne[n] Wiederholung der Differenz von Rechtssystem und seinen gesellschaftlichen Umwelten« (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 40). Obwohl die relevanten Rechtsnormen mit den Sozialnormen des jeweiligen Teilbereichs verknüpft sind, kann zwischen beiden unterschieden werden. Für die Klassifikation als rechtsförmig reicht jedoch die binäre Unterscheidung legal/illegal nicht aus. Zwar bedeutet Rechtspluralismus eine »Vielfalt kommunikativer Prozesse, die gesellschaftliches Handeln über den Code Recht/Unrecht beobachten« (Teubner 1995: 201). Diese Beobachtungen und Unterscheidungen

müssen aber von sekundären Normen eingefasst sein, die über die systemrelative Geltung der Primärnormen entscheiden, um von Recht und schließlich von eigenständigen Rechtsstrukturen bzw. -ordnungen sprechen zu können. Auf diese Weise beruht das Recht als *ein* System auf dem »Verknüpfungsmodus der Rechtsoperationen, über den auch ganz heterogene Rechtsordnungen [...] Rechtsgeltung transferieren.« (Teubner/Korth 2009: 142) Obwohl sich die einzelnen Rechtsregime mittels sekundärer Normierungen selbst erzeugen können, bleibt also die Kommunikation zwischen diesen unterschiedlichen Ordnungen möglich. Die Fragmentierung des Rechts ist demnach keineswegs eine absolute, weil, wie Luhmann betont, das Recht nicht auf ein hierarchisches Modell der Normgenese verpflichtet ist und also »die *Einheit* des Rechtssystems *keine operative Prämisse*« darstellt (Luhmann 1993: 73).²² Das Rechtssystem kann Verfahren und Institutionen der regimespezifischen Normproduktion gerade deshalb beinhalten, weil sich dessen selbstreferentielle Konstitution auf alle »Mikrovariationen der Rechtsstruktur« (Teubner 1996: 271) erstreckt. Es umfasst jede Operation, mit der Recht erzeugt wurde, und kann somit auch eine Reihe von funktional differenzierten Systemen rechtsförmig bearbeiten, ohne sich infolge dieser Verknüpfung mit einer »a-zentrisch« gewordenen Gesellschaft (Ladeur)²³ selbst aufzulösen.

Die »Globalität« des Rechtspluralismus bezeichnet demnach eine Bindendifferenzierung der operativen Einheit des Rechts, die sich zusehends vom Bezugsrahmen des Staates ablöst. Wie schon in den Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus fungiert die Entstehung einer interdependenten Weltgesellschaft – kurz: die Globalisierung²⁴ – als rechtsexterner Grund der rechtsinternen Fragmentierung. Anders als jene Konzeptionen deutet ein systemtheoretischer Zugriff diesen Zusammenhang aber nicht allein als die Ausweitung der vormals innerstaatlichen Konfliktlagen. Die neue Rechtsvielfalt ist nicht das Resultat der erneuten Multiplikation normativer Gemeinschaften, sondern das Ergebnis der Reproduktion von »weltweiten Dauerkonflikte[n] zwischen unterschiedlichen gesellschaftlichen Rationalitäten« im Inneren des Rechts (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 7f.). Natürlich wirken diese Kräfte der funktionalen Differenzierung auch bereits unter den Vorzeichen staatlicher Ordnung auf das und im Rechtssystem. Während sich aber im Rahmen des Staates das politische und das Rechtssystem miteinander verzahnen und die gesellschaftlichen Teilbereichsordnungen derart tragen, »findet die trianguläre Konstellation Politik-Recht-Teilsystem [...] im globalen

22 Siehe dazu auch Einleitung zu *Teil II*.

23 Siehe dazu *Kapitel 1.2.2*.

24 »Globalisierung bedeutet [...] die weltweite Realisierung funktionaler Differenzierung.« (Teubner 2003: 12)

Kontext kein Gegenstück.« (Teubner 2012: 75) Attestiert wird somit ein echter Kontrast zum klassischen, territorial determinierten Rechtspluralismus. Das hat zur Folge, dass kein objektiver normativer Standpunkt mehr die Vermittlung der unterschiedlichen Rechtsregime anleiten kann. Ein solcher Standpunkt ist bereits deshalb unmöglich, weil das Recht selbst als eine Form der Reproduktion divergierender Rationalitäten und Deutungsschemata auftritt.

Die in gesellschaftlichen Tiefenstrukturen begründete Vielfalt des Rechts bedeutet nicht, dass Interaktionen zwischen den verschiedenen internen Umwelten ausgeschlossen sind. Es ist vielmehr die Aufgabe des Rechts, eine Vermittlung der sozialen Rationalitäten, die in ihm Ausdruck finden, zu forcieren.

[Die] vorrangige Aufgabe des Rechts besteht darin, reflexiv die Vermittlung von und zwischen möglicherweise sehr unterschiedlichen und komplexen gesellschaftlichen Rationalitäten zu unterstützen, ohne sich dabei [...] auf bereits etablierte, hierarchisch strukturierte Ordnungsmuster stützen zu können. (Zumbansen 2015: 103)

Das Recht ist operativ geschlossen, so dass sich dessen Operationen ausschließlich auf sich selbst, genauer: auf eine Differenz von Umwelt und Rechtssystem beziehen, die mit diesen Operationen erneut hervorgebracht wird. Dabei ist das Rechtssystem, infolge der funktionalen Differenzierung im Weltmaßstab, einerseits von fundamentalen Konflikten durchsetzt. Es spiegelt, wenn man so möchte, die radikale Vielfalt der Gesellschaft wider. Andererseits kann das Recht diese radikale Vielfalt eigenständig – eben rechtsförmig – aufnehmen und Interaktionen forcieren, also die Berücksichtigung der divergierenden Rationalitäten anstoßen. Das Recht ermöglicht derart eine »lose[] Koppelung der kollidierenden Einheiten«, die wiederum »zu je punktuellen und je vorläufigen Konfliktlösungen« führen kann (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 24). Weil und insofern der Zusammenstoß der »sehr unterschiedlichen« Rationalitäten im Rechtsmedium ausgetragen wird, kann ein Regime auf die widerstreitenden Anforderungen reagieren, die andere Regime erheben und sich auf diese Anforderungen hin ausrichten; es kann sich also infolge dieser Interaktionen (anders) verrechtlichen. Diese rechtsförmig eingerichteten Interdependenzen werfen, wie noch zu zeigen sein wird, die Frage der Verfassung auf. Jedenfalls kann aber die »Kommunikation über Differenzen hinweg« (Berman 2012: 131) in den systemtheoretischen Konzeptionen eine gemeinsame Sprache unterstellen und ist somit nicht darauf verpflichtet, alle normativen Äußerungen und jurisdiktionalen Behauptungen in Betracht zu ziehen. Aufgrund der funktionalen Binnendifferenzierung können dabei jene Vermittlungen zugleich niemals den Perspektivismus der einzelnen Regime überwinden. Das Problem, den Pluralismus zu bewältigen, reicht tiefer, als es die Rede einer

»Kommunikation über Differenzen hinweg« erfassen kann. Von entscheidender Bedeutung sind deshalb die formierenden Wirkungen dieser Vermittlungen (oder, um im Bild zu bleiben: der Übersetzungen). Sie sollen das *Recht der Regime* rational fortbilden, das heißt: es konstitutionalisieren.

Um die Funktion dieser konstitutionellen Normen, die Vielfalt des Rechts (und der Gesellschaft) zu entfalten wie zu befestigen, besser verstehen zu können, ist es zunächst nötig, näher auf den Begriff der Rationalität einzugehen. Er ist für die systemtheoretischen Beschreibungen der (Verfassung der) transnationalen Konstellation elementar. Die gemeinsame Annahme der unter diesem Dach versammelten Konzeptionen besteht darin, dass sich das Kommunikationsgeschehen, aus dem Gesellschaften bestehen, in eine Vielzahl von global operierenden Funktionssystemen – die Wirtschaft, Kunst, Wissenschaft, Religion usw. – differenzieren konnte, die distinkten Logiken und Prinzipien folgen. Dabei befestigen sich diese systemspezifischen Rationalitätsformen zusehends mittels Operationen des Rechts, und ist der »neue Rechtspluralismus« zugleich dazu aufgerufen, »sich der vielfältigen gesellschaftlichen Diskurse und ihrer verschiedenen Rationalitäten anzunehmen.« (Teubner 1995: 208) Die Herausforderungen und Hoffnungen, die mit dieser gesellschaftlichen Vermittlungsaufgabe des Rechts verknüpft sind, werden deutlicher, wenn man den Begriff der sozialen Rationalität(en) und, daran anschließend, den Begriff der Verfassung als ein Projekt der Rationalisierung genauer ausleuchtet.

Der systemtheoretische Rationalitätsbegriff beschreibt eine bestimmte Weise, wie sich Systemoperationen auf die Unterscheidung von System und Umwelt beziehen.²⁵ Er bezeichnet die Möglichkeit von Funktionssystemen, die »Differenz von System und Umwelt als Einheit zu reflektieren« (Luhmann 1984: 599). Rationalität bildet den »Schlußpunkt« der funktionalen Differenzierung (ebd.: 645), weil hier die eigene Systemreproduktion durch das System selbst zum Problem wird. Dabei gelangen die selbstreferentiellen Operationen an den äußersten Punkt, den Luhmann auch als Modus der »Distanzgewinnung« beschreibt (ebd.: 599). *Rationalität* ist somit Luhmann zufolge von *Reflexivität* und *Reflexion* zu unterscheiden. Während Reflexivität in selektiven Prozessen der Selbststeuerung besteht, ist Reflexion die »Einführung der Differenz von Umwelt und System in das System« (ebd.: 617) – in systemtheoretischer Sprache: ein *re-entry* dieser Differenz –, die eine Präzisierung der Selbstidentifikation bewirkt. Dadurch, dass die Differenz von

25 Ich stütze mich in der folgenden Rekonstruktion an zentralen Stellen auf die Interpretation durch Menke (2004: 206 ff.). Zur Kontinuität des Rationalitätsbegriffs über die unterschiedlichen Phasen der Luhmann'schen Überlegungen hinweg vgl. Schneider (2011).

System und Umwelt durch das System expliziert wird, wird Selbstreferenz zur Systemreferenz. Die Repräsentation der System/Umwelt-Differenz im System (also: der Vorgang der Reflexion) ist die Voraussetzung dafür, jene Differenz als Einheit zu verstehen und aus dieser Einsicht dann Schlussfolgerungen für den Prozess der Selbstreproduktion zu ziehen – also dafür, Rationalität zu erlangen. Es gilt somit: »Rationalität kann mithin nur über Reflexion erreicht werden, aber nicht jede Reflexion ist rational.« (ebd.: 617) Rational sind nur solche Systemoperationen, die sich nicht nur auf sich selbst, sondern auf sich selbst als Teil der Systemumwelt beziehen.

Für das Kriterium der Rationalität ist demnach eine Form der Selbstreferenz wesentlich, die sich dadurch auszeichnet, die Folgen der Systemoperationen für die eigene Umwelt zu reflektieren. In »kausaltheoretischer Sprache« bedeutet das, »dass das System seine Einwirkungen auf die Umwelt an den Rückwirkungen auf es selbst kontrollieren muß, wenn es sich rational verhalten will.« (ebd.: 642) Systemrationalität besteht also darin, eigene Externalitäten zu berücksichtigen. Der Bedarf, sich an den Folgen für die (eigene) Umwelt auszurichten, erklärt sich daraus, dass die Differenz von Umwelt und System und damit die Fortexistenz der Umwelt für den Selbsterhalt notwendig ist. Systemaktivitäten bewirken die eigene Umwelt und wirken auf diese Umwelt ein. Sie können entsprechend dann als rational bezeichnet werden, wenn sie jene Auswirkungen in zukünftigen Operationen registrieren. Das Kriterium oder der Begriff der Rationalität bezeichnen daher die »anspruchsvollste Perspektive der Selbstreflexion« bzw. den »Gesichtspunkt der Kritik *aller* Selektionen« (ebd.: 645f., Herv. J.H.). Er beschreibt die weitgehenden Möglichkeiten von Systemen, sich mit Blick auf das Verhältnis zur jeweiligen Systemumwelt zu transformieren. Eine solche Bezugnahme auf das, was man selbst mit-hervorgebracht hat, ist für Luhmann der Schlüssel zum modernen Begriff der Rationalität. Sie ist »keine Idee, die den realen Systemen gegenübertritt« (ebd.: 645), sondern drückt das Vermögen der Selbstrevision aus. Rationalität betrifft mithin die Form der Vergesellschaftung, die Art und Weise, wie die Gesellschaft als ein Zusammenhang der Differenzierungen eingerichtet ist.

Radikale Veränderung ist demnach möglich, denn schließlich können alle Systemoperationen der Kritik ausgesetzt werden. Der Prozess der gesellschaftlichen Differenzierung ist auch deshalb dynamisch, weil er (selbst-)kritisch ist. Zugleich stellt aber die Vielfalt von operativ geschlossenen Funktionssystemen ein Komplexitätsniveau dar, das dieses Vermögen der Rationalität notwendigerweise beschränkt. So entfaltet sich mit der »Ausdifferenzierung von Systemen [...] die Welt der Rationalität in eine Fülle von (füreinander wechselseitig unverständlichen) Erscheinungen« (Luhmann 2008: 221). Ein gesamtgesellschaftliches

Verständnis davon, was es heißt, sich rational zu verhalten, wird utopisch, weil und insofern die Möglichkeit einer zentralen Stelle zur Koordination der Umweltbelastungen entfällt (vgl. Luhmann 1997: 186). Unter den Bedingungen funktionaler Differenzierung wirken die durch ein System erzeugten Problemlagen regelmäßig nicht auf dessen eigene Umweltrepräsentation zurück,²⁶ sondern sie belasten ein weiteres System (vgl. Luhmann 1984: 645). Das heißt, Umwelteinwirkungen werden insofern unerreichbar, als sie sich anderswo abbilden und also nicht auf das fokale System zurückwirken. Sie können derart aber keinen Anlass der systemischen Veränderung bilden. Darüber hinaus ist die moderne Gesellschaft insgesamt, als ein »System der Interdependenzen von System/Umwelt-Beziehungen« (Luhmann 2008: 204), nur der perspektivischen Beobachtung von Einzelsystemen zugänglich. Die Systemreferenz – ohne die es Rationalität nicht gibt – schränkt die Möglichkeiten, Umweltauswirkungen zu registrieren, unausweichlich ein. Die Umweltfolgen entgehen auf diese Weise immer schon dem Lichtkegel des rationalen Selbstbezugs und können deshalb im System nicht adressiert werden. Reflexion ermöglicht und verhindert Rationalität. Die für die Systemrationalität erforderlichen »Möglichkeiten der Rückrechnung« (ebd.: 210) erweisen sich als begrenzt: »Das Differenzierungsprinzip der modernen Gesellschaft macht die Rationalitätsfrage dringlicher – und zugleich unlösbarer.« (Luhmann 1984: 645) Weil es sich dabei um ein Dilemma der sozialen Differenzierung handelt, bleibt allein die Option, »in den gesellschaftlichen Funktionssystemen eine stärkere Berücksichtigung der gesamtgesellschaftlichen Umwelt zu initiieren.« (Luhmann 1997: 186) Dass das passiert, davon legen die Verfassungsstrukturen jenseits des Staates Zeugnis ab. Doch wie das passiert, auf welche Weise also die teilbereichsspezifischen Verfassungsnormen auf die »Rationalitätsfrage« antworten, bleibt in den systemtheoretischen Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus unterbelichtet.

Der Begriff der Rationalität, wie Luhmann ihn auffasst, kann die kritische Diagnose dieser Konzeptionen erhellen, dass der neue Rechtspluralismus ein Resultat der »Eigenrationalitätsmaximierung« von unterschiedlichen Sozialsystemen darstellt (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 29). Dieses maximierende Moment, das von Teubner als »pathologische Wachstumsspirale« gedeutet wird (Teubner 2011b: 56), erweist sich mit Luhmann als ein Normalmoment sozialer Rationalität. Die konstatierten Expansions- und Kolonialisierungstendenzen, das Problem der Rücksichtslosigkeit also, ist nicht nur als eine Fehlentwicklung der funktionalen Differenzierung zu verstehen. Sie ist dieser Differenzierung

26 »[...] so wenn Mediziner die durch sie selbst verursachten Krankheiten wieder zu Gesicht bekommen.« (Luhmann 1984: 645)

vielmehr derart eingeschrieben, dass die zugrunde liegende Systemreferenz das Vermögen der Rationalität zugleich hervorbringt und begrenzt. Die Reproduktion bzw. das »Wachstum« von Systemen, darin besteht das Dilemma der Differenzierung, kann gar nicht ausgewogen vonstatten gehen. Nicht nur kann die Koordination der Umweltfolgen nicht mehr gesamtgesellschaftlich erfolgen. Die Möglichkeiten der Rationalisierung lassen sich nicht realisieren, weil der Prozess der funktionalen Differenzierung die systemrelative Wahrnehmung der Umweltauswirkungen notwendigerweise verzerrt. Unter diesen Bedingungen können Verfassungsnormen und -strukturen zur gesellschaftlichen Rationalisierung beitragen, indem sie die Umweltorientierungen in den einzelnen Systemen forcieren. Konstitutionalisierung kann und soll, so argumentieren die systemtheoretischen Positionen, komplexere Umweltrepräsentationen anstoßen und Rationalisierung vorantreiben. Der Prozess der Konstitutionalisierung reagiert also darauf, dass infolge der funktionalen Differenzierung den Sozialsystemen das »innere Maß« unwiderruflich verloren gegangen ist (Luhmann 2005: 74) und es deshalb nun darum geht, eine stärkere Berücksichtigung der Umweltfolgen zu erwirken. Der Legitimationsaspekt, der für die Idee der Verfassung maßgeblich ist, wird somit dem Zusammenwirken aus systemspezifischer und juristischer Rationalität übertragen. Aufgrund der Einseitigkeiten der Systemreferenz steht dabei nicht zur Frage, ob Rationalität erreicht wird. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr, ob die Verfassungsstrukturen die Möglichkeiten, eigene Umweltfolgen zu registrieren, verbessern – ob sie also, in den Worten von Luhmann, Rationalisierung »initiiert«. Jedoch fallen auch die systemtheoretischen Konzeptionen schließlich in das Postulat einer responsiven Berücksichtigung externer Rechts- bzw. Sozialnormen zurück, durch die dann die »Gesamtrationalität der Weltgesellschaft« sichergestellt werden soll (Teubner 2012: 129). Sie basieren, darin den Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus ganz ähnlich, auf einer Ethik der Responsivität, die auf den Erhalt des Pluralismus ausgerichtet ist. Auf diese Weise geraten aber die Politiken der Vermittlung erneut aus dem Blick: Wie ein pluralistischer Prozess der transnationalen Konstitutionalisierung beschaffen ist und wie in den normativen Interaktionen des Rechts (Grund-)Rechte wirksam werden, scheidet aus der genaueren Betrachtung aus. Systemtheoretische Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus können den Prozess der Entgrenzung als Vermittlung konkurrierender Rationalitäten fassen. Die Entgrenzungsformen, die diesen Prozess prägen, werden aber kaum thematisch.

3.2.2 *Systemrelative Berechtigung*

Allein Rationalisierung kann den normativen Anspruch des globalen Rechtspluralismus einlösen. Die Vielfalt der Rechtsregime ist so einzurichten, dass sie den Gang funktionaler Differenzierung abstützt und dazu die jeweiligen gesellschaftlichen Teilbereiche für deren Umweltauswirkungen sensibilisiert. Die Funktion, Rationalität voranzutreiben und zu vertiefen, ist der Schlüssel zu einem »normativ gehaltvollen Begriff der Responsivität transnationaler Rechtserzeugung« (Horst 2019: 167). Hinsichtlich dieser Problematik der Rationalität – also der gelingenden Vermittlung divergierender Rechts- bzw. Sozialordnungen – besteht die Pointe der systemtheoretischen Positionen darin, die dazu notwendigen Verfahren und Mechanismen der Herausbildung von teilbereichsspezifischen Verfassungen zu überantworten. Der Zusammenhang zwischen Rationalisierung und Konstitutionalisierung ist dabei so eng, dass Teubner den Begriff der Verfassung »als Regulativ für die System/Umwelt-Beziehungen des Sozialsystems« bezeichnet (Teubner 2011b: 73). Zu verfassen bedeutet zu rationalisieren, und zu rationalisieren bedeutet, eigene Umweltfolgen zu registrieren. Der Prozess transnationaler Rechtserzeugung ist demnach, den systemtheoretischen Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus zufolge, insofern strikt nicht-hierarchisch verfasst, als sich in den jeweiligen Funktionssystemen eigene Verfassungsstrukturen herausbilden, die nicht nur die systeminternen Verfahren der Normproduktion bestimmen, sondern auch die Koordination mit den und die Adaption an die konfligierenden Rechtsordnungen anleiten. Konstitutionalisierung beschreibt dabei die strukturelle Koppelung sekundärer Rechtsnormen mit reflexiven Sozialordnungen, so dass das einzelne Funktionssystem zugleich Träger und Objekt der entstehenden Verfassungsstrukturen ist. Es bilden hier also die einzelnen Rechtsregime, mit »deutlichen Intensitätsunterschieden« (Teubner 2015: 71), jeweils Verfassungsnormen aus, die dann die normativen Interaktionen mit weiteren Systemen und deren Eigenlogiken formieren.

Wie das Recht, sind auch die Verfassungen der Regime spezifisch oder partikular. Sie sind ein Produkt der funktional gegliederten Gesellschaft: »Teilverfassungen bilden sich nur aus den Potenzialen spezialisierter Kommunikationsmedien.« (Teubner 2012: 105) In einer »evolutionären« Interpretation des Verfassungsbegriffs²⁷ besteht zwischen Recht und Verfassung kein wesentlicher Unterschied. So betont Teubner, dass »jeder Prozeß der Verrechtlichung zugleich latente konstitutionelle Normierungen [enthält].« (Teubner 2003: 13) Quantität – die Vermehrung und Verdichtung rechtlicher Normen – bringt Qualität – nämlich Verfassungsnormen – hervor. Recht und Verfassung sind somit nicht eindeutig

27 Dieser Ausdruck im Anschluss an Luhmann (1990b).

voneinander zu differenzieren in dem Sinne, dass ein Akt der Verfassungsgebung, mit dem die Verfassung in Kraft tritt, der Produktion einfacher Rechtsnormen zeitlich vorausgeht und sie inhaltlich wie prozedural bindet. Verfassung ist hier allein Prozess: ein Vorgang der Konstitutionalisierung. Während Habermas einen prozessualen Verfassungsbegriff aus den Legitimitätsansprüchen (bzw. Funktionserfordernissen) des Rechts ableitet,²⁸ vertieft sich im Fall der Regimeverfassungen die Abhängigkeit des Rechts von den spezialisierten Sozialsystemen. Evolution tritt an die Stelle der gleichen Teilhabe an Verfahren der Gesetzgebung. Die Verfassungsnormen werden zumeist nicht in legislativen Prozeduren erlassen, sondern auf den Pfaden der Rechtsprechung hervorgebracht. Entscheidender als die Verfahren der Verfassungsgebung und -änderung ist aber, dass der Aspekt der Legitimation auf die funktional differenzierten Rationalitätskriterien übertragen wird. Denn Konstitutionalisierung bedeutet, dass das Recht einerseits enger an die grundlegenden inhaltlichen Prinzipien und Verfahrensmodi der jeweiligen Teilbereiche gebunden wird, die sich andererseits infolge der Teilbereichsverfassungen erst vollumfänglich ausbilden: »Verfassung ist [...] ein lebendiger Prozess der Selbstidentifikation« (Teubner 2012: 116). Die Regimeverfassungen stellen damit sowohl ein »symbolisches Zeichen des kollektiven Selbstverständnisses« als auch eine »Sozialtechnologie« der Selbstregierung dar (Walker 2014: 99). Sie rahmen das System und wirken dadurch identitätsstiftend. Und sie stellen Normen und Verfahren bereit, durch die das System auf sich selbst einwirken kann. Mit der Verfassung findet das Funktionssystem zu sich selbst.

Weil diese Verfassungsstrukturen den territorialen Rahmen des Staates übertreten, bedeutet die neue Vielfalt von Recht und Verfassung eine (permanente) Kollisionsgefahr und ist ein globaler Rechtspluralismus von »*genuine[n] Verfassungskonflikte[n]*« gekennzeichnet (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 56). Doch gleichzeitig soll der Vorgang der systemspezifischen Konstitutionalisierung einen angemessenen – rationalisierenden – Umgang mit diesen Konflikten erlauben. Aus den Verfassungskonflikten selbst ergeben sich dabei, der modernen Vergesellschaftung entsprechend, die »netzwerkartige[n] Verknüpfungen der Verfassungen« (Teubner 2003: 27). In den Entscheidungen und Normierungen der einzelnen Regimeverfassungen entwickelt sich ein Verfassungskollisionsrecht, das sicherstellt, »dass sich die jeweiligen sozialen Prozesse reflexiv auf ihre gesellschaftlichen Umwelten einstellen und so ein *altera pars* in ihre Systemkomponenten aufnehmen.« (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 164) Diese partikularen Kollisionsnormen, insbesondere die regimespezifischen Grundrechte, strukturieren die Interaktionen und Verknüpfungen unterschiedlicher Rechtsordnungen. Die

28 Siehe dazu *Kapitel 1.1.1.*

Regimeverfassungen sollen demnach Leistungen erbringen, die sich mit den prozeduralen Mechanismen des globalisierten Rechtspluralismus insofern vergleichen lassen, als es darum geht, die intrinsischen Eigenschaften des gesellschaftlichen bzw. rechtlichen Pluralismus zur Geltung zu bringen. Diese pluralismussensiblen Vermittlungsleistungen werden als *Verfassungsfunktionen*, *-prozesse*, *-bereiche* und *-strukturen* konzeptualisiert (vgl. Teubner 2012: 118 ff.). Das Ziel ist der Erhalt von Diversität mittels Konstitutionalisierung. Der Prozess transnationaler Rechtserzeugung hat deshalb zur Aufgabe, »Kapazitäten der *Responsivität* und des *Respekts*« zu etablieren, die einer funktional differenzierten Gesellschaftsordnung zuträglich sind.²⁹ Oder, kürzer gesagt: das Ziel ist ein rationalisierendes Recht. Denn in den Regimeverfassungen geht es sowohl um die »Festlegung der Eigenrationalität und Eigennormativität des betroffenen Gesellschaftssektors« als auch um die »Kompatibilisierung mit gesellschaftsinternen und -externen Umwelten« (Teubner 2011b: 73). Es gilt nicht nur zu sich selbst zu finden, sondern auch die Integrität der weiteren gesellschaftlichen Teilbereiche zu achten. Im Kontrast zu den Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus wird diese Selbstbeschränkung als ein eigensinniger, weil rechtsförmiger Vorgang konzipiert. Doch auch hier treten die formierenden Wirkungen der zum Zweck der Vermittlung eingesetzten Techniken aufgrund einer ethischen Perspektive in den Hintergrund. Beides, der Fokus auf den konstitutionellen Vorgang der Vermittlung und das Außer-achtlassen der spezifischen Techniken, die diesen Vorgang prägen, soll nun ausführlicher erläutert werden.

Verfassungsfunktionen

Systemtheoretische Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus zeigen, dass die jeweiligen Regimeverfassungen *konstitutive* und *limitative* Verfassungsfunktionen wahrnehmen können (vgl. Teubner 2012: 124 ff.). Analog zur Verfassung des Staates richten sie einen thematisch definierten Ausschnitt gesellschaftlicher Selbstorganisation ein und beschränken dessen möglicherweise destruktive Folgen für die Umwelt (in der Form von anderen sozialen und biologischen Systemen). Es gilt also nicht nur der rücksichtslosen Verselbstständigung politischer, sondern ebenso der ungezügelter Ausweitung ökonomischer oder

29 So die Beobachtung von Prandini (2019: 236), dem zufolge die Überlegungen von Teubner »darauf ab[zielen], einerseits die Bedingungen der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung zu *verstärken* [...] und andererseits die Ausdifferenzierung zur Entwicklung *autonom*er systemischer Kapazitäten der *Responsivität* und des *Respekts* gegenüber dem Anderssein der Umwelt zu *drängen*.«

wissenschaftlicher Imperative Einhalt zu gebieten. Zugleich soll sichergestellt sein, dass sich so etwas wie ein System der Ökonomie, der Religion oder der Wissenschaft jenseits des Staates erst herausbilden und seine Funktionen und Leistungen erbringen kann.³⁰

Die konstitutionellen Normen des Rechts der Regime institutionalisieren einerseits einen Binnenraum regimespezifischer Kommunikation. »Verfassungen formalisieren Kommunikationsmedien ganz unterschiedlicher Art in der Medialität des Rechts« (Teubner 2016: 10). Der Verfassungsbegriff soll auf diese Weise Anschluss an die Idee des nationalen *pouvoir constituant* halten (vgl. Teubner 2014). Höherrangiges Recht stellt hier die Reproduktion des jeweiligen gesellschaftlichen Teilbereichs sicher. Es setzt dessen eigene Entwicklungsdynamik gerade dadurch frei, dass festgelegt wird, wie Systemoperationen aufeinander anzuwenden sind. Für das politische System halten die staatlichen Verfassungen etwa fest, dass »Machtakte als die operativen Elemente des politischen Prozesses [...] in der Form von Rechten, den strukturellen Komponenten der Macht, ausgeübt [werden].« (Teubner 2012: 202) Das Recht stützt die politische Kommunikation ab, indem es diese Kommunikation an die Figur der Rechte bindet. Man ist nun zur Politik berechtigt. Andererseits und darüber hinaus beschränkt der Prozess der Konstitutionalisierung auch die Expansionstendenzen funktionaler Differenzierung. Hier üben die verfassungsrechtlichen Normen eine limitative Funktion aus angesichts »horizontale[r] Integritätsgefährdungen« (ebd.: 125) der systemspezifischen Kommunikation. Man ist zwar zur Politik berechtigt, aber nicht so, dass man in die Wirtschaft (Vertragsfreiheit) oder Forschung (Wissenschaftsfreiheit) einfach »hineinregieren« könnte. Die Verfassungsfunktionen bestehen somit in der Begründung und Begrenzung der Einseitigkeiten funktionaler Spezialisierung. Die Regimeverfassungen vertiefen damit das Problem, das sie lösen sollen, denn ihre Aufgabe besteht darin, »ganz heterogene [...] Rationalitäten nebeneinander zu institutionalisieren, und zugleich ihre totalisierenden Tendenzen, mit denen sie sich wechselseitig gefährden, zu beschränken.« (Teubner 2016: 14) Verfassung ermöglicht hier Vielfalt, indem ein Pluralismus gesellschaftlicher Selbstorganisation auf Dauer gestellt wird, mit dem jedoch stets die Gefahr verknüpft ist, dass sich ein System auf Kosten von weiteren Systemen reproduziert. Es geht deshalb darum, die »zentrifugale[n] Dynamiken« (Teubner 2012: 16) einer funktionalen Differenzierung im globalen Maßstab in Dynamiken der gegenseitigen Berücksichtigung zu überführen.

30 Statt den »Wachstumszwang« der Wirtschaft per se zu problematisieren, ist demnach also, z.B. mit Blick auf die Verhinderung von zukünftigen Finanzkrisen, zu unterscheiden »zwischen notwendigem Wachstum und selbstdestruktiven Wachstumsexzessen, die Fehlentwicklungen auslösen.« (Teubner 2011b: 53)

Verfassungsprozesse

Die Regimeverfassungen sind der Differenzierung der Gesellschaft nachträglich. So muss sich, wie Teubner betont, ein »anspruchsvoller Verfassungsbegriff für einen weltgesellschaftlichen Konstitutionalismus [...] dessen bewusst bleiben, dass Verfassungen primär Sozialprozesse und erst sekundär Rechtsprozesse sind.« (ebd.: 160) Die systemische Selbstkonstitution geht dem Vorgang der Selbstkonstitutionalisierung voraus und bildet den Boden der verfassungsrechtlichen Normierungen. Die Verknüpfung mit sekundären Rechtsnormen bewirkt sodann die »Verdoppelung sozialer Reflexivität« (Teubner 2011b: 78). Sie bringt einen Verfassungscode hervor, der die Rechtsprozesse ebenso wie die Sozialprozesse überspannt. Die Verfassung ist den einfachen Systemoperationen und den systemspezifischen Rechtsoperationen übergeordnet. Es bildet sich somit ein neuer Beobachtungs- und Beurteilungsstandpunkt heraus, von dem aus die einzelnen Systemoperationen (rechtlich) bewertet werden können. Es müssen sich deshalb, um von Konstitutionalisierung sprechen zu können, Normen mit Anspruch auf Vorrang herausbilden; Normen, die einen verbindlichen Rahmen bilden, innerhalb dessen das Regime dann operiert.³¹ Die Regimeverfassungen setzen dabei sich nicht zum Recht per se, sondern zu den spezifischen Prinzipien, Verfahren und Normen des Teilbereichs in Relation – zu den Prinzipien und Normen, die selbst formulieren und konkretisieren.

Der Vorgang der Konstitutionalisierung erhöht somit zum einen das Potential der Rechtsform, sich in den Prozessen der gesellschaftlichen Selbstorganisation bemerkbar zu machen und Orientierungen auf die Systemumwelt hin zu forcieren. Verfassung ist ein Mittel der Rationalisierung.³² Zum anderen wird aber auf diese Weise der Zusammenhang zwischen Rechts- und Sozialsystem noch einmal verdichtet. Denn die emergenten Verfassungsnormen sind inhaltlich an das fokale System gebunden, dessen Prinzipien in diesen verfassungsrechtlichen Normen Ausdruck finden. In diesem Sinne spricht Teubner von der ausgeprägten Materialisierung sowie einer möglichen »substantielle[n] Überdeterminierung« der Regimeverfassungen (Teubner 2018a: 189). Die Gefahr besteht darin, dass sich ein »soziologisches Naturrecht« herausbildet (Teubner 2015: 78). Zwar wird infolge der Konstitutionalisierung geltendes Recht »in den Zustand der Fragwürdigkeit, der Kontingenz versetzt« (Luhmann 1990b: 183). Dies impliziert allerdings nicht ein Moment der *tabula rasa*, sondern passiert in den Bahnen der bereits konstituierten Sozialordnungen. Im Zuge der regimespezifischen

31 Es wird sich noch zeigen, dass nicht alle Vermittlungstechniken das tun können. Siehe dazu *Kapitel 4*.

32 Siehe dazu *Kapitel 3.2.1*

Konstitutionalisierung sollen dabei die Verfassungsnormen die Prämissen und Prinzipien des einzelnen Sozialbereichs im Rahmen einer »institutionalisierte[n] Ko-Evolution« transformieren (Teubner 2012: 163). Sie sollen also das symbiotische Verhältnis zwischen Rechts- und Sozialnormen stören, mit dem Ziel einer »kreative[n] Entfaltung der Sozialbereichsdynamiken« (Hensel/Teubner 2014: 168), die sich dann wiederum in der Verfassung niederschlagen.

Die Regimeverfassung bedeutet damit einen Rationalisierungsschub, denn sie betrifft die jeweiligen System/Umwelt-Beziehungen und damit die Aufgabe der Vermittlung unterschiedlicher Teilbereichsordnungen. Insbesondere Grundrechte sollen, wie gleich gezeigt wird, dazu beitragen, systemfremde Logiken oder Forderungen zu registrieren und bewirken, dass das Regime sich mit Blick auf die eigene Umwelt adjustiert. Dabei ist im Hinterkopf zu behalten, dass eine solche Berücksichtigung von Umweltbelangen – die im Wege des Rechtspluralismus als Berücksichtigung von konkurrierenden rechtsnormativen Forderungen relevant wird – immer nur im Rahmen der regimespezifischen Operationen gelingen kann. Zwar können sich politische Interventionen ebenso wie andere Formen der externen Einflussnahme als notwendig und effektiv erweisen. Mit Blick auf gezielte Akte der Verfassungsgebung gibt es jedoch Bedarf »nur nach solchen [Interventionen], die auf Übersetzung in Selbststeuerung angelegt sind«, wobei darauf zu achten ist, dass diese Übersetzung »auch tatsächlich gelingt« (Teubner 2011b: 62). Ihre Wünschbarkeit kann nur *ex post* und nur im Hinblick auf den Gang der sozialen Evolution evaluiert werden.³³ Der Erhalt gesellschaftlicher Vielfalt – ein tolerantes Nebeneinander von Sozialsystemen – bildet den normativen Horizont der transnationalen Verfassungspolitik.

Verfassungsbereiche

Ganz ähnlich den normativen Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus erhebt auch der systemtheoretische Zugang die »Existenz vielfältiger Reflexionsinstanzen [...] zum Kriterium einer demokratischen Gesellschaft.« (Teubner 2012: 48) Die Vielfalt der Regime soll den in der transnationalen Konstellation zerrissenen Zusammenhang zwischen inklusiver Willensbildung und rechtserzeugenden Verfahren flicken. Zentral ist dafür wiederum ein Prozess der gelingenden Adaption an die Herausforderungen einer funktional differenzierten Gesellschaft, also die Frage der Rationalität. Um die richtige »Balance« zwischen den Systemaktivitäten und den Umweltfolgen eben dieser Aktivitäten herzustellen (ebd.: 116), müssen Einsprüche, die auf solche bislang nicht

33 Siehe dazu auch *Kapitel 1.2.2.*

oder nicht ausreichend berücksichtigten Umweltfolgen hinweisen, verfassungsrechtlich geschützt werden. Es gilt deswegen, die Einflusschancen der jeweiligen Teilöffentlichkeiten auf die Entscheidungen, die in den organisatorischen Zentren der Regime gefällt werden, mit der Hilfe von Grundrechtsansprüchen und Verfahrensnormen zu institutionalisieren. Durch die Regimeverfassungen soll dieser Einfluss im Organisations- und im Spontanbereich der Systemkommunikation ermöglicht werden.

Während der Organisationsbereich für Beratung und Entscheidung zuständig ist, kann der Spontanbereich jene Entscheidungen infrage stellen und so auf den Rechtserzeugungsprozess einwirken. Um diesen »demokratischen Selbst-Widerspruch« zu forcieren, müssen Teubner zufolge die einzelnen Regime ihre »Irritationssensibilität gegenüber externen Anforderungen steigern und gleichzeitig internen Dissens institutionalisieren.« (Teubner 2018a: 181) Es handelt sich hierbei insofern um eine klassische demokratische Begründung der Öffentlichkeit, als jede Entscheidung und jede Norm noch einmal zum Gegenstand der Auseinandersetzung gemacht werden können soll. Die verfassungsrechtlich garantierten Einflusschancen und Möglichkeiten der Kontestation (sowie die kritische Haltung, die sie unterstützen), sind jedoch bereichsspezifischer Art: Wie das politische System in der Rolle der Wähler:in, so wird das System der Wirtschaft als Verbraucher:in und das System der Gesundheitsfürsorge als Patient:in adressiert. Auch hier geht es, im Anschluss an die limitative Funktion der Verfassung, um die Gewährleistung »permanenter Gegenstrukturen« (Teubner 2012: 139), also darum, das Recht zum Zweck der Rationalisierung zu nutzen. Interner und externer Einspruch können miteinander verknüpft sein. Die Patientin kann (intern) auf eine Behandlung pochen, die in medizinischer Hinsicht sinnvoll ist, und dazu (extern) gegen das Wirtschaftssystem die Expansion ökonomischer Prinzipien in das System der Gesundheitsfürsorge problematisieren, die eben diese Behandlung einer Kosten-Nutzen-Analyse unterwirft.

Verfassungsstrukturen

Eine elementare Rolle für die skizzierten Funktionen und Prozesse spielt die Garantie von Grundrechten. Sie operationalisieren die jeweiligen Regimeverfassungen. Rechte etablieren die Kommunikationsmedien, erlauben die Kontestation der regimeinternen Entscheidungen, rahmen die Berücksichtigung von regimeexternen Ansprüchen und rationalisieren so insgesamt den Vorgang der Konstitutionalisierung. Um diese Aufgaben erfüllen zu können, müssen die Grundrechtsnormen, wie die Regimeverfassungen als solche, auf einen konkreten Kontext eingestellt werden. Denn Rationalität verstärken können sie schließlich nur, wenn sie an das Funktionssystem angebunden sind. Rechte werden daher in den

systemtheoretischen Ansätzen konsequent als eine »Eigenleistung« der Regime (Teubner 2012: 193) konzipiert: »Statt gemeinsame, Staat und Gesellschaft übergreifende Grundrechtsstandards zu definieren, müsste das Recht stets kontextsensibel auf die ›sozialen Normativitätsverdichtungen‹ reagieren.« (Hensel/Teubner 2014: 168) So sollen Grundrechte zum einen der Teilhabe an verschiedenen Sozialsystemen dienen und zum anderen vor Eingriffen durch andere Kommunikationsmedien schützen. Sie entfalten demnach Wirkung nicht nur gegen bzw. in Bezug auf den Staat und das politische System. Vielmehr handelt es sich um »Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen« (Teubner 2012: 216). Als Teilhabegarantien formalisieren sie den Anspruch, gehört zu werden und tragen auf diese Weise zur systeminternen Dynamik des Dissenses bei. In der abwehrrechtlichen Hinsicht bieten sie vor den Überwältigungen durch andere Medien – also vor Entwicklungen der Ökonomisierung, Politisierung etc. – Schutz und erweisen sich durch diese Begrenzung von systemischen Herrschaftspotentialen auch für die Sicherung individueller Freiheit als funktional.

Als das hervorgehobene Medium der Konstitutionalisierung sollen Grundrechtsnormen die Rationalisierung der Systemoperationen unterstützen und vorantreiben. Sie helfen, »das demokratische Potenzial in den gesellschaftlichen Teilbereichen selbst zu verstärken« (ebd.: 210f.). Aber nicht nur innerhalb der einzelnen Regime, vor allem in den Interaktionen zwischen den separierten Rechtsordnungen sollen Rechte wirksam werden. Sie stellen in der systemtheoretischen Perspektive den zentralen Mechanismus zur Berücksichtigung von konkurrierenden normativen Anforderungen dar und werden dementsprechend selbst als Kollisionsnormen relevant, mit denen Konflikte zwischen widerstreitenden gesellschaftlichen Rationalitäten strukturiert und in Form gebracht werden. Die grundrechtlichen Bestimmungen sind gleichzeitig Ergebnis und Katalysator dieser Vermittlungen, also Resultat und Mittel der binnenperspektivischen Verflechtung divergierender Interessen, Impulse und Logiken. In der Rolle als Kollisionsnormen handelt es sich bei den regimespezifischen Grundrechten um einen Fall der Rekonstruktion von »externe[n] Rationalitäten als Rahmenbedingungen der eigenen Logik« durch die jeweiligen Regime selbst (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 87). Entsprechend übernehmen sie zwar den Beobachtungs- und Beurteilungsstandpunkt der Sozialordnungen. Die Grundrechte haben aber zugleich zur Aufgabe, die etablierten Rationalitätskriterien der selbstreferentiellen Regime aktiv zu durchkreuzen – also z.B. Kunst gegen Politik, Wissenschaft gegen Wirtschaft, Religion gegen Sport zu wenden. Sie können das tun, weil und insofern sie den Konflikten unterschiedlicher Rationalitäten, den Konflikten »einer Vielzahl von kommunikativen Eigenwelten« (Teubner 2006: 173), die Form rechtlicher Kommunikation und den Status höherrangiger Normen geben.

Dabei sollen nicht die Rechte des Verfassungsstaates in den transnationalen Raum ausgreifen. Die Horizontalwirkung der Grundrechte wird vielmehr vollständig dezentralisiert. Ebenso wie das politische System bilden auch die weiteren Regimeverfassungen Normen aus, die den Umgang mit gegenläufigen sozialen Logiken regeln, und bedienen sich dafür der Figur der Rechte. Teubner spricht dabei von den »als Umweltanforderungen intern reformulierten ›Eigenrechten‹« der jeweiligen Systemumwelten (Teubner 2006: 170). Genauso, wie das politische System die Freiheit der Wissenschaft Rechteförmig garantiert, kann es auch das System der Wirtschaft und dessen Verfassung tun. Im Kontrast zum vorherrschenden Verständnis der Horizontalwirkung geht es bei diesen »Eigenrechten« der Systemumwelten nicht um Erweiterungsbewegungen, die ein Zentrum (klassischerweise: die Verfassung des Staates) voraussetzen, sondern um die autonome Konstruktion dieser Berechtigungen in den einzelnen Teilbereichen (vgl. Teubner 2012: 199 ff.). Wissenschaftsfreiheit kann somit für das politische System etwas anderes als für das Wirtschaftssystem bedeuten. Aber in beiden Fällen verpflichtet sich das einzelne Sozialsystem (der Wirtschaft oder der Politik) auf die Berücksichtigung der Wissenschaft als Teil der für es relevanten Umwelt. Ob Konflikte zwischen konkurrierenden Rationalitäten zur Garantie und Konkretisierung von derartigen Grundrechtsnormen führen, auch diese Entscheidung kann nur das Regime selbst fällen.

Die Existenz, der Inhalt und die Reichweite der fraglichen Rechte wird allein durch das Regime bestimmt. Es handelt sich durch und durch um systemrelative Grundrechtspositionen. Systemtheoretische Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus hinterfragen auf diese Weise den Zusammenhang zwischen der »leeren« Form der Rechte und der Befähigung der Rechtsträger:innen. Die Unbestimmtheit der Rechte, die für Colliot-Thélène ebenso wie für Ladeur ein funktionales Äquivalent demokratischer Legitimation darstellt,³⁴ wird hier gegenstandslos, weil der Grad der Allgemeinheit, den das Recht der Regime erreichen kann, gesellschaftsstrukturell begrenzt ist. Jede Prozeduralisierung genereller Normen ist auf das Funktionssystem begrenzt, für das sie gelten, und aus dessen Binnenperspektive diese Normen substantiellen Gehalt annehmen. Die Abhängigkeit von den Besonderheiten des Sozialkontexts betrifft zum einen den inhaltlichen Zuschnitt der Anspruchspositionen. Die Berechtigungen sind stets Ausfluss eines funktional spezialisierten und insofern partikularen Prozesses der Rechtserzeugung. Zum anderen ist die Träger:innenschaft der Rechte auf distinkte Inklusionsrollen beschränkt. Die Möglichkeiten, Rechte zu Anspruch zu nehmen, bestehen nur in Abhängigkeit von konkreten Subjektivitätskonstruktionen. Auch für Rechte als eine Gruppe der regimespezifischen Verfassungsnormen

34 Siehe dazu *Kapitel 1.2.*

gilt: die Konstitution des Sozialen geht der Konstitutionalisierung voraus. Weder sind also »alle« an der Formulierung der Berechtigungen beteiligt, noch erstrecken diese Rechte sich auf »alle«. Diese Einschränkungen sind, wie gesagt, gesellschaftsstrukturell bedingt und demnach partizipativen Reformbemühungen im Kern unzugänglich. Rechte in Anspruch zu nehmen, bedeutet daher notwendigerweise ein doppeltes Unterwerfungsszenario: die Unterwerfung sowohl unter partikulare Verfassungsnormen als auch unter partikulare Rollenerwartungen, die, zusammen genommen, die Rechtserzeugungsbefugnisse der Berechtigten weitgehend einschränken.

Statt jedoch in kritischer Absicht (und, mit Blick auf die Geschichte des Verfassungsstaates, wohl etwas vorschnell) *partikulare* Interessen, die in Regimeverfassungen zum Ausdruck gelangen, und *allgemeine* Interessen, die demokratische Staatsverfassungen anleiten, einander entgegen zu stellen, kann man erst einmal mit Luhmann darauf hinweisen, dass jene Partikularitäten zwar jeweils ausschlaggebend sind, aber im zeitlichen Verlauf durchaus überschritten werden können.³⁵ Die Entfaltung sozialer Rationalität kann sich schließlich auch auf die grundlegenden Prinzipien und sogar auf den Code der Systemoperationen erstrecken. Die sozialen Formationen sind selbstbestimmt und deshalb zutiefst kontingent. Der Vorgang transnationaler Konstitutionalisierung, in dessen Zuge sich Sozial- und Rechtsprozesse miteinander verflechten, beeinträchtigt und begünstigt nun dieses Vermögen der Selbstkritik zu gleichen Teilen. Zum einen wird, wie bereits gezeigt, das Band zwischen Recht und Sozialsystem nochmals enger geknüpft.³⁶ Die Verfassung wirkt somit *naturalisierend*, denn sie entzieht die systembildenden Strukturen und Prinzipien der Kritik und damit der Veränderung. Zum anderen können aber, insofern das Recht dem Sozialsystem entgegen gewendet wird, diese Strukturen und Prinzipien einer unterscheidenden (kritischen) Beobachtung ausgesetzt werden. Die Verfassung wirkt somit *politisierend*. Insbesondere Grundrechtsnormen werden als Mittel der Kompatibilisierung von konkurrierenden gesellschaftlichen Rationalitäten positioniert, mit deren Hilfe sich die einzelnen Regime füreinander öffnen und dadurch transformieren. Sie sollen die Berücksichtigung der Systemumwelten forcieren und das fokale System derart effektiv selbst begrenzen. Grundrechtsnormen sind aber nicht nur Mittel,

35 Siehe dazu *Kapitel 3.2.1*

36 Teubner (2011b: 83) selbst betont ja die Gefahr, dass sich ein neues »Naturrecht« herausbildet – also ein Recht, das bestimmte Prinzipien und Normen der Entscheidung entzieht. Er stellt jedoch ebenso heraus, dass die »Bindung des Verfassungsrechts an die Werte des Sozialsystems [...] gewiss nicht naturrechtlich vorgegeben, sondern [...] das historisch variable Ergebnis von Reflexionsprozessen im verfassten Sozialsystemen [ist], das im Recht als Ensemble von inhaltlichen Verfassungsprinzipien rekonstruiert wird.«

sondern zugleich das Resultat dieser Vermittlung unterschiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten. Der Vorgang der Konstitutionalisierung selbst entscheidet demnach über das Potential der Rationalisierung, darüber, inwieweit die Regimeverfassungen das Versprechen der Responsivität einlösen können – oder nicht. Alles kommt dann darauf an, *wie* die »konfligierenden Wertorientierungen in die Verfassungen der konfligierenden Regime internalisiert [werden]« (Teubner 2018a: 190), oder, kürzer gesagt, *welche Form* die »Entscheidung zur Selbstbeschränkung« (Teubner 2011b: 59) annimmt.

Systemtheoretische Konzeptionen können diese entscheidende Frage stellen, denn sie verstehen unter Vermittlung nicht allein das Management einer vorausliegenden Diversität. Sie nehmen vielmehr, im Kontrast zu den Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus, ernst, dass der Prozess transnationaler Rechtserzeugung die Frage nach der *Verfassung der Vermittlung* auf eine ganz andere Weise formuliert. Von wesentlicher Bedeutung sind hier die formierenden Wirkungen des entgrenzten Rechtsprozesses. Die normativen Interaktionen – die Verstrickungen und Verschränkungen unterschiedlicher Rechtsordnungen – bringen die fraglichen Verfassungsnormen erst hervor, die zugleich diese pluralen Interaktionen rahmen. Sie sind Ergebnis der »Internalisierung« von externen Normen und Ansprüchen. Dennoch bleibt die Auseinandersetzung mit den *Entgrenzungsformen* auch hier oberflächlich, weil sie von einer ethischen Perspektive der Selbstbegrenzung bestimmt ist. Der Vorgang der Konstitutionalisierung wird daran gemessen, ob Responsivität hergestellt wird und die Regime auf diese Weise »gesellschaftsverträglich« eingerichtet sind (Teubner 2011a: 198). Doch welche normativen Folgen die konkreten Vermittlungen zeitigen, wie sie die Verfassung(en) prägen, die sie herstellen, gerät nicht in den Blick. Das betrifft vor allem die Herausbildung und Konkretisierung der selbstgeschaffenen Grundrechtspositionen, durch die ja jene Selbstbegrenzung erreicht werden soll. Zwar wird auf die Rolle der Techniken hingewiesen, die dazu dienen, »fremde« Normen und Rationalitäten zu berücksichtigen und dadurch zur Konstitutionalisierung der Weltgesellschaft beitragen. So bemerkt Teubner über Operationen der Abwägung:

Bei der Abwägung von Rechten bestimmt man die Werte, die auf beiden Seiten beteiligt sind und gewichtet sie in Relation zueinander, bevor man dem einen oder dem anderen Wert Priorität einräumt. Beim Schutz von Autonomieräumen vor Matrixeingriffen geht es hingegen darum, *ex ante*-Schätzungen und *ex post*-Beurteilungen über die schädlichen Auswirkungen auf die Integrität der Autonomie zu treffen. Beides sind natürlich normative Urteile, die auf faktischen Aussagen beruhen, aber die Abwägung bewertet Präferenzregeln, während Matrixüberlegungen auf Vorhersagen und Beobachtungen beruhen und diese normativ bewerten. (Teubner 2011c: 285)

Es muss also Teubner zufolge differenziert werden zwischen der Abwägung von individuellen Grundrechtsansprüchen in der Konstellation des Verfassungsstaates und einer Abwägung, die den Schutz sozialer Logiken und Impulse (den Schutz von »Autonomieräumen«) bewirken will. Relevant wird im Rahmen dieser Diskussion aber nur, *ob* der Schutz vor expansiven Kommunikationsmedien gelungen ist, nicht jedoch, *wie* die Abwägung die Regimeverfassungen formiert, die sie hervorbringt. Doch die Form der Vermittlung ist ein eigenständiges wie eigensinniges Moment der Erzeugung und Konkretisierung der regimespezifischen Verfassungsnormen. Die Frage, ob die Regimeverfassungen das Sozialsystem naturalisieren *oder* politisieren, diese entscheidende Frage kann nicht unabhängig von der Form der normativen Interaktionen beantwortet werden, die jene Verfassungen erst ausbilden. Denn schließlich fällt dem »Verfassungspluralismus« die Aufgabe zu, »die extremen Tunnel-Visionen [der Regime] zu korrigieren« und ihnen »andere Weltkonstruktionen aufzunötigen.« (Teubner 2018a: 189) Das Interaktionsgeschehen selbst bestimmt darüber, ob es gelingen kann, das Regime zu rationalisieren, also auf dessen Umweltfolgen hin anders auszurichten. Es bestimmt darüber, ob sich, wie Teubner selbst befürchtet, »korrupte« Verfassungsnormen herausbilden, die aus einer zu engen Koppelung der Teilverfassungen an partielle Interessenkonstellationen resultieren« (Teubner 2012: 89). Es muss deswegen gerade im Hinblick auf die Art und Weise, und das bedeutet: es muss im Hinblick auf die konkreten Techniken der Vermittlung der widerstreitenden Teilverfassungen unterschieden werden.

Im Wege der Konstitutionalisierung soll ein funktional ausgerichtetes und derart einseitiges, partikulares Sozialsystem sich selbst transzendieren können. Es geht bei der Frage der Verfassung und der verfassungsmäßigen Ordnung des Pluralismus um eine »besondere Art der Selbsttranszendenz durch die Entfaltung eines universalistischen Anspruchs.« (Kjaer 2014: 147) Ähnlich formuliert auch Teubner die Entwicklungsrichtung einer »einheitlichen Weltverfassung«, die sich »heterarchisch in den Entscheidungen der Teilverfassungen selbst [konstituiert].« (Teubner 2016: 18f.) Zwar gibt es keinen übergeordneten Standpunkt, von dem aus dieser heterarchische Vorgang der Konstitutionalisierung zu koordinieren und bewerten wäre. Doch bilden Teubner zufolge die einzelnen Regime jeweils

eigene Normierungen für das globale *ius non dispositivum* heraus, die den Eigenheiten ihres Sozialkontexts gerecht werden und das Ganze aus ihrer Einzelperspektive in den Blick nehmen, indem sie ihre Einzelperspektive transzendieren. (Teubner 2012: 241)

Eine solche umfangreiche (weil auf »das Ganze« gerichtete) Transformation der Systemaktivitäten durch das System selbst ist jedoch

anspruchsvoll. Sie muss sich potentiell auf jede Operation der Systemreproduktion erstrecken können, um die eigene Perspektive tatsächlich in Richtung einer »einheitlichen Weltverfassung« zu überschreiten. Weil die regimespezifischen Verfassungsnormen dieses Vermögen der Rationalisierung ausschöpfen sollen, muss eine kritische Auseinandersetzung sich auf den Vorgang der Konstitutionalisierung insgesamt erstrecken. Sie muss die Form der normativen Interaktionen beobachten und evaluieren, die jene Verfassungsnormen erzeugen.

Eine tragfähige Unterscheidung von rationalen und korrupten, von limitativen und expansiven, von universalistischen und partikularistischen Verfassungsnormen hat somit die Techniken miteinzubeziehen, die diese Interdependenzen prägen und formieren. Ohne sie ist ein globaler Verfassungpluralismus, wie systemtheoretische Konzeptionen ihn verstehen, nicht zu denken, und der Anspruch, den sie an ihn richten, nicht einzulösen. Die Auseinandersetzung mit diesen Techniken entfällt aber weitgehend, weil sie allein daran gemessen werden, Vielfalt zu erhalten, also zu vermeiden, dass sich ein System auf Kosten von weiteren Systemen reproduziert. Das Anliegen, durch systemrelative Rechte die »spezifischen Gefährdungen, die von den jeweiligen gesellschaftlichen Eigendynamiken geschaffen werden, neu zu kalibrieren« (Teubner 2011a: 195), ist auf den Aufbau responsiver Umweltbeziehungen per se ausgerichtet, um so die Vereinseitigungen des Rechts der Regime zu beheben. In dieser Hinsicht bestehen wichtige Parallelen zur Ethik der Selbstbegrenzung, die die Konzeptionen des globalisierten Rechtspluralismus anleitet: Solange die konfligierenden Rechts- bzw. Sozialordnungen irgendwie berücksichtigt werden, kann der Pluralismus als angemessen bewahrt gelten. Dabei geht es nicht um die Einstellungen und Motive der juristischen Expert:innen, die sich von ihren jeweiligen normativen Gemeinschaften distanzieren müssen, um sodann pluralismusaffine Rechtsentscheidungen zu treffen. Aber obwohl diese Distanzierung hier den regimespezifischen Verfassungen und insbesondere der Gewährleistung von Grundrechtsnormen übertragen ist, sind auch die systemtheoretischen Konzeptionen einer Ethik der Alteritätsorientierung verhaftet. Der entgrenzte Prozess transnationaler Rechtserzeugung ist demnach so zu verfassen, dass der Fortgang funktionaler Differenzierung nicht bedroht ist. Diese ethische Perspektive hat aber ein analytisches Defizit, denn die Politiken rechtlicher Vermittlung werden auf diese Weise von der Betrachtung ausgenommen. Doch das Problem der (Verfassung der) transnationalen Konstellation besteht gerade darin, dass sich im Zuge der normativen Interaktionen verschiedener Rechtsordnungen, im Zuge der Vermittlung selbst, geeignete Verfassungsstrukturen erst *herausbilden* müssen. Es geht um den Vorgang der Konstitutionalisierung unter Bedingungen der Entgrenzung des Rechts – und es geht um die Form dieser Entgrenzung. Deshalb, um jene Leerstelle zu

füllen, rücken die nächsten Seiten die formierenden Wirkungen der eingesetzten Vermittlungstechniken in den Fokus. Die Auseinandersetzung mit der Entgrenzungsform der Verhältnismäßigkeit wird dabei zeigen, dass diese unfähig dazu ist, fundamentale Rechte zu operationalisieren und also den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung zu etablieren. Sie kann so über die Grenzen (und dadurch, mittelbar, auch über das Potential) demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation Auskunft geben.

4. Die Technik der Verhältnismäßigkeit

»Neue Situationen bringen neue Interessen und andere Gewichtungen der alten Interessen mit sich.«¹

In Verfahren transnationaler Rechtserzeugung wird die Position des Grundes und infolgedessen der Status von grundlegenden Rechten fraglich. Denn sobald sich das Recht nicht länger als ein formaler Erzeugungszusammenhang darstellt, gerät ein herkömmlicher, staatszentrierter Verfassungsbegriff und mit ihm die Vorstellung von fundamentalen Rechtsansprüchen in Schwierigkeiten. Weil das Recht in der transnationalen Konstellation porös geworden ist, wird der Begriff der Verfassung auf die Vermittlung einer Vielfalt divergierender Rechtsregime ausgerichtet.² Die Verfassung kann nicht mehr in der Form von hierarchischen Ableitungsbeziehungen konzipiert werden, die den (einheitlichen) Prozess der Rechtserzeugung normieren. Sie soll vielmehr die Berücksichtigung konkurrierender Rechtsordnungen forcieren und dadurch die Responsivität der Regime vertiefen. Die Aufgabe, Konflikte zwischen den einzelnen Ordnungen aufzulösen, wird, so Teubner, »in die konfligierenden Einheiten hineinverlagert.« Konstitutionalisieren bedeutet hier: das Recht dazu zu nutzen, das jeweilige Regime für dessen Umweltfolgen zu sensibilisieren. Konstitutionalisierung *ist* Rationalisierung. Von besonderer Bedeutung sind dafür die regimespezifischen Grundrechte, die zur Aufgabe haben, jene Responsivität zu institutionalisieren. Die Herausbildung von Verfassungsnormen – und insbesondere von Grundrechtsnormen – entlang der normativen Interaktionen, die für transnationales Recht charakteristisch sind, soll den globalen Rechtspluralismus befestigen.

Doch obwohl der »entgrenzte« Prozess transnationaler Rechtserzeugung auf diese Weise in den Fokus rückt, bleiben die jeweiligen Entgrenzungsformen unterbelichtet. Die Techniken rechtlicher Vermittlung, die diese normativen Interaktionen formieren, gelangen in den einschlägigen Entwürfen des globalen Rechtspluralismus nicht in den Blick. Jene konzeptuelle Leerstelle ist insofern bedenklich, als diese Vermittlungen den Standpunkt der Verfassung selbst und die mit ihm verbundenen Grundrechtspositionen erst einrichten. Die Leerstelle betrifft somit den normativen Anspruch der Konzeptionen selbst, mittels Verfassungsstrukturen die (neue) Vielfalt rechtlicher und gesellschaftlicher Ordnungsmuster zu erhalten. Hingegen lautet eine zentrale These dieser Studie, dass die Frage, wie sich solche Verfassungsstrukturen etablieren

¹ Aleinikoff (1987: 980).

² Siehe dazu *Kapitel* 3.2.2.

lassen, nur ausgehend von den formierenden Wirkungen der dazu eingesetzten Techniken angemessen beantwortet werden kann. Diese Techniken prägen die konkrete Verfassung der Vermittlung. Das betrifft vor allem die Rolle und Funktion der Grundrechte. Sie sollen als Katalysator der transnationalen Verfassungen dienen. Welche Form sie im Zuge der normativen Interaktionen annehmen und wie sie wirksam werden, ist deshalb entscheidend für den Vorgang der transnationalen Konstitutionalisierung und schließlich für den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung.

Ich habe diesen Zusammenhang im Rahmen eines prozeduralen Demokratieverständnisses so entfaltet, dass fundamentale Rechte als ein Medium demokratischer Repräsentation fungieren.³ Sie durchbrechen die Selbstsetzungen der Herrschaft zugunsten der Gleichberücksichtigung der Einzelnen, d.h. sie konfrontieren die Definitionsgewalt(en) des Allgemeinen mit bislang uneingelösten Einsprüchen der Gleichberechtigung. In der Konstellation des demokratischen Rechtsstaates beansprucht Herrschaft als die Herrschaft des Volkes Legitimation. Doch fundamentale Rechte können ebenso gegen andere Formen der herrschaftlichen Selbstbegründung – gegen die Herrschaft der ökonomischen Kalkulation, der religiösen Wahrheit oder der technologischen Imperative – gewendet werden. Die demokratische Funktion der Rechte ruht nicht auf der Souveränität des Volkes auf, sondern durchbricht sie, um sie neu zu instituieren. Als ein »generatives Prinzip« der Demokratie (Lefort) können basale Rechte jedoch nur fungieren, wenn sie immer wieder als der letzte Bezugsrahmen gesetzt werden – wenn sie also immer wieder als Grund oder Fundament des Rechts operationalisiert werden. Dieser Zusammenhang steht jedoch unter den Bedingungen transnationaler Rechtserzeugung vor dem Problem, dass die Position des Grundes keinen Rückhalt mehr in hierarchischen Rechtsmodellen findet. Es ist deshalb den Entgrenzungsformen der transnationalen Konstellation aufgetragen, diese Position des Grundes (wieder-)herzustellen.

Um das Potential demokratischer Befähigung und dessen Grenzen zu vermessen, wird nun eine bestimmte Entgrenzungsform – nämlich die Technik der Verhältnismäßigkeit – ausführlicher betrachtet. Dass es sich bei Entgrenzungsformen um *Techniken* der Vermittlung handelt, soll den konstruktiven Charakter von vermeintlich selbstverständlichen Operationen der Rechtserzeugung anzeigen. Dazu zählen auch und insbesondere⁴ Methoden der Rechtsprechung. Wie David Schneiderman betont,

3 Siehe dazu *Kapitel 2.3.*

4 *Insbesondere*, weil die normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung, die Thornhill (2016: 384) als »Überlappungen« bezeichnet, derzeit und wohl auch in näherer Zukunft vor allem im Rahmen der

gilt es, »die Aufmerksamkeit darauf zu lenken, wie judizielle Techniken, insbesondere solche, die sich weltweit durchgesetzt haben, sowohl bestimmte Fragestellungen einklammern als auch distinkten Interessen dienen.« (Schneiderman 2018: 266) Dass Methodenfragen immer zugleich Verfassungsfragen sind (vgl. Rüthers 2009), ist von ganz besonderer Relevanz für eine demokratietheoretische Perspektive auf das Recht der transnationalen Konstellation, wenn dort die Verfassung aus der Adaption widerstreitender normativer Forderungen erst hervorgeht; wenn also die fundamentale Position der Rechte und damit der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung nur entlang der Verflechtungen unterschiedlicher Rechtsordnungen erfasst werden kann. Verfassungsfragen sind politische Fragen. Deshalb muss es darum gehen, den Prozess transnationaler Rechtserzeugung auf solche Politiken der Vermittlung hin in den Blick zu nehmen.

Die Auseinandersetzung mit der Technik der Verhältnismäßigkeit führt eine solche Politik der Vermittlung vor Augen und demonstriert dadurch den Vorzug der hier zur Diskussion gestellten Analyseperspektive, die eine Kritik transnationaler Konstitutionalisierung anhand der Formen entwickelt, durch die sie Gestalt annimmt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat sich in der Rechtspraxis als ein Instrument bewiesen, um die Verstrickungen und Verschränkungen unterschiedlicher Ordnungen flexibel aneinander auszurichten. Nicht nur versteht die Verhältnismäßigkeitsprüfung sich als Relation der Zwecke und Mittel beinahe wie von selbst. Sie bringt zudem – als »Sozialjurisprudenz«⁵ – Rechte entlang der Berücksichtigung von widerstreitenden Ansprüchen hervor, ohne sich von den formalen Erfordernissen eines stufenbauförmigen Rechts einschränken zu lassen. Die Technik der Verhältnismäßigkeit weist somit Eigenschaften auf, die sie als tauglich erscheinen lassen, die Verfassung der Vermittlung zu erzeugen und zu vertiefen. Sie wirkt als ein geeignetes Mittel, jene Berücksichtigung »externer« Forderungen zu forcieren, die den normativen Anspruch der verschiedenen Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus bildet.

Ich möchte jedoch zeigen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung gerade aufgrund der strukturellen, intrinsischen Eigenschaften, die sie auszeichnen, nicht in der Lage ist, den Zusammenhang von

Rechtsprechung zu lokalisieren sind: »[D]ie Überlappungen internationaler und nationaler Jurisdiktionen haben dazu geführt, dass viele der grundlegenden Gesetzesnormen nicht von politischen Akteuren oder Entscheidungen, sondern von inner-juristischen Kommunikationen hervorgebracht werden [...]. Gerichte handeln daher oft als konstituierende und konstituierte Gewalt zugleich.«

- 5 Der Ausdruck der Sozialjurisprudenz im Zusammenhang mit der juristischen Methode der »Interessenabwägung« stammt von Ernst Stampe [1905], hier zit. nach Rückert (2011: 915).

Berechtigung und demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation wiederherzustellen. Zwar kann die pluralismusauffine Technik zur punktuellen Alteritätsorientierung der konfligierenden Rechtsregime beitragen. Sie kann aber die Position von fundamentalen Rechten nicht operationalisieren und dadurch Gleichberechtigung weder abbilden noch generieren. Der Unfähigkeit, Verfassungsstrukturen zu etablieren, entspricht das Unvermögen, die regimespezifischen Rationalitätskriterien wirksam infrage zu stellen und so echten Wandel herbeizuführen.

Ich stelle hierzu zuerst die Verhältnismäßigkeitsprüfung als ein potentielles Werkzeug der Konstitutionalisierung dar (4.1). Es geht mir darum, zu zeigen, inwiefern die Eigenschaften dieser Technik zu den Herausforderungen der transnationalen Konstellation »passen«, wenn man jene Herausforderungen – wie es üblich ist – als ein ethisches Problem der Responsivität und der Selbstbegrenzung versteht. Ich greife hierzu auf die umfangreiche Literatur zurück, die sich mit der seit längerer Zeit beobachteten Expansion der Verhältnismäßigkeit befasst. Hier wird nicht nur der Status der Verhältnismäßigkeitsprüfung als ein globales Verfassungsprinzip thematisch. Zudem wird der Technik ein produktiver Umgang mit horizontalen und pluralistischen Konfliktlagen attestiert, die sie unter Aspekten der Integration und Einheitsbildung adressiert. Ich greife dabei, um die verzweigten Diskussionen zu konkretisieren und zu pointieren, stellenweise auf die einschlägigen Überlegungen von Robert Alexy zurück. Dies soll nicht implizieren, dass die Eigenschaften und Komplikationen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Linse des »diskursiven Konstitutionalismus« (vgl. Alexy 2005) verstanden werden müssen oder auch nur am besten verstanden werden können. Es geht hier allein um einen Rückhalt der Darstellung, der aufgrund der maßgeblichen Rolle dieser Überlegungen in der Debatte um das Verhältnismäßigkeitsprinzip sinnvoll erscheint.⁶ Unter dogmatischen Aspekten erhebt Alexy zudem den Anspruch, eine »Strukturtheorie der Grundrechte« (Alexy 1994: 32) im Kontext der westdeutschen Verfassungsrechtsprechung formuliert zu haben,⁷ die selbst wiederum die Entwicklung dieser Technik merklich beeinflusst hat.

- 6 »Jede Studie über die Verhältnismäßigkeit muss den Einfluss von Alexy anerkennen.« (Barak 2012: 5) »[Alexy] hat die einflussreichste und ausgefeilteste Theorie der Verhältnismäßigkeit und des damit verbundenen Verständnisses der Rechte vorgelegt.« (Urbina 2017: 21) »[Sein] theoretisches Instrumentarium erlaubt es, jedenfalls einen ganz erheblichen Teil der globalen Grundrechtsrechtsprechung analytisch zutreffend zu beschreiben.« (Hong 2019: 25) Vgl. insbesondere zur anglo-amerikanischen Rezeption auch Rivers (2019).
- 7 Vgl. jedoch Petersen (2020) zur Frage, ob es sich dabei um eine akkurate Rekonstruktion handelt.

Danach greife ich zwei Hinsichten der kritischen Auseinandersetzung mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf, um sie für die Verfassungsfragen der transnationalen Konstellation zu spezifizieren. In normtheoretischer Hinsicht führt, so eine wichtige Kritik, der Einsatz der Technik dazu, die Priorität der Rechte zu relativieren (4.2.1). In methodischer Hinsicht steht zudem die juristische Rationalität der Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Diskussion (4.2.2). Klassischerweise greifen beide Hinsichten der Kritik auf ein Argument der Gewaltengliederung zurück. Dieses Argument, das auf die Usurpation der gesetzgeberischen Befugnisse durch die Justiz ausgerichtet ist, kann nicht umstandslos auf Verfahren transnationaler Rechtserzeugung übertragen werden. Denn die kompetenzielle Perspektive der Gewaltengliederung operiert mit einem Modell der Konkretisierung von Rechtsnormen auf verschiedenen Stufen oder Ebenen, das dem *Recht der Rechtsordnung* verpflichtet ist.⁸ Doch jenseits dieser Perspektive erweisen sich die formierenden Wirkungen der Technik auch an den Auswirkungen auf die Rechtsstruktur selbst. Sie ist nicht dazu in der Lage, Rechtspositionen normativ zu etablieren, sobald ein einheitlicher, übergreifender Standpunkt der Verfassung nicht länger vorausgesetzt werden kann. Jene Unfähigkeit stellt den tieferen Sinn des kritisierten Bedeutungsverlusts der Rechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dar (normtheoretische Kritik). Außerdem wird sich zeigen, dass die Technik, insbesondere auf der entscheidenden Stufe der Abwägung, unfähig ist, einen Eigensinn juristischer Rationalität zu behaupten (methodische Kritik).

Ich illustriere schließlich die formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit anhand von ausgewählter Rechtsprechung des internationalen Investitionsschutzes (4.3). Dort tritt die *Variabilisierung der Verfassung*, die mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwangsläufig verbunden ist, deutlich vor Augen. Diese Variabilisierung der Verfassung bezeichnet die Transformation von Verfassungsbestimmungen in einen situativen Verbund von Abwägungsaspekten. Zwar kann die Technik der Verhältnismäßigkeit insofern zur Konstitutionalisierung des Investitionsschutzes beitragen, als der unbedingte Vorrang ökonomischer Interessen im Einzelfall effektiv infrage gestellt wird. Die Gleichberechtigung der widerstreitenden Forderungen kann jedoch nicht abgebildet werden und der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung derart, auf den Pfaden der Verhältnismäßigkeitsprüfung, keinen Halt finden.

8 Siehe dazu Einleitung zu *Teil II*.

4.1 Anknüpfungspunkte

Globales Verfassungsprinzip

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird mit dem Begriff der Verfassung in einen immer engeren Zusammenhang gebracht. Die verbreitete Bezeichnung als »Grundsatz« deutet bereits darauf hin, dass die Technik oftmals ein zentrales oder eben ein grundsätzliches Moment von Recht und Verfassung markiert. Sie wird entsprechend als ein »universelles« oder »globales Verfassungsprinzip« bezeichnet (Klatt/Meister 2012b; Peters 2016b). Denn wo von Verfassung und von den durch eine Verfassung garantierten Rechten die Rede ist, gelangt (fast)⁹ überall auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Sprache. Das gilt zum einen für die zahlreichen nationalen Verfassungen weltweit, die das Prinzip für das eigene Rechtssystem übernommen haben. Zum anderen findet sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch im Recht der Europäischen Union (vgl. Harbo 2010) und im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. Christoffersen 2009: 31 ff.) sowie weiteren regionalen Ordnungen zum Schutz der Menschenrechte (vgl. Stone Sweet/Mathews 2019: 162 ff.).¹⁰ Dabei diene internationales Recht vielfach als ein Vehikel der Ausbreitung von einer staatlichen Verfassungsordnung in eine andere (vgl. Saurer 2012). Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit findet sich zudem auch in Kontexten abseits des Staates, etwa in den Entscheidungen des Facebook Oversight Board (vgl. Pollicino/de Gregorio/Bassini 2021).

Diese »Expansion«¹¹ der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird oftmals als Folge der Ausbreitung eines spezifischen Typus von Verfassungen beschrieben, die alle rechtserzeugenden Instanzen, vor allem auch die Gesetzgebung, auf den Schutz von gewissen Rechten verpflichtet. Der Grundsatz ist demnach die passgenaue Reaktion auf die normativen Komplikationen, die mit dem Aufstieg des »globalen, Rechte-basierten

- 9 Zu den USA als prominentester Sonderfall vgl. z.B. Cohen-Eliya/Porat (2013), Jackson (2015).
- 10 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird auch in weiteren völkerrechtlichen Teilgebieten wie dem Sanktionsrecht und dem Welthandelsrecht (vgl. m.w.N. Cottier et al. 2017) sowie dem humanitären Völkerrecht (vgl. Cohen/Zlotogorski 2021) angewendet.
- 11 Inwieweit es sich dabei um eine »Expansion« bzw. einen »Exportschlag« der deutschen Rechtsprechung und -wissenschaft handelt (vgl. Saurer 2012; Barak 2012: 178 ff.; Klatt/Meister 2014), kann hier offen bleiben. Zur Konstruktion des Grundsatzes in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. Staubach (2019), zum historischen Ursprung im 19. Jahrhundert vgl. Stern (1993).

Konstitutionalismus« (Stone Sweet/Mathews 2019: 125) verbunden sind.¹² Denn sobald geltendes Recht auf die Berücksichtigung von – oftmals relativ unbestimmten – Grundrechten verpflichtet wird, erweitert sich der Einsatzbereich der zuständigen Gerichtsbarkeiten auf »radikale« Weise (Kumm 2004: 583). Zwar erzeugt in der Sache jedes Verfassungsgericht mit seinen Urteilen Verfassungsrecht. Wie aber bereits bemerkt wurde, ist die Determinationskraft von grundrechtlichen Normen besonders gering und der Entscheidungsspielraum, den diese Normen bedeuten, somit besonders groß. Die Interpretation der Grundrechte im Rahmen der Rechtsprechung birgt daher dezidierte Gefahren der Usurpation legislativer Kompetenzen durch die Justiz.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist somit ein tragendes Verfassungsprinzip auch insofern, als dessen Einsatzmöglichkeiten durch den Bedeutungszuwachs der Grundrechte potentiell unbegrenzt sind. Seine Rolle als ein globales Verfassungsprinzip, das die Bedingungen der rechtmäßigen Beschränkung von Grundrechten formuliert, ist deshalb in den historischen Zusammenhang des juristischen Umganges mit der »normhierarchische[n] Irritation« (Saurer 2012: 9) zu rücken, dass die Gesetzgebung an den Schutz von bestimmten Rechten gebunden und ein Gericht mit der Aufgabe betraut wird, diese Grundrechtsbindungen zu überwachen.¹³ Dabei wird die Verfassungsrechtsprechung einer Reihe von spezifischen und differenzierten Prüfungsschritten unterworfen, die eine Grundrechtsbeschränkung zum damit verfolgten Zweck¹⁴ ins Verhältnis setzen und so den Zuwachs an Kompetenzen durch die Systematisierung und Rationalisierung der Entscheidungsfindung legitimieren. Vielfach werden diese disziplinierenden Wirkungen als Vorzug der Verhältnismäßigkeitsprüfung betont (vgl. z.B. Grimm 2007: 393 ff.; Lepsius 2015: 19 ff.). In Form einer »Rationalitätskontrolle« der legislativen Entscheidungen (Petersen 2015: 269 ff.) soll die Prüfung zur institutionellen Legitimation der Rechtsprechung ebenso wie zum effektiven Grundrechtsschutz beitragen. Gerade aufgrund der formalen Struktur empfiehlt sich die Technik als ein »wesentliches Strukturelement« des Konstitutionalismus (Klatt/Meister 2014: 194). Sie stellt

- 12 Es handelt sich bei dieser Proliferation der Verhältnismäßigkeit regelmäßig um eine inkrementelle, von der Rechtsprechung forcierte Entwicklung, also um ein »vom Normtext weitgehend gelöstes Postulat.« (Reimer 2015: 62)
- 13 Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wird aber auch als Antwort auf ein Universalproblem der Verfassung aufgefasst, die Ausübung von Herrschaft zu begrenzen, ohne diese Grenzen im Voraus spezifizieren zu können (vgl. Schlink 2012: 296).
- 14 Die Prüfung, ob es sich um legitime Zwecke handelt, ist entbehrlich, insofern legitime Zwecke schlichtweg legale Zwecke sind (vgl. Alexy 2007: 341).

in dieser Hinsicht ein »kritisches Werkzeug«¹⁵ in den Händen der Öffentlichkeit dar, das nun die tatsächlichen Argumentationslinien und die konkreten Entscheidungen der Richter:innen »rekonstruieren« kann. Ein verfassungsmäßiger Grundrechtseingriff ist sodann ein verhältnismäßiger Eingriff. Indem es Geltungskriterien formuliert, ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht nur die Folge eines legalistischen, um Grundrechtsnormen zentrierten Verfassungsverständnisses. Es hat zudem selbst an der Vertiefung oder Erweiterung der Verfassungsnormen Anteil. Der Zusammenhang zwischen Verfassung und Verhältnismäßigkeit besteht somit auch in die umgekehrte Richtung, denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat an der inhaltlichen Ausgestaltung der jeweiligen Verfassungsordnungen Anteil und wird auf diese Weise als Technik der Konstitutionalisierung wirksam. Einmal als ein Verfassungsprinzip etabliert, ist die »Autorität« der Verhältnismäßigkeit »nicht geringer wie die der Verfassung« (Stone Sweet/Mathews 2019: 4).

Dieser wechselseitige Zusammenhang wird ausdrücklich von Alexy festgehalten, dessen Überlegungen von einer »notwendigen Verbindung« zwischen Verfassungsbegriff und Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgehen (Alexy 2015a: 203). Jene Nähe ist bei Alexy wiederum Ausdruck einer fundamentalen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien.¹⁶ Ihr zufolge zeichnen sich Regeln durch eine binäre Struktur aus, während Prinzipien mehr oder weniger verwirklicht werden können (vgl. u.a. Alexy 1994: 71 ff.). Ausgehend von dieser, auch in Auseinandersetzung mit Ronald Dworkin entwickelten,¹⁷ Unterscheidung und der Definition der Grundrechte als Prinzipien, verläuft für Alexy ein notwendiger Zusammenhang zwischen den normativen Vorgaben der prinzipienförmigen Verfassung und der Verhältnismäßigkeitsprüfung. »Grundrechtseingriffe sind [...] nur dann gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind.« (Alexy 2003a: 436) Die hervorgehobene Rolle der Grundrechte mündet in den Status der Verhältnismäßigkeitsprüfung als ein universelles Verfassungsprinzip, das darüber befindet, ob ein Grundrechtsanspruch im jeweiligen Fall so weitgehend wie nur möglich realisiert wurde. Weil Grundrechte als Prinzipien zu verstehen und

15 »[...] ein kritisches Werkzeug, mit dem sich die tatsächlichen Schritte der Rechtsprechung rekonstruieren lassen, um so die spezifischen *Entscheidungen* der Richter explizit zu machen« (Menéndez 2019: 141).

16 Der Unterschied zwischen einer Regelkonstruktion und einer Prinzipienkonstruktion der (Grund-)Rechte ist »grundsätzlich« (Alexy 2009: 9). Zur Kritik an der strikten Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln insgesamt vgl. Günther (1988: 268 ff.), Jestaedt (1999: 212 ff.), Poscher (2010).

17 Alexy (re-)formuliert die Dworkin'sche Unterscheidung von Regeln und Prinzipien anhand der Entgegensetzung von »realem« und »idealem Solen« (vgl. Alexy 1995: 202-205).

Prinzipien auf den Gedanken der Optimierung verpflichtet sind, impliziert ein grundrechtsbasierter Verfassungsbegriff das Verhältnismäßigkeitsprinzip – dessen Kriterien bzw. Stufen, wie Alexy betont, »selbst Ausdruck der Idee der Optimierung« sind (Alexy 2015a: 203). Auf den beiden ersten Stufen fragt die Verhältnismäßigkeitsprüfung danach, ob das gewählte Mittel *geeignet* sowie *erforderlich* ist. Ein Mittel ist dann geeignet, wenn es ein Prinzip optimieren kann. Die praktische Bedeutung dieser Prüfungsstufe ist aber Alexy zufolge gering (vgl. Alexy 2017a: 15). Ein Mittel ist zudem erforderlich, wenn es dazu eignet, ein Prinzip zu optimieren und dabei, im Vergleich mit alternativen Strategien, ein konkurrierendes Prinzip weniger beeinträchtigt. Auf der dritten Stufe wird schließlich danach gefragt, ob ein Mittel *angemessen* bzw. *verhältnismäßig im engeren Sinne* ist. Dabei gilt: Je stärker das Mittel ein anderes Prinzip beeinträchtigt, umso gewichtiger muss das Prinzip sein, für dessen Realisierung das Mittel eingesetzt wird. Die kollidierenden Prinzipien sind also, mit Blick auf ein konkretes Mittel, gegeneinander abzuwiegen. Die dritte Prüfungsstufe bestimmt somit, ob das Prinzip erfüllt werden kann bzw. ob, wie es das Bundesverfassungsgericht im *Lüth*-Urteil formuliert hatte, ein anderes Prinzip »zurücktreten« muss.¹⁸ Die Beeinträchtigung darf demnach nicht außer Verhältnis zum »Wichtigkeitsgrad« stehen (Alexy 1994: 146). Kurz gesagt, muss der Vor- den Nachteil, muss der Nutzen die Kosten überwiegen.¹⁹

Der enge Zusammenhang von Verhältnismäßigkeitsprüfung und Verfassungsbegriff ergibt sich bei Alexy daraus, dass die normtheoretische Unterscheidung mit einer methodischen Differenzierung zwischen Abwägung und Subsumtion verknüpft wird.²⁰ Denn wenn die Abwägung die Anwendungsform von Prinzipien im Unterschied zur Subsumtion von Regeln darstellt, dann impliziert die Verhältnismäßigkeitsprüfung, sobald Rechte involviert sind, die Existenz von Verfassungsnormen. Rechte, die »wesentlich den Charakter von Prinzipien« haben, sind Alexy zufolge als Grundrechte zu verstehen (Alexy 2015a: 202), und es ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, die Rechtsnormen als Prinzipien operationalisiert. Zudem resultiert die Anwendungsform der Abwägung, in der Darstellung durch Alexy, in »zugeordnete Grundrechtsnormen«, also in Normen mit Verfassungsrang (vgl. Alexy 1994:

18 »Es wird [...] eine ›Güterabwägung‹ erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln.« BVerfG 1 BvR 400/51 (1958), Rn. 37 (*Lüth*).

19 Anders formuliert, stellt die Abwägung die Frage nach dem »Nettovorteil« (Klatt/Meister 2012a: 8).

20 Vgl. dazu im Detail Poscher (2010).

57 ff., 84 ff.).²¹ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bringt also auf dem Weg der Präzisierung oder Konkretisierung der Grundrechte-als-Prinzipien selbst Verfassungsrecht hervor. Auch derart ergibt sich der wechselseitige Zusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeit und Verfassung, wenn und solange der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz »gilt« (Alexy 2009: 12). Die Verfassung verweist auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, weil sie es mit Prinzipien zu tun hat. Und weil das Verhältnismäßigkeitsprinzip es mit Prinzipien zu tun hat, verweist es auf die Verfassung.

Horizontalstruktur

Klassischerweise wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingesetzt, um einen staatlichen Grundrechtseingriff zu überprüfen. Die verfassungstheoretische Diskussion konzentriert sich dabei in der Regel auf die Dimension der Gesetzgebung, obwohl sich die Forderungen der Verhältnismäßigkeit genauso auf die Entscheidungen der exekutiven und der judikativen Institutionen beziehen. Die Konzentration auf die Verhältnismäßigkeit der gesetzgeberischen Aktivitäten ist bemerkenswert, weil »der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sein genuines, also sowohl sein ursprüngliches als auch sein eigentliches Anwendungsfeld im Einzelfall findet« (Jestaedt 2015: 294). Die Prüfung ist dabei insofern vertikal ausgerichtet, als sich ein partikularer (den einzelnen Fall betreffender und in dieser Hinsicht: individueller) Rechtsanspruch mit einer allgemeinen Norm konfrontiert findet, die eben diesen Anspruch beeinträchtigt. In der Rechtsprechung des EGMR wird die Aufgabe so formuliert: »[to] determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.«²² Im Rahmen der sog. Drittwirkung besteht diese Entgegensetzung von Individual- und Gemeinwohlinteressen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung fort. Letztere werden hier nicht direkt mit staatlichen Eingriffen in Verbindung gebracht, sondern mit den Handlungen von Grundrechtsträger:innen, die mit anderen individualrechtlichen Ansprüchen in Konflikt geraten sind.

Über das klassische Anwendungsfeld der Evaluation von mittelbaren oder unmittelbaren Grundrechtseingriffen hinaus, wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber zusehends auch in strikt horizontalen Rechtskonflikten relevant, auf die jene Unterscheidung zwischen Individual- und Gemeinwohlinteressen nicht umstandslos abgebildet werden kann. Die Technik findet sich nicht auf die Rechtfertigung von

21 Zum Zusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeitsprüfung und der sog. *rights inflation* vgl. Möller (2014), Kumm (2017: 52 ff.).

22 EGMR, *Sporrong und Lönnroth vs. Schweden* (1982), Rn. 69.

Grundrechtseingriffen beschränkt, sondern wird regelmäßig weiter gefasst als »gemeinsamer Nenner öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse« (Michael 2015: 57) bzw. als »weltweit vorherrschende Form der Beilegung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten.« (Schneiderman 2015: 769) Das zeigt sich insbesondere im Organisationsrecht der EU. Hier spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als ein »Mittel der Feinabstimmung im Mehrebenensystem« (Goldhammer 2016: 126) eine wichtige Rolle und erstreckt sich auf die Evaluation von Herrschaftsausübung *in toto* (vgl. Saurer 2014). Zudem ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung »immer schon Grenzgängerin zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht« gewesen (Tischbirek 2017: 6) und so auch in dieser Hinsicht nicht auf das Gebiet der Grundrechtsnormen beschränkt (vgl. auch Kennedy 2011). Das Privatrecht bezieht sich dabei gängigerweise auf jene Rechtsverhältnisse, die auf der formalen Gleichheit der Parteien basieren. Hier kommt der Grundsatz eigenständig zum Einsatz, um konfligierende Interessen im Einzelfall aufeinander abzustimmen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung fungiert in diesen Zusammenhängen als »bloße Technik der Rechtskonkretisierung« (Tischbirek 2017: 209), die eine Maßnahme zum damit verfolgten Zweck in Relation setzt. Dabei kommt es durchaus zur den konkreten Fall übergreifenden Hierarchisierung von bestimmten Ansprüchen. Es bilden sich also Regeln im Sinne von allgemeinen Normen heraus. Die Technik selbst kann aber auch ohne solche (vorläufigen) Differenzierungen zwischen Gemeinwohl- und Partikularinteressen operieren, gerade weil sie auf den einzelnen Fall ausgerichtet ist.

Auch die prinzipientheoretische Begründung der Verhältnismäßigkeit impliziert eine solche Horizontalität. Wie bereits skizziert, versteht Alexy unter Prinzipien jene Gruppe von Normen, die »gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maß realisiert wird.« (Alexy 1994: 75) Diese rechtlichen Möglichkeiten werden allein von weiteren, potentiell konkurrierenden Prinzipien bestimmt.²³ Dabei erstreckt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nur auf die materiellen, sondern auch auf die formellen Verfassungsprinzipien (wie etwa die Gesetzesbindung). Prinzipien können nicht mit Regeln in Konflikt geraten, weil Regeln »*Festsetzungen*« darstellen (ebd.: 76), die entweder gültig oder ungültig sind, also nicht Teil der Abwägung sein können. Die Realisierung von Prinzipiennormen ist damit von einer normativen Umwelt abhängig, die allein durch andere Prinzipien gebildet wird. Dies hat zur Folge, dass alle Normenkonflikte in Prinzipienkonflikte münden, sobald eine Prinzipiennorm involviert ist. Entsprechend sind diese grundrechtstheoretischen Überlegungen, die

23 Die Realisierung von Prinzipien ist »sowohl von den tatsächlichen als auch von den durch andere Prinzipien definierten rechtlichen Möglichkeiten abhängig.« (Alexy 1995: 204)

auf der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien aufbauen, »auf das Kollisionsverhalten fixiert[]« (Jestaedt 2007: 260). Jene Engführung der Normenkonflikte als Prinzipienkonflikte bzw. als Grundrechtskollisionen verbindet die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einer horizontalen Konzeption vollends gleichberechtigter Ansprüche. Prinzipienkonflikte etablieren andere Prinzipien (z.B. in der Form der bereits erwähnten »zugeordneten« Grundrechtsnormen), die wiederum der Forderung einer weitestgehenden Realisierung mit Blick auf alle weiteren Prinzipien Genüge tun müssen. Regeln bedeuten eine »Festlegung für die Entscheidung von Fällen« (Alexy 1995: 201). Hingegen haben Prinzipien, gemäß der kategorialen Unterscheidung von Regeln und Prinzipien, »keine historische Existenz [...] In dem Festlegungsgehalt in bezug auf Fälle sind insofern alle [Prinzipien] grundsätzlich gleich.« (ebd.) Zwischen Prinzipien (die das Material der Abwägung bilden) kann nicht differenziert bzw. diskriminiert werden. Dieselbe Gleichordnungsstruktur zeigt sich auch an der von Alexy betonten Nähe zwischen Werten und Prinzipien, die jeweils kein objektives Rangverhältnis bilden können. Eine solche Gleichstellung schließt zwar »prima facie-Präferenzen zugunsten bestimmter Werte oder Prinzipien« keineswegs aus (Alexy 1994: 142). Es ist möglich, gewissen Prinzipien (z.B. der Menschenwürde) im Voraus einen Wichtigkeitsgrad zuzusprechen, den sie unabhängig von konkreten Anwendungsszenarien besitzen. Diese Ungleichgewichtung kann aber das Abwägungsergebnis nicht vorwegnehmen. Die Gleichstellung bleibt insofern erhalten, als auch die abstrakte Gewichtung nur ein Faktor ist, der in die Abwägung einbezogen wird.

Pluralismusaffinität

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verspricht, insbesondere dazu geeignet zu sein, Konfliktlagen zwischen konkurrierenden Interessen oder Werten zu bearbeiten. Sobald eine Mehrzahl von Prinzipien für den konkreten Fall relevant ist, muss mit den daraus resultierenden Konflikten umgegangen werden. In dieser Hinsicht wird die Technik der Verhältnismäßigkeit stellenweise sogar als ein logisches Erfordernis von Verfassung und Verfassungsrechtsprechung aufgefasst (vgl. Beatty 2004: 164). Jedenfalls bildet der Ausgleich von pluralen, widerstreitenden Interessen den Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung. In diesem Zuge werden die fraglichen Ansprüche als »konkretisierungsoffene und konkretisierungsbedürftige Verfassungspositionen« aufgefasst, die sich dergestalt in »einer permanenten multipolaren Relation zu anderen Verfassungsgütern befinden.« (Schladebach 2014: 269) Das bedeutet, dass die Konkretisierung von Verfassungsnormen nicht durch Interpretation, sondern – wesentlich – durch Vermittlung (mit entgegenstehenden Normen und

Interessen) passiert. Die Attraktivität der Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht sodann in einer Kompromissorientierung, die es ermöglicht, »das ganze Spektrum von Zwischenlösungen zwischen einem scharfen Ja oder einem scharfen Nein aus[zu]schöpfen« (Wahl 2013: 830). Verhältnismäßigkeitsdenken ist »Ausgleichsdenken« (Leisner 1997: 47), das darauf ausgerichtet ist, alle relevanten Interessen in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung forciert derart ein Verständnis der Verfassung als die Summe von andauernden normativen Spannungsverhältnissen. Sie wird deshalb auch als Korrelat einer »Kultur der Rechtfertigung« beschrieben (Cohen-Eliya/Porat 2011; Dyzenhaus 2014; Möller 2021). Die fallbezogene Konkretisierung von Ansprüchen durch den Ausgleich mit weiteren, entgegenstehenden Ansprüchen hat zur Folge, die Reichweite und den Gehalt von abstrakten Entscheidungsbefugnissen zu relativieren. Praktische Autorität ist für das Verhältnismäßigkeitsdenken allein das Ergebnis der Übereinstimmung mit Prinzipien rationaler Rechtfertigung, also eine Frage der substantiellen Evaluation (vgl. Somek 2014: 113). Legitime Handlungen und Entscheidungen sind rechtfertigungsfähige, illegitime Handlungen solche, die nicht gerechtfertigt werden können. Der Inhalt, nicht die Genese der diskutierten Normen ist maßgeblich (vgl. Kumm 2010; Alexy 2012). Die Technik institutionalisiert auf diese Weise ein grundlegendes »Recht auf Verhältnismäßigkeit« (Klatt 2019), das die Berücksichtigung und richtige Gewichtung von relevanten Argumenten sicherstellt. An die Stelle formaler Entscheidungskompetenzen tritt ein universalistisch ausgerichtetes Recht, das den normativen Verflechtungen der transnationalen Konstellation auf den ersten Blick eher entspricht als die Emanationen einer mit der Souveränität des Staates assoziierten »Kultur der Autorität« (vgl. Cohen-Eliya/Porat 2011).

Heterogene Interessen und Prinzipien werden aufgrund inhaltlicher Relevanz einbezogen, nicht aufgrund formaler Irrelevanz ausgeblendet. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bietet sich deshalb insofern an, die Adaption divergierender Rechtsordnungen anzuleiten, als diese Methode der juristischen Argumentation sinnbildlich dafür steht, Situationen des normativen Pluralismus angemessen Rechnung zu tragen. Das betrifft auch die kreative Seite der Verhältnismäßigkeit, die dazu

fähig und geeignet ist, aus dem Zusammentreffen zweier Prinzipien eine neue Norm zu generieren. Wenn eine bestimmte Regel als grundrechtswidrig stigmatisiert wird [...], ist das Ergebnis nicht [...] der Sieg oder die Vorherrschaft des einen oder des anderen Prinzips, sondern eine Form des Ausgleichs, die eine (manchmal starke) Abflachung von einigen Eigenschaften der stigmatisierten Regel erforderlich machen kann. (Watt 2017: 144)

Anstatt sich für die eine oder die andere Seite entscheiden zu müssen, wird eine »neue Norm« hervorgebracht. Die Technik der Verhältnismäßigkeit kennzeichnet demnach eine »offene«²⁴ Form. Sie ist einerseits *kontextgebunden*, weil es immer um den konkreten Konflikt zwischen widerstreitenden Rechtspositionen geht: Gegenstand ist nur der Konflikt in diesem Fall. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist zugleich und andererseits *kontextungebunden*. Denn die Konzentration auf den Einzelfall erlaubt es, von den Rahmenbedingungen zu abstrahieren und also so zu entscheiden »als ob der Konflikt zum ersten Mal auftritt« (Menéndez 2019: 126).

Dieses Potential der flexiblen wie kreativen Bewältigung von andauernden Normenkonflikten durch die Konzentration auf den Einzelfall betont auch Alexy. Mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen sich heterogene Prinzipien graduell realisieren. Deshalb tangieren Alexy zufolge die konkreten Vorrangrelationen zwischen verschiedenen Prinzipien, gerade im Unterschied zur Gruppe der Regeln, die Frage der Rechtsgeltung nicht. Auf der Prüfungsstufe der Abwägung werden die kollidierenden Prinzipien zueinander ins Verhältnis gesetzt, mit dem Ergebnis, das eine Norm über die andere Norm in Abhängigkeit von den spezifischen Umständen des Falles privilegiert wird. In neueren Publikationen hat Alexy mit der mathematischen »Gewichtsformel« ein Modell formuliert (vgl. Alexy 2003b), das die Herstellung der einzelfallspezifischen Vorrangrelationen formalisiert. Dabei repräsentieren Zahlen begründete Behauptungen über Eingriffsintensitäten und das abstrakte Gewicht der beteiligten Prinzipien sowie die Verlässlichkeit der empirischen Annahmen. Wichtiger, als das Modell im Detail zu rekonstruieren, ist es an dieser Stelle, die pluralismusaffine Ausrichtung der Verhältnismäßigkeit noch einmal anhand der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien darzulegen. Sowohl ein Konflikt zwischen Regeln als auch ein Konflikt zwischen Prinzipien besteht darin, dass »zwei Normen [...] zu miteinander unvereinbaren Ergebnissen, nämlich zu zwei sich widersprechenden konkreten rechtlichen Sollensurteilen führen.« (Alexy 1994: 77) Während jedoch ein Konflikt zwischen einschlägigen Regeln auf der Ebene der Rechtsgeltung bearbeitet und gelöst wird – durch eine Ausnahmeregelung oder dadurch, dass eine Regel für ungültig erklärt wird –, operiert ein Konflikt zwischen Prinzipien nicht auf dieser Ebene. Zwar bleibt in beiden Fällen eine Rechtsnorm unberücksichtigt. Doch die »in einer Abwägung zurückgedrängte Norm« bleibt, im Kontrast zum Regelkonflikt, »vollständig in Geltung« (Alexy 2000: 37). Es wird somit möglich, im Anschluss an Alexy zu formulieren, dass die verhältnismäßigen Beschränkungen ein spezifisches (Grund-)Recht nicht verletzen, »selbst wenn in

24 Alexy (2017b: 41) spricht mit Blick auf die Prüfungsstufe der Abwägung von einem »offenen Spiel von Argument und Gegenargument«.

dem konkreten Fall von dem Recht nichts übrig bleibt.« (Klatt/Meister 2012b: 168) Das Abwägungsergebnis ist allein das auf den Einzelfall bezogene, optimale Vorrangverhältnis zwischen widerstreitenden Prinzipien – ohne Folgen für die einzelnen Prinzipien über den Fall hinaus.

Hinsichtlich des Umganges mit derartigen Prinzipienkonflikten geht Alexy von der Verfassung als einheitlicher Standpunkt aus. Sie fungiert als »Grundlage«, um davon ausgehend die konkreten Vorrangrelationen herzustellen: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung formalisiert »immer eine Auseinandersetzung darüber, was auf der Grundlage der Verfassung richtig ist.« (Alexy 2003a: 442) Eben dieser Standpunkt ist aber zugleich stets in Bewegung. Denn was die Verfassung und vor allem der Text der Verfassung gebieten, wird für jeden Fall neu entschieden. Schließlich betrifft die Abwägung auch solche »Fälle, in denen die Richtigkeit der grundrechtlichen Entscheidung von einem Verfassungsgericht fordern kann, dass es über den Wortlaut der Verfassung hinaus geht oder sogar gegen ihn entscheidet.« (Alexy 2014: 22) Der Rechtstext ist für die »Kultur der Rechtfertigung« nur ein weiteres, aber kein ausschlaggebendes Argument (schon deshalb, weil kein Argument *für sich genommen* den Ausschlag gibt). Diese Flexibilität, die sowohl die Berücksichtigung von relevanten Argumenten als auch die Vermittlung von widerstreitenden Positionen ermöglicht, erlaubt nicht nur einen produktiven Umgang mit *intrakonstitutionellen* Spannungsverhältnissen, sondern bietet sich auch dazu an, die *interkonstitutionellen* Konfliktlagen der transnationalen Konstellation zu moderieren, ohne die Frage der Geltung tangieren oder den Normtexten allzu viel Aufmerksamkeit schenken zu müssen.

Einheitsbildung

Der enge Zusammenhang von Verfassung und Verhältnismäßigkeit erstreckt sich auch auf die Konvergenz verschiedener Rechtsordnungen.²⁵ So spricht Chris Thornhill mit Blick auf das Verhältnis von nationalen und »transnationalen« Verfassungsnormen (die Menschenrechte) von einer »auto-konstituierenden Kraft der Verhältnismäßigkeit«, die anderswo auch als Kraft der Einheitsbildung oder der Harmonisierung bezeichnet wird.

Wenn ein Nationalstaat die Verhältnismäßigkeit als Prinzip zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit öffentlicher Handlungen integriert, unterliegt das politische System einer besonders intensiven konstitutionellen Organisation. Dort, wo die Verhältnismäßigkeit angewendet

25 Zur »holistischen Semantik« der Verhältnismäßigkeit vgl. auch Christensen/Fischer-Lescano (2007: 148 ff.).

wird, wird jeder Regierungsakt verfassungsrechtlich von transnationalen Normen kontrolliert, und die Justizakteure konstituieren aktiv nationales Recht als Teil einer transnationalen Verfassung. (Thornhill 2016: 398)

Jene integrative Funktion wird auch im Rahmen des Völkerrechts virulent. Wie schon gezeigt, ergibt sich der wechselseitige Zusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeit und Verfassung aus der Ausrichtung auf einen rationalen (»richtigen«) Ausgleich zwischen widerstreitenden Normen. Diese Funktion, konfligierende Forderungen oder heterogene Interessen miteinander möglichst kompatibel zu machen, ist aber nicht auf die Binnenkonstitutionalisierung einzelner Ordnungen beschränkt. Sie erstreckt sich auch auf die Interaktionen spezialisierter Völkerrechtsregime. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wird dabei im Rahmen der andauernden Diskussionen über die Fragmentierung des Völkerrechts als das »wohl wichtigste Instrument zur Harmonisierung« beschrieben (Schill 2012a: 89). Sie kann als ein »übergreifendes Strukturprinzip« dienen, das die »konstitutionelle Funktion der Einheitsbildung« ermöglicht (Peters 2016b: 13). Diese Integrationsfunktion wird nicht allein über den Status als globales Verfassungsprinzip erklärt. Einheitsbildend könnte ja jede Technik wirken, wenn darunter nur eine gemeinsame Methode der Entscheidungsfindung verstanden wird. Einheitsbildung beschreibt jedoch einen spezifischen Umgang mit der thematischen Zersplitterung des Völkerrechts (vgl. Rauber 2015). Dabei besteht das Potential der Integration auch hier in der Berücksichtigung *und* Vermittlung von entgegenstehenden Regelungen und Kompetenzen. Die »Technik der Abwägung [...] wird angewendet, um die konkurrierenden Autonomiesphären von relevanten Akteuren (z.B. Staaten und internationalen Organisationen) in Einklang zu bringen.« (Peters 2016a: 1023) Die dynamischen Vorrangrelationen, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip kennzeichnen, sind dabei von Vorteil, denn es kann so »veränderlichen Interessenkonstellationen und veränderlichen Wertungen Rechnung tragen« (Peters 2016b: 13) und derart, durch den Ausgleich widerstreitender Forderungen, die Einheit des Völkerrechts über die Zeit immer wieder neu erzeugen.

Um diese Funktion der Einheitsbildung zu erhellen, kann noch einmal der Rekurs auf Überlegungen von Alexy sinnvoll sein. In dessen Ansatz werden Konfliktlagen durch Abwägung so bewältigt, dass die konkreten Vorrangverhältnisse die Form von Regeln annehmen. Diese durch Abwägung hervorgebrachten Regeln beschreiben »bedingte Vorrangrelationen« (vgl. Alexy 1994: 81). Sie lassen sich genau dann erzeugen, »[w]enn alle relevanten Prinzipien in die Abwägung eingestellt werden und wenn alle relevanten Umstände der Kollision berücksichtigt werden« (Borowski 2018: 202). Auf diese Weise »versöhnt« die Technik der

Verhältnismäßigkeit die beiden Anforderungen der Einzelfallgerechtigkeit und der allgemeinen Gleichbehandlung (Clérico 2001: 152).²⁶ Infolge der Abwägung erreicht das »Spiel von Grund und Gegengrund«, in dem »die Essenz der Verhältnismäßigkeit« besteht, sein vorläufiges Ende (Alexy 2015b: 500). Mittels Abwägung werden also Normen erzeugt, die die binäre Struktur von Regeln besitzen und dementsprechend im Wege der Subsumtion angewendet werden können. Die Gleichbehandlung von gleichen Fällen, die sich im Tatbestand/Rechtsfolge-Schema der Subsumtion ausdrückt, bedeutet ein einheitsbildendes Moment angesichts der endlosen Vielzahl an möglichen Prinzipienkonflikten: Es muss nicht immer neu entschieden werden.

Die Lösung von Prinzipienkonflikten in der Form von Regeln schließt aber gerade nicht aus, veränderlichen Wertungen weiterhin Rechnung tragen zu können. Denn mit diesen Festsetzungen ist Alexy zufolge der Bedarf nach erneuter Abwägung keineswegs erschöpft. Vielmehr kann sich ein »Rückgriff auf die Prinzipienebene mit allen damit verbundenen Unsicherheiten« stets als nötig erweisen (Alexy 1994: 121). Das liegt im Fall der »Grundrechtsnormierungen« daran, dass »die Regelebene der Prinzipienebene vorgeht, es sei denn, die Gründe für andere Festsetzungen sind so stark, daß sie auch das Prinzip der Bindung an den Wortlaut der Verfassung zurückdrängen.« (ebd.: 122) Anders formuliert, ist die Regel, sich an die Regeln zu halten, selbst keine Regel. Ein bestimmter Prinzipienkonflikt ist durch eine Regel nur vorläufig und niemals über den konkreten Fall hinaus endgültig entschieden. Dass angesichts eindeutiger Regeln dennoch ein anderes Urteil gefällt wird, kann niemals ausgeschlossen werden. Somit können Grundrechtsbestimmungen, auch in der Form von Regeln, den nächsten Fall nicht vor der Möglichkeit einer erneuten Abwägung abschirmen. Die Verbindung von Grundrechtsnormen und Erwägungen der Verhältnismäßigkeit hat deshalb einen »potentiellen Charakter« (Alexy 2011: 14). Alle Regeln (der Verfassung) können das definitive Sollen wieder einbüßen, das sie als Regeln ausdrücken. Auf diese Weise können und sollen entgegen den abstrakten Prämissen der Gleichbehandlung neue Konstellationen Berücksichtigung finden. Es muss nicht, aber es kann immer neu entschieden werden.

26 Statt von Versöhnung zu sprechen, ist es schlüssiger, das Verhältnismäßigkeitsdenken als Umgang mit dem »liberale[n] Grunddilemma« zu fassen, Individualität (d.h. Einzelfallgerechtigkeit) mit Vergesellschaftung (d.h. Regelerorientierung) zu verbinden (Möllers 2020: 33).

4.2 Dimensionen der Kritik

Konzipiert man die Verfassung der transnationalen Konstellation aus einer ethischen Perspektive, die von Überlegungen der Selbstverpflichtung und der Responsivität bestimmt ist,²⁷ stellt die Technik der Verhältnismäßigkeit ein vielversprechendes Instrument der Konstitutionalisierung dar. Als globales Verfassungsprinzip leitet es die Ausbildung und Konkretisierung von Verfassungs-, insbesondere von Grundrechtsnormen an. Es wirkt auch deshalb geeignet dafür, den skizzierten Anforderungen an einen responsiven Prozess transnationaler Konstitutionalisierung zu entsprechen, weil es nicht auf ein vertikales Rechtsverhältnis und die Unterscheidung von Gemeinwohl- und Partikularinteressen beschränkt ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist in der Lage, sich über den Normtext hinaus für eine Vielzahl von Argumenten und Ansprüchen zu öffnen und darüber dann auch die Harmonisierung unterschiedlicher Rechtsregime zu forcieren.

Ich möchte hingegen auf den folgenden Seiten die formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit herausarbeiten und auf den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung hin befragen.²⁸ Denn es sind eben jene Wirkungen, damit die Politiken der Vermittlung, die in der bisherigen Auseinandersetzung mit der Verfassung der transnationalen Konstellation weitgehend außen vor bleiben. Anstatt also zu fragen, ob die Technik der Verhältnismäßigkeit für das Management der Vielfalt des Rechts geeignet ist, wird untersucht, ob sie Rechte als ein fundamentales Moment transnationaler Rechtserzeugung operationalisieren kann. Ich schließe dazu an eine umfangreiche Debatte an, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter normtheoretischen und methodologischen Hinsichten diskutiert. Während sich die normtheoretische Kritik auf die Frage bezieht, ob die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Rolle und Funktion von Rechten gerecht wird, thematisiert die methodische Kritik den juristischen Charakter der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Beide Hinsichten werden gewöhnlich für die Konstellation des demokratischen Rechtsstaates entfaltet und sind deshalb kompetenziell ausgerichtet: Die Kritiker:innen beobachten eine Usurpation der gesetzgeberischen Befugnisse durch die Gerichte aufgrund der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Befürworter:innen weisen solche Sorgen zurück. Diese Perspektive der Gewaltengliederung kann hier nicht einfach übernommen

27 Siehe dazu *Kapitel 3*.

28 Dieser Fokus auf die Form der normativen Interaktionen geht über die Beobachtungen der kontingenten (vgl. Calamita 2014; Arcuri/Violi 2021) oder de-politisierenden Implikationen der Verhältnismäßigkeit (vgl. Hauck 2016; Kuo 2018) hinaus. Sie werden hier auf das Problem der Verfassung hin entfaltet.

werden, denn sie impliziert einen einheitlichen Prozess der Rechtserzeugung und kann deshalb für das »entgrenzte« Recht der transnationalen Konstellation nicht als Ausgangspunkt der Analyse und Kritik dienen. Die normtheoretische und die methodische Kritik sind dennoch relevant. Denn über Fragen der Gewaltengliederung hinaus wird deutlich, dass die strukturellen Eigenschaften der Verhältnismäßigkeitsprüfung es nicht erlauben, die Position der Rechte zu fixieren. Die Prüfung führt zwangsläufig zur Variabilisierung der Verfassung und kann deshalb den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung nicht befestigen.

4.2.1 Normtheorie

Die normtheoretische Kritik adressiert die Art und Weise, wie (Grund-) Rechte zu verstehen sind. Sie betont, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein unzulängliches Verständnis davon etabliert, was es bedeutet, Rechte zu besitzen und sie in Anspruch nehmen zu können – was also die Funktionen sind, die Rechte als Gruppe normativer Erwartungen erfüllen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt, anders gesagt, einen »Angriff« auf die Idee der Grund- und Menschenrechte dar (Tsakyrakis 2009), vor dem sie »gerettet« werden muss (Verdirame 2015). Diese Kritik ist vielfältig. Der gemeinsame Nenner besteht darin, dass die Praxis der Verhältnismäßigkeit sich als unfähig erweist, die *Priorität der Rechte* gegenüber weiteren normativen Bestimmungen und Erwägungen auszudrücken. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann, in einer Unterscheidung von Joel Feinberg, nicht zwischen Rechten und bloßen Ansprüchen (»claims *simpliciter*«) differenzieren (vgl. Feinberg 1970). Ein Recht zu haben, bedeutet einen verbindlichen Anspruch wahrnehmen zu können, einen festen oder stabilen Anspruch, der unabhängig von den konkreten Umständen des Falles gilt. Im Kontrast dazu beschränkt sich die Bedeutung der Rechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit darauf, die Frage auszulösen, ob die Beeinträchtigung von gewissen Ansprüchen notwendig, geeignet und angemessen ist. Anders formuliert, behandelt das Verhältnismäßigkeitsprinzip alle Rechte nur als bloßen Anspruch. Rechte werden also nicht irrelevant, aber sie zählen weniger, als es der Fall sein sollte. Das Ergebnis ist, so die normtheoretische Kritik, eine »Ent-Rechtung« der Rechte.²⁹

Ich möchte nun zunächst drei Versionen dieser Kritik darstellen. Sie überschneiden sich zwar stellenweise. Dennoch ist es sinnvoll, eine *rechtsförmige*, eine *liberale* und eine *klassische Kritik* zu unterscheiden. Die Differenzierung kann dabei helfen, im nächsten Schritt jene Relativierungen

29 So die Formulierung von Reimer (2013: 51) in Auseinandersetzung mit der Aktualisierung der Alexy'schen Überlegungen durch Klatt/Meister (2012b).

der Kritik zu erhellen, die in der Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen wirklichen »Angriff« auf die Idee der Rechte erkennen können.

Die *rechtsförmige Kritik* der Verhältnismäßigkeit geht von den Eigenschaften des Rechts als ein distinktes Medium der Vergesellschaftung aus. Sie operiert also rechtsimmanent. Dass Verfahren der Entscheidungsfindung, aber auch die informellen Foren der Willensbildung subjektiv-rechtlich eingerichtet bzw. abgestützt werden, ergibt sich für Habermas, wie schon gezeigt wurde,³⁰ aus der Vorrangstellung der Rechte im modernen Recht, das seinerseits unter funktionalen Gesichtspunkten der Gesellschaftsorganisation alternativlos ist. Selbstbestimmung *kann* sich demnach nicht nur, sie *muss* sich der Rechtsform bedienen. Weil die Demokratie sich notwendigerweise auf die Form der Rechte stützt (die Demokratie ist Habermas zufolge ja selbst ein »System der Rechte«), muss die Priorität der Rechte auch im Rahmen der Rechtsprechung gewahrt sein. Das gilt insbesondere für die Verfassungsrechtsprechung. Die Diagnose, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit Hilfe der Verhältnismäßigkeitsprüfung in eine »autoritäre Instanz« verwandelt, erklärt Habermas als das Resultat einer »begriffliche[n] Transformation«, durch die Rechte nun in Form von Werten angewendet werden (Habermas 1994: 315, 313). Diese Transformation wiederum ist das Produkt einer Rechtsprechung, die sich der Abwägung konkurrierender Rechtspositionen verpflichtet. Die formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit werden auf diese Weise anhand Unterscheidung von relativ geltenden, teleologisch strukturierten Werten einerseits und unbedingt geltenden, deontologisch strukturierten Rechten andererseits entwickelt. Eine Rechtsprechung, die sich an Abwägungsoperationen ausrichtet, ersetzt den Vorrang der Rechte durch die Vorzugswürdigkeit von Werten im Einzelfall. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip de-formiert auf diese Weise das Rechtsmedium, das sich gerade durch die Form der Rechte auszeichnet, und versetzt so die »Verfassungsrechtsprechung in den Stand einer konkurrierenden Gesetzgebung.« (ebd.: 315) Die Befugnis, das Recht bzw. die Rechte zu erzeugen, wird den legislativen Instanzen entzogen, sobald der Charakter und damit die Priorität der Rechte infrage gestellt wird.

Die *liberale Kritik* stellt sicherlich den einflussreichsten Strang der Kritik dar. Ein Primat individueller Freiheiten und ein Verständnis dieser Freiheiten als Rechte bildet den Kern, um den sich liberale Positionen gruppieren. Rawls' *Theorie der Gerechtigkeit* ist eine solche Position. Die lexikalische Ordnung der Gerechtigkeit, die Rawls entwirft, geht davon aus, dass »die Forderungen der Freiheit zuerst zu erfüllen [sind]« und somit »die Freiheit nur um der Freiheit selbst willen eingeschränkt werden kann.« (Rawls 1975: 275f.) Die Abwägung individueller Freiheit

30 Siehe dazu *Kapitel 1.1.1.*

mit zusätzlichen Aspekten der Gerechtigkeit ist unzulässig.³¹ Rawls' Theorie ist somit geeignet, ein Moment zu illustrieren, das in der kritischen Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip durchweg betont wird: das Verhältnis von Rechten und weiteren relevanten Interessen. Die liberale Kritik versteht dieses Verhältnis als Resultat einer hierarchischen Unterscheidung, die Rawls als Vorrang der Freiheit konzeptualisiert. Die Funktion der Rechte besteht dabei darin, besonders wichtige Interessen zu schützen. Der Schutz dieser höherrangigen Interessen begründet dann die Priorität der Rechte. Dementsprechend erläutert Rawls den Vorrang der Freiheit – in Form einer Liste von konkreten Rechten³² – damit, dass eine gerechte Gesellschaftsordnung von einer »bestimmten Hierarchie von Interessen geleitet« ist (ebd.: 589). Dabei ist die »höchste[] Stufe« der Freiheit diejenige, neue Interessen formulieren und verfolgen zu können (ebd.: 588). An der Spitze der »bestimmten Hierarchie« befindet sich also die Unbestimmtheit der Freiheit als eigentlicher Inhalt der Grundfreiheiten. Die Definition und Hierarchisierung von spezifischen Interessen zum Zweck der Identifikation elementarer Rechte ist auch für liberale Begründungen der Menschenrechte zentral.³³ Die (liberale) Debatte dreht sich dann in der Folge um die Frage, wie diese grundlegenden Interessen konzipiert werden.³⁴

Die *klassische* Kritik richtet sich gegen die liberale Auffassung der Rechte als Auszeichnung fundamentaler Interessen. Sie versteht Rechte vielmehr als ein relationales Gefüge, als Anteil und Ausdruck einer den einzelnen Rechtsansprüchen vorausliegenden normativen Ordnung (vgl. Webber 2009; 2014; 2017). Diese Relationalität der Rechte widerspricht der subjektivistischen Orientierung auf den Schutz der Rechte der Einzelnen, die liberale Positionen als den Schutz letztgültiger Interessen verstehen. Die klassische und die liberale Kritik verteidigen die Priorität der Rechte und beharren auf ihrem *zwingenden*, nicht allein *entscheidungsrelevanten* Charakter. Der Unterschied liegt darin, dass der Inhalt der Berechtigungen hier nicht entlang der Figur der individuellen Selbstbestimmung, sondern als Ausdruck einer objektiven Ordnung (der Gerechtigkeit oder des Guten) aufgefasst wird. Die klassische Kritik richtet

31 Zum »Vorrang der Freiheit« im Anschluss an Kant und Rawls' Kritik der einfachen Abwägung von Interessen vgl. Taylor (2003).

32 »Wichtig unter ihnen [den festgelegten Grundfreiheiten] sind die politische Freiheit [...] und die Rede- und Versammlungsfreiheit; die Gewissens- und Gedankenfreiheit; die persönliche Freiheit [...]; das Recht auf persönliches Eigentum und der Schutz vor willkürlicher Festnahme und Haft [...]. Diese Freiheiten sollen [...] für jeden gleich sein.« (Rawls 1975: 82)

33 Hier jedoch *contra* Rawls (2002). Zur Debatte um die Rolle und Funktion der Menschenrechte vgl. Mosabeyi (2018), Etinson (2018).

34 Vgl. z.B. die Auseinandersetzung von Sangiovanni (2017: 182 ff.) mit den Überlegungen von Tasioulas.

sich dementsprechend vor allem gegen den schieren Umfang an Interessen, die im Verhältnismäßigkeitsdenken *prima facie*,³⁵ also als ein bloßer Anspruch, Berücksichtigung finden können. Es ist ja gerade darauf ausgerichtet, dass alle möglicherweise relevanten Interessen in die Entscheidung integriert werden.³⁶ Weil es allein um korrekte Gewichtungen geht und effektiver Rechtsschutz ein zentrales Anliegen ist, kann – und soll sogar – die Menge der Interessen, die in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, potentiell unbeschränkt sein.³⁷ Nicht nur werden Rechte als Interessen konzipiert. Für sich genommen, also im Voraus der Entscheidung, können alle Interessen als Rechte konzipiert werden.

Die *rechtsförmige*, die *liberale* und die *klassische Kritik* beharren mit unterschiedlichen Begründungen auf der Priorität der Rechte. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und vor allem die Prüfungsstufe der Abwägung können hingegen, so die geteilte Kritik, die Vorrangstellung gegenüber weiteren normativen Bestimmungen und damit das Wesen der Rechte nicht abbilden. Die Kritiker:innen können sich dabei in den Grundzügen auf einen frühen Satz von Peter Häberle stützen, dass nämlich im Rahmen der Abwägung (Grund-)Rechte als eine »Größe« verstanden werden, »die in der jeweiligen Konfliktsituation gleichsam »neu« entsteht und jeweils von Fall zu Fall aktualisiert und konkretisiert wird, unbeschadet der Tatsache, daß sie von der Verfassung von vornherein fixiert ist.« (Häberle 1962: 35) Die »Größe« der Rechte ist eine relative, gemessen an den Umständen, die sich »von Fall zu Fall« unterscheiden. Auch die Befürworter:innen der Verhältnismäßigkeit gestehen ausdrücklich zu, dass Rechte an Relevanz einbüßen. So beschreibt Matthias Kumm Rechte als »Auslöser einer Prüfung«, ob deren Beeinträchtigung gerechtfertigt werden kann (Kumm 2017: 64). Und für David Beatty sind Rechte »eigentlich nur rhetorische Schnörkel.« (Beatty 2004: 171) Zugleich ist die normtheoretische Kritik jedoch überspitzt, so die Kritik der Kritik, weil das Verhältnismäßigkeitsprinzip durchaus den Effekt und also den Sinn des Vorranges aufrechterhalten kann. Obwohl die Vorrangstellung nicht im Voraus, also auf der Ebene der relevanten Normen selbst, begründet werden kann, ist es möglich, Rechte effektiv zu priorisieren. Rechte als der Schutz von elementaren Interessen oder als Ausdruck einer objektiven Ordnung der Gerechtigkeit können demnach eine konstitutive Rolle spielen. Die Kritik der Kritik will somit zeigen, dass die Verhältnismäßigkeit dazu in der Lage ist, unbedingte Vorrangrelationen

35 Alexy spricht explizit von Prinzipien bzw. Grundrechtsnormen als »prima facie-Recht« (Alexy 1994: 92).

36 Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Pluralismusaffinität«).

37 Die Kritik von Webber richtet sich oftmals gegen die Arbeiten von Möller (u.a. 2012), dem zufolge auch ein »Recht auf Mord« *prima facie* zu diesen relevanten Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zählen kann.

darzustellen, dass Rechte – wie es die *rechtsförmige Kritik* befürchtet – nicht nur in Form von Werten, sondern auch als Normen relevant werden können.

Eine erste Strategie dieser Kritik der Kritik besteht darin, zu betonen, dass nur legitime Zwecke Rechte beschränken können. Die verfolgten Zwecke müssen also, im Fall von Grundrechtseingriffen, verfassungsrechtlicher Natur sein: die eingesetzten Maßnahmen müssen Prinzipien realisieren, die »vom Standpunkt der Verfassung aus relevant [sind]« (Klatt/Meister 2012b: 177). Weil aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip diesen Standpunkt wiederum in Bewegung versetzt, kann kaum eindeutig festgestellt werden, was es ist, das für die Verfassung relevant ist.³⁸ Dennoch kann auf diese Weise in einer größeren Anzahl von Fällen der Sorge begegnet werden, dass alle möglichen Interessen – wie insbesondere die *klassische Kritik* einwendet – zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden können. Angesichts von Interessen, die keinen (verfassungs-)rechtlichen Schutz genießen, gehen Rechte immer vor.

Eine zweite Strategie konzentriert sich insbesondere auf die Prüfungsstufe der Abwägung. Dabei geht es um den Nachweis, dass sehr gewichtige Interessen wahrscheinlich stets Vorrang erhalten werden. Alle Rechte sind der Abwägung zugänglich, aber konkrete Rechte müssen infolge dieser Prüfung kaum jemals zurücktreten und bilden also unbedingte Vorrangrelationen aus. Wirksam wird hier, dass auf der Stufe der Abwägung Vor- und Nachteil, Kosten und Nutzen miteinander ins Verhältnis gesetzt werden.³⁹ Ein schwerer Grundrechtseingriff kann nur mit der Beeinträchtigung von weiteren Prinzipien gerechtfertigt werden, die mindestens ebenso schwer wiegen. Somit gilt: »je weiter ein Prinzip zurückgedrängt wird, desto resistenter wird es.« (Alexy 1994: 271) Entsprechend begrenzt ein schwerer Eingriff die möglichen Erwägungen, die ihn begründen können. Diese beschränkten Erwägungen bilden dann den »Wesenskern« der fraglichen Rechte (Klatt/Meister 2012a: 68). Die Vorrangwirkung verstärkt sich außerdem, wenn die fraglichen Maßnahmen und die sie begründenden Prinzipien klar und bestimmt formuliert sind (vgl. Grimm 2021a: 198f.). Je stärker die Eingriffsintensität und je präziser die Eingriffszwecke, desto robuster die Vorrangstellung.

Mit dieser Argumentation verknüpft ist eine dritte und letzte Strategie, die sich auf das abstrakte Gewicht der relevanten Bestimmungen richtet. Das abstrakte Gewicht bezeichnet die Relevanz, die spezifischen Rechtsansprüchen unabhängig von den Umständen des konkreten Falles beigemessen wird, so dass sichergestellt ist, dass sie andere Rechte und Prinzipien »trumpfen« (vgl. z.B. Klatt 2014). Über einzelne Rechte hinaus kann zudem »Grundrechten auch generell ein höheres abstraktes

38 Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Einheitsbildung«).

39 Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Globales Verfassungsprinzip«).

Gewicht zugeordnet werden [...] als anderen verfassungsrechtlich begründbaren Rechtspositionen« (Klatt/Meister 2012b: 166). Der Status als Grundrecht und damit die Zugehörigkeit zu einer distinkten Gruppe von Normen würde somit ein »prima facie-Trumpfen« (Klatt/Meister 2012c: 690), d.h. eine effektive Vorrangstellung bedeuten. Zu dieser Strategie gehört die Berücksichtigung deontologischer Erwägungen (vgl. Kumm/Walen 2014), mit der Folge, dass zu den relevanten Umständen auch kategorische Normen zählen, die die jeweilige Abwägung entsprechend vor-entscheiden: Die Abwägung widerstreitender Interessen schließt die »Möglichkeit der Begründung von Norminhalten [...], die abwägungsfest gelten«, nicht aus (Hong 2019: 155).

Diese Überlegungen können zwar die (Möglichkeit der) Priorität der Rechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erklären. Sie tun dies aber, ohne auf die zugrundeliegende Kritik zu antworten. Die erste Strategie greift insofern extrem kurz, als allein darauf verwiesen wird, dass jede Beeinträchtigung der Rechte (verfassungs-)rechtlich verfahren muss. Aber weder die *rechtsförmige* noch die *liberale* oder die *klassische* Kritik basieren auf der Trennung von rechtlichen und nicht-rechtlichen Argumenten oder auf der Unterscheidung von Rechts- und Verfassungsnormen. Die normtheoretische Kritik adressiert, anders gesagt, immer eine konkrete *Rechtspraxis*. Für die zweite und vor allem für die dritte Strategie ist hingegen fraglich, ob sie sich überhaupt noch sinnvoll auf die normtheoretische Kritik beziehen. »Kommen Zweifel auf, so ist eine Abwägung unausweichlich«, stellt Alexy klar (Alexy 1994: 111). Sowohl die zweite als auch die dritte Strategie weisen jedoch den Effekt des Vorranges nur in zweifelsfreien, vor-entschiedenen Situationen nach und umschiffen damit die Frage nach der Priorität der Rechte im Normalfall der Abwägung. Entweder ein Zweifelsfall tritt auf, dann ist die Abwägung »unausweichlich«. Oder es herrscht kein Bedenken, weil die Norm entweder sowieso »abwägungsfest« gilt oder das abstrakte Gewicht der Norm »unendlich erhöht« wurde (Klatt/Meister 2012b: 166), und das Problem des Vorranges stellt sich gar nicht erst. Die Abwägung ist hier bloß scheinbar entscheidungsrelevant. Die Priorität der Rechte kann demnach nur in Fällen abgebildet werden, in denen die Technik der Verhältnismäßigkeit nicht tatsächlich zum Einsatz gelangt.

Die normtheoretische Kritik ist also wesentlich. Sie betrifft die strukturellen Eigenschaften der Verhältnismäßigkeit. Weil diese Kritik wesentlich ist (oder: weil die Kritik der Kritik nicht überzeugen konnte), soll nun versucht werden, die gewonnenen Einsichten für den hier thematischen Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung in der transnationalen Konstellation produktiv zu machen. Die Kritik muss dabei aber auf eine andere Konstellation übertragen werden, schließlich ist sie ursprünglich auf die Gewaltengliederung des demokratischen Rechtsstaates ausgerichtet. Das ist für die *rechtsförmige Kritik* augenscheinlich. Die

Unterscheidung von Normen und Werten (und die Transformation der Rechte in letztere) adressiert eine Usurpation gesetzgeberischer Befugnisse durch judikative Instanzen. Dieses Bezugssystem ist aber ebenso für die *liberale Kritik* informativ, die ja (insbesondere bei Rawls) gerade die subjektive Seite der elementaren Interessen betont, die durch Rechte geschützt werden sollen. Und auch die *klassische Kritik*, die sich auf ein relationales Moment der Rechte stützt, ist eher mit der Allgemeinheit des legislativen Prozesses verknüpft. Die Verhältnismäßigkeit erweist sich, so der gemeinsame Nenner der Kritik, als ein Mittel der Ermächtigung der Justiz, mit dessen Hilfe die Vorrangstellung der Rechte an Erfordernisse der situativen Angemessenheit gebunden und dadurch eingegeben wird.

Auf diesen Pfaden kann aber die normtheoretische Kritik hier *nicht* fruchtbar gemacht werden. Die Unterscheidung rechtserzeugender Kompetenzen ist notwendig auf die (normative) Einheit des Rechts verpflichtet, die in der transnationalen Konstellation entfallen ist. Sie kann kritischen Sinn nur im Rahmen einer Trennung und Verknüpfung von Befugnissen entfalten, die sich wie ein Teil zum Ganzen (»dem« Recht) verhalten. Theorien der Gewaltgliederung setzen ein einheitliches Recht voraus, dessen Konkretisierung oder Neugestaltung dann unterschiedlichen Instanzen übertragen wird. Die Ausweitung oder Einschränkung von bestimmten Kompetenzen bedeutet demnach die Ausweitung oder Einschränkung von anderen (bestimmten) Kompetenzen, und kann als solche dann kritisiert werden. Diese Kritik impliziert einen festgelegten Bezugsrahmen. Doch sobald das Recht porös geworden ist, kann die Reichweite der Kompetenzen nicht derart bestimmt und können Verlagerungen von Kompetenzen nicht auf dieselbe Weise zum Gegenstand der Kritik werden.

Es lassen sich jedoch zwei Formen der kompetenziellen Kritik unterscheiden. In einer Form der Kritik, die sich auf das Gefüge der Gewalten konzentriert, wirkt die Ausweitung von Kompetenzen *usurpierend*. Die Zuständigkeit wechselt gewissermaßen die Seiten, so dass von einer Instanz Kompetenzen in Anspruch genommen werden, die deshalb von einer anderen Instanz nicht mehr oder nur noch eingeschränkt ausgeübt werden können. In einer weiteren Form der Kritik wirkt die Ausweitung von Kompetenzen *transformierend*. Diese Form der Kritik adressiert die Möglichkeiten der Gewalten selbst, also den Zusammenhang zwischen der Art und Weise, wie eine Zuständigkeit die Seiten wechselt, und der Bedeutung der fraglichen Kompetenzen infolge dieses Seitenwechsels.

Diese Unterscheidung kann dazu dienen, die normtheoretische Kritik der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den Fall der transnationalen Konstellation zu übertragen. Ich greife dazu auf die Beobachtung von Ingeborg Maus zurück, dass die Praxis der Verhältnismäßigkeit »die Rechtsstruktur insgesamt verwaltungsadäquat umpolt« (Maus 1986a: 288). Maus' Beobachtung verbindet die beiden Formen der kompetenziellen

Kritik. Denn zum einen *usurpiert* das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Kompetenzen der Gesetzgebung. Zum anderen *transformiert* es aber auch die legislativen Kompetenzen als solche. In der Hinsicht der Usurpation wird, so hält Maus fest, der »Aktionsradius« der Gesetzgebung beschränkt. Ein verfassungsmäßiges Gesetz muss nun ein verhältnismäßiges Gesetz sein. Das führt dazu, die Gesetzgebung den durch das Verfassungsgericht »aus der Verfassung deduzierten Zwecksetzungen« zu unterstellen (Maus 1986b: 399). Der Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum parlamentarischer Rechtserzeugung findet sich eingeschränkt, sobald die Gültigkeit allgemeiner Normen unter einem Abwägungsvorbehalt steht. Dies hat zur Folge, dass die Ergebnisse der Gesetz- und Verfassungsgebung auf den Rang von Verwaltungsvorschriften herabgestuft werden. Umso mehr die Zuständigkeit, solche generellen Normen zu überprüfen und auszugestalten, durch das Verfassungsgericht wahrgenommen wird, desto weniger von dieser Zuständigkeit verbleibt bei der Gesetzgebung.

In der Hinsicht der Transformation wird infolge der Verhältnismäßigkeit die Rechtsstruktur »umgepolt«. Diese Kritik betrifft nicht allein die Gliederung der Gewalten. Über die praktische Neuverteilung von Kompetenzen hinaus ist in der Abwägung »eine Auflösung normativer Rechtspositionen enthalten, die der Situativität dynamischen Verwaltungshandelns entgegenkommt.« (Maus 1986a: 289) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung verformt den Sinn und die Funktion genereller Normen, denn »Rechtspositionen« können nur mittels allgemeiner Regeln ausgedrückt werden. Sie begrenzt also nicht nur die Reichweite von Gesetzes- oder Verfassungsnormen im Einzelfall. Vielmehr erstrecken sich die Wirkungen der Verhältnismäßigkeit auf die Gesetzesform des Rechts, also auf die Idee und Praxis, dass das Recht – auch – in der Form von Gesetzen auftritt. Die Abwägung resultiert nicht nur in den Bedeutungszuwachs der Justiz, sondern bewirkt eine Flexibilisierung des Rechts aufgrund von immerzu möglichen Ausgleichs- und Koordinationsleistungen. Diese Transformation ist nicht auf das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit beschränkt. Die Wirkungen der Verhältnismäßigkeit weisen insofern über die »schlichte Anpassung an gesellschaftlichen Wandel weit hinaus«, als »jede einzelne Rechtsentscheidung selbst für den Zeitfaktor offen [gehalten]« wird (Maus 1986a: 289). Alle Formen der normativen Verallgemeinerung werden – ganz unabhängig von der zuständigen Gewalt – infolge der Vorherrschaft der Abwägung fraglich.

Die transformierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit erweisen sich demnach als der Bedeutungsverlust gesetzesförmiger Normen. Infolge der Abwägung markiert, wie auch andere Kritiker:innen festhalten, das Gesetz ein »nur mehr determinierungs- und damit bedeutungsschwaches Transitorium bei der Konkretisierung und Individualisierung von

Verfassungswerten [...] im Einzelfall.« (Jestaedt 2007: 268) Endgültig bestimmt wird dessen Inhalt erst im Rahmen der Abwägung selbst, also durch den Ausgleich mit entgegenstehenden Interessen und Wertungen (vgl. de Oliveira 2013: 218). Sie ist »gesetzesstaatlich bedenklich[]« und kann eine »totale Bindungslosigkeit« bewirken (Hochhuth 2000: 146), denn die gesetzlichen Festlegungen erscheinen als die »Durchbrechung vorgesetzlicher Ausgewogenheiten«, und »vielleicht läßt sich sogar sagen, die Verhältnismäßigkeit sei etwas wie ein Gegenbegriff zur Norm.« (Leisner 1997: 132) Im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheinen Grundrechtsnormen als »Bündel von Interessen« (Ladeur 2016b: 232) und tritt an die Stelle von Verfassung und Gesetz eine »lex situationis« (Ladeur 2004: 45).

Die Hinsicht der Usurpation ist die Frage nach der Zuständigkeit: Wer kann etwas Bestimmtes tun? Die Hinsicht der Transformation ist hingegen die Frage nach der Form: Wie kann etwas Bestimmtes getan werden? Sie verhalten sich aber nicht symmetrisch zueinander. Die beiden Hinsichten oder Formen der Kritik hängen zusammen, aber nur aus einer Perspektive: die Transformation *ist* die Usurpation. Die legislativen Instanzen erfahren einen (institutionellen) Bedeutungsverlust, *weil* die Form des Gesetzes aufgrund der Verhältnismäßigkeit einen (normativen) Bedeutungsverlust zu verzeichnen hat. Die Stärke der Gerichte resultiert – hier, in diesem Fall – aus der Schwäche der Norm.

Auf diese Weise kann die normtheoretische Kritik auch abseits der rechtsstaatlichen Gewaltengliederung Relevanz entfalten. Ich habe gezeigt, dass für diese Kritik schlussendlich wesentlich ist, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Status der Rechte – (rechts-)strukturell – auf die Rolle »bloßer«,⁴⁰ also weitgehend unbestimmter Rechtspositionen beschränkt. Dieser Befund ist unabhängig davon, durch wen diese Rechte formuliert werden. Die (normtheoretische) Kritik der Verhältnismäßigkeit ist keine Kritik der Justiz. Die Variabilisierung der Verfassung, die mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung einhergeht, wird im Rahmen des Rechtsstaates als Bedeutungsverlust der legislativen Instanzen aufgezeichnet, weil diese Instanzen für die Formulierung von allgemeinen Normen zuständig sind. Sie betrifft aber nicht nur die Institutionen der Gesetz- und Verfassungsgebung, sondern den Charakter rechtsnormativer Bestimmungen per se. Die Relativierung normativer Festlegungen geht damit über die Vorrangstellung der Rechte hinaus. Die (normtheoretische) Kritik der Verhältnismäßigkeit ist keine Kritik allein im Namen der Rechte. Die formierenden Wirkungen der Technik betreffen

40 Vgl. die Kritik von Huscroft (2014: 198) an den Überlegungen von Kumm: »Für Kumm sind Rechte nicht mehr als Auslöser für Rechtfertigungen; sie sind bloß ›Positionen‹, deren Stärke durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung bestimmt wird«.

vielmehr die Möglichkeit genereller Normen und damit die Möglichkeit der Verfassung als solche. Denn es wurde deutlich, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht in der Lage ist, fixe Rechtspositionen und *auf diese Weise* Verfassungsnormen herauszubilden; dass die Technik nicht wirklich konstitutionalisieren, also Normen mit Anspruch auf Vorrang erzeugen kann.

Dieser normtheoretische Aspekt wird in der Konstellation des demokratischen Rechtsstaates deshalb regelmäßig außen vor gelassen oder nur als ein kompetenzielles Argument relevant, weil es hier die Verfassungsnormen auf die eine oder andere Weise bereits »gibt«, die dann als Anlass der Abwägung im konkreten Fall fungieren. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zuständig für die Konkretisierung von normativen Ansprüchen. Die Verfassung unter rechtsstaatlichen Vorzeichen ist, anders gesagt, sowohl Bezugsrahmen als auch Prozess. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip deutet diesen – etablierten – Standpunkt der Gleichberechtigung expansiv: die Gleichverteilung der Rechte ist Anlass, sie für jeden Fall neu zu entfalten. Eben dadurch bewirkt sie aber die »Auflösung normativer Rechtspositionen« (Maus). Mit Blick auf die Verfassung der transnationalen Konstellation ist dieser Effekt der Auflösung normativer Positionen als das Unvermögen zu verstehen, den Standpunkt der Gleichberechtigung zu etablieren. Gleichheit besteht nur durch oder in Bezug auf solche allgemeinen Normen. Gerade das, also Gleichheit in der Form gleicher Rechte ausdrücken, kann die Technik der Verhältnismäßigkeit als solche – unabhängig von den Instanzen, die sie verwenden – nicht tun. Sie kann zwar, indem der Ausgleich mit widerstreitenden Ansprüchen oder Interessen forciert wird, Responsivität bewirken. Sie eignet aber nicht dazu, entlang der normativen Interaktionen transnationaler Rechtserzeugung, Grundrechtsnormen herauszubilden. Sie ist in dieser Hinsicht *un*produktiv, denn die Verfassungsnormen, die sie formuliert, sind vollkommen situativ, auf den einzelnen Fall bezogen. Die Konstruktion rechtsförmiger Gleichheit – die Gleichheit der Rechte – kann durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht erbracht werden. Er ist nicht in der Lage, Rechtspositionen zu befestigen. Das Vorrangproblem mündet daher in ein Repräsentationsproblem: Die intrinsischen Eigenschaften dieser Technik machen es unmöglich, die gleichen Rechte der Einzelnen als Grund des Rechts anzuerkennen und zu bestätigen.

4.2.2 *Methodologie*

Die methodische Kritik zweifelt an der juristischen Rationalität der Verhältnismäßigkeit. Diese Dimension der Kritik konzentriert sich auf die letzte Prüfungsstufe der Abwägung, die oftmals als »Herzstück« oder als »Kern« der Verhältnismäßigkeitsprüfung bezeichnet wird (Klatt/Meister

2014: 196; Alexy 2009: 10). Die Prüfung, ob ein erforderliches Mittel angesichts weiterer relevanter Bestimmungen angemessen ist, versetzt die entscheidenden Instanzen in die Lage, den konfligierenden Normen ein unterschiedliches Gewicht im Einzelfall zuzusprechen. Die Entscheidung dafür, eine Norm als vorrangig auszuzeichnen, ist in der Konstellation des demokratischen Rechtsstaates gleichzeitig die Entscheidung gegen eine andere Norm, die ebenfalls und genauso als Ausdruck der Souveränität des Volkes Gültigkeit beanspruchen kann. (Wie schon die normtheoretische Kritik, ist auch diese Diskussion von kompetenziel- len Erwägungen bestimmt, aber nicht auf sie beschränkt.) Die Entscheidung muss deshalb eine begründete sein, und diese Begründung wiederum muss sich auf die Entscheidungsfindung, also auf den Vorgang der Rechtserzeugung selbst beziehen. Kurz gesagt, hat die Entscheidung, um als legitime zu gelten, rational zu sein.

Angesichts dieses Begründungserfordernisses wird regelmäßig auf den Doppelcharakter der Abwägung verwiesen. Sie verknüpft, so die Befürworter:innen, die relative Priorität der Rechte mit einer strikt formalisierten Entscheidungsfindung: »Die Verhältnismäßigkeit stellt eine nicht-deontologische Konzeption der Rechte in das Innere einer kategorialen Struktur der formalen Analyse.« (Perju 2012: 340) Ein situiertes Verständnis der Rechte, das judikative Kompetenzen ausweitet, wird mit einer abstrakten und transparenten Methode der Entscheidungsfindung kombiniert, die jene Kompetenzen zugleich begrenzt. Die Technik soll den Vorgang der Rechtserzeugung auf eine Weise strukturieren, die Inhalt und Form,⁴¹ den Standpunkt der Teilnehmerin und den Standpunkt der Beobachterin,⁴² Allgemeines und Besonderes⁴³ miteinander verbindet. Die Rationalität der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird dabei stellenweise als optimale oder maximale ausgezeichnet: Sie ermöglicht ein »Höchstmaß an Rationalität« (Klatt 2019: 159). Von Seiten der Kritiker:innen wird hingegen grundsätzlich infrage gestellt, dass es sich um ein Verfahren handelt, das Anspruch auf Rationalität erheben kann. Schließlich wird die Abwägung, so eine häufig zitierte Formel, als »große[r] Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe« wirksam (Ossenbühl, zit. Hulst 1981: 189). Sie operiert als ein »trojanisches Pferd jeder juristischen Dogmatik« (Luhmann 1993: 268) und wird als dezisionistisch, intuitionistisch oder subjektivistisch zurückgewiesen.⁴⁴

41 »Doppelcharakter als Substanz- und Formprinzip« (Saurer 2012: 29).

42 »Die Integration von Beobachter- und Teilnehmerperspektive entfaltet die volle Dynamik der Rechtfertigung, die der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeschrieben ist« (Klatt 2019: 185).

43 »Die Verhältnismäßigkeit vereint die Kräfte des Universalismus und des Partikularismus.« (Perju 2012: 341)

44 Vgl. dazu auch die Rekonstruktion des Abwägungsdiskurses der BRD in den 1950er und -60er Jahren bei Bomhoff (2013: 72 ff.).

Die Angemessenheitsprüfung ist eine *black box*: Sie könne nicht darüber Auskunft geben, wie die Bewertungsskalen beschaffen sind, mit deren Hilfe erst die verschiedenen normativen Forderungen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden und sei demnach schlichtweg irrational.

Bemerkenswert an dieser verzweigten Debatte sind vor allem zwei Entgegensetzungen. Zum einen wird die Abwägung als entweder rational oder nicht eingestuft, d.h. es wird argumentiert, dass die Angemessenheitsprüfung die Bindung an geltendes Recht ausweisen kann (oder eben nicht) und von einer formalen Argumentationsstruktur geprägt ist (oder eben nicht). Zum anderen wird die Rationalität der Abwägung selbst als eine politische Rationalität dechiffriert. Die beiden Entgegensetzungen betreffen aber, das ist zu beachten, nicht denselben Sachverhalt. Die Bezugnahme auf geltendes Recht und ein regelgeleitetes Verfahren der Entscheidungsfindung kann ausgewiesen werden und das Verfahren dennoch von einer anderen, nicht-juristischen Rationalitätsform bestimmt werden.

Die Evaluation der juristischen Argumentation als *entweder* rational *oder* irrational und damit die erste der beiden Entgegensetzungen bildet den Ausgangspunkt der Überlegungen von Alexy zur Formalisierung der Abwägung mittels der »Gewichtsformel«. ⁴⁵ Auch für Alexy sind die Legitimität und die Rationalität der Abwägung direkt verknüpft: »Je rationaler die Abwägung ist, desto legitimer ist das Abwägen.« (Alexy 2003b: 771) Doch diese graduelle Logik – je rationaler, desto legitimer – baut ihrerseits auf eine (binäre) Unterscheidung zwischen Rationalität und Irrationalität auf, mit der Folge, dass auch ein Mindestmaß an Rationalität ausreichen würde, um Abwägungsergebnisse als legitime Entscheidungen auszuzeichnen. So befindet Alexy zufolge das Argumentationsschema der Abwägung über die Frage, ob es sich dabei um ein rationales Verfahren handelt oder nicht: Sollte dessen »Analyse zeigen, daß Abwägen *nichts anderes* als willkürliches Entscheiden sein kann, wäre mit der Rationalität der Abwägung zugleich deren Legitimität [...] in Frage gestellt.« (ebd., Herv. J.H.) ⁴⁶ Solange also die Entscheidungsfindung nicht vollkommen willkürlich passiert, ist das Resultat eine legitime Entscheidung.

Mindestens dieses Mindestmaß soll durch ein dreistufiges Schema erreicht werden. Das Ergebnis der Abwägung ist ein Vorrangverhältnis zwischen kollidierenden Prinzipien bzw. Grundrechtsnormen für den konkreten Fall. Dazu wird im Rahmen der Gewichtsformel zuerst die

45 Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Pluralismusaffinität«).

46 Die Rekonstruktion der Kritik ist hier von zentraler Bedeutung, denn so kann Alexy die eigene Position folgendermaßen rahmen: »[Die Abwägung] soll eine rhetorische Figur sein, die eine *unbegrenzte* Subjektivität ermöglicht.« (Alexy 2005: 573, Herv. J.H.)

Intensität geprüft, mit der ein erforderliches Mittel in das eine Prinzip eingreift. Danach wird festgestellt, wie stark das andere Prinzip beeinträchtigt wird, sollte dieses Mittel nicht eingesetzt werden. Die Einstufung der Eingriffsintensitäten mittels einer Ordinalskala, die zwischen leichten, mittleren und schweren Eingriffen unterscheidet, soll die Vergleichbarkeit gewährleisten. Sie lassen sich in der Form von natürlichen Zahlen darstellen und dann, im dritten Schritt, gegeneinander verrechnen. Das Resultat ist entweder das höhere relative Gewicht der einen oder der anderen Grundrechtsnorm. Möglich ist außerdem ein Patt, also die Gleichgewichtung der beiden Alternativen.

Das Abwägungsergebnis ist damit allein von seinen Prämissen abhängig und das Verfahren, das zum Ergebnis führt, ein Geschehen der einfachen Mathematik. Angenommen wird dabei, dass sich begründete Aussagen über die jeweiligen Eingriffsintensitäten treffen lassen, dass also beispielsweise die Pflicht, Gesundheitsgefahren zu kennzeichnen, einen geringen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung bedeutet, oder dass die Bezeichnung als »Krüppel« in einer Satirezeitschrift einen schweren Eingriff in die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung darstellt (vgl. Alexy 2003a). Diese Einschätzungen befinden sich auf der Ebene der externen (evaluativen) Begründung,⁴⁷ während das Abwägungsergebnis die Ebene der internen (arithmetischen) Begründung betrifft (vgl. Klatt/Meister 2012a: 53 ff.). Auf der Ebene der externen Begründung spielt der Rechtstext und dessen Interpretation kaum eine Rolle.

Angesichts der bescheidenen Rolle verbindlicher Texte und der zentralen Bedeutung der Beurteilung von Rechtfertigungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, fehlen dieser Prüfung die beschränkenden Merkmale der juristischen Argumentation. Angesichts der Struktur der Menschenrechtsnormen ist die Vorstellung, dass Richter Rechte *interpretieren*, etwas irreführend. Richter interpretieren keine Rechte, sie beurteilen Rechtfertigungen. (Kumm 2017: 65)

Sobald die Prämissen feststehen, sobald die Rechtfertigungen bewertet worden sind, ergibt sich der Rest wie von selbst. Selbst wenn die Beurteilungen der Eingriffsintensitäten kulturelle und politische Präferenzen reflektieren und Machtverhältnisse zum Ausdruck bringen,⁴⁸ finden diese Präferenzen – auf der Ebene der internen Begründung – methodisch gebunden Eingang in die Entscheidungsfindung. Das Schema der Abwägung garantiert so für deren (wenigstens minimale) Rationalität.

Auch die Entscheidungen des Rechts sind das, was sie sind: Dezisionen. Versteht man unter rationalen Verfahren aber bereits jede Form

47 Ich kann auf diese Problematik der externen Begründung und also der juristischen Argumentation bei sowie im Anschluss an Alexy nicht näher eingehen, vgl. dazu Bäcker (2008).

48 Vgl. für diese Kritik z.B. Koskeniemi (2011).

der regelgeleiteten Einschränkung willkürlicher Entscheidungen, also nur den Ausschluss des Beliebigen, erscheinen die Legitimitätsprobleme allzu rasch als gelöst. Die Frage, ob die Abwägung ein rationales Verfahren der Rechtserzeugung darstellt, mündet deshalb in der Regel in eine Auseinandersetzung über den Grad an Rationalität, bleibt dabei aber zugleich an die Unterscheidung rational/irrational gebunden. Dieser Strang der Kritik erkennt an, dass Abwägungsergebnisse das Kriterium gebundener, nicht-willkürlicher Entscheidungen durchaus erfüllen. Sie sind eben nicht pure Deziision. Zwar spielt die Begrenzung der entscheidungsrelevanten Erwägungen durch den Normtext eine geringere Rolle. Weil aber eine (schwache) Determinationskraft der normativen Bestimmungen auch hier gegeben ist, kann die Abwägung noch Rationalität beanspruchen (Schauer 2012). Mit ähnlicher Stoßrichtung wird darauf hingewiesen, dass das Verhältnismäßigkeitsdenken weniger Allgemeines und Besonderes verbindet, als von der Perspektive des Besonderen bestimmt ist (Tischbirek 2017: 87). Es klammert den Anspruch der Regelbildung weitgehend ein, denn die »Angemessenheitskontrolle folgt kaum einer definitorisch-formalen Argumentationsweise« (ebd.: 146). Ganz ausdrücklich wird ein situatives Einzelfalldenken privilegiert.⁴⁹ Die Abwägung arbeitet einer »Kultur des Formalismus« (Koskeniemi 2001: 494 ff.), die sich an Texten und Regeln orientiert und auf Verallgemeinerung ausgerichtet ist, entgegen. Weil jedoch die Frage der Rationalität derartigen Binnendifferenzierungen zugänglich ist – zwischen mehr oder weniger Begriffsarbeit,⁵⁰ zwischen schwächerer oder stärkerer Bindung an den Rechtstext –, kann die Abwägung (noch) als rationale und damit als legitime Form der Entscheidungsfindung gelten.

Die Frage der Rationalität per se kann die methodische Kritik nur begrenzt anleiten, weil sie die Unterscheidung von rationalen und regellosen Verfahren der Entscheidungsfindung zugrunde legt. Ein komplexeres Bild ergibt sich, wenn man danach fragt, wie die Rationalität der Abwägung beschaffen ist. Schließlich soll die Technik nicht allein und für sich genommen rational sein. Die Herausforderung besteht vielmehr darin, »den Vorrang der gerichtlichen Güterabwägung im Verhältnis zur demokratisch legitimierten Gesetzgebung zu begründen.« (Somek 2000: 195) Diese Begründung operiert zwangsläufig mit der Unterscheidung von unterschiedlichen Rationalitätsformen. Es geht, anders gesagt, bei der Diskussion um die Abwägung nicht um ein Verfahren der Entscheidungsfindung, das rational ist, sondern um ein Verfahren, das *anders* rational

49 Vgl. die Charakterisierung der Überlegungen von Alexy als »Nullpunkt der Dogmatik« durch Poscher (2003: 81 ff.).

50 Auch Tischbirek (2017: 192) spricht schließlich (nur) von einer »Akzentverschiebung von der interpretativ-definitorischen Begriffsarbeit zur situativ-wägenden Rechtskonkretisierung«.

ist.⁵¹ Das bedeutet im Hinblick auf die Gewaltengliederung des demokratischen Rechtsstaates, dass die Rationalität der Abwägung eine andere sein soll als die (politische) Rationalität der Gesetzgebung. Die Abwägung muss die Gesetzgebung um etwas ergänzen bzw. sich von der Gesetzgebung unterscheiden, um legitime Entscheidungen zu erzeugen. Denn wenn die Abwägung auf dieselbe Weise verfahren würde wie die Gesetzgebung, würde wenig dafür sprechen, die legislativen Entscheidungen im Rahmen der Rechtsprechung einer »Rationalitätskontrolle« der Verhältnismäßigkeit zu unterstellen.⁵² »Rationalität« beschreibt sodann kein Meta-Kriterium, das Gesetzgebung und Abwägung überspannt, sondern eine distinkte Weise oder Form der Entscheidungsfindung: eine Entscheidung, die insofern rational ist, als sie *juristisch-rational* ist.

Eine legitime Rechtsentscheidung muss den Anspruch juristischer Rationalität erfüllen. Das bedeutet, dass ein rationales Verfahren der Rechtsprechung selbst-reflexiv verfasst ist: Es wendet die Kriterien der juristischen Rationalität auf sich selbst an. Sollte sich also, wie Friedrich Müller für die (west-)deutsche Debatte bereits in den 1960er Jahren festgehalten hat, die Abwägung als unumgänglich erweisen, dann »[muß] Rationalisierung jedenfalls so weit gehen, auch in der Darstellung der Gründe die rationalen von den irrational wertenden Momenten der Entscheidung abzusetzen.« (Müller 1966: 215) Das Verfahren oder Schema der Abwägung muss unterscheiden zwischen Operationen, die juristisch-rational sind, und Operationen, die es nicht sind. Es muss darüber Auskunft geben, welche Bestandteile der Entscheidung »irrational« sind – nicht, weil sie willkürlich sind, sondern gemessen an der spezifischen Rationalitätsform juristischer Verfahren. Diese Frage wiederum, inwieweit es sich bei der Abwägung um eine Verknüpfung verschiedener (juristisch-rationaler und juristisch-irrationaler) Rationalitätsformen handelt, ist nicht auf die kompetenziellen Überlegungen der demokratischen Gewaltengliederung beschränkt. Sie kann auf den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung in der transnationalen Konstellation und die Aufgabe der Verfassung übertragen werden, systemrelative Rationalitäten *rechtlich* zu durchbrechen.⁵³

Es sind insbesondere die Interventionen von Bernhard Schlink, die das Projekt der »Rationalisierung« der Abwägung vorangetrieben haben. Sie zielen darauf ab, die verschiedenen Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

51 So hält Grimm (2021b: 370 ff.) angesichts der »neuen Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit« fest, dass in dieser Möglichkeit, politische Entscheidungen einer anderen, nämlich einer juristischen Rationalität zu unterstellen, allein die Rechtfertigung dafür besteht, die Interpretation der Verfassung der Politik zu entziehen.

52 Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Globales Verfassungsprinzip«).

53 Siehe dazu *Kapitel 3.2.2.*

nicht als einheitlichen, »naturgegebene[n] Zusammenhang« zu betrachten (Reimer 2015: 60),⁵⁴ sondern die Prüfungen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit strikt von der Angemessenheitsprüfung, d.h. von der Stufe der Abwägung, zu unterscheiden. Diese Unterscheidung geht auf das Problem der Inkommensurabilität zurück. Es besteht, knapp formuliert, darin, dass die Abwägung heterogene Rechtsgüter in Relation setzt (vgl. Christensen/Fischer-Lescano 2007: 160). Heterogene Rechtsgüter lassen sich aber nicht vergleichen und können deshalb, so wenden die Kritiker:innen ein, nicht zueinander in Verhältnisse der Rangordnung gebracht werden. Für die Befürworter:innen sind hingegen die im Rahmen der Abwägung konkurrierenden Güter oder Prinzipien zwar inkommensurabel, aber dennoch vergleichbar. Denn es werden nicht heterogene Rechtsgüter als solche zueinander in Beziehung gesetzt, sondern (extern begründete) Einstufungen von Eingriffsintensitäten. Die Vergleichbarkeit inkommensurabler Prinzipien soll also mittels einer einheitlichen Bewertungsskala ermöglicht werden. Ein Urteil über die jeweiligen Eingriffsintensitäten kann jedoch nur auf den *intra*-grundrechtlichen Vergleich einzelner Maßnahmen gegründet werden – wie zu Beginn in diesem Beispiel von Alexy:

Wenn es stimmen würde [...], dass die Abwägung allein von »unserer Intuition« abhängig ist, dann stünde es allen Verfassungsinterpreten frei, unter Berufung auf die eigene Intuition zu sagen, dass die Pflicht zur Anbringung von Gesundheitswarnungen einen schwerwiegenden Eingriff, ein absolutes Verbot von Tabakwaren einen leichten Eingriff in die Berufsfreiheit der Tabakhersteller darstellt. Aber es würde schwerfallen, eine solche Position ernst zu nehmen. Jedenfalls lässt sich leicht begründen, warum diese Einstufungen falsch sind. Wenn, wie in diesem Fall, die Eingriffsintensität als gering und die Wichtigkeit des Schutzes der Bevölkerung vor gesundheitlichen Risiken als hoch eingestuft wird, ist das Ergebnis leicht erkennbar. (Alexy 2017a: 23)

Solche *intra*-grundrechtlichen Einschätzungen – der eine Eingriff in die Berufsfreiheit als leicht, der andere Eingriff als schwer – sind jedoch von Aussagen über relative Werthaftheiten zu unterscheiden. Für den *inter*-grundrechtlichen Vergleich gilt: »Zwischen viel von einem Wert und wenig von einem anderen Wert zu wählen, bedeutet immer noch eine Wahl zwischen inkommensurablen Einheiten in Bezug auf die Verwirklichung des Wertvollen insgesamt zu treffen.« (Urbina 2017: 63) Das bedeutet, so führt Schlink denselben Einwand aus, dass im Rahmen der Abwägung »nur die Subjektivität der Prüfenden zur Geltung kommen und zum Ergebnis fallweiser Beurteilungen von Grundrechtsgebrauch als mehr oder

54 Vgl. die frühen Wortmeldungen von Krauss (1955: 14 ff.) und Lerche (1961: 223 ff.), die jeweils die Abwägung zum notwendigen Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung erklären.

weniger wertvoll gelangen [kann].« (Schlink 1984: 462) Dass nämlich ein leichter Eingriff in Prinzip A weniger gewichtig ist als ein schwerer Eingriff in Prinzip B, dieses Urteil setzt ein substantielles Argument allgemeiner Gültigkeit voraus, das sich auf den Zusammenhang zwischen Prinzip A und Prinzip B bezieht. Nur so können ein »Weniger« an Berufsfreiheit und ein »Mehr« an Gesundheitsschutz oder ein »Mehr« an Persönlichkeitsschutz und ein »Weniger« an Pressefreiheit miteinander verrechnet werden.⁵⁵ Eine solche objektive »Wertungssystematik« (Schlink 1976: 45) kann jedoch weder gefunden noch erarbeitet werden. Die grundsätzlichen Schwierigkeiten sind an dieser Stelle nicht relevant. Wichtiger ist es, die Rekonstruktion der »äußerst wichtige[n] Grenze« (Schlink 1984: 462) zu vertiefen, die zwischen den Argumenten der Geeignetheit und Erforderlichkeit einerseits und Abwägungsoperationen andererseits verläuft. Die Differenzierung zwischen einer inklusiven (mit Abwägung) und einer exklusiven Variante der Verhältnismäßigkeit (ohne Abwägung) lässt sich Schlink zufolge nämlich mit der Unterscheidung zwischen juristischer und politischer Rationalität kurzschließen.

In der exklusiven Variante ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung ausschließlich prognostisch ausgerichtet. Auf der Stufe der Geeignetheit und auf der Stufe der Erforderlichkeit werden Hypothesen hinsichtlich des empirischen Zusammenhanges von Eingriff und Zweck sowie hinsichtlich der Folgen alternativer Mittel aufgestellt (vgl. Schlink 1984: 460). In späteren Texten stuft Schlink jene »Rationalität der Prognose« zur »Rationalität der Rechtswissenschaft« herauf und kontrastiert letztere mit der »Rationalität der Politik«, die evaluativ ausgerichtet ist (Schlink 2001: 460). Evaluationen folgen nicht der Unterscheidung zwischen wahr und falsch, denn »Bewertungen sind Entscheidungen, mit denen von zwei Größen die eine der anderen vorgezogen wird.« Sie können deshalb »nur im Hinblick darauf getroffen und beurteilt werden, dass sie Folgen haben, die ihrerseits wieder positiv oder negativ bewertet werden können« (ebd.: 461). Bewertungen sind Entscheidungen aufgrund von Bewertungen. Während die exklusive Variante der Verhältnismäßigkeitsprüfung Evaluationen und damit eine politische Rationalität vermeidet, weil sie sich auf die Prognose der Folgen von (rechtlich relevanten) Handlungen beschränkt, greift die Abwägung auf den Bereich der Folgenbewertung über und wird dadurch eine »politische« Entscheidung. Die inklusive Variante der Verhältnismäßigkeit verknüpft deshalb zwei Rationalitätsformen, ohne dies offen zu legen. Abwägungsentscheidungen sind demnach

55 Vgl. Petersen (2015: 61 ff.) zu den Problemen der Alexy'schen Gewichtsformel, mit ordinalen Werten (leicht, mittel, schwer) kardinale Beziehungen (ein mittlerer Eingriff ist doppelt so viel wert wie ein leichter Eingriff und ein schwerer Eingriff doppelt so viel wert wie ein mittlerer Eingriff) zu operationalisieren.

nicht rational oder irrational per se, sondern Ausdruck einer nicht-juristischen (und Schlink zufolge: politischen) Rationalität. Dass also die Abwägung »Dezision« ist, wie Schlink auch sagt,⁵⁶ bedeutet nicht, dass sie schlichtweg irrational (im Sinne von: willkürlich oder regellos) ist. Sie ist deshalb irrational, weil die Abwägung die Spezifik der juristisch-rationalen Entscheidungsfindung verfehlt. Die Abwägungsergebnisse sind nicht allein subjektivistisch. Vielmehr kollabiert im Rahmen der güterabwägenden Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen juristischer und politischer Rationalität, die – in der Konstellation des demokratischen Rechtsstaates – deren Vorrang im Verhältnis zur Gesetzgebung erklären sollte. Die Verselbständigung der Justiz auf den Pfaden der Abwägung, die sich in einer kompetenziellen Kritik als Bedeutungsverlust der legislativen Instanzen zeigt, wird bei Schlink als Funktionsverlust juristischer Verfahren deutlich. Abwägungsentscheidungen sind selbst eine Form von Politik. Die Abwägung als »Herzstück« der Verhältnismäßigkeit bedeutet daher die Korruption der juristischen Rationalität durch eine andere Rationalitätsform, oder: die Abwägung ist ein nicht-juristisches Verfahren der Rechtserzeugung. Das weckt aber Zweifel daran, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip dazu geeignet ist, die Berücksichtigung von widerstreitenden normativen Forderungen juristisch-rational zu forcieren und auf diese Weise den Prozess transnationaler Konstitutionalisierung voranzutreiben.

4.3 Internationaler Investitionsschutz

Auf den folgenden Seiten sollen die formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit anhand des internationalen Investitionsschutzes aufgezeigt werden. Für die Wahl dieses Gegenstandes sprechen mehrere Gründe. *Erstens* regt sich auf dem Gebiet des Investitionsschutzes seit längerer Zeit ein ausgesprochenes »Konstitutionsbedürfnis«. ⁵⁷ Die Ausbreitung zwischenstaatlicher Vereinbarungen zum Schutz ausländischer Investor:innen und vor allem die Interpretation und Ausgestaltung dieser Regelungen im Rahmen spezieller Rechtsprechung greift zusehends in die von staatlichen Verfassungen normierten Herrschaftskompetenzen ein und führt zu vielfältigen Protesten in vielen Teilen der Welt. *Zweitens* betrifft dieses Konstitutionsbedürfnis insbesondere die Responsivität des Investitionsschutzes in Form der Gewährleistung fundamentaler Rechte,

56 Hinsichtlich der demokratischen Gewaltengliederung betont Schlink (1976: 211), dass eine Abwägungsentscheidung dort getroffen werden soll, »wo sie als Dezision auftritt, anerkannt und bekämpft wird, legitimiert und revidiert werden kann.«

57 Die Formulierung stammt von Grimm (2012: 14).

wie sie in den nationalen Verfassungen und in internationalen Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte festgelegt sind. *Drittens* steht ein Prozess der regimespezifischen Konstitutionalisierung aufgrund der distinkten Eigenschaften des internationalen Investitionsschutzes vor besonderen Herausforderungen. Es handelt sich nämlich sowohl hinsichtlich der völkerrechtlichen Grundlagen als auch der Organisation des Rechtsschutzes um ein weithin zersplittertes Regime. *Viertens* ist das Regime strikt auf die eigene Reproduktion entlang ökonomischer Rationalitätskriterien ausgerichtet. Sein ausgeprägter inhaltlicher »Tunnelblick« (Teubner) macht die Herstellung von Responsivität umso relevanter. Das Problem der Verfassung in der transnationalen Konstellation – das Problem also, dass sich Verfassungsstrukturen entlang der normativen Interaktionen verschiedener Rechtsregime erst herausbilden müssen – ist hier somit deutlich ausgeprägt. *Fünftens* wird in neueren Gerichtsentscheidungen vermehrt auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückgegriffen, um nicht-ökonomischen Interessen gegen jene Vereinseitigungen Geltung zu verschaffen, und wird eben diese Entwicklung in der Literatur vielfach als ein Beitrag zur Konstitutionalisierung des Investitionsschutzes willkommen geheißen.

Das Regime des internationalen Investitionsschutzes ist deshalb ein überaus geeigneter Fall, um die *Entgrenzungsform der Verhältnismäßigkeit* in der Praxis zu studieren. Ich skizziere dazu zuerst dessen charakteristische Eigenschaften und stelle dar, inwiefern die Technik der Verhältnismäßigkeit zur Konstitutionalisierung des Investitionsschutzes beitragen soll. Danach konturiere ich die formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit anhand von drei konkreten Urteilen. Es kann dabei einerseits die Variabilisierung der Verfassung infolge der Verhältnismäßigkeit exemplarisch aufgezeigt werden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweist sich als ungeeignet, Grundrechtsnormen zu operationalisieren und so Gleichberechtigung abzubilden. Zudem und andererseits wird offenbar, dass Operationen der Abwägung nicht geeignet sind, die ökonomischen, auf den Schutz der privaten Eigentumsrechte ausgerichteten Rationalitätskriterien juristisch-rational zu durchbrechen. Sowohl die normtheoretische als auch die methodische Kritik erweisen sich als zutreffend.

In der Folge geht es mir somit *nicht* um die normativen Interaktionen als solche zwischen Investitionsschutz auf der einen und Menschenrechtsschutz auf der anderen Seite; also um die Frage, ob und inwieweit sich die Menschenrechte, wie auch immer man sie genau versteht, in den jeweiligen Rechtsentscheidungen als einschlägig erwiesen haben.⁵⁸

58 Vgl. dazu u.a. Hirsch (2009), Calamita (2013), Karamanian (2013), de Brabandere (2013), Schneiderman (2016), Balcerzak (2017), Petersmann (2020). Die Bilanz ist wohl ambivalent. In einer empirischen Studie zur

Mir geht es auch nicht um die Frage, ob solche externen Normen auf den spezifischen Pfaden der Verhältnismäßigkeit Relevanz entfalten und derart die Dominanz ökonomischer Interessen relativieren oder nicht.⁵⁹ In diesen Diskussionen wird das Problem der transnationalen Konstitutionalisierung als ein substantielles aufgefasst. Von entscheidender Bedeutung sind demnach die materiellen Folgen, also die Frage, ob der umfangreiche Schutz ausländischer Investor:innen tatsächlich zugunsten entgegenstehender Bestimmungen und Interessen zurückgedrängt wird. Jene Debatte korrespondiert mit einer ethischen, auf Responsivität und Toleranz ausgerichteten Perspektive auf den Vorgang transnationaler Rechtserzeugung. Im Kontrast zur Untersuchung von konkreten inhaltlichen Vorrangrelationen werden hier die zugrunde liegenden *Politiken der Vermittlung* in den Fokus gerückt. Die Frage der Vermittlung ist die Frage der Form – die Frage danach, wie, auf welche Weise, die externen Normen relevant werden. Zentral ist somit die Untersuchung der (Bedingungen der) Konstruktion und Konkretisierung von höherrangigen normativen Strukturen. Eine solche Analyse muss der Rolle der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des Investitionsschutzes anhand der spezifischen Eigenschaften dieser Technik auf die Spur kommen und ihre formierenden Wirkungen in den Blick nehmen. Das ist das Vorhaben der nächsten Seiten.

Auf den ersten Blick bestehen zwischen Investitions- und Menschenrechtsschutz eine Reihe von Gemeinsamkeiten. Beide Regime räumen einzelnen Individuen eine Reihe von Ansprüchen gegen den Staat ein (vgl. Simma 2011: 576; Klein 2018: 138). Die Begrenzung und Rekonfiguration der Souveränität des Staates infolge der Garantie spezifischer Rechte ist das Ziel dieser völkerrechtlichen Teilordnungen. Wie die Normen und Institutionen des Menschenrechtsschutzes, so üben auch die Bestimmungen des Investitionsschutzes eine »quasi-konstitutionelle Funktion« gegenüber den Herrschaftskompetenzen des Staates und den in der nationalen Verfassung festgelegten Rechtsansprüchen aus (Burke-White/Staden 2010: 289; vgl. ebenso Schneiderman 2008: 6; Cutler 2016: 99; Pistor 2019: 155). Dabei erstrecken sich die Rechte ausländischer

normativen Relevanz der EMRK hält Alvarez (2017: 526) fest: »[Verweise auf die Regeln des europäischen Menschenrechtsschutzes] werden, kurz gesagt, ebenso häufig als Schwert zugunsten der Investorenrechte wie als Schutzschild gegen sie eingesetzt.«

- 59 Es mehrt sich dabei die Skepsis (wohlbemerkt: hinsichtlich der Eigenschaften des Investitionsschutzes, nicht – wie in dieser Untersuchung – hinsichtlich der Eigenschaften der Verhältnismäßigkeit): »Es ist gerade die monothematische Natur des Systems der Investitionsabkommen [...], die eine akkurate und damit legitime Abwägung einer Vielzahl von unterschiedlichen Interessen, Politiken und Werten nicht zulässt.« (Ortino 2017: 91; vgl. auch Perrone 2017: 684)

Investor:innen regelmäßig noch weiter als die Normen des Menschenrechtsschutzes. »Keine andere Kategorie von Privatpersonen [...] hat im internationalen Recht so weitreichende Rechte wie jene Personen, die grenzüberschreitend investieren.« (Simmons 2014: 42) Diese Reichweite ergibt sich aus prozeduralen Aspekten im Zusammenhang mit den nur vage formulierten inhaltlichen Bestimmungen. Wie die Träger:innen der Menschenrechte sind auch die ausländischen Investor:innen infolge der zwischenstaatlichen Übereinkommen anspruchsberechtigt. Letztere können jedoch ihre Rechte direkt, also ohne den nationalen Rechtsweg ausschöpfen zu müssen, vor speziellen Schiedsgerichten einklagen.⁶⁰ Ein weiterer großer Vorteil für die Investor:innen besteht darin, dass die jeweiligen Entscheidungen anschließend beinahe überall durchgesetzt werden können. Zugleich ist es kaum möglich, Berufung gegen die schiedsrichterlichen Entscheidungen einzulegen (vgl. Henckels 2015; Calamita 2017).

Den Ansprüchen der Investor:innen stehen dabei nicht allein oder zuerst die Regelungen des jeweiligen Gaststaates entgegen. In den juristischen Auseinandersetzungen »brechen« sich zugleich die Konfliktlagen zwischen thematisch definierten Rechtsordnungen.

Insbesondere dann, wenn die Regulierungsbemühungen, die der Gaststaat etwa zum Zweck der nachhaltigen Entwicklung und des Schutzes der Menschenrechte verfolgt, die Maßgaben der internationalen Vertragsregime widerspiegeln, betrifft der Streit zwischen dem Investor und dem Gaststaat auch das Verhältnis zwischen internationalem Investitionsrecht und internationalem Umweltrecht oder internationalem Menschenrechtsschutz. (Kuo 2018: 800)

Eine wichtige Aufgabe wird deshalb darin erkannt, diese widerstreitenden Verpflichtungen – hier: die Forderungen des Investitionsschutzes auf der einen und die Vorgaben des Menschenrechtsschutzes auf der anderen Seite – auf den Pfaden der Rechtsprechung miteinander zu »harmonisieren« (Simma/Kill 2009). Die Herausforderung lautet, »den normativen Inhalt externer Regeln auf eine Weise effektiv zu übertragen, die die Kohärenz der Rechtsregime untereinander fördert« (ebd.: 694). Eine solche Kohärenz herzustellen, ist für das Gebiet des Investitionsschutzes allerdings schon deshalb schwierig, weil weder ein einheitliches Vertragswerk, ein organisatorisches Zentrum noch ständige Gerichte existieren.

Die Regelungen zum Schutz und zur Förderung von Auslandsinvestitionen bilden ein dezentrales Nebeneinander aus zwischenstaatlichen

60 Genauer formuliert, stellt die Möglichkeit der Individualklage vor diesen Schiedsgerichten mit Blick auf den Rechtsweg des Gaststaates einen zusätzlichen oder alternativen Pfad der Streitbeilegung dar (vgl. Vadi 2015: 180).

Verträgen.⁶¹ Das Recht des internationalen Investitionsschutzes besteht aus einer großen Zahl von bilateralen oder regionalen Abkommen⁶² und entsprechend einer Vielzahl an Parteien. Ein multilaterales Vertragswerk und ein institutionelles Zentrum wie beispielsweise die Welthandelsorganisation fehlen, trotz einer Reihe von Reformvorschlägen und -bestrebungen, weiterhin.⁶³ Charakteristisch für das Regime ist demnach einerseits »das Fehlen tiefgreifender Rechtsetzung« (Wells 2010: 342) und »eine mangelnde konstitutionelle Dichte« (Vadi 2018: 248). Andererseits basieren aber die verschiedenen Abkommen auf denselben inhaltlichen Prinzipien zur Behandlung ausländischer Investor:innen. Ihnen wird zudem in der Regel die Möglichkeit eingeräumt, diese Vorgaben vor spezialisierten Schiedsgerichten, meistens im Rahmen der ICSID-Konvention,⁶⁴ einklagen zu können. Auch hier, in der Institutionalisierung des Rechtsschutzes, zeigt sich die Zersplitterung, die für den Investitionsschutz charakteristisch ist. Ein zentrales Gerichtsorgan (wie etwa der EGMR) oder ständige Berufungsinstanzen (wie etwa der Appellate Body der WTO) fehlen. »Weder gibt es ein hierarchisches Gerichtssystem, das Fehler kontrollieren und die Konsistenz und Kohärenz der Streitbeilegung sicherstellen könnte, noch gibt es ein legislatives Organ, das die rechtserzeugenden Tätigkeiten der Schiedsgerichte kontrollieren könnte.« (Schill 2017: 655) Die ausländischen Investor:innen können vor diesen Schiedsgerichten, ohne den eigenen Heimatstaat (z.B. für diplomatische Verhandlungen) involvieren zu müssen,⁶⁵ direkt Schadensersatz einklagen,⁶⁶ deren Rechtsentscheidungen wiederum das Regime maßgeblich prägen.

Trotz dieser normativen und institutionellen Zersplitterung wird seit geraumer Zeit ganz selbstverständlich von *einem* Rechtsregime

- 61 Zur historischen Entwicklung vgl. Johnson/Gimblett (2012), Miles (2013: 17 ff.). Die kolonialen Ursprünge des Investitionsschutzes als akademische Disziplin diskutiert Anghie (2004).
- 62 Im Jahr 2018 handelt es sich um mehr als 3.300, davon mehr als 2.900 bilaterale Investitionsabkommen. Mindestens in Kraft sind mehr als 2.600 Abkommen (vgl. UNCTAD 2019: 99).
- 63 Zu den Unterschieden zwischen Investitionsschutz- und Handelsrecht vgl. Simmons (2014: 14 ff.), Pauwelyn (2015: 765 ff.). Für die Einrichtung einer »World Investment Organisation« plädieren u.a. Butler/Subedi (2017).
- 64 *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*.
- 65 Zur These der »Depolitisierung« von zwischenstaatlichen Konflikten um Investitionsschutz durch eine solche unmittelbare Berechtigung der Investor:innen vgl. Kriebaum (2018).
- 66 Die Unparteilichkeit der Schiedsrichter:innen wird immer wieder infrage gestellt. Mittlerweile klassisch dazu van Harten (2007: 152 ff.), vgl. auch Hirsch (2020).

gesprochen.⁶⁷ Diese Rede wird vor allem mit den inhaltlichen Übereinstimmungen erklärt. Die Abkommen schützen auf der materiellen Ebene einen geteilten Bestand an substantiellen Regelungen, die, auch infolge der Möglichkeit der Individualklage, als Investorenrechte bezeichnet werden können. Zu diesen verpflichtenden Ansprüchen gehört regelmäßig, dass die Enteignung ausländischer Investitionen lediglich aufgrund von Gemeinwohlbelangen erlaubt und an adäquate Entschädigungszahlungen geknüpft ist. Darüber hinaus wird abkommensübergreifend verlangt, dass die Investor:innen »gerecht und billig« behandelt werden (*fair and equitable treatment*) und dass die Sicherheit der Investitionen (*full protection and security*), ein Recht auf Gewinn- und Kapitaltransfer sowie der Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Nationalität zu garantieren ist (vgl. im Detail Dolzer/Schreuer 2012: 130 ff.; Bonnitcha/Poulsen/Waibel 2017: 93 ff.). Diese Bestimmungen sind, wie auch der Terminus »Investition« selbst (vgl. Douglas 2014), außerordentlich vage formuliert und bedürfen deshalb der weitgehenden Konkretisierung im Einzelfall. »Für einen Juristen, der sich nur mit dem nationalen Recht zur Regelung von Investitionsgeschäften auskennt, erscheinen die Regime-Normen in ihrer Allgemeinheit, Vagheit und Unbestimmtheit atemberaubend.« (Salacuse 2010: 453) Zudem werden in den Abkommen typischerweise weder die Regulierungskompetenzen des Gaststaates noch die möglichen Verpflichtungen der Investor:innen thematisiert. So gewähren die einzelnen Abkommen den bestellten Schiedsrichter:innen potentiell⁶⁸ einen extrem weiten Gestaltungsspielraum.

Die Investitionsschutzabkommen und die Befugnisse der Schiedsgerichte werden deshalb vehement dafür kritisiert, die staatlichen Handlungsmöglichkeiten zu beschränken und dadurch auch die Effektivität des nationalen politischen Prozesses nachhaltig zu unterminieren.⁶⁹ Die prozeduralen und materiellen Regelungen des internationalen Investitionsschutzes sind darüber hinaus sowohl Ausdruck als auch Katalysator tief verwurzelter Machtverhältnisse, insbesondere zwischen westlichen, kapitalexportierenden Staaten und Staaten im globalen Süden: »Die kapitalsuchenden Regierungen binden sich mit bilateralen Investitionsabkommen nicht so sehr selbst die Hände, sondern bekommen die Hände

67 Vgl. zum Regimebegriff in diesem Zusammenhang Salacuse (2010), Hofmann/Tams (2011).

68 Zur Debatte um Dichte der schiedsgerichtlichen Kontrollen vgl. van Harten (2013), Arato (2014), Henckels (2015: 126 ff.), Vadi (2018: 186 ff.).

69 Vgl. zum *regulatory chill* Tienhaara (2018). Eine Reihe von vor allem latein-amerikanischen Staaten hat zuletzt die ICSID-Konvention aufgekündigt, zudem sind einige Staaten, wie z.B. Indien, der Konvention niemals beigetreten oder evaluieren die substantiellen Verpflichtungen des Investor:innenschutzes. Dieses Jahr ist etwa die EU aus der sog. Energiecharta ausgetreten (die Ausstiegsfrist beträgt allerdings zwanzig Jahre).

gebunden.« (Allee/Peinhardt 2014: 82) Zwar resultieren die konkreten Bestimmungen aus zwischenstaatlichen Übereinkünften und stehen deshalb prinzipiell zur Disposition der am Abkommen beteiligten Parteien.⁷⁰ Die Verhandlungsmacht ist aber oftmals ungleich verteilt und führt zur Konkurrenz zwischen ökonomisch schlechtergestellten Staaten sowie zur Dominanz von spezifischen, als universal deklarierten Vorstellungen wirtschaftlicher und sozialer Entwicklung (vgl. Schneiderman 2014: 80). Diese inhaltlichen Einseitigkeiten werden verschärft durch die asymmetrische Konzeption der Streitbeilegung, die in der Regel⁷¹ nur die ausländischen Investor:innen mit prozeduralen Rechten ausstattet. Die Funktion der Schiedsgerichtsbarkeiten ähnelt so verfassungsgerichtlichen Normenkontrollen.

Wie bei der verbindlichen Auslegung von Verfassungstexten durch Höchstgerichte haben die Schiedsrichter die Aufgabe, die Korrektheit staatlicher Handlungen im Hinblick auf unbestimmte Verpflichtungen zu beurteilen, die Staaten gegenüber ausländischen Investoren und deren Investitionen haben. (Schneiderman 2020: 421)

Auch diese Analogie darf nicht überspannt werden, denn die Entscheidungen der Schiedsgerichte modifizieren nicht die Geltungsbedingungen staatlicher Verfassungsnormen. Oberflächlich geht es nur um Fragen der finanziellen Kompensation. Die asymmetrischen Berechtigungen, die durch die jeweiligen Abkommen eingerichtet werden, bewirken jedoch in der Praxis eine Umverteilung von rechtserzeugenden Kompetenzen zugunsten der Investor:innen, die für den souverän-egalitären Zuschnitt völkerrechtlicher Normen unüblich ist. Die Folge davon ist, dass »die nicht-staatlichen Parteien eine entscheidende Rolle bei der Durchsetzung sowie bei der Auslegung und Weiterentwicklung der einschlägigen internationalen Rechtsgarantien spielen« (Alvarez 2009: 958). Die Investor:innen sind durch den Gang vor die Schiedsgerichte selbst an den Prozessen der Normerzeugung beteiligt und in dieser Hinsicht mit internationalen Organisationen vergleichbar (vgl. Arato 2015). Man kann deshalb von »triangulären völkerrechtlichen Verträgen« (Roberts 2015) sprechen, die den Investor:innen Einfluss über einen Teil der ehemals souveränen Herrschaftskompetenzen des Staates einräumen.

Auf diese Weise fungiert der Rechtsschutz ausländischer Investitionen als zentrales Instrument einer spezifischen Gesellschaftsformation, die

70 Zur »neuen Generation« der Investitionsschutzabkommen, die sich u.a. durch eine nähere Definition der geschützten Gemeinwohlinteressen und der Investor:innenrechte auszeichnen, vgl. Muchlinski (2016), Henckels (2018). Vgl. zur jüngsten Vertrags- und Rechtsprechungspraxis Ortino (2019) bzw. Alschner (2022).

71 Zur Rolle von *counterclaims* siehe die Diskussion von *Urbaser vs. Argentinien*.

auf die Privatisierung ehemals öffentlicher Leistungen und einen robusten Schutz der Eigentumsrechte bzw. auf ein »globales Recht auf Investition« (Perrone 2017) ausgerichtet ist (vgl. Sornarajah 2015: 11 ff.; Linares et al. 2018: 159 ff.). Das Regime bildet derart »ein Schlüsselement bei der Herausbildung der materiellen und normativen Grundlagen des transnationalen Kapitalismus.« (Cutler 2016: 99) Claire Cutler bezeichnet den internationalen Investitionsschutz deshalb als eine Form des »neuen Konstitutionalismus«, der auf die »ständige Ausweitung des Kapitalismus durch die Verankerung von neoliberalen, marktorientierten Gesetzen [...] in nationalen und internationalen Rechtsrahmen abzielt, die die Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung von Handel, Investitionen und Finanzdienstleistungen begünstigen« (ebd.). Sowohl die asymmetrischen Berechtigungen (allein der Investor:innen) als auch die ausgreifenden inhaltlichen Vereinseitigungen (im Sinne einer Verfassung des transnationalen Kapitalismus) unterstreichen noch einmal, dass es nicht allzu weit führt, die Bestimmungen des Investitionsschutzes entlang der Entgegensetzung staatlicher Regulierungsmöglichkeiten mit völkerrechtlichen Verpflichtungen zu konzipieren, oder die ökonomischen Interessen, die durch das Regime stabilisiert werden, pauschal mit gemeinwohlorientierten Zwecken zu kontrastieren. Überzeugender ist es, im Anschluss an die systemtheoretischen Konzeptionen des globalen Rechtspluralismus,⁷² von Konflikten zwischen funktional spezifizierten normativen Ordnungen auszugehen. Das Investitionsschutzregime kollidiert sodann mit den Prinzipien des Menschenrechts- oder Umweltschutzes, die ihrerseits weder strikt »national« noch »international« sind.

Angesichts dieser konstitutionellen Dominanz und den damit verbundenen Friktionen wird innerhalb der rechtspolitischen Diskussionen die Forderung nach einer ausgewogeneren »Balance« laut (vgl. Radi 2014; Bernardini 2017). Plädiert wird für eine »interpretative Kehrtwende« (Berner 2016), entweder zusätzlich zu oder anstelle von institutionellen Reformen.⁷³ Die Türen der Interpretation sollen weiter geöffnet werden als es bislang der Fall gewesen ist, um andere Normen und Prinzipien hineinzulassen. Es überrascht nicht, dass in diesem Zusammenhang die »Harmonisierungstechnik« der Verhältnismäßigkeit (Hauck 2016: 96) in den Urteilsbegründungen, teilweise auch in den Abkommen selbst, immer häufiger zur Sprache gelangt: »Schließlich würde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung dabei helfen, die Rechte und Erwartungen der Investoren näher zu bestimmen und gleichzeitig ›Exzesse‹ bei der Ausübung öffentlicher Gewalt einzuschränken.« (Arcuri/Violi 2021: 2200) Sie soll die Legitimitätskrise des Investitionsschutzes auf dem Weg

72 Siehe dazu *Kapitel 3.2.*

73 Zu den aktuellen Reformbemühungen vgl. Schill/Vidigal (2021: 225 ff.).

einer methodischen Evolution der schiedsgerichtlichen Rechtsentwicklung überwinden (vgl. Schill 2011; Leonhardsen 2012; Schneiderman 2018).⁷⁴ Durch den flächendeckenden Einsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁵ soll, so die Hoffnung, ein angemesseneres Verhältnis der widerstreitenden Interessen und Regelungen etabliert und können insbesondere die Normen des Menschenrechtsschutzes einbezogen werden.⁷⁶ Ein Vorzug der pluralistischen Verhältnismäßigkeitsprüfung⁷⁷ besteht dabei darin, diese konkurrierenden normativen Bestimmungen bzw. die »nicht-ökonomischen Interessen der Allgemeinheit« auch über den konkreten Abkommenstext hinaus berücksichtigen zu können:

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt eine Technik der Interpretation zur Lösung von Konflikten zwischen zwei konkurrierenden Interessen dar [...]. Sie ermöglicht es, eine Balance zwischen gegensätzlichen Interessen herzustellen, indem deren relative Bedeutung sogar in Fällen erwogen wird, in denen es keine ausdrückliche Ausnahme von den vereinbarten Rechten gibt, die die ausländischen Investoren im Rahmen eines internationalen Investitionsschutzabkommens genießen. (Schill/Djanic 2018: 237)

- 74 Der Erfolg dieser Entwicklung ist keineswegs ausgemacht. »Obwohl Wissenschaftler dafür plädieren, die Verhältnismäßigkeitsprüfung rasch zu übernehmen, um dem Vorhaben der Beilegung von Investitionsschutzkonflikten Legitimität zu verleihen, scheint es seitens der Schiedsgerichte eine ausgeprägte Zurückhaltung zu geben« (Schneiderman 2018: 267). Diese skeptische Diagnose betrifft aber, wie auch Schneiderman (ebd.: 275 ff.) selbst betont, eher den systematischen und expliziten Rückgriff. »Die Schiedsgerichte haben sich häufiger auf die der Verhältnismäßigkeitsprüfung innewohnenden Ideen gestützt, als die Terminologie der Verhältnismäßigkeit zu verwenden, oder sie haben einige der Elemente der Prüfung erörtert und angewendet, andere jedoch nicht.« (Henckels 2015: 69) Zudem findet sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip mittlerweile auch ausdrücklich in einigen neueren Abkommen normiert (vgl. Cottier et al. 2017: 655).
- 75 Dabei wird die Verhältnismäßigkeit als ein allgemeines (internationales) Rechtsprinzip aufgefasst, u.a. im Rahmen von Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention (vgl. Stone Sweet/della Cananea 2014). Zum Prinzip der *systemic integration* im Zusammenhang mit dem internationalen Investitionsschutz vgl. Yotova (2016).
- 76 Für den Einsatz plädieren u.a. Kriebaum (2007), Stone Sweet (2010), Kingsbury/Schill (2010), Kulick (2012: 168 ff.), Stone Sweet/Grisel (2017: 243 ff.), Schill/Djanic (2018). Teilweise geht dieses Plädoyer mit relevanten Qualifikationen einher. So argumentieren Henckels (2015) und Ortino (2017) dafür, auf die letzte Prüfungsstufe der Angemessenheit zu verzichten.
- 77 Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Pluralismusaffinität«).

Mithilfe der Verhältnismäßigkeit, so die Argumentation, kann es gelingen, das Regime kohärent auszugestalten und schließlich zu konstitutionalisieren, also die bestehenden Regelungen des Investitionsschutzes durch die Inkorporation von rechtsstaatlichen Normen und Prinzipien, darunter die Garantie fundamentaler Rechte, nachhaltig zu transformieren. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip soll dazu dienen, die normativen Interaktionen mit weiteren einschlägigen Rechtsgebieten und -ansprüchen zu forcieren und darüber die Integration konkurrierender Rechtsregime anzuleiten – es soll also dazu dienen, den Prozess transnationaler Rechtserzeugung zu mobilisieren und (limitative)⁷⁸ Verfassungsstrukturen in der Form von Rechten herauszubilden.

Diese Zuversicht im Hinblick auf die konstitutionalisierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit gilt es nun anhand der ausführlichen Lektüre und Diskussion von drei Rechtsentscheidungen zu überprüfen. Das *Tecmed*-Urteil wird dabei vielfach als eine Entscheidung mit grundlegender Bedeutung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des internationalen Investitionsschutzes betrachtet. Das Urteil im Fall *Occidental Petroleum vs. Ecuador* wendet die Verhältnismäßigkeit auf den immer wichtiger werdenden Anspruch des *fair and equitable treatment* an. Im aufsehenerregenden Fall *Urbaser vs. Argentinien* wird schließlich die explizite Verpflichtung ausländischer Investor:innen auf die Normen des internationalen Menschenrechtsschutzes abwägungsorientiert diskutiert.

Tecmed vs. Mexiko (2003)

In den 1990er Jahren formieren sich in Hermosillo, der Hauptstadt des mexikanischen Bundesstaates Sonora, eine Reihe von Protesten gegen den Betrieb einer dortigen Deponie für Industriemüll. Auf der Deponie entsorgt ein Tochterunternehmen der spanischen *Tecmed*-Firma giftigen Abfall, ohne die gesetzlichen Regelungen für den Transport und die Lagerung der Abfallstoffe ausreichend zu beachten. Die Protestierenden organisieren Blockaden und Demonstrationen, um die Schließung der Deponie zu erwirken. Im November 1998 entscheidet die zuständige Umweltschutzbehörde, die Betriebslizenz nicht noch einmal zu verlängern und die Deponie zu schließen. Gegen diese Entscheidung geht *Tecmed* auf der Grundlage des 1996 in Kraft getretenen Investitionsschutzvertrages zwischen Mexiko und Spanien vor.⁷⁹

⁷⁸ Siehe dazu *Kapitel 3.2.2.*

⁷⁹ *Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Spain and the United Mexican States* (in Kraft seit dem 18. Dezember 1996).

Den Kern dieser gerichtlichen Auseinandersetzung, die schließlich in eine Verurteilung auf Schadensersatz mündet, bildet die Beurteilung der Schließung als eine entschädigungspflichtige Enteignung (Rn. 95–96).⁸⁰ Dazu greift die *Tecmed*-Entscheidung wohl zum ersten Mal im Rahmen des internationalen Investitionsschutzes auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurück (vgl. Krommendijk/Morijn 2009: 439; Leonhardsen 2012: 122).⁸¹ Das Gericht hält fest:

There must be a *reasonable relationship of proportionality* between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. (Rn. 122, Herv. J.H.)

Eine Antwort auf die Frage, ob es sich bei der Schließung der Deponie um eine Enteignung handelt, muss demnach mehr als nur die Folgen dieser Schließung miteinbeziehen. Regulierungsmaßnahmen, die zwar die Wirkung der indirekten Enteignung entfalten⁸² – also den Anspruch der Investor:innen auf Schutz vor Enteignung relevant beeinträchtigen –, aber angesichts des damit verfolgten Zwecks verhältnismäßig sind, gelten nicht als Enteignung und sind somit nicht kompensationspflichtig. Die Verhältnismäßigkeit fungiert so als ein genereller Maßstab. Jede Maßnahme, die den Maßgaben der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist von der Kompensationspflicht ausgenommen (vgl. Calamita 2014: 186). Auf diese Weise, also indem sich die Beurteilung als Enteignung nicht mehr ausschließlich auf die Wirkung der Maßnahme und die damit verknüpften ökonomischen Einbußen konzentriert (vgl. Rn. 118), wird es möglich, andere Gesichtspunkte in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Oder, anders formuliert, das Regime ist nicht länger nur auf den effektiven Schutz ausländischer Investitionen verpflichtet, denn allein die Feststellung tatsächlicher wirtschaftlicher Schädigung reicht nicht hin, um Schadensersatz beanspruchen zu können (vgl. Rn. 119). Hier wird deutlich, auf welche Weise die »Verhältnismäßigkeitsprüfung ein Einfallstor bilden [kann], um Prinzipien, die nicht zum Investitionsschutz zählen, in den argumentativen Rahmen der Schiedsverfahren einfließen zu lassen« (Kingsbury/Schill 2010: 104). Sie ist dazu in der Lage, zusätzlich zu den expliziten Ansprüchen der Investor:innen noch andere Forderungen zu berücksichtigen. Der absolute Vorrang der Eigentumsrechte ausländischer Investor:innen gegenüber konkurrierenden Interessen und entgegenstehenden Normen ist bereits aufgrund der

80 Die Randnummern beziehen sich auf *Tecmed, S.A. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29. Mai 2003).

81 Zur Rezeption der *Tecmed*-Entscheidung durch andere Schiedsgerichte in Fällen indirekter Enteignung vgl. Bücheler (2015: 129 ff), Ortino (2019: 157 ff.).

82 Zur indirekten im Unterschied zur direkten Enteignung vgl. Dolzer/Schreuer (2012: 101 ff.).

intrinsischen Eigenschaften der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen. Die Technik wirkt integrativ. Zugleich ist aber, ebenso aufgrund der Verhältnismäßigkeit, jede Maßnahme, die solche Investitionen betrifft, ein Anlass für eine Abwägung mit den Ansprüchen der Investor:innenseite. Die Erweiterung des relevanten Normenbestands schwächt zugleich dessen Determinationskraft, denn keine Regulierungsmaßnahme ist infolge der Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr »per se« gerechtfertigt:

[W]e find no principle stating that regulatory administrative actions are per se excluded from the scope of the Agreement, *even if they are beneficial to society as a whole* – such as environmental protection –, particularly if the negative economic impact of such actions on the financial position of the investor is sufficient to neutralize in full the value [...] of its investment without receiving any compensation whatsoever. (Rn. 120, Herv. J.H.)

Die Abwägung von Gemeinwohlinteressen mit den Interessen der Investor:innen ist – entgegen der Bestimmungen, die den Vorgang der indirekten Enteignung ausdrücklich normieren – maßgeblich dafür, ob die administrativen Handlungen eine Enteignung bedeuten und *deshalb* unrechtmäßig sind. Auch hier gilt also, dass alle normativen Festlegungen unter Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stehen und insofern rechtfertigungspflichtig sind. Die Verhältnismäßigkeit beschränkt derart die Befugnisse des Staates zusätzlich, denn diese ergeben sich nicht mehr allein aus dem Normtext, sondern sind selbst an Verhältnismäßigkeitsabwägungen geknüpft. Laut dem zugrunde liegenden Abkommen sind Enteignungen ohne Bezugnahme auf das Gemeinwohl unrechtmäßig. Ein Eingriff mit Bezugnahme auf das Gemeinwohl ist jedoch rechtmäßig, wenn für Kompensation gesorgt ist (vgl. Ranjan 2014: 869). Das Verhältnismäßigkeitsdenken überlagert diese Bestimmungen. Nur und allein ein verhältnismäßiger Eingriff in die Investition ist, so das Gericht, ein rechtmäßiger Eingriff, ganz unabhängig davon, ob die im Abkommen festgehaltenen Bedingungen erfüllt sind. »Selbst wenn ein erheblicher Verlust von Eigentum einem öffentlichen Zweck diene [...] und mit einer ›adäquaten Entschädigung‹ einherging, könnte er dennoch rechtswidrig sein, wenn er nicht der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält.« (Bücheler 2015: 147) Die Abwägung als Gegenbegriff zur (kodifizierten) Norm wird hier greifbar. Zudem ist schon an dieser Stelle fraglich, inwiefern die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Lage ist, die etablierten Rationalitätskriterien des Investitionsschutzes zu revidieren und anders zu verfassen, wenn nun jede Maßnahme als ein möglicherweise illegaler Eingriff in die Investor:innenrechte betrachtet werden kann.

Zur Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bezieht sich das Schiedsgericht auf die Rechtsprechung des EGMR im Fall einer

Enteignung aufgrund von Umweltschutzbelangen.⁸³ Wie im Fall des internationalen Menschenrechtsschutzes operieren die Rechtspositionen der Investor:innen als Grenze staatlicher Maßnahmen, die im Hinblick darauf zu bewerten sind, ob sie die fraglichen Rechte unverhältnismäßig einschränken. Dabei stehen, der typischen Konstellation der Verhältnismäßigkeit entsprechend, die Handlungen der mexikanischen Regierung für das Gemeinwohl, die Ansprüche der spanischen Investor:innen hingegen für die partikularen Interessen der Einzelnen, die durch jene Handlungen (potentiell) beeinträchtigt werden. Im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR werden die Investor:innenrechte zudem inhaltlich vertieft und auch in dieser Hinsicht als Grundrechtsnormen konzipiert. Das Schiedsgericht stellt dabei insbesondere die benachteiligte politische Stellung der ausländischen Investor:innen heraus und betont mit Blick auf die Gewichtung der Interessen im konkreten Fall, dass es dies kaum möglich gewesen ist, auf die Entscheidung der mexikanischen Behörden Einfluss zu nehmen.⁸⁴

On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitle [sic!] to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors. (Rn. 122)

Die Rechte der Investor:innen erscheinen hier, um eine Formulierung von Seyla Benhabib aufzugreifen, als die »Rechte der Anderen«, die von der exklusiven Konzeption des nationalen *demos* negativ tangiert werden (Benhabib 2008). Aufgrund der eingeschränkten Partizipationsmöglichkeiten bestehen dem Gericht zufolge hohe Anforderungen an den Schutz der Investor:innen. Sie erscheinen, kurz gesagt, als eine vulnerable Gruppe, deren Rechte deshalb Berücksichtigung verdienen (vgl. Schneiderman 2013: 113 ff.; Isiksel 2016b: 332 ff.). Sie sind weniger zu belasten, weil sie – das ist der Kosmopolitismus des Kapitalismus – nicht »vor Ort« sind. Gerade weil es um *Auslands*investitionen geht, so die demokratietheoretische Anlage der Argumentation, müssen die Rechte der Kläger:innen im Zuge der Abwägung mit den Gemeinwohlinteressen mehr zählen als dies bei Inlandsinvestitionen der Fall wäre.⁸⁵

83 Die Referenz ist *Mator E Silva, LDA., and others vs. Portugal* (16. September 1996).

84 Die Referenz ist *James and others vs. United Kingdom* (21. Februar 1986).

85 Die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR durch das *Tecmed*-Urteil hat zur Beobachtung einer »Dehumanisierung« der Menschenrechte im Kontext des internationalen Investitionsschutzes geführt (Isiksel 2016b; vgl. auch Lafont 2020). Nicht nur betreffen die Aktivitäten der Investor:innen teilweise den Schutzgehalt der Menschenrechte. Die Ausstattung von Unternehmen

Nicht nur unter normativen, auch unter methodischen Aspekten wird die *Tecmed*-Entscheidung kritisiert. Diese Kritik betrifft vor allem die Identifikation des Zwecks der Maßnahme, die Deponie zu schließen.⁸⁶ Das Gericht geht, entgegen der Argumentation der Regierung, nicht davon aus, dass die Beeinträchtigung der Gesundheit der Anwohner:innen oder die Gefährdung der Umwelt ausschlaggebend gewesen ist. »[T]he reasons that prevailed [...] to deny the renewal of the Permit were reasons related to the social or political circumstances and the pressure exerted on municipal and state authorities« (Rn. 132). Die Motivation für die Schließung ist allein in den »Umständen« der anhaltenden Proteste zu finden. Mit der Auswahl und Definition des Zwecks kann das Gericht die Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich vorstrukturieren, wobei dieser Gestaltungsspielraum umso größer ist, desto unbestimmter der Normtext ist.

Darüber hinaus wird hier jene Variabilisierung der Verfassung offenbar, die für die Technik der Verhältnismäßigkeit wesentlich ist. Um die Maßnahme der Schließung zu rechtfertigen, ist von entscheidender Bedeutung, so das Gericht weiter, »whether community pressure and its consequences [...] were so great as to lead to a serious emergency situation, social crisis or public unrest« (Rn. 134). Für die Einschätzung, dass es sich *nicht* um eine solche »Notlage«, »Krise« oder Form der »öffentlichen Unruhe« gehandelt hatte, zieht das Gericht vor allem die Anzahl der Demonstrierenden heran:

Even after having gained substantial momentum, community opposition, although it had been sustained by its advocates through an insistent, active and continuous public campaign in the mass media, could gather on two occasions a crowd of only two hundred people the first time and of four hundred people, the second time out of a community with a population of almost one million inhabitants [...]. Additionally the »blockage« of the Landfill was carried out by small groups of no more than forty people. (Rn. 144)

mit subjektiven Rechten findet sich darüber hinaus begleitet vom expliziten Rekurs auf Bestimmungen und Argumentationsformen des internationalen Menschenrechtsschutzes.

- 86 Zudem hat das Schiedsgericht die beiden der Angemessenheit vorgelagerten Prüfungsstufen (Geeignetheit und Erforderlichkeit) außer acht gelassen. Vor allem die Prüfung der Erforderlichkeit, also die Frage, welche alternativen, weniger restriktiven Maßnahmen den mexikanischen Behörden noch zur Verfügung gestanden hätten, wird nicht thematisiert (vgl. Henckels 2015: 107 ff.). Das Urteil steht dadurch wiederum in Spannung zur Rechtsprechung des EGMR, auf die das Schiedsgericht maßgeblich rekurriert (vgl. Henckels 2012).

Weil die Größe der Demonstrationen nicht geeignet war, zu einer wirklichen Krise zu führen, kann der Eingriff in die Investor:innenrechte nicht als »ausreichend gerechtfertigt« betrachtet werden.

The actions undertaken by the authorities to face these socio-political difficulties, where these difficulties do not have serious emergency or public hardship connotations [...] may not be considered from the standpoint of the Agreement or international law to be sufficient justification to deprive the foreign investor of its investment with no compensation (Rn. 147).

Eine Bezugnahme auf andere Rechtspositionen, namentlich den Schutz der Gesundheit und der Umwelt, wird als »exzessiv formalistisch« zurückgewiesen.⁸⁷ Weil ausschließlich die Reaktion auf die Proteste als einschlägiger Zweck in Betracht gezogen wird *und* die Proteste aufgrund der geringen Zahl der Demonstrierenden den normalen Rahmen nicht überschritten haben, ist die Maßnahme als unverhältnismäßig zu bewerten.

Dieser Argumentation liegt eine implizite Hierarchisierung der möglichen Eingriffszwecke zugrunde. Der Zweck, auf die Proteste zu reagieren, wird geringer gewichtet als der Zweck, Umwelt und Gesundheit vor imminenden Beeinträchtigungen zu schützen (vgl. Calamita 2014: 187f.). Es ist zu vermuten, dass hinsichtlich dieser Gründe ein kleineres Bedrohungsszenario ausgereicht hätte, um die Vorgaben der Verhältnismäßigkeit zu erfüllen. Umwelt- und Gesundheitsschutz werden also, wendet man die prinzipientheoretische Terminologie an, ein höheres abstraktes Gewicht zugewiesen.⁸⁸ Der Standpunkt der Verfassung, der diese Gewichtungen erklären könnte, wird aber erst im Vollzug der Verhältnismäßigkeitsprüfung konstruiert. Ein höheres abstraktes Gewicht von Umwelt- und Gesundheitsschutz ist nicht das Ergebnis der Interpretation einschlägiger Rechtsnormen, sondern wird schlicht stipuliert. Das Schiedsgericht äußert sich nicht dazu, ob und inwiefern, d.h. auf der Basis von welchen Kriterien, bestimmte Zwecke gewichtiger sind als andere. Zugleich liegen aber jene Gewichtungen der gesamten Argumentation zugrunde.

Diese (implizite) Hierarchisierung ist selbst Ausdruck einer Variabilisierung der relevanten Rechtspositionen. Denn einerseits wird *community pressure* als ein legitimer Eingriffszweck behandelt. Schließlich kann allein ein derartiger Zweck den Anlass der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden. Ihn gilt es dann mit dem Schutz der Investor:innenrechte ins

87 »[W]ould be excessively formalistic [...] to understand that the Resolution is proportional to such violations when such infringements do not pose a present or imminent risk to the ecological balance or to people's health« (Rn. 149).

88 Siehe dazu *Kapitel 4.2.1.*

Verhältnis zu setzen. Andererseits untersteht dieser Zweck selbst wiederum einer doppelten Qualifikation. Erstens müssen die Proteste auf objektive Bedrohungsszenarien rekurrieren. Weil eine solche Bedrohungslage nicht gegeben ist, findet sich die Relevanz des Zwecks deutlich »begrenzt«:

The absence of any evidence that the operation of the Landfill was a real or potential threat to the environment or to the public health, coupled with the absence of massive opposition, limits »community pressure« to a series of events, which, although they amount to significant pressure on the Mexican authorities, do not constitute a real crisis or disaster of great proportions, triggered by acts or omissions committed by the foreign investor or its affiliates. (Rn. 144)

Dieser Argumentation zufolge sind Formen öffentlicher Kritik nur dann als Eingriffszweck bedeutsam, wenn es sich um den Ausdruck einer tatsächlichen Gefahr für Gesundheit oder Umwelt handelt. Das Gewicht der in die Abwägung eingestellten Rechtsposition ist somit von anderen Eingriffszwecken abhängig. Proteste als solche sind (unter normativen Gesichtspunkten) irrelevant. Zweitens, und quer zur ersten inhaltlichen Relation, bildet *community pressure* nur dann und insofern einen rechtsrelevanten Aspekt der Abwägung, wenn es sich um Proteste handelt, die geeignet sind, eine »echte Krise« herbeizuführen – unabhängig davon, ob diese Proteste nun eine »echte Gefahr« artikulieren. In beiden Hinsichten erscheinen die fraglichen Rechtspositionen als überaus flexibel, denn sie sind zugleich Prämisse und Resultat der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Demonstrationen und andere Formen des Protests sind für die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme (hier: die Schließung der Deponie) relevant, wenn sie sich auf gewichtige Gefahren beziehen und wenn sie eine bestimmte Größe erreicht haben. Hier erweist sich ein für die These der *Konstitutionalisierung qua Verhältnismäßigkeit* zentrales Problem, dass nämlich der Standpunkt der Verfassung selbst – also jene Interessen, die es zu berücksichtigen gilt – erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebildet wird. Obwohl die öffentlichen Proteste als alleiniger Eingriffszweck in Betracht kommen und es sich insofern um einen legitimen Zweck handelt, bedeuten sie keinen eigenständigen (im Sinne von: von weiteren Bedingungen unabhängigen) normativen Grund. Sie sind Zweck und kein Zweck zugleich, sowohl relevant als auch irrelevant für die Entscheidung. Die Variabilisierung der Verfassung betrifft hier also nicht bloß die Vorrangrelationen zwischen etablierten Rechtsansprüchen im Einzelfall, sondern den normativen Charakter der Zwecke selbst. Die Technik der Verhältnismäßigkeit erweist sich als ein variabler Verweisungszusammenhang unterschiedlicher Gewichtungen. Die Position fundamentaler Rechte kann auf diese Weise aber nicht abgebildet und (limitative) Grundrechtsnormen können so nicht herausgebildet werden.

Occidental Petroleum vs. Ecuador (2012)

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird zusehends auch zur Entscheidung von Investitionsstreitigkeiten herangezogen, die den Anspruch der billigen und gerechten Behandlung (*fair and equitable treatment* bzw. FET) berühren. Aufgrund der weitgehenden Unbestimmtheit dieses »generalklauselartig formulierte[n] Schutzstandard[s]« (Schill 2012b: 278) ist der Gestaltungsspielraum der Schiedsgerichte in Fällen des FET ausgeprägter als etwa beim Rechtsschutz vor Enteignungen (vgl. van Harten 2020: 62 ff.). Er wird immer häufiger herangezogen, um eine Reihe von staatlichen Regulierungsmaßnahmen, die Auslandsinvestitionen tangieren, auf deren Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen (vgl. Muchlinski 2016: 48; Stone Sweet/Grisel 2017: 171). Angesichts der Konjunktur von FET-Verfahren soll mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung eben dieser Gestaltungsspielraum begrenzt und die Entscheidungsfindung rationalisiert werden: »Die Anwendung dieses Standards wird immer hochgradig auf einen spezifischen Fall bezogen bleiben, aber die Verhältnismäßigkeitsprüfung verleiht der Argumentation der Schiedsgerichte analytische Präzision und Transparenz.« (Bücheler 2015: 3) Die Ausweitung auf den FET-Standard wird darüber hinaus als Beleg dafür interpretiert (vgl. Leonhardsen 2012: 135), dass die Technik der Verhältnismäßigkeit mittlerweile Relevanz für die Ausgestaltung des gesamten internationalen Investitionsschutzes beanspruchen kann.

Ein eindrucksvolles Beispiel für die formierenden Wirkungen der Verhältnismäßigkeit ist das Urteil im Fall *Occidental Petroleum vs. Ecuador*, das den FET-Standard der bilateralen Vereinbarung zwischen den USA und Ecuador involviert.⁸⁹ Als Klägerin tritt hier ein US-amerikanisches Erdöl-Unternehmen auf.⁹⁰ Die Klage richtet sich gegen die *caducidad*-Verordnung der ecuadorianischen Regierung aus dem Mai 2006, einen Beteiligungsvertrag zwischen dem Unternehmen und dem staatlichen Erdölproduzenten *PetroEcuador* aufzukündigen sowie das Eigentum von *Occidental* zu beschlagnahmen. Dieser Beteiligungsvertrag berechtigt das Unternehmen zur Exploration und Förderung von Öl im Amazonasgebiet. Er knüpft aber die Weitergabe dieser Berechtigungen an Bedingungen. Davon ausgehend begründet Ecuador die Kündigung mit einer Missachtung eben dieser »strengen Bedingungen.«⁹¹ *Occidental* hatte einen Teil der vertraglich zugesicherten Privilegien mit der Hilfe eines *farmout*

89 *Treaty Between the United States of America and the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment* (in Kraft seit dem 11. Mai 1997).

90 Eigentlich handelt es sich um zwei US-amerikanische Unternehmen, die Rede allein von *Occidental* in diesem Abschnitt soll die Darstellung vereinfachen.

91 »While [*Occidental*] could freely dispose of its participation, its ability to transfer or assign its rights and obligations under the Participation Contract was subject to stringent conditions.« (Rn. 119)

agreement an die *Alberta Energy Corporation* übertragen, ohne im Voraus die nötigen Genehmigungen einzuholen (vgl. Rn. 127-138).⁹² Das Gericht stellt mit Blick auf dieses Verhalten eine Vertragsverletzung durch *Occidental* fest, bewertet aber dennoch die Kündigung des Beteiligungsvertrags als unverhältnismäßig⁹³ und verurteilt Ecuador zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von circa eine Milliarde Euro, die bis dato größte Summe, die unter der ICSID-Konvention festgesetzt wurde.

Zur Begründung wird in einem ersten Schritt festgehalten, dass *Occidental* sich in der Tat über geltendes Recht hinweggesetzt hatte, indem eine Vereinbarung mit *Alberta Energy* getroffen wurde, ohne sich dies genehmigen zu lassen (vgl. Rn. 381). Das *farmout agreement* beinhaltet die Weitergabe von Lizenzen zur Förderung natürlicher Ressourcen, die eigentlich an die Autorisierung durch die Regierung bzw. ein zuständiges Ministerium gebunden ist. Die Frage, ob die Maßnahme der Regierung, den Beteiligungsvertrag zu kündigen, rechtmäßig gewesen ist, ist damit, so das Gericht, aber noch nicht beantwortet. Sie ist in einem zweiten Schritt von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kündigung abhängig. Diese Prüfung wird dabei, im Kontrast zur *Tecmed*-Entscheidung, nicht aus der Rechtsprechung des EGMR aufgelesen, sondern ausdrücklich unter Rekurs auf ecuadorianisches Verfassungsrecht begründet (vgl. Rn. 397 ff.). Zudem stützt sich das Gericht auf eine Reihe von Präzedenzfällen und stellt fest: »[T]here is a growing body of arbitral law, particularly in the context of ICSID arbitrations, which holds that the principle of proportionality is applicable to potential breaches of bilateral investment treaty obligations.« (Rn. 404) Sie sind letztendlich von entscheidender Bedeutung,⁹⁴ zudem sich darunter auch Entscheidungen hinsichtlich der Interpretation des FET finden sollen. Diesen Urteilen zufolge beinhaltet der Anspruch der billigen und gerechten Behandlung eine »Pflicht zur Verhältnismäßigkeit«.⁹⁵ Die aufgeführten Entscheidungen,

92 Die Randnummern beziehen sich auf *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award (5. Oktober 2012).

93 Die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme verletzt sowohl den FET-Standard als auch den Schutz vor indirekter Enteignung, im Zentrum der Entscheidung steht aber ersterer.

94 »The Tribunal understands that [the principle of proportionality], established in the Constitution and reiterated in subsequent legislation, would take precedence over the [Hydrocarbons Law of Ecuador]. Even if the Tribunal was wrong on that question of domestic Ecuadorian law, the Tribunal has no doubt that the principle of proportionality is applicable as a matter of general international law, and has been applied in many ICSID arbitrations in the past.« (Rn. 427, Herv. J.H.)

95 »The obligation for fair and equitable treatment has on several occasions been interpreted to import an obligation of proportionality.« (Rn. 404)

darunter das *Tecmed*-Urteil, das die Verhältnismäßigkeitsprüfung ja auf den Tatbestand der indirekten Enteignung beschränkt, können dafür allerdings kaum als Beleg herangezogen werden.

Das Schiedsgericht bemerkt, dass die Kündigung nicht direkt mit Gemeinwohlbelangen im Zusammenhang steht. Sie ist dennoch in einem ersten Schritt als rechtmäßig zu betrachten, denn es besteht, wie der Gaststaat unterstrichen hatte, »[a] right of the Ecuadorian Government to strictly control and administer the activities of all parties operating in those [oil] fields.« (Rn. 391) Der Investor:innenschutz steht mit anderen, potentiell widerstreitenden Interessen, insbesondere mit der effektiven Entscheidungshoheit über die nationalen natürlichen Ressourcen, im Konflikt. Im Unterschied zur *Tecmed*-Entscheidung wird dieser Regelkonflikt explizit thematisch, so dass sich das Schiedsgericht dazu aufgefordert sieht, »logische« Alternativen zur »schweren Bestrafung« der Kündigung des Beteiligungsvertrags im Rahmen einer Erforderlichkeitsprüfung darzulegen.⁹⁶ Von normativen Interaktionen kann hier somit sowohl in prozeduraler als auch in materieller Hinsicht die Rede sein. Prozedural wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip explizit mit dem Hinweis auf das Recht des Gaststaates begründet. Materiell widmet sich das Schiedsgericht ausführlich der Frage, ob die Kündigung hinsichtlich der geltenden Bestimmungen des Gaststaates zu beanstanden ist (die wiederum Rückhalt in internationalen Regelungen finden). Die Verhältnismäßigkeitsprüfung inkorporiert so eine Kollision zwischen einschlägigen Prinzipien – die effektive Kontrolle über die natürlichen Ressourcen auf der einen und der Schutz privater Eigentumsrechte auf der anderen Seite –, um sie durch Abwägung zu entscheiden.

Es zeigt sich jedoch, dass die Verhältnismäßigkeit nicht dazu in der Lage ist, die Rationalitätskriterien des Investitionsschutzes juristisch zu durchbrechen und auf diese Weise zu dessen Konstitutionalisierung beizutragen. Die Gewichtung und die Abwägung der konkurrierenden

96 »In summary, the Tribunal considers that the foregoing options existed as an alternative to *caducidad*, namely:

- i) insistence on payment of a transfer fee [...]; and/or
- ii) improvements to the economic terms of the original contract; and/or
- iii) a negotiated settlement which could of course have covered any areas that the parties so desired, including payment of the transfer fee which had been avoided, renegotiation of the contract and additional compensation.

The final option was to have done nothing except perhaps issue a statement making it plain to all foreign oil companies that all transfers of economic interests must be authorized and that if not so authorized *caducidad* proceedings would be inevitable. No doubt this option was viewed by [Ecuador] as unpalatable and unrealistic, but as a *matter of logic* such an option did exist.« (Rn. 434–435, Herv. J.H.)

Rechtspositionen – die Frage, wie das »Recht« der Regierung zu bewerten ist – versteift sich nämlich in der Folge vollständig auf die Frage, inwiefern die Handlungen von *Occidental* einen tatsächlichen wirtschaftlichen Schaden für Ecuador bedeutet haben.

In cases where the administration wishes to impose a severe penalty, then it appears to the Tribunal that the State must be able to demonstrate (i) that sufficiently serious harm was caused by the offender; and/or (ii) that there had been a flagrant or persistent breach of the relevant contract/law, sufficient to warrant the sanction imposed; and/or (iii) that for reasons of deterrence and good governance it is appropriate that a significant penalty be imposed, even though the harm suffered in the particular instance may not have been serious. [...]

The test at the end of the day will remain one of overall judgment, balancing the interests of the State against those of the individual, to assess whether the particular sanction is a proportionate response in the particular circumstances. Accordingly, while it is possible to envisage many instances where punishment is imposed for violations which have not directly caused harm, it is immediately apparent that such punishments tend to be at the lower end of the scale – they are intended to educate and deter both the offender and the general populace. But more serious punishments are still usually reserved for instances where true harm has been suffered. And typically, the more serious the harm then the more serious the punishment. (Rn. 416–417)

Der Grad der Schädigung fungiert als das übergeordnete Kriterium, um die konkurrierenden normativen Forderungen auf eine gemeinsame Skala zu übertragen und miteinander zu verrechnen. Schwere Bestrafungen können nur durch schwere (ökonomische) Schäden gerechtfertigt werden, leichte (ökonomische) Schäden können für leichte Bestrafungen als Begründung dienen. Zwar stellt das Schiedsgericht heraus, dass die Schädigung nicht tatsächlich eintreten muss, um die »Interessen des Staates« zu verletzen. Auf jeden Fall ist aber die Sanktion, den Beteiligungsvertrag aufzukündigen, als ein tiefer Eingriff in die Rechte von *Occidental* zu werten. Das erscheint deshalb als unverhältnismäßig, weil aufseiten Ecuadors ausdrücklich kein Schaden entstanden ist.

[T]he Tribunal accepts [...] that it is not competent for [*Occidental*] [...] to arrogate to itself the right to oversee and regulate the identity of contractors to be involved with Ecuador's oilfields.

But that is a different matter from assessing whether the loss of the approval prerogative in a particular instance has caused harm. (Rn. 448–449, Herv. J.H.)

Die Beeinträchtigung des Rechts, den Umgang mit den nationalen natürlichen Ressourcen zu überwachen und zu regulieren, kann auf der Skala der tatsächlichen Schädigung nicht eingetragen werden (»is a

different matter«). Dadurch, dass eine Weitergabe des Rechts zur Ölförderung genehmigungspflichtig ist, soll sichergestellt werden, dass die ökonomischen und ökologischen Weichenstellungen im Rahmen eines politischen Prozesses anders ausgerichtet und die bestehenden Maßgaben zum Abbau natürlicher Ressourcen neu formuliert werden können (vgl. Fuentes 2015: 320 ff.). Hingegen ist im Zuge der Abwägung eine prinzipielle Gleichberechtigung von ökonomischen und nicht-ökonomischen Interessen allein abhängig von der wirtschaftlichen Schädigung beider Seiten.⁹⁷ Nur wenn die Aktivitäten von *Occidental* einen schweren ökonomischen Schaden bedeutet hätten, wäre die Kündigung des Beteiligungsvertrags als angemessen zu bewerten. Andere Interessen und Forderungen können also aufgrund der Verhältnismäßigkeit durchaus Berücksichtigung finden – aber nur so, dass sie in einen spezifischen inhaltlichen Rahmen eingepasst werden, um sie dann miteinander »verrechnen« zu können.

Im Hinblick auf die Bewertung, dass kein derartiger Schaden entstanden ist, und zur Erläuterung der »wahren Folgen« der fraglichen Handlungen weist das Gericht zudem darauf hin, dass *farmout agreements* im Bereich der Erdölförderung weit verbreitet sind (vgl. Rn. 444) und dass Ecuador sich gegenüber *Alberta Energy* bereits anderweitig als kooperationswillig gezeigt hatte (vgl. Rn. 445). Andere und vergangene Eigentumsverhältnisse relativieren das konkrete Gewicht der Maßnahme. Vor diesem Hintergrund muss, so das Schiedsgericht, die Kündigung als unverhältnismäßig und somit als eine Verletzung des FET bewertet werden.

The Tribunal does not necessarily disagree with the reasoning that [Ecuador] could justifiably have wished to re-emphasize the importance of adherence to its regulatory regime. But the overriding principle of proportionality requires that any such administrative goal must be balanced against the Claimants' own interests and against the true nature and effect of the conduct being censured. The Tribunal finds that the price paid by [*Occidental*] – total loss of an investment worth many hundreds of millions of dollars – was out of proportion to the wrongdoing alleged against [*Occidental*], and similarly out of proportion to the importance and effectiveness of the »deterrence message« which [Ecuador] might have wished to send to the wider oil and gas community. (Rn. 450)

Die Variabilisierung der Verfassung qua Verhältnismäßigkeit wird in diesen Formulierungen überaus deutlich. Schließlich wird der Verlust der Möglichkeiten, den Abbau der natürlichen Ressourcen kontrollieren zu können, nur dann relevant, wenn dieser Verlust den damit verbundenen Zweck beeinträchtigt, der zugleich inhaltlich (durch die Kopplung an einen tatsächlich entstandenen wirtschaftlichen Schaden)

97 Es ist aber bemerkenswert, dass das Fehlverhalten von *Occidental* in der Berechnung des Schadensersatzes durchaus berücksichtigt wird (vgl. Rn. 680).

außerordentlich eng gefasst wird. Rechte über die natürlichen Ressourcen werden als ökonomische Rechte konzipiert, deren Relevanz und Reichweite durch andere ökonomische Rechte begrenzt wird. Der Befund der Variabilisierung ist dabei – wiederum – nicht so zu verstehen, dass bereits bestehende Rechtspositionen im Einzelfall als bedingte Vorrangverhältnisse operationalisiert werden. Der Befund betrifft nicht nur den situativen Gehalt der Berechtigung, sondern die Begründung der Rechte selbst. Rechte über die nationalen natürlichen Ressourcen erweisen sich hier allein als das Abbild eines angemessenen Schutzes der ausländischen Investor:innen. Sie gelten nicht in Form einer allgemeinen Regel, sondern nur für den konkreten Fall, dass sie die Rechte der Investor:innen nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen und sich selbst in das Raster der wirtschaftlichen Schädigung einfügen lassen. Die normtheoretische und die methodische Kritik der Verhältnismäßigkeit finden auf diese Weise in der *Occidental*-Entscheidung zusammen und verstärken einander: Ein einheitsstiftender Standpunkt der Verfassung, durch den das Problem der Abwägung inkommensurabler Güter wenigstens entschärft werden könnte, muss erst konstruiert werden. Dieser Standpunkt kann aber auf den Pfaden der Abwägung selbst nicht erreicht werden. Die Verhältnismäßigkeit kann die Gleichberechtigung der konfligierenden Prinzipien nicht abbilden und erweist sich (deshalb) als ein kraftloses Instrument, um die Rationalitätskriterien des Investitionsschutzes juristisch zu transformieren.

Urbaser vs. Argentinien (2016)

Ein zentrales Merkmal des Investitionsschutzes ist die »Privatisierung« der Konfliktbewältigung, denn nur die Investor:innen sind in der Regel dazu befähigt, Klage zu erheben (vgl. Salacuse 2010: 459 ff.). Zugleich stehen sie, über dieses Verhältnis der einseitigen Begünstigung hinaus, nicht unter den weiteren Verpflichtungen des internationalen Menschenrechtsschutzes. Das Urteil im Fall *Urbaser vs. Argentinien* deutet diese Verpflichtungen aber, entgegen der herrschenden Auffassung, als relevant für den Umgang mit den Ansprüchen ausländischer Investor:innen. Die normativen Bestimmungen zum Schutz von Auslandsinvestitionen öffnen sich hier wohl zum ersten Mal für den Schutz der Menschenrechte. »Schiedsgerichte in Angelegenheiten des internationalen Investitionsschutzes hatten bisher nicht festgestellt, dass die Verpflichtungen der Menschenrechte irgendwelche Auswirkungen auf den Schutz von Investoren haben, geschweige denn, dass die Regelungen des internationalen Menschenrechtsschutzes separate Verpflichtungen für Investoren etablieren könnten.« (Attanasio/Sainati 2017: 744) In zweifacher Hinsicht wird somit das Verhältnis zwischen Investitions- und Menschenrechtsschutz

und die Integration konkurrierender Rechtsregime thematisch. Zum einen fungiert der Menschenrechtsschutz als ein Argument für die legale Beeinträchtigung der Investor:innenrechte. Zum anderen wird die Möglichkeit einer direkten Bindung ausländischer Investor:innen an die Normen des Menschenrechtsschutzes diskutiert. Obwohl das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht explizit zum Einsatz gelangt, ist die Entscheidung von einer abwägungsorientierten Methodik und einer Haltung der »vernünftigen Balance« geprägt:

The interpretation of the [bilateral investment treaty] in light of its objective and purpose must be further contextualized with the »mother« treaty to which most [bilateral investment treaty]’s (including that in the instant case) relate, i.e. the ICSID Convention. As well stated in its preamble, the broad and fundamental purpose of this Convention is the promotion of and support for private international investment. However, at this level as well, this goal is embedded in a policy that seeks to foster a reasonable and tempered balance between the interests of the investors and those of the Host States. (Rn. 53)⁹⁸

Eine solche Abwägungsorientierung erweist sich, wie schon in den beiden zuvor diskutierten Entscheidungen, als Einfallstor für die Berücksichtigung von externen normativen Forderungen (hier: den Schutz der Menschenrechte) *vis-à-vis* den Ansprüchen der Investor:innen.

Der konkrete Rechtsstreit stammt aus der Zeit der argentinischen Wirtschafts- und Finanzkrise. Als Kläger treten die spanischen Anteilseigner:innen (hier im Folgenden nur: *Urbaser*) einer lokalen Firma mit Zuständigkeit für den Betrieb und den Ausbau der Trinkwasserversorgung und der Kanalisation in der Provinz Buenos Aires auf.⁹⁹ Die Notstandsmaßnahmen zur Eindämmung der damaligen Krise, darunter die »pesofication« der finanziellen Verpflichtungen des Staates, führen zu wirtschaftlichen Problemen auf Seiten der Betreiberfirma. Nach verschiedenen Versuchen, neue Bedingungen zu verhandeln, wird der Firma schließlich im Juli 2006 die Konzession entzogen. Im darauffolgenden Verfahren beruft *Urbaser* sich zwar zum Teil erfolgreich auf den FET-Standard (vgl. Rn. 845). Das Schiedsgericht verurteilt Argentinien jedoch nicht zu Schadensersatzzahlungen, weil sich die Beeinträchtigung der billigen und gerechten Behandlung nur auf die intransparenten Neuverhandlungen erstreckt. Die Vertragsverpflichtungen selbst – den Ausbau der Trinkwasserversorgung und der Kanalisation – hatte

98 Die Randnummern beziehen sich auf *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8. Dezember 2016).

99 Auf der Basis des *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Republic of Argentina and the Kingdom of Spain* (in Kraft seit dem 28. September 1992).

Urbaser nicht erfüllt (vgl. Rn. 846). Außerdem, so hält das Urteil fest, umfassen legitime Erwartungen (*legitimate expectations*), die durch den FET-Standard geschützt werden, die Kenntnis der Investor:innen von der Verpflichtung des Gaststaates, die Trinkwasserversorgung für die eigene Bevölkerung zu garantieren (vgl. Rn. 720-723). Diese Verpflichtung ist sowohl in der nationalen Verfassung als auch in internationalen Abkommen, darunter dem UN-Sozialpakt (vgl. Rn. 1160), begründet. Nicht die Investor:innenseite, wie noch in der *Tecmed*-Entscheidung, vielmehr der Gaststaat kann sich somit auf den Rechtskorpus der Menschenrechte stützen, sobald diese Rechte zu den etablierten Rahmenbedingungen zählen und deren Garantie somit die Erwartungen der Investor:innen nicht verletzen kann (vgl. Levashova 2020: 118 ff.). Um diese normativen Interaktionen zu vermessen, ist wiederum ein abwägungsorientierter Ansatz maßgeblich:

In short, [the Government's measures to implement fundamental rights] were expected to be part of the investment's legal framework. This does not mean that they are not subject to the fair and equitable treatment standard. The Government must exercise such responsibility in a manner that comports with the standard. The investor may not invoke the protection of its own interests as a prevailing objective, because these interests were part of a legal environment also covering core interests of the host State, as protected by sources of law prevailing over the Contract, based on international or on constitutional law. Recent investment arbitration practice reveals approaches that are dealing in *a more balanced fashion with the investors' and the host State's respective interests*.

The fair and equitable treatment standard is not focused exclusively on interests and expectations of a legal nature. It does include the actual social and economic environment of the host State [...].

In this respect, [Argentina] rightly recalls that the Province had to guarantee the continuation of the basic water supply to millions of Argentines. The protection of this universal basic human right constitutes the framework within which [*Urbaser*] should frame their expectations. (Rn. 622-624, Herv. J.H.)

Die menschenrechtlichen Forderungen, konkret: das Recht auf Wasser, existieren im Zuge der Abwägung nicht unabhängig von oder neben den etablierten Ansprüchen der Investor:innen. Die beiden Regime sind vielmehr zueinander ins Verhältnis zu setzen, und zwar als Ausdruck der »Balance« zwischen widerstreitenden Interessen. Es gilt einen angemessenen Umgang zu finden mit diesem Konflikt zwischen Normen des Investitions- und des Menschenrechtsschutzes, »the conflict between the obligation to guarantee the [investor's] right [...] and the access of the poor and vulnerable population to water« (Rn. 720). Der Anspruch auf Wasserversorgung erweist sich hier als relevant für

die Evaluation der Investor:innenrechte, obwohl diese Relevanz im Abkommenstext nicht ausgewiesen wird. Implizit wird auch hier, wie schon in der *Occidental*-Entscheidung, ein Zusammenhang zwischen FET und der Idee der Verhältnismäßigkeit angenommen. Dazu gehört auch, den »exklusiven Fokus« auf *Recht*serwartungen zu transzendieren und, wie es die »Kultur der Rechtfertigung« nahelegt,¹⁰⁰ die tatsächlichen Bedingungen in Betracht zu ziehen, unter denen ein spezifischer Rechtsanspruch erhoben wird. Die Abwägungsorientierung trägt somit dazu bei, die Verabsolutierung ökonomischer Interessen zu relativieren.

Auf dieser gedanklichen Linie diskutiert das Schiedsgericht in der Folge auch die Frage, ob ein Unternehmen wie *Urbaser* sogar unmittelbar zur Garantie der Menschenrechte verpflichtet ist. Es behandelt diese Frage anlässlich einer Gegen-Forderung (*counterclaim*) der argentinischen Regierung, der zufolge es *Urbaser* im Rahmen seiner Konzession versäumt habe, »to provide the necessary investment [...], thus violating its commitments and its obligations under international law based on the human right to water.« (Rn. 36) Solche Gegen-Forderungen arbeiten der asymmetrischen Anlage des Investitionsschutzes auf prozeduraler Ebene entgegen, indem der Gaststaat mit Klagebefugnissen gegen die ausländischen Investor:innen ausgestattet wird (vgl. Crow/Escobar 2018: 90).¹⁰¹ Unter materiellen Gesichtspunkten besteht dadurch die Möglichkeit, der Investor:innenseite ihrerseits Pflichten aufzuerlegen (vgl. Abel 2018: 84). In der *Urbaser*-Entscheidung steht diese Auseinandersetzung mit den Pflichten der Investor:innen erneut unter den Vorzeichen einer abwägungsorientierten Interpretation. Zwar argumentiert das Gericht, dass solche Verpflichtungen nur negative Pflichten sein können und weist deshalb die Gegen-Forderung der argentinischen Regierung schließlich zurück. Doch es stellt, auch mit Blick auf die Wiener Vertragsrechtskonvention, fest, dass die Interpretation von völkerrechtlichen Abkommen auf die Harmonisierung mit weiteren Teilbereichsordnungen auszurichten ist:

The [bilateral investment treaty] cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Tribunal must certainly be mindful of the [bilateral investment treaty]'s special purpose as a Treaty promoting foreign investments, but it cannot do so without taking the relevant rules of international law into account. The [bilateral investment treaty] has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights. (Rn. 1200)

¹⁰⁰ Siehe dazu *Kapitel 4.1* (»Pluralismusaffinität«).

¹⁰¹ Zur Frage der Zulässigkeit von *counterclaims* vgl. Rivas (2015), de Nanteuil (2018).

Zur Frage steht dabei nicht, ob Unternehmen auch Träger:innen von Pflichten sind, vielmehr, um welche Pflichten es sich handelt. Dass Unternehmen als »Subjekte des Völkerrechts« gelten, daran besteht kein Zweifel (vgl. Rn. 1195). Das betrifft jedoch nur (negative) Unterlassungs-, nicht (positive) Leistungspflichten. Ein internationales Recht auf die Bereitstellung von Trinkwasser kann nicht angenommen werden:

The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. (Rn. 1210)

Diesen kategorialen Erwägungen steht der abwägende Zugang zur Entscheidungsfindung entgegen. Denn es ist nicht davon auszugehen, so hält die Urteilsbegründung auch fest, dass ein Recht auf Wasser »niemals« von privaten Unternehmen garantiert werden muss.¹⁰² Die Unterscheidung zwischen Unterlassungs- und Leistungspflichten ist demnach kontingent. Ausschlaggebend für eine (positive) Pflicht ist der Kontext des jeweiligen Falles, denn nur aufgrund einer entsprechenden »Kontextualisierung« können Menschenrechte über die (negative) Pflicht der Unterlassung hinaus für Normen des Investitionsschutzes relevant werden.

The focus must be [...] on contextualizing a corporation's specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual. (Rn. 1195)

Die Verpflichtung der Investor:innen, das Recht auf Wasser – aktiv – zu schützen, ist dabei entweder von einer expliziten Bestimmung im zugrunde liegenden Investitionsschutzabkommen oder aber, deutlich wahrscheinlicher, von den spezifischen Konzessionsverträgen zwischen Gaststaat und Unternehmen abhängig (vgl. Davitti 2020: 356 ff.). Sie entscheiden über den Kontext, durch den allein Leistungspflichten etabliert werden können. Negative Unterlassungspflichten bestehen unabhängig von spezifischen Normierungen, hingegen sind positive Pflichten, die nicht im Abkommen formuliert sind, von der privatrechtlichen Form abhängig.

While it is thus correct to state that the State's obligation is based on its obligation to enforce the human right to water of all individuals under its jurisdiction, this is not the case for the investors who pursue, it is true, the same goal, but on the basis of the Concession and not under an obligation derived from the human right to water. Indeed, the

¹⁰² »On a preliminary level, the Tribunal is reluctant to share [*Urbaser's*] principled position that guaranteeing the human right to water is a duty that may be born solely by the State, and never borne also by private companies like [*Urbaser*].« (Rn. 1193)

enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services. In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. (Rn. 1210)

Staaten sind demnach ebenso wie Unternehmen an die Pflicht gebunden, das Recht auf Wasser nicht zu verletzen. Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Rechtsverhältnissen (wie das der Konzession) ist dabei für diese negative Pflicht irrelevant. »Die Pflicht, das Recht auf Wasser zu *respektieren*, ist für Staaten und die ausländischen Investoren verbindlich, unabhängig von dem Rechtsrahmen, der die Privatisierungsbeziehung regelt oder von jeglicher Unterscheidung zwischen öffentlich und privat.« (Guntrip 2018: 51) Die positive Pflicht hingegen kann allein privatrechtlich etabliert werden, d.h. Unternehmen sind in dieser Dimension des Menschenrechtsschutzes den Vertragsstaaten gerade nicht gleichgestellt.

Die Differenzierung zwischen Unterlassungspflichten einer- und Leistungspflichten andererseits lässt sich mit Blick auf die Theorie und Dogmatik des Völkerrechts zur Rechtsstellung von Unternehmen sicherlich nachvollziehen.¹⁰³ Die Entscheidungsbegründung kann jedoch auch als ein weiteres Beispiel der formierenden Wirkungen erläutert werden, die für die Technik der Verhältnismäßigkeit charakteristisch sind. Das Gericht stellt nämlich deutlich heraus, dass eine positive Verpflichtung von *Urbaser* durchaus möglich ist. Die Konkretisierung der möglichen Verpflichtungen entlang der Unterscheidung privat/öffentlich etabliert dabei eine Relation der »Balance« zwischen den Ansprüchen des effektiven Investitionsschutzes auf der einen Seite und den Forderungen des Menschenrechtsschutzes auf der anderen Seite. Der Schutz der Menschenrechte wird hier zum Gebot der Vertragsautonomie der beteiligten Parteien ins Verhältnis gesetzt.¹⁰⁴ Die Unterscheidung zwischen (allgemeinen) Unterlassungs- und (privatrechtlichen) Leistungspflichten ermöglicht es somit, den substantiellen Schutz der Menschenrechte voranzutreiben, ohne dass sich das Regime jedoch unter einen generellen, fallunabhängigen Vorbehalt fundamentaler Rechte gestellt findet. Auch in der *Urbaser*-Entscheidung zeigt sich also, dass das »Konstitutionsbedürfnis«, das

103 »Ausländische Investoren gehen keine direkten Verpflichtungen im Rahmen eines Investitionsvertrages ein, weder im Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenrechte noch sonstwie. Auch scheinen Investoren üblicherweise nicht an die Verpflichtungen der internationalen Menschenrechte gebunden zu sein.« (Schneiderman 2016: 34)

104 Prinzipientheoretische Positionen sprechen dabei von formellen Prinzipien, die Teil der Abwägung werden.

sich seit Jahren im Hinblick auf das Regime des internationalen Investitionsschutzes regt, durch Operationen der Abwägung nicht wirksam befriedigt werden kann.