

## **Formalisierte Staatsverständnisse als Gegenstand des Verfassungstransfers\***

### **Summary**

Talking about transfer of constitution also means talking about the state and its constitution. In the international legal context, the emphasis is still placed on the state as a determinant legal subject. In trying to develop processes for constitutionalisation all over the world, a formalised version of the constitutional state as a relevant primary form of political-legal organisation becomes most striking and appears to be almost universally translatable in an abstract and general form in all regions of the world and therefore generates a feeling of belonging to the international community. The substantial contents are then partially marginalised. The emancipatory strength of societies in the process of creation or re-creation sometimes takes a backseat in favor of formal international connectivity, in the same way as participatory democratic processes are partially restrained by considerations of stability and safety. The instability of legal relations (when it comes to human rights) highlights the doubts of critics as to the fact that it is sufficient to translate an abstract form of constitutional design in other political and legal contexts without fueling conflict, yet not eliminating it, and in the best case scenario moving towards an arbitrariness. This is how, in the interaction with the still existing post-colonial hierarchy of the North-South constellation, an almost paradoxical scenario unfolds.

### **Résumé**

Parler du transfert de constitution revient aussi à parler de l'Etat et de sa constitution. Dans le contexte juridique international, l'accent reste encore mis sur l'Etat en tant que sujet déterminant du droit. En essayant de concevoir des processus internationaux de constitutionnalisation, on fait apparaître au premier plan une version formalisée de l'Etat constitutionnel en tant que forme primaire pertinente d'organisation politico-juridique qui apparaît comme traduisible sous une forme abstraite et générale de façon quasi universelle dans toutes les régions du monde et engendre donc seulement de ce fait une appartenance à la communauté internationale. Les contenus matériels sont alors partiellement marginalisés. La force émancipatrice des sociétés en phase de constitution ou de reconstitution passe parfois au second plan au profit d'une capacité formelle d'agrégation internationale, de la même façon que des processus de démocratie participative s'effacent partiellement derrière des considérations de stabilité et de sécurité. L'instabilité des relations juridiques (en matière de droits de l'homme) souligne les

---

\* *Dr. Timo Tohidipur* ist Habilitand am Fachbereich Rechtswissenschaften der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

doutes des critiques sur le fait qu'il suffit de traduire une forme abstraite de constitution dans d'autres contextes politico-juridiques sans attiser des conflits, sans pour autant les éliminer, et en dérivant dans le meilleur des cas vers un arbitraire. C'est ainsi que dans l'interaction avec la constellation Nord-Sud encore axée sur la hiérarchie postcoloniale, se créent des scénarios presque paradoxaux.

## I. Annäherung an die konfliktbeladene Staatszentriertheit des internationalen Systems

Staatsverständnisse können nur dann Gegenstand des Verfassungstransfers sein, wenn der Staat als politisch-rechtliches Konstrukt überhaupt noch relevant ist und durch über-, inter- oder transnationale Alternativen nicht marginalisiert wurde. Die Zusammenschau von international formulierten, politisch-rechtlichen Ansprüchen und den Herausforderungen eines theoretisch-informierten Verfassungstransfers setzt daher hier an der Relevanz des Staates an.

### 1. Momentaufnahme – Relevanz des Staates

Der Staat verbleibt innerhalb der internationalen Gemeinschaft die zuvorderst rechtlich-relevante Organisationsform von Gesellschaften.<sup>1</sup> Dies ist kein Plädoyer, sondern lediglich eine Beobachtung. Ob nun die Kooperation von Interessen souveräner Staaten i.S.d. sog. „Westfälischen (Staaten)Systems“, eine neue Qualität eines Kooperationsvölkerrechts oder eine Vorstellung vom „Verfassungsrecht der Internationalen Staatengemeinschaft“ im Vordergrund steht,<sup>2</sup> immer bleibt bei diesen Entwürfen der Staat im Zentrum der „Internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit“, wie dies Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention treffend ausdrückt. Diese Fokussierung findet sich nicht zuletzt auch in der Organisation der Vereinten Nationen, die sich in der Nachkriegszeit als die maßgeblich politisch-rechtliche (globale) Ordnungs- und Friedensorganisation etabliert hat, selbst wenn in vielen Bereichen – gemessen an den eigenen Zielen – Durchsetzungsdefizite bestehen. Die *Vereinten Nationen* tragen gemäß Art. 2 Nr. 6 VN-Charta dafür Sorge, dass alle Staaten – also auch Nicht-Mitglieder – die Grundregeln der *Vereinten Nationen* zur Wahrung des Weltfriedens beachten.<sup>3</sup> Die Gremien der Vereinten Nationen und ihrer vielgestaltigen Unter- und Nebenorganisationen bleiben der Kristallisationspunkt des globalen Dialogs, dessen idealistische Ziele sich aus Art. 1 der VN-Charta ergeben: „1. Weltfrieden“, „2. freundschaftliche (...)“

1 *Von Arnould*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2014, 19; *Gareis/Varwick*, Die Vereinten Nationen, 5. Aufl. 2014, 20 und, den kritischen Blick bereits inkludierend, *Malanczuk*, Globalisierung und die zukünftige Rolle souveräner Staaten, in: Lutz-Bachmann/Bohman (Hrsg.), Weltstaat oder Staatenwelt, 2002, 172 (172 ff.) sowie *Orford*, Constituting order, in: Crawford/Koskeniemi (Hrsg.), The Cambridge Companion to International Law, 2012, 271 (272 ff.). Zur kapitalismuskritischen Perspektive *Krippendorff*, Internationale Beziehungen als Wissenschaft, 1977, 68.

2 Hierzu weiter *Ruffert/Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2. Aufl. 2015, 22.

3 *Arnould*, (Fn. 1) 447.

Beziehungen zwischen den Nationen...“ und „3. Eine internationale Zusammenarbeit“. Friedliche und freundschaftliche Koexistenz bzw. Kooperation sind dabei letztendlich Werte, auf die sich die menschliche Existenz in ihrer sozialen Bezüglichkeit ganz allgemein gründet.

Die Aufnahme in die *Vereinten Nationen* als Organisation bzw. die Anerkennung einer sich neu konstituierenden Gesellschaft als Staat bedeutet auch die Aufnahme als gleichwertiges Mitglied in die sog. „Internationale Gemeinschaft“, auch wenn dies eher eine diffuse Vorstellung denn eine greifbare Realität ist. Immerhin gibt es grundlegende Kommunikationsregularien, wie so z.B. die formalen Regeln diplomatischer Beziehungen.<sup>4</sup> Die Einordnung von Handlungen der Staaten als regelkonform oder regelwidrig wird zumindest formal im Kontext der *Vereinten Nationen* verhandelt und so ist sie die als (immer noch) maßgeblich anzusehende globale Organisation, die ihrerseits für die Anerkennung einer Mitgliedschaft gemäß Art. 4 Abs. 1 VN-Charta einen „souveränen Staat“ voraussetzt.<sup>5</sup> Dieses selektive Aufnahmeerfordernis, wodurch letztlich nur ein spezifisches gesellschaftliches Organisationsmodell – der „souveräne Staat“ – akzeptiert wird, birgt Probleme. *James Crawford* betont in einem ersten Zugriff schon die Redundanz dieses Begriffs, denn letztlich gelte: „*A State is sovereign because it is a State.*“<sup>6</sup> Gleichzeitig verweist die Vorstellung vom souveränen Staat zurück auf die Souveräne in der frühen Neuzeit *Europas* – also insb. Monarchen, die auf der Basis uneingeschränkter Autorität selbstbestimmt handeln, inkludiert aber auch die zeitgenössische Idee, dass Staaten gleichrangig sind und so auf einer Gleichordnungsebene miteinander (inter)agieren.<sup>7</sup> Mithin definiert dieses Leitbild vom souveränen Staat<sup>8</sup> die Anerkennung als Staat als notwendiges Ziel jeder sich politisch-rechtlich formierenden Gemeinschaft.

## 2. Momentaufnahme II – Relativierung des Staates?

Das Völkerrecht relativiert eigentlich die absolute Souveränität von Staaten, die sich durch völkerrechtliche Verträge oder auch durch die Mitgliedschaft in den *Vereinten Nationen* in ihrer uneingeschränkten Selbstbestimmtheit begrenzen. Mit jeder Einigung auf einen neuen Rechtstext zwischen Staaten, eine neue internationale Institution oder transnationale Verfahren, entstehen neben Rechten auch Pflichten, die ein rein auf Eigeninteressen zielendes Handeln beschränken (sollen). Schlaglichtartig sei darauf verwiesen, dass beispielsweise staatliche Zollpolitiken durch überstaatliche Handelsabkommen beschränkt oder beseitigt werden, der Schutz von Menschenrechten grund-

4 *Arnauld*, (Fn. 1) 222 f., verdeutlicht neben der Vertretungs-, Schutz- und Informationsfunktion auch die Kommunikationsfunktion diplomatischer Missionen als moderne Form des Gesandtschaftswesens.

5 Zum System der *Vereinten Nationen* vgl. *Gareis/Varwick*, (Fn. 1) 19 ff.

6 *Crawford*, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, 2014, 86.

7 *Crawford*, ebd. Zur ausführlichen frühen Diskussion des völkerrechtlichen Verständnisses vom souveränen Staat *Verdross*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 1964., 8 ff.

8 Dies unabhängig davon, ob es sich um einen unitarischen oder föderalistisch organisierten Staat handelt, vgl. zu den Modellen *Beaud*, *Conceptions of the state*, in: *Rosenfeld/Sajo* (Hrsg.), *Comparative Constitutional Law 2012*, 269 (274 f.).

sätzlich nicht mehr an Territorien anknüpft,<sup>9</sup> soziale Fragen längst auf globaler Ebene (mit)verhandelt werden<sup>10</sup> und die Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) die Verfolgung von Straftaten gegen das Völkerrecht (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen) von der deutschen Justiz unabhängig vom Ort der zu sanktionierenden Handlung verlangt.<sup>11</sup> Der Umgang der Europäischen Union als supranationalem Konstrukt mit Griechenland als souveränem Staat mit einer demokratisch gewählten Regierung legt zudem offen, dass die Einbindung eines Staates in überstaatliche Organisationsformen den eigenen Handlungsspielraum deutlich einschränkt.<sup>12</sup> Dies kann zum Erscheinungsbild einer postdemokratischen Konstellation gehören, wo die politisch-rechtliche Gestaltungskraft ihre Verknüpfung mit demokratischen Prozessen, herrschaftskritischen Ansätzen und selbst rechtsstaatlichen Strukturen mehr oder weniger verliert.<sup>13</sup> Transnationale Regime im globalen Recht generieren zugleich eine Form von Recht, das sich weniger durch staatliche Hierarchie, als durch Konfliktlösungsmechanismen auf Gleichordnungsebene bzw. innerhalb gesellschaftlich relevanter Sektoren auszeichnet und durch ihre Ausrichtung an globalen (Wirtschafts-)Räumen nicht mehr an Territoriumsgrenzen orientiert ist.<sup>14</sup>

Andererseits bestimmt sich aus einem traditionellen völkerrechtlichen Verständnis heraus zumindest der Vollzug, also die Durchsetzung von Rechten und Pflichten der Einzelnen im Allgemeinen durch das Recht des Staates, dessen Hoheitsgewalt sie unterstehen, und nur in Ausnahmefällen unmittelbar durch das Völkerrecht selbst.<sup>15</sup> Und obwohl durchaus vielgestaltige Prozesse einer Entstaatlichung zu beobachten sind, d.h.

- 
- 9 So ausdrücklich der EGMR für die Reichweite der EMRK: EGMR, Große Kammer, Urt. v. 21.1.2011, 30696/09 M.S.S./Belgien und Griechenland, dazu *Weber*, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen. Bedeutung des Straßburger *Hirsi-Jamaa*-Urteils für den Flüchtlingsschutz, ZAR 2012, 265 (266) und grundsätzlich *Fontaine* zur Entterritorialisierung des Menschenrechtsschutzes, KritV 2014, 217.
- 10 *Fischer-Lescano/Möller*, Der Kampf um soziale Rechte, 2012, 9 ff. und *Eigmüller*, Die Entwicklung des europäischen Rechtsraums als sozialpolitischer Anspruchsraum; Raumdimensionen der EU-Sozialpolitik, in: Jureit/Tietze (Hrsg.), Postsouveräne Territorialität, 2015, 255 (257 ff.).
- 11 *Zimmermann*, Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gerichte nach Inkraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuches, NJW 2002, 3068; *European Center for Constitutional Rights* (ECCHR), Das Völkerstrafgesetzbuch – ein Überblick, sowie weitere kritische Hintergrundberichte, zu finden auf [www.ecchr.eu](http://www.ecchr.eu) (4.7.2015).
- 12 Kritisch selbst aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, mit Blick auf das demokratische Selbstverständnis und ein solidarisches Miteinander der EU-Staaten *Krahnen*, Drei Thesen zur Griechenlandkrise, SAFE Policy Letter No. 41, 2015, <http://safe-frankfurt.de/policy-center/publications/detailsview/publicationname/-6d0402bf18.html> (4.7.2015).
- 13 *Möller*, Formwandel des Konstitutionalismus. Zum Verhältnis von Postdemokratie und Verfassungsbildung jenseits des Staates, ARSP 2015, 270 (272 ff.) und *Fischer-Lescano*, Troika in der Austerität. Rechtsbindungen der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, KJ 2014, 2 ff.
- 14 Eingehend, und der hier nur angedeuteten Komplexität gerechter werdend, *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006 und jüngst zur Interdependenz von postsouveräner Staatslichkeit und territorialer Ordnung *Jureit/Tietze*, Postsouveräne Territorialität. Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Postsouveräne Territorialität, 2015, 7.
- 15 So schon *Dahm*, Völkerrecht, Band I, 1958, 53.

öffentliche Gewalt auf nicht- bzw. überstaatliche Träger verlagert wird<sup>16</sup> und so die Einzelnen, wie auch NGOs, in den letzten Jahren verstärkt in den Fokus des Völkerrechts gerückt und so auch zu relevanten Akteuren im internationalen Miteinander des Rechts geworden sind,<sup>17</sup> verbleiben spürbare Defizite. Sowohl in den Weiten des globalen Marktes und im Kontext wirtschaftlicher Selbstregulierung, als auch im Bereich unmittelbar wirkender Menschenrechte, tritt die Bedeutung des Staates am Ende mit Blick auf ihr Potential zur Gestaltung nur partiell zurück. Der Staat bzw. die Staaten bleiben im Zentrum internationaler Gestaltungsmacht, selbst wenn sie ihre Hoheitsrechte (zuvor) supra-, trans- oder international geteilt, zusammengeführt oder delegiert haben.<sup>18</sup> Staaten gründen Internationale Organisationen<sup>19</sup> und entscheiden durch Abschluss völkerrechtlicher Abkommen und deren Inklusion in den nationalen Rechtskorpus darüber, wer in welchem Umfang und durch welche Institution und Verfahren Rechte erlangt, geltend machen bzw. durchsetzen kann oder wie die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung und Streitbeilegung in unterschiedlichen völkerrechtlichen Regimen funktioniert.<sup>20</sup> Dabei verhindert die zunächst erfolgende Inklusion nicht die spätere (rechtliche oder tatsächliche) Abkehr von Verpflichtungen, so dass letztlich kein lineares Narrativ der fortgesetzten Aufgabe von Hoheitsgewalt durch Staaten ersichtlich ist.<sup>21</sup> Sehr deutlich ist die Relevanz des Staates nach wie vor im Bereich der Zusammenarbeit in Militär- und Außensicherheitsfragen, wo, trotz voranschreitender Internationalisierung wie insbesondere in den vermeintlich engmaschigen Sicherheitskooperationen NATO und EU, letztlich die Entscheidung in Sicherheitskollektiven auf die Zustimmung jedes einzelnen teilnehmenden Staates hinausläuft, bevor gegebenenfalls kollektive Handlungen vorgenommen werden bzw. sich einzelne Staaten gegen eine Teilnahme im Einzelfall entscheiden.<sup>22</sup> Erkennbar wird die Relevanz des Staates etwa aber auch am System der internationalen Strafverfolgung, wonach zwar gerade auch Schuld und Strafe Einzelner in den Blick genommen wird, was aber nicht zuletzt von der grundlegenden Teilnahmezusage der Staaten abhängt, deren Staatsbürger oft erst dann verfolgt werden können – im Ergebnis offenbart sich hier eher eine selektive Strafverfolgung.<sup>23</sup> Und nicht zuletzt in den Bereichen der Menschenrechte und des Flüchtlings- bzw. Migrationsrechts liegen

16 *Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: ders., Die Zukunft der Verfassung II, 2011, 67.

17 Vgl. zum Überblick *Arnauld*, (Fn. 1) 22 ff.

18 *Alvarez*, State Sovereignty is not withering away: a few lessons for the future, in: Cassese (Hrsg.), Realizing Utopia. The Future of International Law, 2012, 26.

19 *Ruffert/Walter*, (Fn. 2) 4 und *Virally*, Definition and classification of international organizations: a legal approach, in: *Abi-Saab* (Hrsg.), The concept of international organization, 1981, 50 (51 f.), der die "zwischen-staatliche Basis" als erstes Charakteristikum einer Internationalen Organisation definiert.

20 *Ruffert/Walter*, (Fn. 2) 5.

21 *Alvarez*, (Fn. 18) 26.

22 *S. Mayer/Tohidipur*, Recht und Politik der internationalisierten Sicherheit, in: Fischer-Lescano/P. Mayer (Hrsg.), Recht und Politik globaler Sicherheit, 2013, 79 (99). Als praktisches Beispiel lässt sich hier die Weigerung Deutschlands am letzten – letztlich als völkerrechtswidrig eingestuften – Irakkrieg aktiv militärisch teilzunehmen nennen, vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/25, 13. Februar 2003, 6 ff.

23 Zu den vielfältigen Problemen ausführlich *Kaleck*, Mit zweierlei Maß. Der Westen und das Völkerstrafrecht, 2012, 14 ff.

die Pflichten zur Durchsetzung immer noch zuvorderst beim Staat.<sup>24</sup> So leiten sich z.B. mit Blick auf das Recht menschenwürdiger Gesundheitsversorgung Papierloser die Rechte der betroffenen Menschen auf menschenwürdige ärztliche Betreuung, die ihnen aus Europa- und Völkerrecht zustehen, letztlich von Vereinbarungen zwischen Staaten ab und müssen durch den Staat, in dem die betroffenen Menschen leben, sei es im Rahmen der Verwaltung oder durch Gerichte, durchgesetzt werden.<sup>25</sup> Mithin bleibt der Staat als Kontrolleur und Risikoträger relevanter Akteur, selbst im Bereich vermeintlich rein privatwirtschaftlicher Innovation oder wissenschaftlicher Forschung, dort dann insb. durch Sponsoring von Entwicklungskosten bzw. Finanzierung marktrelevanter Technologien,<sup>26</sup> rein tatsächlich durch Begrenzung von Zugängen und Nutzungsmöglichkeiten sowie weitreichenden Kontrollen des nur vermeintlich grenzenlos freien Internets oder eben in einem Makroszenario auch in der Stützung des gesamten Banken- und Finanzsystems in Krisenzeiten.

### 3. Konfliktlinien und Irritationen

#### a. Die Grenzen des Staates

Etwaige positive Eigenschaften der Organisationsform Staat, die sich z.B. in der überschaubaren institutionellen Struktur, rechtsstaatlich abgesicherten Beteiligungsprozessen und lokal ausgerichteter Verwaltung erblicken lassen oder selbst in der Durchsetzung einer Vorstellung von Sicherheit, deren Gehalt dann aber noch zu definieren wäre,<sup>27</sup> können indes kritikwürdige Tendenzen nicht ausblenden. So mag die Wahrnehmung und Konstituierung als Staat grundsätzlich auf eine Staatsgewalt verweisen, die eine territoriale Grenzziehung vornimmt, wobei ein durch gewisse Kriterien bestimmtes Staatsvolk im Zentrum hoheitsrechtlicher Aufmerksamkeit steht, während andere Teile der Gesellschaften partiell oder ganz exkludiert werden. Dies kann bei einigen europäischen Staaten mehr oder weniger historisch gewachsene Zusammengehörigkeiten bestätigen, wenngleich schon die jüngsten Auseinandersetzungen auf dem europäischen Kontinent die Fragilität und Begrenztheit derartiger Kriterien aufzeigen.<sup>28</sup> Mit Blick auf die Länder des Südens ergibt sich umso mehr das Problem, dass territoriale Grenzzie-

24 Zur Kritik an der historischen Dimension der Verknüpfung von Menschenrechten und Nation/Staat und den damit verbundenen Exklusionsmechanismen, siehe *Hunt*, *Inventing Human Rights*, 2007, 177 ff. und aus postkolonialer Perspektive *Spivak*, *Righting Wrongs – Unrecht richten*, 2008, 10 ff.

25 *Tohidipur*, Grund- und Menschenrechte illegalisierter Migrantinnen und Migranten, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.), *Arbeit in der Illegalität*, 2012, 41 (45 ff.). Dies gilt selbst dann, wenn sich in fortlaufender Rechtsentwicklung auch Eigendynamiken entfalten, die so möglicherweise nicht vom Staat zu Beginn mitgedacht wurden.

26 Ausführlich hierzu *Mazzucato*, *Das Kapital des Staates*, 2014.

27 Zur Frage, welchen Gehalt der Begriff „Sicherheit“ überhaupt transportiert, siehe mit Blick auf Bedrohungslagen jüngst *Gros*, *Die Politisierung der Sicherheit*, 2015 und insb. den Beitrag von *Cara Röhner* in diesem Heft.

28 So hatte aus rechtstheoretischer Sicht bereits *Hanschmann*, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europawissenschaft*, 2008 die Untauglichkeit gewisser Homogenitätskriterien aufgezeigt.

hungen, wie in Afrika oder Asien deutlich sichtbar, kolonial – d.h. letztlich militärisch und ökonomisch bedingt – gesetzt wurden und so in ihrer unzulänglichen Bezüglichkeit geradezu quer liegen zu sprachlichen, kulturellen oder sonstigen gesellschaftlichen Zusammenhängen und so bis heute konflikträftig fortwirken.<sup>29</sup>

Schon grundsätzlich generiert die Grenzziehung von Staaten weitere rechtlich relevante Probleme, denn Grenzen definieren ein Territorium, auf dem der Staat rechtliche, wirtschaftliche und soziale Sicherheiten garantieren soll.<sup>30</sup> Der Zusammenhang mit den Herausforderungen globaler Migrationsbewegungen wird hier deutlich, denn die Forderung nach Regulierung von Migration entsteht erst durch die Eingrenzung von Territorien. Menschen werden einerseits globalisierungsbedingt oder durch prekäre bzw. lebensbedrohliche Umstände zur Mobilität oder Flucht gedrängt bzw. gezwungen, sehen sich zugleich aber vielerorts wegen überregulierter und (zumindest legal) undurchlässiger Grenzen existenziellen Bedrohungen durch Exklusion oder Zurückweisung gegenüber.<sup>31</sup> Selbst die menschenrechtlichen Schutzkategorien im Migrations- bzw. Flüchtlingsrecht knüpfen dabei letztlich wieder am Staat an, der eben die Zuständigkeitshoheit auf seinem Territorium hat und die Einhaltung menschenrechtlicher Verpflichtungen im Rahmen hoheitsrechtlicher Handlungen durchsetzen muss: „*Protection is state protection*“ – ein Surrogat dafür hat sich bislang nicht etablieren können.<sup>32</sup>

### b. Grenzenlose Welt?

Eine Alternative wäre der Verzicht auf Grenzen. Die EU erprobt im Rahmen ihrer überstaatlichen Zusammenarbeit seit Jahren die Ermöglichung von Mobilität durch den formalen Wegfall der Binnengrenzen. Ähnliche Mechanismen wären auch in anderen Regionen der Erde denkbar und könnten so ein Ansatz für generelle (globalisierte) Mobilitäts erleichterungen sein. Doch zurzeit stehen Politik und Recht der EU eher synonym für eine Betonung der Sicherung der Undurchlässigkeit von Grenzen und damit Exklusion, zumindest was die Außengrenzen der EU angeht.<sup>33</sup> Überdies tendieren die Staaten der EU selbst mit Blick auf die Binnenstruktur wieder zum Rückzug auf ihre territorialen Grenzen, so dass hier von einer Vorbildfunktion der EU für andere Regionen der Erde

29 Osterhammel, *Kolonialismus*, 6. Aufl. 2009, 40 f. Beispielsweise für Kenia und den Versuch der Einhegung postkolonialer multiethnischer Konflikte deutlich *Yash Pal Ghai/Jill Contrell Ghai*, Introduction, in: dies. (Hrsg.), *Ethnicity, Nationhood and Pluralism: Kenyan Perspectives*, 2013, 1 ff.

30 Gros (Fn. 27) 99 ff.

31 Siehe zur Behandlung von Drittstaatlern durch die EU umfassend *Stern/Tohidipur*, Migration von Drittstaatsangehörigen, in: von Arnould (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen*, Enzyklopädie Europarecht Band 10, Baden-Baden 2014, 769 ff. und zum globalen Problem undurchlässiger Staatsgrenzen *Dietrich/Zanetti*, Philosophie der internationalen Politik, 2014, 86.

32 *Hathaway/Foster*, *The Law of Refugee Status*, 2<sup>nd</sup> ed 2014, 289 und 292.

33 *Stern/Tohidipur* (Fn. 31), 775 ff.

zurzeit nicht viel bleibt.<sup>34</sup> Andererseits gibt es außerhalb der EU bzw. mit Bezug zur EU immerhin auch zaghaft formulierte Visionen für die Herausnahme bestimmter Politikbereiche – wie etwa der Regulierung von Migration – aus dem typischen staatszentrierten Kontext. So wurde für die Mittelmeerregion im Nachklang des zivilgesellschaftlichen Aufbegehrens in den nordafrikanischen Staaten 2011/2012 – dem sog. „*Arabischen Frühling*“ – vorgeschlagen, eine „*euromediterrane Staatsbürgerschaft*“ einzuführen, die „*inclusive, active and plural*“ sein sollte,<sup>35</sup> wodurch eine Region mit ihren Gemeinsamkeiten – also hier die mediterrane Region<sup>36</sup> – und nicht Staaten hervorgehoben werden; vom staatsbezogenen Vokabular wäre dann allerdings abzulassen. Es bleibt indes das Aussprechen einer Idee, die Verbundenheit ausdrückt, gleichzeitig aber noch keine konkrete (staats-)theoretisch greifbare Zielvorstellung formuliert und damit im Bereich des Utopischen verbleibt – noch bevor der revisionistische *backlash* die meisten positiven Hoffnungen auf langfristige-konstruktive Nachwirkungen des Aufbegehrens nordafrikanischer Zivilgesellschaften in Staaten wie *Ägypten* oder *Libyen* ohnehin zerstörte.

### c. Staatsqualität

Undeutlich bleibt, wonach sich die Qualität eines Staates als souveräner und damit aufnahmefähiger oder als Partner anzuerkennender Staat bestimmt, wie sich aus dem Umgang mit den ehemals beiden (in BRD und DDR geteilten) deutschen Staaten im Kontext der Vereinten Nationen und dem konfliktbeladenen Verhältnis zwischen *China* und *Taiwan* zeigte.<sup>37</sup> Und wie kann der Konflikt zwischen *Israel* und den palästinensischen Behördenkonstrukten gelöst werden, wo ohne *Palästinenserstaat* auch jeglicher (zentrale) Ansprechpartner aus der Sicht der *Vereinten Nationen* fehlt? Entschärft wurde dies durch gewisse Mitwirkungsrechte, die den palästinensischen Repräsentanten eingeräumt wurden, jedoch resultiert dadurch, den VN-Grundlagen gemäß, kein formal verfestigter Mitgliedschaftsstatus.<sup>38</sup> Mithin ist die Liste der von den *Vereinten Nationen* nicht oder nur eingeschränkt als selbständige Staaten bzw. staatsähnlich anerkannte Gebiete wesentlich länger.<sup>39</sup> Das bleibt ein Problem, da so viele Menschen auf der Welt durch ihre Form der Organisation, die nicht einem anerkannten Verständnis vom Staat

34 Einige derartige desintegrierende Phänomene kritisch aufzeigend *Franz C. Mayer*, Von blinden Männern und Elefanten: was kann und sollte die Rechtswissenschaft gegen die „Desintegration“ Europas tun?, *VerfBlog*, 2015/2/20, <http://www.verfassungsblog.de/von-blindenmaennern-und-elefanten-was-kann-und-sollte-die-rechtswissenschaft-gegen-die-desintegration-europas-tun/> (4.7.2015).

35 *De Perini*, Intercultural Dialogue and Human Rights: Prospects for a Euromediterranean Citizenship, *International Journal of Euromediterranean Studies* 2010, 163.

36 Hierzu ausführlich *Abulafia*, Das Mittelmeer. Eine Biographie, 2013 und *Clancy-Smith*, *Mediterraneans. North Africa and Europe in an Age of Migration*, 2012.

37 *Heuser*, Taiwan und Selbstbestimmungsrecht, *ZaöRV* 1980, 31.

38 *Ruffert/Walter*, (Fn. 2) 93.

39 Vgl. *Ploier*, Nicht-anerkannte-„Staaten“ im post-sowjetischen Raum: Transnistrien, Abchasien, Südossetien und Bergkarabach, 2011; *Frankenfeld*, Die Vereinten Nationen, *Hamburger Abendblatt* v. 15.4.2015; *Talmon*, Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten, und zur bildlichen Übersicht: <http://de.academic.ru/dic.nsf/dewiki/867982> (4.7.2015).

entspricht, aus dem Bereich der Möglichkeit internationaler Repräsentation herausgenommen sind. Nicht einfacher zu handhaben ist der Wiederaufbau von Staaten, die, wie z.B. jüngst im Fall von *Afghanistan*, *Irak* oder *Libyen*, durch Krieg und Besatzung ihre vorherige Organisationsstruktur verloren haben. Zielvorstellung mag, in Betonung eines verkürzten positiven Blicks, letztlich in allen Fällen eine Heranführung an die *Internationale Gemeinschaft* und damit auch ihre Mitgestaltung sein. Wenn der Weg dahin über die Organisationsform „Staat“ führt, dann wird auch nicht ganz von der Hand zu weisen sein, dass letztlich ein bestimmtes (Verfassungs-)Staatsmodell angestrebt wird bzw. angestrebt werden soll, somit also in einer abstrakten Version als Schablone – explizit oder implizit – auf sich (re-)konfigurierende Gesellschaften projiziert wird. Fraglich bleibt, inwieweit dabei über ein sozusagen rein sprachlich übersetztes, formales Verfassungsvokabular hinaus wirklich materielle Grundsätze relevant gefördert bzw. regionale Konstellationen ausreichend berücksichtigt werden (können).

## II. Staatliche Verfasstheit und „Internationale Gemeinschaft“ im Licht des Verfassungstransfers

Hier soll der Versuch unternommen werden, zwei Betrachtungsweisen zusammenzuführen, die eigentlich separaten Erkenntnismustern folgen, in der Gesamtschau aber möglicherweise ein komplexeres Ganzes abbilden können. Verfassungsvergleichung und Verfassungstransfer versuchen durch theoretische Systematisierung ein Verständnis anderer Rechtsordnungen zu erlangen und so u.a. die Notwendigkeiten bzw. Möglichkeiten von Normentransfer zu erkunden, während die *Internationale Gemeinschaft* mit Blick auf eine kohärente Ausgestaltung ihrerseits Anforderungen an die Verfasstheit von Staaten stellt, dabei Hierarchien in Recht und Politik und postkoloniale Konstellationen berücksichtigen muss.

### 1. Eine Frage des materiellen Gehalts

Die *Internationale Gemeinschaft* fokussiert den Staat nicht nur als formelle Organisationseinheit, sondern setzt auch einen spezifischen Gehalt in Gestalt materieller Grundsätze voraus. Hier macht Art. 4 Abs. 1 der UN-Charta eine ausdrückliche Vorgabe:

*„Mitglied der Vereinten Nationen können alle sonstigen friedliebenden Staaten werden, welche die Verpflichtungen aus dieser Charta übernehmen und nach dem Urteil der Organisation fähig und willens sind, diese Verpflichtungen zu erfüllen. (...)“.*

Verpflichtungen aus der Charta sind neben der über allem stehenden Friedenssicherung bzw. friedlichen Beilegung von Streitigkeiten auch der Schutz der Menschenrechte und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einschließlich des Umweltschutzes. Dabei ist es kein Geheimnis, dass viele Staaten in Ost und West, Nord und Süd, die in den *Vereinten Nationen* organisiert sind, Konflikte nicht friedlich beilegen, Menschenrechte nicht einhalten und zu wenig für wirtschaftliche und soziale Entwicklung bzw. Umweltschutz im Sinne der VN-Charta tun – und trotzdem nicht wegen beharrlicher Verstöße gemäß Art. 6 VN-Charta ohne weiteres ausgeschlossen werden. Doch jenseits

politischer Praxis sind diese Verpflichtungen ernst zu nehmen und daher auch relevante Vorgaben an die Verfasstheit der Mitgliedstaaten bzw. an das verwendete oder zu verwendende Vokabular in den jeweiligen Verfassungsgrundlagen. Denn wenn schon die jeweiligen Verfassungen keine den Vorgaben, d.h. Grundsätzen und Idealen der VN-Charta entsprechenden Inhalte fixieren, wäre eine Erfüllung der Verpflichtungen umso weniger zu erwarten. Spätestens hier kommt die Disziplin des Verfassungsvergleichs und damit auch des Verfassungstransfers in eine prominente Position, die uns über die empfehlenswerten Wege bei der Genese und Ausgestaltung von Verfassungstexten informieren kann.

## 2. Zur Komplexität von Verfassungsvergleich und -transfer

Das Recht „fremder“ Staaten hat Juristen stets interessiert<sup>40</sup> und ein Verständnis des „anderen“ Rechts ist letztlich eine Grundlage friedlicher Koexistenz im zwischenstaatlichen wie im globalen Rahmen. Rechtsvergleichendes Arbeiten kann dazu inspirieren, Vorurteile und Vorverständnisse zu überdenken.<sup>41</sup> Die zur Betrachtung anderer Rechtsregeln hinzutretende Idee des „Vergleichs“ suggeriert dabei allerdings auch die Möglichkeit eines objektivierbaren Prozesses des Nebeneinanderlesens von Normen. Für bereits bestehende Systeme werden im Rahmen des vergleichenden Verfassungsrechts Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet und analysiert.<sup>42</sup> Sodann kann die besser passende Regelung als Norm in Verfassungssystemen mit entsprechender Leerstelle festgeschrieben werden, wobei die Frage, wodurch sich ein „besser“ erkennen lässt, überaus interpretationsbedürftig ist.

Mit der Betrachtung des Verfassungstransfers bzw. des Transfers von Normen rückt die Art und Weise der Beeinflussung und Interaktion zwischen unterschiedlichen Verfassungssystemen in den Fokus. Es werden Prozesse betrachtet, die zu einem Übergang (verfassungs-)rechtlicher Normen von einem System in ein anderes führen. Identifiziert werden kann dabei ein vielfältiges Vokabular der Um- bzw. Beschreibung von Transferprozessen. So wird, um einige wenige herauszugreifen, die Migration von Normen beschrieben, ebenso wie die Rezeption, die Adoption, die Diffusion, die Zirkulation oder die Übernahme von Normen als Transplantat.<sup>43</sup> Dies sollte nicht missverstanden werden als reine Ansammlung von Metaphern, denn hinter allen Begriffen steckt der Versuch der theoretischen Erfassung eines komplexen Prozesses bzw. letztlich einer

40 Für einen schlaglichtartigen historischen Blick auf die westliche Tradition der Betrachtung „fremden“ Rechts von *Aristoteles* bis heute vgl. *Tushnet*, *Comparative Constitutional Law*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), 1226 und *Donahue*, *Comparative Law before the Code Napoleon*, ebd., 4. Siehe auch *Münch*, Einführung in die Verfassungsvergleichung, *ZaöRV* 1973, 126 ff.

41 *Frankenberg*, Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsvergleichung zu beleben, in: ders. (Hrsg.), *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, 2003, 299 (301).

42 *Jansen*, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, 323.

43 Weiter dazu *Frankenberg*, *Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer*, in: ders. (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 1 und der Text von *Lena Foljanty* in diesem Heft.

Vielzahl unterschiedlicher Prozesse.<sup>44</sup> Manche dieser Prozesse setzen ein aktives Handeln voraus (Übernahme als Transplantat, Adoption), während andere sich durch zu meist ungeplante aber nicht unbedingt weniger wirkungsvolle transnationale Beeinflussungen realisieren (Migration, Diffusion, Zirkulation). Ein Transfer kann technisch auch auf dem Versuch einer simplen sprachlichen Übersetzung basieren, was dann allerdings den gesellschaftlichen Kontext und die materielle Aufladung jedweder Norm durch Prozesse der Gesetzgebung, der verwaltungsrechtlichen und justiziellen Anwendung und wissenschaftlichen Hinterfragung ausblendet. Regionale Projekte wie z.B. das „*Common Core of European Private Law*“<sup>45</sup> gehen von der Arbeitshypothese aus, dass es eine gemeinsame europäische (Privat-)Rechtstradition gibt, die ein gemeinsames Normensystem generiert hat, das nun zwischen den unterschiedlichen Rechtssystemen in *Europa* nur noch, gleichsam in einem archäologischen Prozess, aufgefunden werden muss, um so einen gemeinsamen Gehalt zu definieren.<sup>45</sup> Für den Bereich des Verfassungsrechts in *Europa*, das sich historisch durchaus vielgestaltig zeigt,<sup>46</sup> wurde mit der *Europäischen Union* und dem *Europarat* ein gemeinsames Vokabular des Rechts entwickelt. So vermag auch eine Disziplin der Europäischen Verfassungsvergleichung darauf abzielen, dass „gemeinsame Merkmale“ eines Verfassungsstaats herausgearbeitet werden.<sup>47</sup> Doch selbst die intensive Verzahnung der Akteure im Recht, der gemeinsamen Institutionen und der gemeinsamen Bezüglichkeiten, wie z.B. zwischen der Grundrechtecharta der EU und der *Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK)<sup>48</sup> hat nicht dazu geführt, dass es in Europa ein tatsächlich einheitliches Verständnis von Normen und ihrem Gehalt gäbe und man so einfach nur zwischen den Sprachen technisch übersetzen könnte, ohne auf unterschiedliche Wahrnehmungshorizonte zu treffen.<sup>49</sup> Möglicherweise gibt es bei der Suche nach der „richtigen“ Norm, die sich jeweils am besten zur Problemlösung eignet, keine ideale, singuläre Lösung, sondern nur eine Annäherung oder eine „*good enough solution*“.<sup>50</sup> Doch selbst wenn zuzugeben ist, dass Transfer von Recht, selbst in Form reiner Übersetzung praktisch stattfindet, ist mit dieser Beobachtung noch nicht geklärt, ob Rechtstransfer aus einem theo-

- 
- 44 *Perju*, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, 1307 und *Choudry* (Hrsg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006.
- 45 *Bussani/Infantino/Werro*, The Common Core Sound. Short Notes on Themes, Harmonies and Disharmonies of European Tort Law, *King's Law Journal* 2009, 239; kritisch dazu *Frankenberg*, How to do projects with Comparative Law – Notes from an Expedition to the Common Core, in: Bussani/Mattei (Hrsg.), *Opening up European Law: The Common Core Project towards Eastern and South Eastern Europe*, 2007, 17.
- 46 *Koskenniemi*, The Public Law of Europe. Reflections on a French 18<sup>th</sup> Century Debate, in: Lindemann/Malaviya/Hanebeck/Hanschmann/Nickel/Tohidipur (Hrsg.), *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, 2012, 43.
- 47 *Weber*, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 2010, 3.
- 48 Siehe dazu nur den ausdrücklichen Verweis der Grundrechtecharta der EU auf die EMRK in Art. 52 Abs. 3 GRChEU und das Protokoll zur Auslegung der EU-Grundrechtecharta.
- 49 Vgl. zur europäischen Ebene *Seckelmann*, Clotted history and chemical reactions – on the possibility of constitutional transfer, in: Frankenberg (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 36 ff.
- 50 Hierzu *Michaels*, “One size can fit all” – some heretical thoughts on the mass production of legal transplants, in: Frankenberg (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 56 ff.

retischen Verständnis heraus letztlich – mit Blick auf den gesamten historischen, kulturellen, sozialen Kontext – erfolgreich möglich ist, zumindest wenn es um die gesellschaftliche Verankerung von Normen geht und nicht um eine reine sprachliche Übersetzungsleistung in einen abstrakten Text.<sup>51</sup>

### 3. Hierarchien und das postkoloniale Szenario

Neben der Komplexität des Rechts- bzw. Verfassungstransfers selbst, ist auch die Konstellation um den Transfer herum bedeutsam. Die Vorstellung, dass Staaten vermittelt über „*reflection and choice*“ aus einem vielgestaltigen Angebot von (Verfassungs-)Normen die für sie passende wählen, steht im internationalen Miteinander unterschiedlichen hegemonialen oder mindestens hierarchischen Verhältnissen gegenüber. Demnach wurde etwa die Konstellation zwischen ehemaligem Kolonialherr und Kolonie übersetzt in humanere Mechanismen von Entwicklungshilfe gegenüber „unterentwickeltem“ Empfänger<sup>52</sup> – und damit auch einem Empfänger der „besseren“ Normen. In einem internationalem Kontext, der nicht zuletzt von Machtkonstellationen und Hierarchien bestimmt ist, kann ein Vergleich dabei so gelesen werden, dass es eine Referenz gibt, an der die zu beobachtenden (Verfassungs-/Staats-)Systeme gemessen, also auf ihre Kompatibilität hin, verglichen werden. „Besser“ ist dann im Regelfall die Vorgabe des Nordens, in einer Nord-Süd-Konstellation. Dies mag keine zwingende Interpretation sein. Doch mithin ist die Vorstellung vom Staat, die den zeitgenössischen internationalen Raum bestimmt, letztlich Ergebnis eines jahrhundertealten europäisch-westlichen Konstitutionalismus, der zudem durch die Kolonialgeschichte gegenüber den Ländern des Südens in besonderer Weise aufgeladen ist. So scheint selbst die Figur des Kolonialherrn nun in Form absoluter Präsidialherrschaft – letztlich in Form einer besonderen Vaterfigur – in vielen Teilen Afrikas überlebt zu haben.<sup>53</sup> Zur Dominanz der – auch rechtlichen – Vorstellungen formuliert *Mohammed Bedjaoui*:

„Formerly, Europe projected its law and power upon the world. It had written the history of the World with its soldiers, merchants, missionaries and lawyers. It dominated the globe in the name of its law...“<sup>54</sup>

Dies wird bei *Antony Anghie* und seinen Ausführungen zu den kolonialen Ursprüngen des Völkerrechts besonders deutlich, denn mit einer auf den Schriften *Francisco de Vitorias* begründeten Anerkennung der Rechte der Ureinwohner Südamerikas als grund-

51 Vgl. nur die Debatte um *Legrand*, *The Impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, 124 und *Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974. Dazu auch *Lena Foljanty* in diesem Heft.

52 Hierzu *Rajagopal*, *International Law from below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, 2004, 25 f.

53 *Prembeh*, *Constitutional autochthony and the invention and survival of “absolute presidentialism” in postcolonial Africa*, in: *Frankenberg* (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 209 ff.

54 *Bedjaoui*, *A Third World view of international organizations. Action towards a new international economic order*, in: *Abi-Saab* (Hrsg.), *The concept of international organization*, 1981, 206 (207).

sätzlich gleichwertige Menschen im 16. Jahrhundert<sup>55</sup> ging zugleich die Installierung einer spanischen „Treuhand-Regierung“ über die Ureinwohner einher, da diesen die nötige – „zivilisierende“ – Erfahrung mit der Konstituierung politisch-souveräner Gesellschaften einfach fehlen würde.<sup>56</sup> So berechtigt der Begriff der „Zivilisation“ in einem fortlaufend rezipierten Verständnis vermeintlich zur Unterscheidung von zivilisierten Menschen und Gesellschaften und solchen, die noch nicht zivilisiert sind, dies aber durch die richtige Erziehung – d.h. zunächst Bekehrung zum Christentum und später Bekehrung zum kapitalistischen Marktssystem – werden können.<sup>57</sup> Das Zusammengehen von (internationalem) Recht und Macht, das lange Zeit vorherrschend war im Verhältnis der (Recht und Macht habenden) Länder des Nordens zu den von imperialistischen bzw. kolonialen Bestrebungen betroffenen Staaten des Südens,<sup>58</sup> scheint nun zunächst aufgebrochen durch die Beteiligung der Länder des Südens an den internationalen Gremien, die z.B. bei den *Vereinten Nationen* zu einer grundsätzlichen Umkehr der Mehrheit geführt hat.<sup>59</sup> Doch der Prozess zunehmender Aufnahme „neuer“ Staaten des globalen Südens, der durchaus schon mit der erlangten Unabhängigkeit vieler Staaten seit den 50er/60er Jahren begann, hat nicht zu einer gleichzeitigen und gleichwertigen Zunahme von Partizipation und Gestaltung der internationalen Zusammenarbeit geführt.<sup>60</sup> Die Gestaltung von Recht, soweit es von internationalen Institutionen qua Mehrheitsentscheidung zwischen den Staaten der Welt entschieden wird, orientiert sich auch heute nicht allein anhand der Zusammensetzung von Gremien bzw. Institutionen, vielmehr bleibt eine gerechte oder zumindest gleichwertige Verteilung der Macht entscheidend. Doch die Macht mit dem Recht, aber auch ohne oder manchmal gar gegen das Recht, verbleibt bei den sog. wichtigsten Industrienationen, den Ländern des Nordens, die, neben ihrer militärischen Stärke, schon über ihre Wirtschaftskraft und die z.B. damit verbundene Möglichkeit, über Wirtschafts- und Entwicklungshilfe in einem zuvor global etablierten System des Wirtschaftens, Aufstieg und Abstieg von Staaten zu steuern.<sup>61</sup> So kann das internationale Recht auch zur Stützung und Legitimation asymme-

- 
- 55 Diese auf Naturrecht begründeten Überlegungen werden als maßgeblich für das Verständnis eines entstehenden Völkerrechts angesehen, vgl. *de Vitoria*, De Indis De Jure Belli, 1532, deutsche Übersetzung in *Schätzel*, Franciscus de Victoria. De Indis recenter inventis et de Jure belli Hispanorum in Barbaros relectiones. Vorlesungen über die kürzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier zum Kriege gegen die Barbaren, 1952.
- 56 *Anghie*, Die Evolution des Völkerrechts: Koloniale und postkoloniale Realitäten, KJ 2009, 48 (53 ff.).
- 57 *Mbembe*, Kritik der schwarzen Vernunft, 2014, 168 und *Petersson*, Markt, Zivilisierungsmission und Imperialismus, in: Barth/Osterhammel (Hrsg.), Zivilisierungsmissionen, 2005, 33.
- 58 Dies gilt auch für quasi-koloniale Konstellationen, vgl. hierzu *Tohidipur*, Iran und die Narrative west-östlicher Begegnung, Kritische Justiz (KJ) 2012, 178 ff.
- 59 Für den Ruf nach gleichwertiger Anerkennung der sich zusammenschließenden „Dritten Welt“ waren die Vereinten Nationen überaus wichtig, auch wenn der wichtige Sicherheitsrat durchweg von den beiden Machtblöcken Ost-West dominiert blieb, vgl. *Prashad*, The Darker Nations. A Peoples's History of the Third World, 2007, xvi f.
- 60 *Snyder/Sathirathai*, Introduction, in: dies. (Hrsg.), Third World Attitudes towards International Law, 1987, 3.
- 61 Aus einer spezifischen Perspektive der Internationalen Beziehungen dazu *Van der Pijl*, The Discipline of Western Supremacy. Modes of Foreign Relations and Political Economy, Vol. III, 2014, 61 ff.

trischer globaler Verhältnisse beitragen und mithin zur Sprache der Dominanz in globalen Verhältnissen werden.<sup>62</sup> Derartige Rahmenbedingungen sind bei der Analyse von (Verfassungs-)Rechtstransfer zumindest mit zu bedenken.

#### 4. Verfassungstransfer und emanzipatorische Tendenzen

Ideen und Theorien reisen,<sup>63</sup> und können als Inspiration dienen. Der Export von Konstitutionalisierungsideen des Nordens in Länder des Südens, also das „Über-setzen“ von Verfassungsvokabular und -gehalten hat in unterschiedlichen Konstellationen stattgefunden und so auch zu vielfältigen Ergebnissen bzw. Zwischenständen geführt. Diese Kommunikation ist einerseits hilfreich für alle Seiten. Und doch erscheint fraglich, inwieweit emanzipatorischen Prozessen immer genügend Raum gegeben wird. Beispielsweise besteht aus lateinamerikanischer Sicht grundlegend schon das Problem des (Wieder)Auffindens der eigenen Identität, also etwa einer eigenen Philosophie Lateinamerikas,<sup>64</sup> die sich dann auch in Werten und Grundsätzen in Verfassungsdokumenten festschreiben könnte oder zumindest als Grundlage eines Diskurses dienen kann. Die Vereinnahmung durch die im missionarisch-kolonialen Gestus (gewaltsam) implementierten Traditionen *Portugals* und *Spaniens*, als koloniale Vertreter *Europas*, bleiben präsent<sup>65</sup> und die Verbindung zur eigenen Historie wurde z.T. sehr wirkungsmächtig gekappt. Der Soziologe *Ramón Grosfoguel* bringt die Schwierigkeiten im Generieren eigener Mündigkeit relativ drastisch auf den Punkt:

„In den letzten 513 Jahren des (...) Weltsystems sind wir vom „werde Christ oder ich töte dich“ im 16. Jahrhundert, zum „zivilisiere dich oder ich töte dich“ im 18. und 19. Jahrhundert, zum „entwickle dich oder ich töte dich“ im 20. Jahrhundert und zum „demokratisiere dich oder ich töte dich“ zu Beginn des 21. Jahrhunderts übergegangen.“<sup>66</sup>

Immerhin lassen sich mit der Etablierung plurinational organisierter Staaten in Lateinamerika, die kollektive Rechte sozialer Gruppen in besonderer Weise anerkennen, experimentellere Wege der Konstituierung von Gesellschaften erblicken, die emanzipative Kraft zu entfalten vermag.<sup>67</sup>

62 *Chinni*, Third World Approaches to International Law: A Manifesto, *International Community Law Review* 2006, 3 ff.

63 Dies mag letztlich ein weitere Form des Transfers allgemeiner Art sein, die *Edward Said* in seinem Werk anspricht und systematisiert: *Said*, *The World, the Text, and the Critic*, 1983, 226 ff.

64 *Dussel*, *Der Gegendiskurs der Moderne*, 2013, 135 f.

65 *Menzel*, *Paradoxien der neuen Weltordnung*, 2004, 73.

66 *Grosfoguel*, *De Aimé Césaire a los zapatistas*, in: *Dussel/Mendieta/Bohórquez* (Hrsg.), *El pensamiento filosófico latinoamericano*, 2009, 680, zitiert nach *Dussel*, *Der Gegendiskurs der Moderne*, 2013, 13.

67 *De Sousa Santos*, *Plurinationaler Konstitutionalismus und experimenteller Staat in Bolivien und Ecuador*, *KJ* 2012, 162 (177) erkennt hier durchaus eine Herausforderung für den modernen Staat.

## 5. Impressionen zeitgenössischer Herausforderungen und Konfliktszenarien

Es lassen sich unschwer Konfliktszenarien finden, die für Verfassungsprozesse, im Hinblick auf die Implementierung von bestimmtem Vokabular und entsprechenden (kulturellen) Gehalten relevant sind. Dabei rücken besonders Staaten in den Fokus, die sich nach Kriegen, Besatzung oder revolutionsähnlichen Umstürzen eine neue gesellschaftlich-politische Verfasstheit geben bzw. in politischer Sanierung befinden.

### a. Afghanistan

Es lohnt zunächst ein kurzer Blick auf *Afghanistan*, wo die Durchsetzung demokratischer Strukturen mittels „multilateraler sicherheitspolitischer Intervention“ bzw. einer Form „humanitärer Intervention“<sup>68</sup> zumindest auch einen Kriegsgrund darstellte und damit, jenseits der Frage von Legitimation, Strukturen von Verfasstheit mit Gewalt einforderte. Mithin kann ein derartiger Krieg auch verstanden werden als eine „Metapher für einen Zivilisationskampf“, der nicht zuletzt der „Aufrechterhaltung einer kulturellen Hegemonie im globalen Maßstab“ mit dem Ziel der Bewahrung und Weitergabe kultureller Inhalte verpflichtet ist.<sup>69</sup> So birgt die 2004 in Kraft getretene Verfassung für *Afghanistan* durchaus sehr konträre Inhalte – sie inkludiert Formulierungen, die sich genau so auch in europäischen Verfassungen finden, wie die ausdrückliche Festschreibung von Demokratie (alle Staatsgewalt geht vom Volk aus, Art. 4) und Grundrechten der Bürger (Art. 22 ff.), zugleich aber auch recht strikte Bezüglichkeiten auf islamische Werte und Rechtsregeln (Art. 1, 2, 3), was zumindest in der Zusammenschau weiterer Konkretisierungen bedarf. Zudem klingt eine Norm wie Art. 7 Abs. 2 der Afghanischen Verfassung, wonach sich der Staat verpflichtet, „jede Art terroristischer Aktivitäten, Drogenanbau und –schmuggel, Produktion und Konsum von Rauschmitteln“ zu verhindern, wie eine Bestimmung, die sich eher wie eine politische Verpflichtung gegenüber anderen (hier: westlichen) Staaten, als eine originär afghanische Verfassungsnorm liest. Die sich letztlich z.T. widersprechenden oder zumindest überaus bedeutungs-offenen Grundlinien in der Verfassung sollten durch die Entwicklung des Rechtssystems im Alltag weiter auf Kohärenz zielend ausgestaltet werden, doch dieser Spagat zwischen afghanischer (Rechts-)Realität und den in den Verfassungstext gegossenen Vorstellungen der internationalen Gemeinschaft hat sich wohl in der Rechtsrealität auch nach über zehn Jahren noch nicht bewährt.<sup>70</sup>

### b. Nordafrika – Ägypten und Libyen

Nicht weniger komplex stellt sich das Verhältnis der EU zu Staaten Nordafrikas dar. Im Fall von *Ägypten* offenbaren sich Konflikte nicht so sehr bei einer unmittelbaren Ein-

68 Zur Einordnung im Verhältnis zu einem herkömmlichen Verständnis von zwischenstaatlichem Krieg, S. Mayer/Tohidipur, (Fn. 22) 79.

69 *Bhabha*, Über kulturelle Hybridität. Tradition und Übersetzung, 2012, 21.

70 *Yassari/Saboory*, Sharia and national law in Afghanistan, in: Otto (Hrsg.), *Sharia Incorporated*, 2010, 273; *Hasrat-Nazimi*, Afghanistans dehnbare Verfassung, Deutsche Welle, <http://www.dw.de/afghanistans-dehnbare-verfassung/a-17383428> (4.07.2015).

flussnahme auf die Gestaltung der Verfassung des Staates, sondern vielmehr in dem materiellen Anspruch an die Ausgestaltung der Staatlichkeit und den Konsequenzen für die EU-Staaten. Formal erfüllt die aktuelle Verfassung 2014, die mittlerweile dritte seit 2011, durchaus gewisse Textvorstellungen der internationalen Gemeinschaft, da schon in der Präambel neben ausdrücklichen Bekundungen der Orientierung an Demokratie Bezüge zu den revolutionären historischen Umständen enthalten sind und sich dies durch die Betonung von Volkssouveränität und Grundrechten im Text fortschreibt. Es sind folglich viele wichtige Begriffsteile eingebaut, die eine Stabilität in Einklang mit den Anforderungen der *Vereinten Nationen* verdeutlichen könnten. Der 2013 erfolgte Militärputsch gegen den zuvor gewählten Präsidenten *Mursi* hat als Langzeitwirkung aber nicht nur das Verbot der Freiheits- und Gerechtigkeitspartei der Muslimbrüderschaft in *Ägypten* und die Verurteilung vieler Mitglieder (inkl. hunderter Todesurteile) zur Folge gehabt, sondern auch das strikte staatliche Vorgehen gegen die säkulare Opposition und die Verurteilung vieler Aktivisten des *Arabischen Frühlings*.<sup>71</sup> Eine Entwicklung, die nur den vorläufigen Schlusspunkt eines machtvollen und zu oft brutalen Eingreifens des Militärs gegen die Menschen seit dem zivilgesellschaftlichen Aufbegehren in *Ägypten* darstellt<sup>72</sup> und insoweit die Bezugnahme der neuen Verfassung auf die revolutionären Umstände als Legitimationsgrundlage des Staates konterkariert. Nicht nur dann, wenn man das Aufbegehren auch als Element einer Befreiung vom langen Schatten (post)kolonialer Verhältnisse ansieht, ist die Reaktion der EU und ihrer Mitgliedstaaten von Bedeutung für die Verdeutlichung von Anforderungen an einen Partnerstaat *Ägypten* in Nordafrika. Inhaltliche Fragen nach der Relevanz demokratischer oder rechtsstaatlicher Prozesse im Lichte menschenrechtlicher Garantien treten jedoch gegenüber einer Sicherheitsdebatte, die insbesondere auf eine Kooperation zwischen der EU und einem „stabilen“ *Ägypten* im Bereich Migration abzielt, deutlich in den Hintergrund. Ein Partnerstaat der EU bedarf keines funktionierenden Parlaments, um in den „Kampf gegen illegale Migration“ eingebunden zu werden und für den geplanten Betrieb von Flüchtlingslagern zuständig zu sein,<sup>73</sup> obwohl dokumentiert ist, dass Flüchtlinge ohne ausreichende Papiere in *Ägypten* auch strafrechtlich verfolgt werden.<sup>74</sup> Dabei betont die EU im Rahmen des neuen „Action Plan on Human Rights and Democracy (2015-2019)“, dass im Rahmen der Europäischen Nachbarschaftspolitik ein „starker Fokus“ auf die Respektierung von Menschenrechten und Freiheiten gelegt

71 *European Commission/High Representative of the EU for Foreign Rights Affairs and Security Policy*, Implementation of the European Neighbourhood Policy in Egypt. Progress in 2014 and recommendation for actions, SWD(2015) 65 final, 7 und Bundeszentrale für politische Bildung, Verfassungsreferendum in Ägypten, auffindbar unter: <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/176291/verfassungsreferendum-in-aegypten> (4.7.2015).

72 Sehr eindringlich hierzu *Roberts*, Ägypten ohne Revolution, *Lettre International* Nr. 102, 2013, 34 f.

73 Zum ausdrücklichen Ziel der stärkeren Einbindung Ägyptens *Council of the EU*, Migratory pressures: trends and further actions, 6565/1/15 REV 1, 9.3.2015, 3.

74 *Global Detention Project (GDP)*, The Detention of Asylum Seekers in the Mediterranean Region, April 2015, 14 f. und *Rollins*, Egyptian law could imprison refugees, asylum seekers, *Al-Monitor*, 14 May 2015, <http://www.al-monitor.com/pulse/egypt-pulse> (4.7.2015).

werden soll.<sup>75</sup> Ähnlich verhält es sich mit der Situation in *Libyen* bzw. der Anspruchshaltung seitens der EU gegenüber einem Staat, der zurzeit praktisch gar nicht existiert, während es doch recht schnell zu einer rechtlichen Anerkennung einer Konfliktpartei als neue Staatsregierung innerhalb des damals noch bestehenden Staatsgefüges kam, was damals auch als Legitimationsgrundlage zur militärischen Intervention gegenüber der anderen – bis dato staatstragenden – Konfliktpartei diente.<sup>76</sup> Der Staat *Libyen* ist quasi zerfallen, während die EU noch von einem „Weg demokratischer Transition“ spricht<sup>77</sup> und mit Blick auf die Flüchtlingspolitik auf eine baldige Stabilisierung *Libyens* hofft. So wird zugunsten einer kurzfristigen Stabilitätspolitik, die insbesondere der Externalisierung von Migrationskontrollen dienen soll, das Projekt der Förderung von Demokratie und Menschenrechten in der Europäischen Nachbarschaftspolitik marginalisiert und überlebt lediglich als „rhetorische Hülle“.<sup>78</sup>

### c. Iran

Unter genau entgegengesetzten Vorzeichen kann hier die Situation des *Iran* im Versuch der Etablierung eines selbstständigen Verfassungssystems beleuchtet werden. Der *Iran* hatte sich bereits 1906/1907 selbst eine Verfassung gegeben, die zu großen Teilen aus den Verfassungen europäischer Staaten – insb. *Belgien* und *Frankreich* – entlehnt war<sup>79</sup> – also ein unmittelbarer Transfer von grundlegenden Normen aus dem Wunsch heraus, sich der langjährigen ausländischen Einflussnahme zu entziehen und so eine gleichwertige Eigenständigkeit wie die zeitgenössischen europäischen Staaten zu erreichen. Nach wechselvollen Jahren weitergehender auswärtiger Einmischung etablierte sich erst 1951-53 aus einer nationalen Bewegung heraus eine demokratisch gewählte Staatsregierung, die den Zielen der *Vereinten Nationen* verpflichtet war und deren Fortbestand die heutige geopolitische Lage in Westasien (dem sog. „Nahen Osten“) nachhaltig anders hätte aussehen lassen. Doch das demokratische Selbstbestimmungsrecht war einigen westlichen Staaten weniger wichtig als eine weitergehende quasi-koloniale Einflussnahme auf den Staat *Iran* und damit die gesamte Region, weswegen die einzig nachhaltig erfolgreiche Regime-Change Operation des US-Geheimdienstes CIA das demokratische Staatskonstrukt zugunsten der autoritären aber politisch deutlich westlich-orientierten Schah-Herrschaft 1953 zu Fall brachte.<sup>80</sup> Damit wurde ein formales

75 *European Commission*, Joint Communication to the European Parliament and the Council, Action Plan on Human Rights and Democracy (2015-2019), “Keeping human rights at the heart of the EU agenda”, 28.4.2015, JOIN(2015) 16 final, 5.

76 Dazu eingehend aus völkerrechtlicher Sicht *Brozus/Schaller*, Über die Responsibility to Protect zum Regimewechsel, SWP-Studie S-13, Juni 2013, 6 ff.

77 *European Commission*, ENP Package – Libya, MEMO, 27.3.2014.

78 *Jinemann*, Vorerst gescheitert: Perspektiven einer glaubwürdigen EU-Mittelmeerpolitik nach dem „Arabischen Frühling“, in: Ruß-Sattar/Bender/Walter (Hrsg.), *Europa und der Arabische Frühling*, 2013, 19 (26).

79 *Katouzian*, *Iranian History and Politics. The Dialectic of State and Society*, 2003, 117; *Molavi*, *The Soul of Iran*, 2002, 200.

80 *Tohidipur*, (Fn. 58) 182 ff. und weiterführend *Bayandor*, *Iran and the CIA. The Fall of Mosaddeq Revisited*, 2010; *Petherick*, *The CIA in Iran. The 1953 Coup and the origin of the US-Iran Divide*, 2006.

Staatskonstrukt gestützt, das nicht den inhaltlichen Vorgaben der *Vereinten Nationen* auf demokratische Selbstbestimmung entsprach. Der *Iran* konnte sich erst mit der sog. „Islamischen Revolution“ 1978/1979 sämtlicher Fremdbestimmung entledigen und verteidigt dies seitdem geradezu exzessiv. *Iran* ist früher Unterzeichner der VN-Charta (Oktober 1945), musste sich aber seine wirkliche Unabhängigkeit erst verlustreich erkämpfen und betont nun diese Befreiung von Fremdbestimmung in Art. 3 Nr. 5 der Verfassung, der als Aufgabe der Regierung des *Iran* „eine vollständige Beseitigung fremder Einflüsse“ statuiert. Selbst von einigen Kritikern der schwierigen politischen Situation wird der derzeitigen Verfassungsordnung des *Iran* das Potential für ein funktionierendes islamisch-republikanisches System zugestanden,<sup>81</sup> wengleich die reale Verfasstheit der Gesellschaft und des Staates mit Blick auf die zeitgenössischen Herausforderungen noch im Werden ist bzw. nun im Inneren verlust- bzw. entbehrungsreich gegenüber dem machtvollen und auf Geheiß weniger Personen agierenden Sicherheitsapparats errungen werden muss.

## 6. Verfassungsnormen als Massenware – Verfassungsmainstreaming?

Mit der Formulierung einer grundlegenden Kritik an der theoretischen Vorstellung eines „*cross-culturally coherent body of constitutional law*“ hinterfragt *Günter Frankenberg* einen verfassungsrechtsvergleichenden Mainstream-Ansatz, der sozusagen global eine signifikante Ähnlichkeit sozialer Konflikte und ihrer Lösung durch bestimmte verfassungsrechtliche Mechanismen und daran gekoppelte Vokabeln identifiziert, wodurch aber zugleich wesentliche Unterschiede gesellschaftlicher Formationen und Kontexte von Recht verdeckt und marginalisiert werden.<sup>82</sup> Die aus dieser Kritik entstandene *IKEA-Theorie* oder *IKEA-Metapher* veranschaulicht das Verständnis von einem Baukastensystem zeitgenössischer Verfassungen, die sich aus einem verifizierbaren Fundus scheinbar global einsetzbarer Verfassungsnormen speisen. Solche Normtexte sollen, befreit von ihrem ursprünglichen Kontext oder kurz: dekontextualisiert, und damit vermeintlich voraussetzungsfrei und „neutral“ mit Blick auf kulturelle Kontexte, in neu entstehende oder sich erneuernde Verfassungstexte übernommen, mithin nur noch in die Zielsprache übersetzt und in die vorgesehene Lücke des Verfassungstextes eingesetzt werden. So scheint heutzutage praktisch keine Neuformulierung einer Verfassung denkbar, ohne dass zumindest formal statuiert wird, dass die grundlegende Staatsgewalt vom Volke ausgeht, mithin Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu garantieren und Menschenrechte zu schützen sind und hierbei Formulierungen gewählt werden, die doch allzu oft direkt aus europäischen Verfassungen entnommen werden.<sup>83</sup> All diese Prinzi-

81 *Majd*, *The Ayatollahs' Democracy*, 2010, 25.

82 Hierzu und zum Folgenden *Frankenberg*, (Fn. 43) 3 ff.

83 So z.B. in der während der Besatzungszeit entstandenen Verfassung von Afghanistan, deren Formulierungen sich z.T. auch in der deutschen Verfassung oder der EU-Grundrechtecharta finden (z.B. Art. 4 und 6 AfghVerf) oder auch in der Verfassung des *Irak*, die einen demokratischen, föderalen und parlamentarisch-republikanischen Staat erschafft (vgl. Ausführungen des Auswärtigen Amtes unter: [http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laenderinfos/Irak/Innenpolitik\\_node.html](http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laenderinfos/Irak/Innenpolitik_node.html) (21.5.2015) und so letztlich auch den Inhalten des deutschen Grundgesetzes entspricht.

pien sind dabei nicht als solche zu kritisieren (bzw. im Gegenteil durchaus als Ideen zu propagieren), sondern nur ihr Gebrauch in einer abstrakten Form, die zu wenig Bezug zu den Gegebenheiten vor Ort hat oder zumindest erst in den konkreten verfassungsrechtlichen Kontext sinnvoll eingefügt werden muss. Es besteht die Gefahr, dass Verfassungen sonst zum formalen Gebrauchsgegenstand bzw. zum Anpassungsnachweis gegenüber einer *Internationalen Gemeinschaft* degradiert werden und ihre gesellschaftliche Verbindlichkeit oder auch nur das Potential zur Erlangung einer solchen verlieren. So forderten beispielsweise die Vereinigten Staaten, als nach dem 2. Weltkrieg überaus prominenter Akteur beim Aufbau einer *Internationalen Gemeinschaft*, gerade von ehemals kolonisierten Staaten die Etablierung demokratischer Strukturen und ihre Angliederung an kapitalistische Marktstrukturen<sup>84</sup> und damit ein entsprechend extern-determiniertes verfassungsrechtliches Setting für die Staaten, die gerade erst ihre vermeintliche Unabhängigkeit erlangt hatten. In seiner kritischen Abhandlung zur Verfassungsgebung in islamischen Staaten zitiert *Ebrahim Afsah* die in diesem Zusammenhang vielsagenden Ausführungen US-amerikanischer Staatswissenschaftler, die er als durchaus repräsentative Herangehensweise identifiziert:

„Hold elections and proclaim it a democracy, even if it is flawed. We must call it a democracy because that is what we stand for (...). Then what you do is you hope.“<sup>85</sup>

Am Beispiel des letzten irakischen Verfassungsprozesses lässt sich aktuell ablesen, dass die Formulierung einer rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung, die nur dem Wortlaut nach vorgegebenen universalen Mustern entspricht, aber nicht auf einem gesellschaftlich inklusivem Prozess basiert, sondern quasi in Form eines „aufgedrängten Verfassungsprozesses“ erfolgte, wenig Aussicht auf Erfolg hat.<sup>86</sup> Die Idee globaler Prinzipien und deren vermeintlich notwendige Implementierung für die Etablierung einer veritablen Verfassung wird auch interpretiert als zivilisierende Mission der Staaten des Nordens und gerät so in den Kontext einer postkolonialen Debatte, die ein quasi kulturdominantes Verfassungsmainstreaming befürchtet, dass das voraussetzungsreiche Vorverständnis beim Verfassungstransfer und die hierarchische Struktur des internationalen Rechts ausblendet.<sup>87</sup> Die für unterschiedliche Staaten generierten Verfassungstexte gleichen sich ansonsten in ihrem Kerngehalt letztlich so sehr, dass die Verfasstheit der jeweiligen Gesellschaft und die bislang ausgestandenen sowie die noch ausstehenden gesellschaftlichen Konflikte, relevante kulturell-lokale Besonderheiten, historische Wegpunkte und rechtliche Eigenheiten zuweilen kaum noch erkennbar bleiben. Sie

84 *Frey*, Indoktrination, Entwicklungspolitik und “State Building”. Die Vereinigten Staaten in Südostasien 1945-1961, in: Barth/Osterhammel (Hrsg.), *Zivilisierungsmissionen*, 2005, 335 (339).

85 *Afsah*, Constitution-Making in Islamic Countries – A Theoretical Framework, in: Grote/Röder (Hrsg.), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*, 2012, 475; zitiert wird hier *Aucoin/Inderfurth/Wiarda*, Building the Institutions of the Nation, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2004 (33), 171 (193).

86 Ausführlich hierzu *Röder*, Rechtsstaatsaufbau durch Verfassungsreformen, in: Dann/Kadelbach/Kaltenborn (Hrsg.), *Entwicklung und Recht*, 2014, 499 (511 ff.).

87 Grundlegend *Rajagopal*, *International Law from Below*, 2003; *Pahuja*, *Decolonising International Law*, 2011; *Khadduri*, Introduction, in: Shaybani, *The Islamic Law of Nations*, 1965, 1 und *Koskenniemi*, *International Law in the World of Ideas*, in: Crawford/Koskenniemi (Hrsg.), *The Cambridge Companion to International Law*, 2012, 54 insb. zum kolonialen Erbe.

tauchen höchstens als folkloristisch anmutende Bestimmungen in den neuen Verfassungstexten auf.<sup>88</sup> Hier bedarf es eines sensiblen und emphatischen Umgangs mit Begriffen und Verständnissen von Begriffen. Der Verfassungstext erhöht ansonsten seinen ohnehin bestehenden kontrafaktischen Gehalt. Dem könnte etwa durch Prozesse zivilgesellschaftlicher Beteiligung entgegengesteuert werden,<sup>89</sup> so dass nicht Experten, die „*merchants of transfer*“,<sup>90</sup> eine Verfassung basteln und verkünden, die bejubelt werden darf, sondern die betroffenen Menschen sich als Mitautoren verstehen können. Hier kann der Verfassungsprozess in Kenia 2009-2010 als durchaus positives Beispiel angeführt werden, bei dem ein inklusives und transparentes Verfahren grundsätzlich gelang.<sup>91</sup> Einem globalisierenden Anspruch des Verfassungstransfers steht so ein immer deutlicher auftretendes Verständnis der Hybridisierung und emanzipierenden Pluralisierung bzw. Fragmentierung von (Verfassungs-)Recht gegenüber.<sup>92</sup>

## 7. Zur Inhomogenität von Rechtskulturen – Blick auf ein fast paradoxes Szenario

Welche Konsequenzen lassen sich nun für das verfassungsvergleichende Terrain ziehen? Während Globalisierung und die Idee, die Welt zu regieren,<sup>93</sup> eher die Vorstellung einer universalen (Welt-)Ordnung bzw. Gemeinschaft mit gemeinsamen Grundregeln stützen, gewinnt auch die quasi entgegengesetzte Sicht an Überzeugung, wonach Globalisierung zu verstehen sei als zunehmende Hybridisierung und Pluralisierung von Kulturen bzw. kulturellen Vorstellungen und den daran ansetzenden Rechtsnormen.<sup>94</sup> Doch ist die Welt kein hierarchiefreier Raum. Wir leben formal in postkolonialen Zeiten, die sich durch eine emanzipierte Stellung der alten Kolonialgebiete in *Südamerika*, *Afrika* und *Asien* auszeichnen. Doch bedeutet dies nicht notwendig auch, dass sich durchweg eine gesellschaftliche, politische oder rechtliche Emanzipation durchsetzen konnte. Vielmehr verharren viele alte Einflussgebiete kolonialer Herrschaft in Struktu-

88 Vgl. zu den Erscheinungsformen derartiger “odd details” *Frankenberg*, (Fn. 43) 15 ff.

89 Vgl. zu den unterschiedlichen Modellen im Rahmen von Constitution-Making *Dann/Riegner/Vogel/Wortmann*, *Lessons learned from Constitution-Making: Processes with broad based Public Participation*, Democracy Reporting International (DRI), Briefing Paper No. 20, Nov 2011.

90 *Frankenberg*, (Fn. 43) 25.

91 *Röder* (Fn. 86), 522 und *Abubakar*, *Memory, Identity and Pluralism in Kenya’s Constitution Building Process*, in: Yash Pal Ghai/Jill Cottrell Ghai (Hrsg.), *Ethnicity, Nationhood and Pluralism: Kenyan Perspectives*, 2013, 21.

92 *Menski*, *Comparative Law in a Global Context*, 2<sup>nd</sup> ed. 2008, 25 und *Choudry*, *Rethinking Comparative Constitutional Law: Multinational Democracies, Constitutional Amendments, and Secession*, Vortrag Law and Society Association, Berlin 2007, [http://www.allacademic.com/meta/p177524\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p177524_index.html).

93 *Mazower*, *Die Welt regieren. Eine Idee und ihre Geschichte*, 2013.

94 *Tohidipur*, *Comparative constitutional studies and the discourse on legal transfer*, in: *Frankenberg* (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 29 (35).

ren, die denen durch die Kolonialzeit gesetzten sehr ähneln.<sup>95</sup> Gleichzeitig sind neue Staaten in *Afrika*, *Asien* und *Südamerika* vom reinen Objekt des internationalen Rechts zum mitgestaltenden Subjekt avanciert.<sup>96</sup> Auch wenn sie bislang meist Empfänger und selten Autoren von übernational wahrnehmbaren Normen waren, haben sie etwas zum internationalen Miteinander im Recht beizusteuern.<sup>97</sup> In formaler Hinsicht wird es um die verstärkte Etablierung inklusiver Prozesse gehen, die lokale Besonderheiten berücksichtigen, dann aber eben auch vielleicht keine kurzfristigen Ergebnisse erzielen können, sondern auf langfristig stabile Verfasstheit zielen. Noch wesentlich schwieriger zu handhaben ist die materielle, also inhaltliche Dimension. Hier wird eine Anschlussfähigkeit eingefordert, die sich etwa auf grundlegende Prinzipien wie Demokratie oder den Rechtsstaat verkürzen lässt. Doch selbst dabei ist möglicherweise Zurückhaltung geboten. Mit der Frage: „*Wieviel Homogenität der Rechtskulturen kann weltweit gefordert werden?*“ nähert sich *Ingeborg Maus* als eine explizite Verfechterin des Rechtsstaats und seiner Prinzipien der Frage nach der Einforderung eben dieser Prinzipien in allen Teilen der Welt.<sup>98</sup> Die „*weltweite Homogenisierung der extrem verschiedenen Rechtskulturen, womöglich im Rahmen eines hegemonialen Weltstaats, notfalls mit Waffengewalt zu erzwingen*“<sup>99</sup> stellt sich so als höchst problematisch und konfliktbeladen dar. Schon die prominente Berufung auf Vokabeln wie den „Rechtsstaat“ verkörpert mehr als nur die Hervorhebung eines Begriffs – zumal selbst Worte eingedenk ihrer ideologischen Aufladung geeignet sind, Vorstellungen von Herrschaft zu begründen und zu sichern.<sup>100</sup> So ist die zumeist vorherrschende rechtsstaatliche Struktur sehr eng mit dem System einer kapitalistischen Ökonomie verknüpft.<sup>101</sup> Prozessen von *Transitional Justice* in Staaten – also einem Übergang von autoritären Systemen zu partizipativ-demokratischen Regimen – wird zunehmend ein spezifischer Entwicklungspfad zuzugestehen sein, der jenseits von Strukturen der Anpassung an „*übergeordnete Rationalitäts- und Verhaltensmuster der Weltkultur*“<sup>102</sup> welche Gestalt diese auch immer haben mögen, funktioniert. „Entwicklung“ ist keine objektiv lineare Größe, sondern kann auch missverstanden werden als Erziehung hin zu einer Form der Universalität, die zur „*Vernichtung der Vielfalt*“ führt.<sup>103</sup> Neben der gestaltenden Souveränität der

95 Siehe z.B. den kritischen Blick auf den „Extraktivismus“ in Lateinamerika, also die den Staaten des Nordens zuträgliche Ausbeutung nicht erneuerbarer Rohstoffe, *Svampa*, Bergbau und Beo-Extraktivismus in Lateinamerika, in: Forschungs- und Dokumentationszentrum Chile-Lateinamerika&Rosa-Luxemburg-Stiftung (Hrsg.), *Der Neue Extraktivismus. Eine Debatte über die Grenzen des Rohstoffmodells in Lateinamerika*, 2012, 14 ff.

96 *Anand*, *New States and International Law*, 2008, 1.

97 Einen ersten Ansatz mit Blick auf Menschenrechte kann *Twining* (Hrsg.), *Human Rights, Southern Voices*, 2009 oder *Mallat*, *Islam and the Constitutional Order*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, 1287 ff. liefern.

98 Hierzu und zum Folgenden *Maus*, *Menschenrechte, Demokratie und Frieden*, 2015, 210 ff.

99 *Maus*, (Fn. 98) 210.

100 *Spivak*, *Can the Subaltern Speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation*, 2008, 25.

101 *Magdoff*, *Imperialism without colonies*, 2003, 35; *Wallerstein*, *Die Barbarei der anderen. Europäischer Universalismus*, 2. Aufl. 2010, 8 und ausdrücklich auch *Maus*, *Menschenrechte, Demokratie und Frieden*, 2015, 212.

102 Hierzu aus systemtheoretischer Perspektive *Kastner*, *Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, 2015, 16.

103 *Feyerabend*, *Die Vernichtung der Vielfalt. Ein Bericht*, 2005, 282.

demokratischen Legislative ist die Vorfestlegung detaillierter Grundrechtskataloge über die Ideen von Freiheit und Gleichheit hinaus problematisch mit Blick auf die Prozesse demokratisch-partizipativer Selbstgestaltung, die eigentlich selbstverständlich zu ermöglichen sind.<sup>104</sup> Letztlich begnügt sich die *Internationale Gemeinschaft* oder die Staaten, die in ihrem Namen handeln, oftmals mit einem formalen Bekennen zu Vokabeln wie Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechten, selbst wenn sie keine eigenständigen Inhalte mehr begründen, solange eine stabile Gemeinsamkeit der Interessen der Staaten besteht. Andererseits schützt die Durchführung der eigentlich eingeforderten inklusiven und partizipativen Prozesse wie zivilgesellschaftliches Aufbegehren gegen Missstände oder selbst auch demokratische Wahlen nicht vor Einmischung unter Vorkhaltung derselben formalen Kategorien. Selbst einer insoweit etablierten und stabilen Demokratie wie *Deutschland* wird vorgehalten, dass die Gefährdung der Verfassung zunehmend vom Staat ausgehe,<sup>105</sup> was die Verlässlichkeit des Staates an sich hinterfragt. So komplettiert sich das paradox anmutende Weltszenario von der Makro- bis zur Mikroebene.

---

104 *Maus*, (Fn. 98) 214 f. und eingehend *Meisterhans*, Menschenrechte als weltgesellschaftliche Herrschaftspraxis, 2010, 72 ff.

105 *Müller-Heidelberg/Steven/Pelzer u.a.* (Hrsg.), Grundrechtereport 2015, 1.