

Erster Teil:

Externalisierung aus Sicht des Rechts

Um das Verhältnis des Rechts zur Externalisierung zu beleuchten, widmet sich der erste Teil dieser Untersuchung der – oder genauer: einer möglichen – Sicht des Rechts und der Rechtswissenschaft auf das Phänomen der Externalisierung. Dabei wird herausgearbeitet, dass Externalitäten als Normkonflikte beschrieben werden können, um sie und die zugrunde liegenden Prozesse der Externalisierung einer rechtswissenschaftlichen Analyse zugänglich zu machen (Kapitel 4). Normkonflikte stellen den Gegenstand der Debatten über Fragmentierung und Pluralismus des Rechts dar (Kapitel 5). An diese Debatten soll angeschlossen werden, um Externalitäten nicht nur als Normkonflikte, sondern darüber hinaus die Externalisierung als Lösungsstrategie im Umgang mit der Fragmentierung des Rechts fassbar zu machen (Kapitel 6).

4 Externalitäten als Normkonflikte

Das Konzept der Externalisierung beschreibt das systematische Verursachen von Externalitäten, also von sozialen und ökologischen Kosten, die auf ein räumliches (oder anders konstruiertes) Außen verlagert werden. Es handelt sich dabei um negative Folgen oder Voraussetzungen der sich im Innen abspielenden Lebensform. Solche Externalitäten stellen einerseits oft Verletzungen von menschen- oder umweltrechtlichen Normen dar oder stehen zumindest in einem Spannungsverhältnis zu diesen Normen. Andererseits ermöglichen rechtliche Strukturen externalisierende Prozesse, sodass Externalitäten erst durch das ordnungsgemäße Operieren anderer Rechtsnormen hervorgebracht werden. Vor diesem Hintergrund treten Externalitäten in Situationen auf, in welchen zweierlei Normen aneinandergeraten: Normen, die bestimmte Vorgänge ermöglichen, kollidieren mit solchen, die durch eben diese Prozesse verletzt werden. Folglich können Externalitäten als Normkonflikte beschrieben werden. Diese Überlegung wird im Folgenden näher ausgearbeitet. Dazu gilt es, den Begriff des Normkonflikts zu umschreiben und darzulegen, inwiefern Externalitäten als ebensolche Konflikte verstanden werden können.

4.1 Normkonflikte

Um Externalitäten als Normkonflikte zu begreifen, bedarf es zunächst einer Verständigung über den Begriff des Normkonflikts. Dieser nimmt in der Debatte über die Fragmentierung des Rechts, auf die hinten näher eingegangen wird, einen zentralen Platz ein. Durch die Auseinandersetzung mit verschiedenen Ansätzen, Normkonflikte zu verstehen, soll ein Begriff des Normkonflikts skizziert werden, auf den im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zurückgegriffen werden kann.

Dem Begriff des Konflikts werden verschiedene Verständnisse zugrunde gelegt, die unterschiedlich weit reichen. Dabei ergeben sich aus dem Umfang der Konfliktdefinition, also ob ein weiter oder ein eher enger Begriff gewählt wird, zugleich die Konturen des zu untersuchenden Problems. Was aus der Konfliktdefinition herausfällt, erscheint nicht als Problem, das Gegenstand der jeweiligen Untersuchung zu sein hätte.¹ Insofern sind Definitionen nicht »neutral«, sondern verweisen etwa auf Vorannahmen, Intuitionen und politische Intentionen. Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass die Art der Probleminterpretation,

1 Vgl. auch Pauwelyn, Conflict of Norms, 2003, S. 171, der deshalb enge Definitionen als »artificial and self-made« zurückweist und für sich in Anspruch nimmt, einer »more accurate and neutral definition« zu folgen.

wie etwas zum Problem gemacht wird, die Möglichkeit der Lösung prägt.²

Grob lassen sich enge Ansätze von weiten Definitionen unterscheiden. In einem engen Sinn liegt ein Konflikt dann vor, wenn ein Staat einer Norm nur entsprechen kann, indem er zugleich den Vorgaben einer anderen Norm nicht nachkommt.³ Diese Definition wird dann noch enger, wenn eine Unterscheidung zwischen »unechten« und »echten« Konflikten vorgenommen wird, indem jene Konflikte nicht zugerechnet werden, die durch Konfliktlösungsmechanismen auf der Ebene der Auslegung beseitigt und daher als »unecht« bezeichnet werden können.⁴ Als »echte« Konflikte bleiben dann nur jene bestehen, die mittels einer Derogationsregel zu beseitigen oder einer Konfliktlösung gänzlich unzugänglich sind.⁵ Angesichts der theoretischen Unbegrenztheit rechtlicher Argumentation hängt das Gelingen einer harmonisierenden Auslegung letztlich davon ab, ob ein dahingehender Wille besteht, und nicht von der Natur der Ausgangskonstellation.⁶ Letztere ist nämlich nicht objektiv

- 2 Vgl. zur Interpretationsabhängigkeit von Problemen neben den Hinweisen in Kap. 2.2, Fn. 31 auch *Koskenniemi*, *Hegemonic Regimes*, 2012, S. 317; *Koskenniemi*, *Enchanted by the Tools*, 2019, S. 8.
- 3 *Jenks*, *Conflict*, 1953, S. 426; *Matz*, *Koordinierung*, 2005, S. 11; *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 24; *Pauwelyn*, *Conflict of Norms*, 2003, S. 167 und 175 f. Die in Frage stehenden Normen können Gebote, Verbote oder Ermächtigungen enthalten (vgl. *Pauwelyn*, *Conflict of Norms*, 2003, S. 170 f.; *Jeutner*, *Irresolvable Norm Conflicts*, 2017, S. 27 ff.; anders hingegen *Jenks*, *Conflict*, 1953, S. 426 f.). Zudem kann sich eine Konfliktsituation auch aus ein und derselben Norm ergeben, was z. B. bei Grundrechtskollisionen der Fall sein kann (vgl. *Jeutner*, *Irresolvable Norm Conflicts*, 2017, S. 30 ff.).
- 4 Vgl. *Pauwelyn*, *Conflict of Norms*, 2003, insb. S. 178, ferner S. 6, 272 f. und 275, der in diesem Sinne zwischen »apparent conflicts«, die z. B. durch eine harmonische Auslegung vermeidbar sind, und »genuine conflicts« differenziert; vgl. auch *Jeutner*, *Irresolvable Norm Conflicts*, 2017, S. 33; sowie *De Wet/Vidmar*, *Introduction*, 2012, S. 2, die »apparent conflicts« mit einem breiten Begriffsverständnis gleichsetzen. Vgl. zum Ganzen die Betrachtung der Konfliktlösungsstrategien hinten in Kap. 6.
- 5 Vgl. *Pauwelyn*, *Conflict of Norms*, 2003, insb. S. 178, ferner S. 6, 272 f. und 275; sowie *Matz*, *Koordinierung*, 2005, S. 11 f., die eine noch engere Verständnismöglichkeit darlegt.
- 6 Vgl. *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 42. Soweit Auslegungsgrenzen postuliert werden, erscheint es fraglich, ob diese durch das Recht selbst vorgegeben werden oder nicht viel eher Ausdruck einer (rechts-)politischen Haltung sind. Vgl. dazu etwa *Pauwelyn*, *Conflict of Norms*, 2003, S. 245 ff.; *Jeutner*, *Irresolvable Norm Conflicts*, 2017, S. 33, der interpretative Konfliktlösungen nur innerhalb »the confines of the judicial function« als Ausweg erachtet; *Pasquet*, *De-Fragmentation Techniques*, Rz. 51, der die

gegeben, sondern wird im Zuge der interpretativen Arbeit erst geschaffen.⁷ Der bloße Umstand, dass auf dem einen oder anderen Weg ein Argument gefunden werden kann, um eine Kompatibilität zweier Normen herzustellen, ändert nichts am zugrunde liegenden Problem, dass die eine Norm keine Gefolgschaft erfährt und die Erreichung der mit ihr verfolgten Ziele vereitelt oder geschwächt wird.⁸ Der Widerspruch lebt also fort, auch wenn das Recht eine formelle Kompatibilität herzustellen im Stande ist, weshalb solche Konstellationen nicht aus dem Konfliktbegriff auszuschließen sind.⁹ Die Bedeutung dieser Einschränkung – und ihrer Rückweisung – lässt sich am Beispiel der Grund- bzw. Menschenrechte veranschaulichen. Treten diese in Konflikt mit anderen Rechtsnormen, bestehen meist formalisierte Schemata, etwa Schrankenvorbehalte, die eine Konfliktlösung erlauben.¹⁰ Die Lösung beschränkt sich nun aber auf die Rechtfertigung des Eingriffs und damit der Harmonisierung mit – oder eben Vorrangerklärung – der entgegenstehenden Norm. Beseitigt wird damit aber weder der Eingriff noch der zugrunde liegende Normkonflikt. Eine solche enge Definition soll deshalb der vorliegenden Untersuchung nicht zugrunde gelegt werden.

Auch ohne Ausschluss »unechter« erweist sich dieses Begriffsverständnis allerdings als zu eng. Es setzt nämlich voraus, dass zwei spezifische, sich widersprechende Normen isoliert werden können. Zudem fallen Konstellationen, die programmatische oder progressiv umzusetzende sowie ermächtigende Normen umfassen, durch sein binäres Netz, das lediglich mit klaren Normverstößen umzugehen weiß.¹¹ Kein Konflikt

»persuasiveness of the accounts of reality that are proposed by an interpreter« als Grenze ausmacht; sowie hinten Kap. 5.2.4.2 und 5.2.4.4.

7 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 25; vgl. auch *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, u. a. S. 526 f.

8 Vgl. auch *Matz*, Koordinierung, 2005, S. 12 f.

9 Ähnlich argumentiert *Pauwelyn*, Conflict of Norms, 2003, S. 172 f., wonach der Begriff des Konflikts nicht mit den Instrumenten seiner Überwindung zu vermengen sei. Nur weil eine Lösungsstrategie vorliegt, kann nicht bereits ein Konflikt verneint und umgekehrt ein solcher nur bejaht werden, falls kein anschlussfähiges rechtliches Argument eronnen werden kann. Auch im ILC-Bericht wird in diesem Sinne festgehalten, dass die Reduktion auf logische Inkompatibilitäten die Bedeutung der Interpretation und eines entsprechenden Spielraums verkenne (ILC, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 25).

10 Vgl. hierzu *Kälén/Künzli*, Menschenrechtsschutz, 2019, Rz. 3.79 ff., 3.110 ff. und 3.118. Während die Konfliktlage bei Abwehransprüchen relativ klar zu Tage tritt, ist diese bei Schutz- und Gewährleistungspflichten weniger deutlich. Vgl. zu derartigen Abwägungsformeln als Konfliktlösungstechnik auch hinten Kap. 6.1.2.2.3.

11 Vgl. ILC, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 24; *Vranes*, Norm Conflict, 2006, S. 401 ff.. Insofern kann bei solchen Konflikten auch von

liegt nach dieser Definition nämlich dann vor, wenn aufgrund der Konformität mit einer bestimmten Vorgabe der Stossrichtung einer anderen Norm weniger Nachachtung verschafft werden kann, ohne diese jedoch zu verletzen. Das ist etwa bei wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten der Fall, die »unter Ausschöpfung aller [...] Möglichkeiten [...] nach und nach mit allen geeigneten Mitteln« (Art. 2 Abs. 1 UN-Pakt I) zu verwirklichen sind.¹² Doch auch bei anderen positiven, also ein bestimmtes Handeln vorschreibenden Verpflichtungen ist eine Normverletzung relativ schwierig feststellbar und ein Konflikt im engeren Sinn muss nicht bereits deshalb gegeben sein, weil ein anderes Verhalten der jeweiligen Norm besser entsprechen würde.¹³ Konkret sind mit Blick auf menschenrechtliche Garantien nicht nur Gewährleistungspflichten, wie sie im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte besonders im Fokus stehen, sondern auch Schutzpflichten, die auch aus bürgerlichen und politischen Rechten fließen, von Bedeutung. Deren Konturen richten sich nämlich ebenso nach den verfügbaren Mitteln der Normadressat*innen.¹⁴ Sodann erschwert ein enges Konfliktverständnis, Konstellationen zu erfassen, in welchen die Erfüllung von Ergebnispflichten zur Debatte steht.¹⁵ Beispielsweise dürfte es, sollte dereinst feststehen, dass es die Vertragsstaaten des Pariser Klimaübereinkommens versäumt haben, den »Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2 °C über dem vorindustriellen Niveau« (Art. 2 Abs. 1 lit. a PKÜ) zu halten, kaum möglich sein, genau festzustellen, welche konkreten Normen dazu geführt haben.

Mit anderen Worten erscheint es zweifelhaft, mit einem engen Verständnis des Normkonflikts der komplexen, interdependenten Realität und der normativen Vielfalt gerecht zu werden. Vielmehr drängt sich eine weite Definition des Normkonflikts auf.¹⁶ Nele Matz hat hierzu eine aufschlussreiche Kategorisierung vorgeschlagen und unterscheidet zwischen

Pflichtenkollisionen gesprochen werden; vgl. *Matz*, Koordinierung, 2005, S. 15.

- 12 Vgl. zur Verpflichtungsstruktur der Garantien des UN-Pakt I *Kälin/Künzli*, Menschenrechtsschutz, 2019, Rz. 3.121 ff. Soweit WSK-Rechte justiziable Gehalte umfassen, können sie auch mit einem engen Normkonfliktverständnis adressiert werden. Für die Justiziabilität zu plädieren, kann deshalb eine alternative Strategie darstellen, um Spannungsverhältnisse sichtbarer zu machen.
- 13 Vgl. auch *Matz*, Koordinierung, 2005, S. 15.
- 14 Vgl. *Kälin/Künzli*, Menschenrechtsschutz, 2019, Rz. 3.110.
- 15 Vgl. zur Unterscheidung von Verhaltens- und Ergebnispflichten im vorliegenden Kontext *Matz*, Koordinierung, 2005, S. 19 f.
- 16 So etwa auch *Matz*, Koordinierung, 2005, S. 9 und 12; *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 24 f.; vgl. auch *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 22 ff.; *Klabbers/Palombella*, Introduction, 2019, S. 1 und 9 f.; *Vranes*, Norm Conflict, 2006, S. 412 ff.

Ansatz- und Programmkonflikten, Zielkollisionen sowie politischen Konflikten.¹⁷ Sofern verschiedene Ziele nicht offensichtlich unvereinbar sind, tritt ein Spannungsverhältnis zwischen ihnen erst dann in Erscheinung, wenn die Art und Weise ihrer Erreichung konfliktbehaftet ist.¹⁸ Dies kann bei Ansatz- und Programmkonflikten der Fall sein, die »zwischen unterschiedlichen den jeweiligen Abkommen zugrunde liegenden Ansätzen, Konzepten oder Programmen« bestehen.¹⁹ Anders als Zielkollisionen betrifft der Ansatz oder das Programm eines Vertrages bestimmte Konzepte und Methoden, um die gesetzten Zwecke zu erreichen.²⁰ Dadurch geraten auch Konstellationen in den Blick, bei welchen ein Vertrag oder ein Rechtsregime beispielsweise vorgibt, durch die Deregulierung von wirtschaftlichen Prozessen dieselben Ergebnisse zu erreichen, die sich ein anderes Regime, dem Ansätze stärkerer öffentlicher Regulierung zugrunde liegen, zum Ziel gesetzt hat.²¹ Politische Konflikte können nach Matz schließlich dann vorliegen, wenn Staaten – ohne direkte Normverletzung – »die Förderung des einen Vertragszwecks zu Lasten eines anderen Abkommens effektiver vorantreiben«. ²² Auch hier ist der Konflikt jedoch mehr als nur politisch, denn das Spannungsverhältnis ist in der rechtlichen Ausgangslage bereits angelegt, das heißt in der Koexistenz der beiden gleichzeitig verfolgten Ziele.

Vor diesem Hintergrund drängt sich denn auch hinsichtlich der Rechtsquellen und der betroffenen Akteur*innen ein weites Konfliktverständnis auf. Die völkerrechtliche Perspektive auf Normkonflikte legt den Fokus meist auf das Verhalten von Staaten als primäre Rechtssubjekte. Dies soll aber nicht davon ablenken, dass sich gesellschaftliche Prozesse, die durch das Völkerrecht beeinflusst werden, im alltäglichen Geschehen regelmäßig ohne direkt sichtbares staatliches Handeln vollziehen, auch wenn eine Wirkungskette hin zu völkerrechtlichen Normen und damit zusammenhängendem staatlichem Handeln besteht. Folglich muss es für

17 Matz, Koordinierung, 2005, S. 13 ff. Matz führt ferner Pflichtenkollisionen sowie Umsetzungs- und Durchführungskonflikte an. Die erste Kategorie stellt in der Regel Konflikte im engeren Sinn dar (ibid., S. 15), während letztere Konstellationen erfasst, die bereits in Ziel- oder Pflichtenkollisionen angelegt sind (ibid., S. 16). Im ILC-Bericht wird diese Vielfalt weniger systematisch »as a situation where two rules or principles suggest different ways of dealing with a problem« umschrieben (ILC, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 25).

18 Vgl. Matz, Koordinierung, 2005, S. 15 f.

19 Matz, Koordinierung, 2005, S. 13.

20 Matz, Koordinierung, 2005, S. 13.

21 Vgl. mit einem Beispiel zu unterschiedlichen Ansätzen im Bereich des Umweltvölkerrechts Matz, Koordinierung, 2005, S. 14.

22 Matz, Koordinierung, 2005, S. 16 f.

die Annahme eines Konflikts genügen, dass bestimmte Normen im Hintergrund vorhanden sind, die das Tun und Unterlassen jener, die anderen Normen ihre Verwirklichung versagen, in irgendeiner Weise strukturieren, ermöglichen oder legitimieren. Überdies scheint es angesichts der Interdependenz und Interaktion verschiedener Regulierungsebenen, -formen und -foren einer aufschlussreichen Untersuchung hinderlich, sich auf das eigentliche Völkerrecht²³ zu beschränken.²⁴ Aus menschenrechtlicher Sicht etwa geht nicht nur von Staaten, sondern gerade auch von transnationalen Unternehmen ein enormes Gefahren- und damit auch Konfliktpotenzial aus.²⁵ Zu berücksichtigen sind folglich nicht nur Private als Handelnde, sondern auch das sie und ihre Handlungen strukturierende Recht. Eine adäquate Konfliktdefinition muss damit nicht nur staatliches Tun und Unterlassen, sondern soziale Prozesse, die durch das Recht, gleich welcher Herkunft, strukturiert oder anderweitig beeinflusst werden, mitumfassen.

Für die vorliegende Arbeit erscheint es im Ergebnis sinnvoll, ein breites Begriffsverständnis zu verwenden, um die Reproduktion blinder Flecken der Rechtsdogmatik zu vermeiden. So liefe ein enges, technisches Konfliktverständnis beispielsweise Gefahr, Konstellationen nur deshalb als unproblematisch unberücksichtigt zu lassen, weil keine konkrete Norm oder kein spezifisches staatliches Verhalten eruiert werden kann, das mit einer anderen Norm konfligiert. Als Normkonflikt soll demnach im Folgenden eine Situation verstanden werden, in der ein bestimmtes Tun oder Unterlassen oder eine bestimmte soziale Praxis, die von einer Norm oder einem Normgefüge vorgeschrieben oder zumindest begünstigt werden, das Verfolgen der Ziele einer anderen Norm oder eines anderen Normgefüges negativ beeinflusst. Dabei kann sowohl das relevante Verhalten von Staaten als auch von Privaten ausgehen, während die kollidierenden Normmassen nicht zwangsläufig dem klassischen Völkerrecht angehören müssen.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass das Ausmaß der Problematik der Normkonflikte nicht davon abhängt, wie oft Normkonflikte im Recht tatsächlich verhandelt werden. Die rechtliche Bedeutung von Normkonflikten hängt nämlich zunächst davon ab, ob diese in formellen Streitbeilegungsverfahren adressiert werden können oder im

23 Also auf jene Rechtsbestände, die in Art. 38 IGH-Statut erwähnt sind.

24 *Krisch*, Pluralism, 2019, S. 700 f. und 705: »As spheres of authority are increasingly interwoven in global governance, strictly delimiting spheres of study and practice – carving them up into international and domestic, public and private, formal and informal – becomes untenable.« Vgl. etwa auch *Cotula*, Global Resource Governance, 2020, S. 432 ff., der die Bedeutung des Zusammenspiels von landes- und völkerrechtlichen Normen im globalen Rohstoffregime hervorhebt.

25 Vgl. in diesem Zusammenhang hinten Kap. 9.2.2.6.2.

rechtswissenschaftlichen Diskurs Beachtung finden.²⁶ Ob Konflikte gesellschaftliche Relevanz erlangen, kann indes kaum aus einer rechtsinternen Perspektive erschöpfend erklärt werden. Die Wahrnehmung von Normkonflikten und der Umgang mit diesen hängt maßgeblich von der Handlungsmacht gesellschaftlicher Akteur*innen ab. Konflikte können zwar theoretisch identifizierbar, aber gesellschaftlich irrelevant sein. Jedes gesellschaftliche Problem kann grundsätzlich als unterschiedliche rechtliche Fragestellungen reformuliert werden, sodass beispielsweise zugleich eine menschen-, umwelt-, handels- oder sicherheitsrechtliche Angelegenheit vorliegen könnte.²⁷ Folglich müssen auch Konflikte erst artikuliert und damit aktualisiert werden, um Bedeutung zu erlangen und einer Bearbeitung zugeführt zu werden.²⁸ Mit anderen Worten ist die Relevanz eines Normkonflikts keine Eigenschaft des Rechts, sondern eine Folge der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse, in welche das Recht eingelassen ist.²⁹ Angesichts dessen spielt es eine zentrale Rolle, in welchem gesellschaftlichen Umfeld Normen potenziell kollidieren. Im Kontext der vorliegenden Arbeit eröffnet sich deshalb bereits eine erste Einsicht in den Umstand, dass räumliche Verlagerungen die Ausgangslage dafür, ob und in welchem Umfang etwas als Normkonflikt aktualisiert wird, maßgeblich beeinflussen können. Zugleich lassen sich vor diesem Hintergrund gewisse Anreize und Wirkung von Externalisierungen erahnen. Diese Zusammenhänge werden später nochmals aufgegriffen.³⁰

4.2 Externalitäten als Kollisionspunkte

Externalisierung ist in erster Linie ein strukturelles Problem. Obwohl eben dies mitunter verdeckt wird, wenn auf Einzelfälle fokussiert wird, ist es sinnvoll, solche zum besseren Verständnis heranzuziehen. Es gibt zahlreiche Beispiele für Umstände, die mit Lessenich als Externalität

26 Die Marginalität beider Aspekte hat nach *Koskeniemi*, *Hegemonic Regimes*, 2012, S. 316, dazu geführt, dass Regimekonflikte entgegen einer entsprechenden Sorge nur wenig in Erscheinung getreten sind. Vgl. zur geringen Virulenz von Normkonflikten in der Rechtspraxis auch *Ziegler/Boie*, *Relationship*, 2012, insb. S. 274, 278, 285 und 298.

27 *Koskeniemi*, *Fate of Public International Law*, 2007, S. 7.

28 Vgl. *Gholiagha/Holzscheiter/Liese*, *Activating norm collisions*, 2020; vgl. auch *Kreuder-Sonnen/Zürn*, *After fragmentation*, 2020, u. a. S. 244 f., 252 und 253 f.; *Ziegler/Boie*, *Relationship*, 2012, S. 298; *Pichl*, *Rechtskämpfe*, 2021, u. a. S. 43 f., 76, 85 und 314 f.; sowie hinten in Kap. 5.3 bei Fn. 271 und in Kap. 6.4.2 bei Fn. 281.

29 Vgl. *Pichl*, *Rechtskämpfe*, 2021, u. a. S. 89; ferner auch *Koskeniemi*, *Fate of Public International Law*, 2007, S. 7.

30 Vgl. hinten insb. Kap. 6.4.2.

beschrieben werden können. Indem das Konzept der Externalisierung »negative Effekte« sowie »soziale und ökologische Kosten« in den Blick nimmt,³¹ wird ein weites Feld eröffnet. Dieses engt Lessenich denn auch nicht ein, sondern hält es explizit offen, etwa wenn er an die Ungleichheitsdefinition von Charles Tilly anschließt, wonach ungleiche Beziehungen durch Interaktionen gekennzeichnet seien, die für »die eine Seite grössere Vorteile schafft als für die andere«.³² Ein solch umfassender Begriff lässt sich abstrakt nicht ohne Weiteres ins rechtliche Vokabular überführen. Wenn jedoch konkrete Externalisierungsprozesse und Externalitäten betrachtet werden, drängt es sich auf, solche beispielsweise als Verletzungen von Menschenrechten und Verstöße gegen Umweltschutzbestimmungen zu erfassen.³³

Einleitend wurden einige Beispiele aus dem Bergbau, der Textilindustrie, der Landwirtschaft und der Sorgearbeit angeführt, um das Konzept der Externalisierung zu veranschaulichen.³⁴ Werden nun die dabei erwähnten oder implizierten negativen Effekte globaler Beziehungen ins Recht übersetzt, liegt der Schluss nahe, diese als potenzielle Verletzung von menschenrechtlichen Garantien und Vorgaben des Umwelt- und Klimaschutzes zu betrachten. Die Näher*innen in Bangladesch oder Pakistan beispielsweise, die zu Bedingungen arbeiten, die nicht nur ihre Gesundheit, sondern auch ihr Leben gefährden, sehen unter anderem ihre Rechte auf Gesundheit und Leben verletzt, was bei Großunglücken besonders deutlich wird. Agroindustrielle Praktiken und andere Vorgänge in der globalen Landwirtschaft beeinträchtigen neben den Menschenrechten, namentlich dem Recht auf angemessenen Lebensstandard und den Rechten indigener Völker, auch die Vorgaben des Umwelt- und Klimaschutzes.³⁵ So konstatierten beispielsweise die UN-Sonderberichterstatter für Giftmüll und für das Recht auf Nahrung Menschenrechtsverletzungen ausgehend vom Export von bestimmten Pestiziden, deren Gebrauch zu schwerwiegenden Gesundheitsschädigungen bis hin zu Todesfällen führt.³⁶ Verheerende Konsequenzen und insofern rechtliche Normverstöße zeitigt sodann die globale Rohstoffindustrie, insbesondere im Bergbau. Auch der Export von Abfall steht zumindest potenziell in einem Spannungsverhältnis zu Normen des Umwelt- und des

31 *Lessenich*, Sintflut, 2016, u. a. S. 24, 26 und 44 f.

32 *Lessenich*, Sintflut, 2016, S. 55 m. V. a. *Tilly*, *Origins of inequality*, 2001. Obwohl Lessenichs Bezugnahme auf Tilly in erster Linie der Analyse der Prozessdimension der Externalisierung dient, scheint hier auch eine Überstimmung hinsichtlich des Verständnisses der Externalisierung vorzuliegen.

33 Vgl. hierzu auch hinten Kap. 9.2.2.1.

34 Vgl. vorne Kap. 1.

35 Vgl. zum Land Grabbing etwa *Opel*, *Ausländische Agrarinvestitionen*, 2016, S. 97 ff.; *von Bernstorff*, *Global Market for Agricultural Land*, 2018.

36 *Elver/Tuncak*, Report, 24.01.2017, Ziff. 73.

Menschenrechtsschutzes. Der Sorgeextraktivismus wiederum steht etwa in einem Spannungsverhältnis sowohl mit dem Recht auf Gesundheit in der Peripherie als auch mit dem Recht auf Familie der direkt betroffenen Menschen. Das Geschäft der globalen Finanzplätze schließlich treibt den Klimawandel voran, was nicht nur das Klimaschutzrecht tangiert, sondern auch zahlreiche menschenrechtliche Probleme verursacht.

Externalitäten gehen demnach häufig mit Verletzungen von Menschenrechten und Umweltrecht einher und können mit diesem Vokabular auch in politische Forderungen überführt werden.³⁷ Zugleich werden sie als negative Effekte, Lasten und Kosten durch bestimmte gesellschaftliche Vorgänge verursacht, die oftmals in der wirtschaftlichen Sphäre zu verorten sind. Diese Prozesse sind nun ihrerseits in rechtliche Strukturen eingebettet.³⁸ Freihandels- und Investitionsschutzrecht sowie die globale Währungsordnung erleichtern den Zugang zu Märkten in der Peripherie, während transnationale Lieferketten aus unzähligen vertraglichen Gliedern bestehen.³⁹ Transnationale Unternehmen haben ein rechtliches Gerüst und internationale Investoren sichern ihren Zugriff auf Land und Rohstoffe über Eigentums- und Verfügungsrechte aus der jeweiligen landesrechtlichen Ordnung.⁴⁰ Auch der Klimawandel und dessen Folgen sind nicht bloß Naturkatastrophen, sondern untrennbar mit gesellschaftlichen Verhältnissen verbunden, die ihrerseits rechtlich strukturiert sind.⁴¹

Die Fragen, inwiefern das Recht gesellschaftliche Verhältnisse prägt und folglich dazu beiträgt, externalisierende Prozesse zu ermöglichen und dadurch Externalitäten hervorzubringen, und ob dem Recht insofern eine konstituierende oder gar determinierende Rolle zukommt, werden noch näher zu betrachten sein.⁴² An dieser Stelle genügt die Feststellung, dass Externalitäten nicht nur als Rechtsverletzungen zu betrachten sind, sondern ebenfalls als Ausdruck des ordentlichen Rechtsbetriebs. Insofern greift es deutlich zu kurz, problematische Geschäftspraktiken als

37 Vgl. zu den Menschenrechten als Vokabular politischer Kontestation hinten Kap. 9.2.2.1.

38 Vgl. dazu insb. auch hinten Kap. 9.1.2 zum globalen Wirtschaftsrecht.

39 Vgl. etwa *Feichtner*, Law of Natural Resource Extraction, 2020, S. 164 ff.; *Eller*, Comparative Genealogies, 2020, S. 1408.

40 Vgl. zur Rolle des nationalen Rechts für die Rohstoffgewinnung *Cotula*, Global Resource Governance, 2020, S. 436 ff.; ferner *Özsu*, Grabbing land, 2019, u. a. S. 11 f.; *Seck*, Transnational Mining Law, 2021; *Gupta*, Transnational Property Law, 2021; sowie etwa die Beiträge in *Carter/Harding* (Hrsg.), Land Grabs in Asia, 2017.

41 Vgl. etwa *Humphreys*, Ungoverning the climate, 2020, S. 12.

42 Vgl. dazu hinten Kap. 5.2.3 zur Frage der gesellschaftsrechtlichen Koproduktion sowie den zweiten Teil, Kap. 8 ff. zum Recht der Externalisierungsgesellschaft.

Plünderung, Betrug oder Diebstahl zu bezeichnen und damit als illegale Vorgänge abzutun.⁴³ Es sind nämlich rechtliche Strukturen, die externalisierende Praktiken mit hervorbringen, was in der Folge zu Verletzungen von oder Spannungsverhältnissen zu anderen Rechtsbeständen führt.⁴⁴ Damit stellen Externalitäten Situationen dar, in denen ein bestimmtes Verhalten, das von einer Norm oder einem Normgefüge vorgeschrieben oder zumindest begünstigt wird, das Verfolgen der Ziele anderer Normen oder eines anderen Normgefüges negativ beeinflusst. Mit anderen Worten sind Externalitäten Ausdruck von Normkonflikten, sie sind der Kristallisationspunkt kollidierender Rechtsmassen.⁴⁵

Obschon der Bezug zu Menschenrechten in den nun genannten Beispielen einfach herzustellen ist, kann es im Einzelnen schwierig sein, eine Menschenrechtsverletzung konkret zu begründen. Dies ist etwa dort der Fall, wo komplexe gesellschaftliche Zusammenhänge ins Spiel kommen und zudem die Menschen, deren Rechte tangiert werden, selbst aktiv und aus scheinbar freien Stücken am Geschehen teilhaben. Dabei werden die Betroffenen regelmäßig durch die äußeren Umstände faktisch gezwungen, sich in eine bestimmte Situation zu begeben.⁴⁶ Die Einwilligung, die unterstellt wird, weil kein direkter Zwang angewendet wird, mag zwar dort eine Normverletzung ausschließen, wo keine absoluten Verbote greifen,⁴⁷ ein offensichtliches Spannungsverhältnis bleibt aber dennoch bestehen. Nur wenn dessen Artikulation zugelassen wird, können auch die strukturellen Ursachen von Ausbeutung adressiert werden.⁴⁸

Vor diesem Hintergrund wird die Bedeutung einer weiten Definition des Normkonflikts erneut ersichtlich: Das Konzept der Externalisierung vermag sein kritisches Potenzial nur dann zu entfalten, wenn auch Spannungsverhältnisse und Eingriffe in menschenrechtliche Garantien in den Blick genommen werden, die einer Rechtfertigung zugänglich sind.⁴⁹ Würde die Konfliktdefinition hingegen an das Gelingen dieser Rechtfertigung anknüpfen, würden gesellschaftliche Konflikte und damit auch

43 Özsü, Grabbing land, 2019, S. 11.

44 Vgl. in diesem Sinne auch Chadwick, Hunger, 2019, u. a. S. 3, 5 und 191; Pogge, Divided against itself, 2012, S. 373 f., 380 und 389 f.

45 Vgl. zum Begriff des Normkonflikts vorangehend Kap. 4.1.

46 Vgl. zum strukturellen Zwang etwa Marks, Exploitation, 2008, S. 301; sowie zum Zusammenhang von Freiheit und Zwang Menke, Kritik der Rechte, 2015, S. 272 ff.

47 Vgl. etwa die Sklaverei- und Leibeigenschaftsverbote in Art. 8 UN-Pakt II, Art. 4 EMRK, Art. 6 AMRK, Art. 5 AfCRMV und Art. 10 Abs. 1 ArCMR; ferner die ILO-Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung und Nr. 182 über die schlimmsten Formen der Kinderarbeit.

48 Vgl. Marks, Exploitation, 2008, S. 301 f.

49 Vgl. das vorangehende Kap. 4.1.

Externalitäten von der Betrachtung ausgeschlossen und damit potenziell verschleiert. Sowohl die Art als auch der allfällige Erfolg der rechtlichen Konfliktlösung kann deshalb nicht ausschlaggebend sein für die Definition dessen, was als Normkonflikt gilt. Damit kann eine Externalität unabhängig davon, ob es zu einem klaren Normverstoß kommt, als Ausdruck eines Normkonflikts betrachtet werden, wenn ihr ein Spannungsverhältnis zugrunde liegt, das sich darin zeigt, dass der eine Normbestand zugunsten eines anderen Normgefüges vernachlässigt wird.

5 Normkonflikte als Ausdruck der Fragmentierung des Rechts

Die Vorgänge, die im Rahmen der Externalisierungsanalyse als Externalität beschrieben werden, können aus rechtlicher Perspektive als Normkonflikte begriffen werden (vgl. vorangehendes Kapitel 4). Um das Vorhaben des ersten Teils der vorliegenden Arbeit, also eine Sicht des Rechts auf die Externalisierung zu entfalten, weiterzuverfolgen, stellt sich nunmehr die Frage, wie das Recht auf Normkonflikte reagiert, wie im Recht also mit diesen umgegangen und versucht wird, ihr Zustandekommen zu verstehen und sie zu lösen oder zu vermeiden. Sowohl zur Erklärung und Problematisierung als auch zur Bewältigung von Normkonflikten bestehen zahlreiche Ansätze.

Normkonflikte sind keine neuen oder ungewöhnlichen Erscheinungen im Recht. Sowohl im Völkerrecht als auch in nationalstaatlichen Rechtsordnungen gehören konfligierende Normen zum Normalbetrieb. Allerdings besteht ein zentraler Unterschied zwischen innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Verhältnissen: Während rechtsstaatlich verfasste Gemeinwesen die Einheit der Rechtsordnung über eine integrale Verfassung mit höchster und zwingender Gerichtsbarkeit herzustellen in der Lage sind, fehlen parallele Strukturen im internationalen Bereich.¹ »Im Meer der Globalität«, konstatiert Gunther Teubner, »bilden sich nur noch Inseln des Konstitutionellen.«² Zwar ist deswegen nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass Normkonflikte an sich im internationalen oder transnationalen Bereich ein größeres Problem darstellten als im Nationalstaat.³ Das Recht scheint dort aber größere Schwierigkeiten mit deren Bewältigung zu haben, weshalb die Thematik mehr Beachtung findet. Dazu haben gewiss auch einige spektakuläre Einzelfälle beigetragen. Erwähnt sei etwa der Fall Kadi, der das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Vereinten Nationen einerseits und jenem der Europäischen Union bzw. den Menschenrechten andererseits in den Fokus rückte.⁴

1 Vgl. mit Fokus auf die Absenz einer globalen Legislative *Jenks*, Conflict, 1953, S. 403 f.; betreffend Judikative etwa *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 6 f.; sowie *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 51 f.

2 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 86.

3 Vgl. *Ladeur*, Regime-Kollisionen, 2019, S. 219 und 223, wonach im globalen Recht bestehenden Spannungen zumindest im Ansatz bereits auf der nationalen Ebene bestehen.

4 Strittig war, ob Yassin Abdullah Kadi zu Recht und insb. im Rahmen eines rechtmäßigen Verfahrens auf die Liste zur Sanktionierung von Personen mit Bezug zu Al-Qaïda aufgenommen wurde. Vgl. EuGH, Kadi-I 2008; EuGH,

In der seit nunmehr gut zwanzig Jahren anhaltenden jüngsten Debatte über Normkonflikte im internationalen und transnationalen Recht wurden – oftmals im Anschluss an frühere Diskurse – zahlreiche Analysen und Erklärungsmodelle vorgelegt sowie Strategien entwickelt, um mit Spannungsverhältnissen und Konflikten zwischen Rechtsnormen umzugehen.⁵ Während Strategien im Umgang mit Normkonflikten in Kapitel 6 ausführlich betrachtet werden, steht nachfolgend die Problemgenese im Fokus. Einzelne Normkonflikte werden dabei regelmäßig nicht isoliert betrachtet, sondern in ihrem jeweiligen Kontext. So geraten zwangsläufig nicht nur einzelne Normen, sondern ganze Rechtsbereiche, Institutionen und Rechtsentstehungsprozesse sowie Fragen des Rechtspluralismus, der Fragmentierung und des Konstitutionalismus in den Fokus. Als Folge davon stellen Normkonflikte denn auch die Idee einer einheitlichen Rechtsordnung in Frage, wobei sich an der Frage der Einheit die Debatte ein erstes Mal spaltet: in jene, die an der Einheit des Rechts festhalten, und andere, welche die Einheit als Imagination zurückweisen und stattdessen die Vorzüge der Vielfalt hervorheben.⁶ Dabei kann das Festhalten an der Einheit als normative und daher tendenziell interne Sicht des Rechts beschrieben werden, während der Betonung der Diversität meist eine externe, soziologische Perspektive zugrunde liegt.⁷

Rechtsdogmatische Analysen tendieren dazu, die Untersuchung der Fragmentierung und damit auch die Suche nach Ursachen und Lösungen

Kadi-II 2013; sowie zu dieser Rechtsprechung statt vieler *Hofer*, Spannungsfeld, 2019.

- 5 Vgl. für eine auch historische Darstellung der Debatte zur Fragmentierung *Martineau*, Fragmentation, 2016, S. 14 ff.; *Martineau*, Rhetoric of Fragmentation, 2009, welche den Auftakt der jüngsten Debatte in der Ansprache des IGH-Präsidenten Gilbert Guillaume vor der UN-Generalversammlung im Jahr 2000 erkennt (S. 25), der eine verstärkte Koordination angesichts der Zunahme internationaler Gerichte anmahnte (*Guillaume*, General Assembly, 26.10.2000, S. 5); vgl. ferner die historischen Bezüge bei *Jenks*, Conflict, 1953, S. 405; *Peters*, Refinement, 2017, S. 682 ff.; sowie – mit etwas engerem Fokus – *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, S. 30 ff.
- 6 Vgl. *Martineau*, Fragmentation, 2016, S. 22 und 24 ff. bzw. 196 ff.; *Martineau*, Rhetoric of Fragmentation, 2009, S. 5 f.; *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007.
- 7 *Martineau*, Fragmentation, 2016, S. 22 und 24 ff. bzw. 196 ff. Allerdings entwickeln Vertreter*innen der soziologischen Perspektive auch normative Positionen (vgl. *ibid.*, S. 29), während umgekehrt die rechtsinternen Beiträge in Anspruch nehmen, an eine adäquate Beschreibung anzuknüpfen. Vgl. zur Differenz von Selbstbeobachtung (als Rechtstheorie) und Fremdbeobachtung (als Rechtssoziologie) *Luhmann*, Steuerung, 1991, S. 146; sowie ausführlich zur Selbstbeobachtung bzw. -beschreibung *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 496 ff.

auf das positive Recht zu beschränken.⁸ Oftmals wird in diesem Kontext der Problemgenese denn auch wenig Aufmerksamkeit geschenkt. So werden Normkonflikte als Herausforderung vorausgesetzt und nicht weiter zurückverfolgt als zu den Umständen, dass kein umfassendes globales Legislativorgan existiert,⁹ die Zahl der Gerichte zunimmt¹⁰ und die Kompetenzabstimmung zwischen den entscheidenden Organen unzureichend sei¹¹.

Ein solcher Ansatz erweist sich für die vorliegende Arbeit als zu eng: Mit dem Begriff der Externalisierung wird an eine soziologische Theoriebildung angeknüpft und versucht, das Recht in Beziehung zu dieser rechtsexternen Perspektive zu setzen. Dieses Unterfangen erscheint insbesondere dann aussichtsreich, wenn ein rechtswissenschaftlicher Ansatz gewählt wird, der seinerseits bemüht ist, über das Recht hinauszublicken. Daher bietet es sich an, auf die systemtheoretische Perspektive zurückzugreifen, was indes nicht voraussetzt, deren Prämissen und Schlüsse vollständigen zu teilen. Systemtheoretische Beiträge zur Fragmentierungsdebatte nehmen eine konsequente Rückbindung auf weltgesellschaftliche Entwicklungen vor. Zudem weist die Systemtheorie insofern eine fruchtbare Überschneidung mit dem Konzept der Externalisierung auf, als letzteres durch starke Bezüge zu Differenzierungstheorien geprägt ist. Schließlich bietet sich die genannte Perspektive deshalb an, weil sie im Rechtsdiskurs viel Beachtung findet und vielen Beiträgen zur Fragmentierungsdebatte gleichsam als Referenzpunkt dient.¹²

5.1 Instabilität funktionaler Differenzierung

Systemtheoretische Einsichten zur Analyse des Phänomens der Fragmentierung wurden insbesondere von Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner herangezogen.¹³ Während andere Erklärungen nach deren Ansicht zu sehr auf politische, ökonomische oder kulturelle Dynamiken abstellten, nehmen Fischer-Lescano und Teubner für sich in Anspruch,

8 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 10 ff. und 22.

9 *Jenks*, Conflict, 1953, S. 403 f.

10 *Guillaume*, Proliferation, 27.10.2000; *Guillaume*, General Assembly, 26.10.2000.

11 *Matz*, Koordinierung, 2005, S. 8.

12 Vgl. etwa *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, S. 7 f. und 15 f.; *Koskenniemi*, Kantian Themes, 2008, S. 13 f.; *Cottier et al.*, Introduction, 2011, S. 9 f.; *Kessler/Kratochwil*, Functional differentiation, 2013, S. 160, 165 und 169 ff.

13 Vgl. insb. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Collisions, 2004; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006; *Fischer-Lescano/Teubner*, Fragmentierung des Weltrechts, 2007.

solche reduktionistischen Interpretationen der Fragmentierung zu überwinden, indem Normkonflikte auf Kollisionen zwischen gesellschaftsweiten Rationalitäten zurückgeführt werden.¹⁴ Die Rückführung der Fragmentierung auf gesellschaftliche Rationalitätskollisionen setzt zunächst einen Blick auf die zugrunde liegende gesellschaftliche Tiefenstruktur, die funktionale Differenzierung, voraus. Dabei soll in mehreren Schritten erläutert werden, inwiefern die Ausdifferenzierung zu einem instabilen, von Externalitäten geprägten Zusammenwirken gesellschaftlicher Funktionsbereiche führt, wodurch ein erster Bezugspunkt zum Konzept der Externalisierungsgesellschaft ersichtlich wird.¹⁵

5.1.1 Funktionale Ausdifferenzierung

Gesellschaften waren schon immer durch Differenzen geprägt, sei dies die Trennung in gleiche oder ähnliche Teile wie Stämme oder Dörfer oder seien es Unterschiede nach Stand, Alter oder Geschlecht.¹⁶ Eine weitere Form stellen funktionale Unterschiede dar, wie sie etwa die arbeitsteilige Gesellschaft auszeichnen. Eine funktionale Ausdifferenzierung im systemtheoretischen Sinne hat indes erst mit der Entstehung sozialer Systeme eingesetzt, die sich gegenüber ihrer jeweiligen Umwelt¹⁷ entlang spezifischer Funktionen abgrenzen.¹⁸ Dabei stellt der Begriff des Systems eine Form der Beschreibung der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung dar, der an die Unterscheidung von System und Umwelt anknüpft.¹⁹ Die Systemtheorie

14 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 23 f.

15 Vgl. zum Ganzen bereits *Weber*, Simultanität, 2024, S. 32 ff.

16 Angesprochen sind damit unter anderem segmentäre und stratifikatorische Differenzierungen; vgl. dazu etwa *Kneer/Nassehi*, Einführung, 1993, S. 122 ff.

17 Dem Begriff der Umwelt kommt hier eine spezifische systemtheoretische Bedeutung zu. Umwelt ist dabei kein Synonym für »Natur«, sondern fungiert als Oberbegriff für all jenes, das außerhalb eines bestimmten Funktionssystems liegt. Dazu zählen andere Systeme, Menschen (als psychische und biologische Systeme) und die nicht-menschliche Natur. Weil sich jedes Funktionssystem anders vom Außen abgrenzt, existieren mehrere Umwelten.

18 *Stichweh*, History and systematics, 2013, S. 56 f.; *Kneer/Nassehi*, Einführung, 1993, S. 128 ff. Vgl. kritisch zur Anknüpfung an die Funktion und insofern zum »nostalgischen« Begriff der funktionalen Differenzierung *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 53 ff.; sowie *Schimank/Volkman*, Gesellschaftliche Differenzierung, 1999, S. 10 und 12. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 166 f., wonach Funktionsbestimmungen immer (auch) normativ geprägt seien.

19 Beschreibung bzw. Beobachtung ist stets eine zweifache Operation bestehend aus Unterscheidung und Bezeichnung; jede Bezeichnung (hier einer

selbst nimmt eine Beobachtung zweiter Ordnung vor, weil sie beobachtet, wie die Teilsysteme selbst beobachten.²⁰ Die jeweilige Funktion genießt innerhalb des Systems Priorität gegenüber anderen Leistungen, was die Grundlage der Systemschließung darstellt.²¹ Die Bausteine sozialer Systeme sind Kommunikationsereignisse.²² Die systemischen Operationen beziehen sich auf die jeweilige Funktion und folgen einer binären Codierung, welche die Anschlussfähigkeit der Operationen und die Abgrenzung gegenüber der Umwelt sicherstellt.²³ Der binäre Code dient dazu, Informationen von außen zu verarbeiten und ihnen einen systemspezifischen Sinn zu geben.²⁴ Diese Codierung führt nun zur sogenannten Autopoiesis der Funktionssysteme und damit zu ihrer Ausdifferenzierung.²⁵ Dabei bezeichnet der Begriff der Autopoiesis den Umstand, dass sich Systeme aus selbst hergestellten Elementen und insofern selbstreferentiell reproduzieren, weshalb sie auf operativer Ebene Autonomie erlangen.²⁶ Dergestalt haben sich gesellschaftliche Teilsysteme herausgebildet wie namentlich die Religion, die Wirtschaft, die Kunst, die Politik, die Wissenschaft, die Erziehung, Intimbeziehungen und Familien, die Medien, das Gesundheitswesen, der Sport sowie auch das Recht.²⁷

Systemdifferenzierung stellt keine Dekomposition eines »Ganzen«, einer ursprünglichen Einheit dar, sondern die Emergenz verschiedener – aber eben nicht koordinierter – Differenzierungen von System und Umwelt.²⁸

gesellschaftlichen Formation als System) setzt eine Unterscheidung (hier von der Umwelt) voraus, wobei die Beobachtung stets nur eine Seite der Unterscheidung (hier also System) bezeichnet (vgl. zu Luhmanns Beobachtungsbegriff *Kneer/Nassehi*, Einführung, 1993, S. 96).

20 *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 155 ff.

21 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 747 f.

22 *Luhmann*, Soziale Systeme, 1991, S. 191 ff.; *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 78 f.

23 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 748 f. und 753.

24 *Kneer/Nassehi*, Einführung, 1993, S. 132; vgl. zur Rolle des Codes Recht/Unrecht im Rechtssystem *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 67 ff. und 92 ff.

25 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 752; vgl. dazu auch *Schmank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 53 f., wonach die Systemschließung auf die binäre Codierung und gerade nicht mehr die Funktion, die eine Fremdreferenz darstellt, zurückgeht.

26 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 67; *Luhmann*, Soziale Systeme, 1991, S. 57 ff.; *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 108 ff.; *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie, 1984, S. 30 f.; *Luhmann*, Einige Probleme mit »reflexivem Recht«, 1985, S. 2.

27 *Stichweh*, History and systematics, 2013, S. 58, wonach möglicherweise auch Tourismus und Freizeit als Systeme bezeichnet werden können.

28 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 598. Die Teilsysteme können denn auch nicht durch eine Rekombination zu einem umfassenden

Innerhalb dieser Funktionssysteme bestehen unzählige Binnendifferenzierungen, die ihrerseits entlang komplexer hierarchischer, segmentärer und funktionaler Abgrenzungen verlaufen.²⁹ Insofern erkennt die Systemtheorie zwar den Fortbestand anderer Differenzierungen an, doch geht sie vom Primat funktionaler Erstdifferenzierung aus.³⁰ Soziale Klassen oder globale Zentrum-Peripherie-Beziehungen werden also nicht geleugnet, sondern als »Nebenprodukte der Eigendynamik der Funktionssysteme« betrachtet.³¹ Dabei werden auch interne Zweitudifferenzierungen nicht als Aufteilung einer vorbestehenden Einheit verstanden, sondern als Emergenz neuer Differenzierungen.³² Diese – wenn auch beschränkte – theoretische Offenheit ist deshalb relevant, weil sie eine Verknüpfung der Systemtheorie mit der Externalisierungsthese erlaubt.³³

Die gesellschaftliche Ausdifferenzierung verläuft in der systemtheoretischen Beschreibung evolutionär und folgt keiner zentralen Planung.³⁴ Sie ist folglich weder abgeschlossen noch zielgerichtet. Die Ausdifferenzierung der Gesellschaft erachtete Niklas Luhmann als unumkehrbar, als den Sündenfall, der eine Rückkehr ins Paradies ausschließt.³⁵ Die Unterscheidung von System und Umwelt, die das System erst hervorbringt, könne nicht in ein Differenzminimierungsprogramm gewandelt werden.³⁶

Ganzen zusammengefügt werden, sodass nicht jede Interaktion einem Teilsystem zugeordnet werden kann und zugleich eine einzelne Interaktion Teil verschiedener Systemkommunikationen sein kann.

- 29 *Stichweh*, History and systematics, 2013, S. 58.
- 30 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 612; *Luhmann*, Soziale Systeme, 1991, S. 39. Der Primat der funktionalen Differenzierung zeigt sich darin, dass andere Differenzierungen, die fortbestehen oder hinzutreten, in ihrer Existenz von der Systemdifferenzierung abhängen (vgl. *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 597).
- 31 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 612; *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 333. Nach *Bachur*, Kapitalismus und funktionale Differenzierung, 2013, S. 143 f., gewinnen diese »Nebenprodukte« letztlich Überhand, sodass die funktionale in eine stratifikatorische Differenzierung umschlägt.
- 32 *Stichweh*, History and systematics, 2013, S. 56; *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 598.
- 33 Zugleich geht mit der Schwerpunktsetzung der Theorie funktionaler Differenzierung tendenziell eine Desartikulation anderer Strukturen einher, was eine Verknüpfung gerade aufdrängt. Vgl. dazu hinten Kap. 6.4.1.
- 34 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 413 ff. und 598; *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 46.
- 35 *Luhmann*, Wirtschaft der Gesellschaft, 1994, S. 344; vgl. auch *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 218; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 33; *Müller*, Differenz, 2012, S. 75; *Bachur*, Kapitalismus und funktionale Differenzierung, 2013, S. 15.
- 36 *Luhmann*, Wirtschaft der Gesellschaft, 1994, S. 344.

5.1.2 Intersystemische Leistungsbezüge

Aufgrund ihrer Spezialisierung sind Funktionssysteme darauf angewiesen, dass ihnen gewisse Leistungen von der gesellschaftlichen Umwelt abgenommen werden.³⁷ Die von der Systemtheorie hervorgehobene Autonomie impliziert gerade nicht, dass gesellschaftliche Sphären unabhängig von ihrer jeweiligen Umwelt bestehen.³⁸ Vielmehr wirkt die Umwelt stets mit, auch wenn auf der Ebene der Operationen eine Schließung vollzogen wird.³⁹ Bereits Emile Durkheim bezeichnete mit dem Begriff der organischen Solidarität den Umstand, dass soziale Differenzierung mit einer Zunahme von Abhängigkeit einhergeht.⁴⁰ »Mit dem Übergang zu funktionaler Differenzierung«, so Luhmann, »nehmen [...] die Interdependenzen und wechselseitigen Belastungen zwischen den Teilsystemen zu, bis es geradezu normal wird, dass Probleme nicht dort gelöst werden, wo sie erzeugt werden.«⁴¹ Indem die Umwelt Funktionen abnimmt, ermöglicht sie die Spezialisierung des Systems, was die Abhängigkeit von einer funktionierenden Umwelt erhöht.⁴²

Beispielsweise bedient sich die Politik des Rechts und der Wirtschaft, um ihren Gestaltungsanspruch, der mit kollektiv verbindlichem Entscheiden einhergeht, einzulösen.⁴³ Dabei setzt nicht nur der Politikvollzug, sondern

37 *Luhmann*, Funktion der Religion, 1977, S. 245; *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 55 ff.; *Schimank/Volkman*, Gesellschaftliche Differenzierung, 1999, S. 12 f. und 21; *Baraldi*, Gesellschaftsdifferenzierung, 1999, S. 69; *Scherr*, Systemtheoretische Differenzierungstheorie, 2017, S. 576.

38 *Luhmann*, Politik der Gesellschaft, 2002, S. 355; *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 440 f., 481 f. und 494; *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 231; *Baraldi*, Gesellschaftsdifferenzierung, 1999, S. 69; *Jessop*, Relevanz, 2015, S. 170. Aus der Abhängigkeit folgt aber wiederum keine Anpassung an die Umwelt (vgl. *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 130 und 133), keine »Punkt-für-Punkt-Reaktion auf Ausenanstöße« (*Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 277).

39 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 96 und 130.

40 Vgl. *Durkheim*, De la division du travail social, [1893] 1991; ferner *Tyrell*, Dilemma der organischen Solidarität, 1985.

41 *Luhmann*, Funktion der Religion, 1977, S. 242. Die Gesellschaft ist deshalb mehr als die Summe ihrer Teile (ibid., S. 245). Vgl. auch *Luhmann*, Politik der Gesellschaft, 2002, S. 354 f.; *Neves*, Transdemocracy, 2017, S. 391.

42 *Luhmann*, Funktion der Religion, 1977, S. 245; vgl. auch *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 117; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 108, 113 f. und 165 ff.; sowie *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 319 ff. zur Abhängigkeit eigenlogischer sozialer Zusammenhänge von staatlichen Interventionen angesichts ihrer Krisenhaftigkeit.

43 *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 424 f. und 470 f. Dadurch wird die Politik zum »vorherrschenden Variationsanlass« des Rechts (ibid. S. 278).

bereits der politische Betrieb an sich den Rückgriff auf das Medium der Wirtschaft, nämlich das Geld voraus. Diese Abhängigkeit vom Wirtschaftssystem teilen sodann sämtliche anderen Systeme, was, worauf noch einzugehen sein wird, ersteres in eine besondere Stellung hievt.⁴⁴ Dabei bleibt aber selbst die Wirtschaft von Leistungen anderer Sphären abhängig: Ökonomische Produktion setzt nicht nur natürliche Ressourcen, sondern auch soziale Reproduktion voraus, die etwa in Familien und im Bildungssystem geleistet wird. Zudem bleibt die Wirtschaft auf rechtliche Strukturen angewiesen, die sie selbst nicht herzustellen vermag, womit ebenfalls eine Rückbindung an die Politik vorliegt.⁴⁵ Zugleich hat sich wiederum die Politik in der Form des modernen Nationalstaats in wechselseitiger Abhängigkeit mit der Wirtschaft entwickelt.⁴⁶

Donna Haraway fängt diesen Umstand, dass also letztlich nichts sich selbst herstellt und nichts wirklich autopoietisch ist, mit dem Begriff der *Sympoiesis* ein.⁴⁷ Aus seinem immanenten Außen, so beschreibt es wiederum Brian Massumi, ziehe das kapitalistische System, das insofern ein offenes sei, neue Potenziale für seine Selbstkonstituierung.⁴⁸ Von einer relationalen Autonomie, die nur historisch spezifisch verstanden werden könne, spricht Sonja Buckel bezogen auf das Recht, weil jenes »immer schon Moment der gesellschaftlichen Totalität« sei.⁴⁹ Eine Autonomie, die sich erst relational ergibt, zeichnet vor dem Hintergrund der allgegenwärtigen Interdependenz auch die anderen Funktionssysteme aus.⁵⁰ Das systematische Bedingungsverhältnis auf individueller Ebene, das im Umstand besteht,

44 Vgl. *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 78 und 83.

45 Vgl. hierzu hinten Kap. 5.2.3.

46 Vgl. *Vogl*, Der Souveränitätseffekt, 2015; *Reinhard*, Geschichte des modernen Staates, 2007.

47 *Haraway*, Unruhig bleiben, 2018, S. 85, die deshalb den Begriff der *Auto-poiesis* nicht zurückweist, sondern ein produktives Reibungsverhältnis annimmt (*ibid.*, S. 135); vgl. dazu auch *Hoppe*, Autopoietische Systeme und sympoietische Gefüge, 2019, S. 5 f.

48 *Massumi*, Revaluation of Value, 2018, S. 9 ff. und 38 f.

49 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 242 ff., insb. 243 f., sowie 80 ff.; vgl. dazu auch Kap. 2.2, Fn. 26, Kap. 5.2.4.2, Fn. 208 und Kap. Zweiter Teil, Fn. 4.

50 Vgl. in diesem Zusammenhang hingegen *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 64 f., der den Begriff der relativen Autonomie als unbrauchbar zurückweist. Kausalbeziehungen werden durch Luhmanns Autonomiebegriff zunächst ausgeblendet, um anschließend über den Begriff der strukturellen Kopplung wieder eingebaut zu werden (*ibid.*, S. 440), wodurch m.E. aber die tatsächlich bestehende Einbettung in die Umwelt tendenziell zu schwach abgebildet wird, obschon sie Luhmann durchaus andeutet – etwa wenn er davon spricht, Recht und Politik ließen sich durch die Vertragsform durch die Wirtschaft konditionieren (*ibid.*, S. 466).

dass die Unabhängigkeit der Einzelnen erst durch die Abhängigkeit von übergreifenden Institutionen und anderen Individuen ermöglicht wird,⁵¹ findet mithin seine Entsprechung auf systemischer Ebene.

5.1.3 Externalitäten zwischen System und Umwelt

Intersystemische Leistungsbezüge sind demnach aufgrund der hochgradigen Selektivität einzelner Teilsysteme unabdingbar für die gesellschaftliche Reproduktion.⁵² Diese gegenseitige Abhängigkeit impliziert nun aber, dass die Umwelt eines Systems in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Es besteht mithin strukturell bedingt die Gefahr, dass die »codegeprägte Monomanie [...] negative Externalitäten für andere Teilsysteme [produziert]«. ⁵³ In diesem Zusammenhang unterscheidet Schimank »zwischen Leistungen im Sinne funktionaler Beiträge eines Teilsystems zur Reproduktion eines anderen und Externalitäten als dysfunktionalen intersystemischen Einwirkungen«. ⁵⁴ Leistungsbezüge sind demnach dann unproblematisch, wenn sie die Reproduktion des leistenden Teilsystems nicht beeinträchtigen. Andernfalls führen Leistungsbezüge zu negativen Externalitäten. Letztere hängen indes nicht von Leistungsbeziehung ab, sondern sind auch als Ausdruck eines einseitigen, rein destruktiven Einwirkungszusammenhangs denkbar.

Der Begriff der Externalität ist folglich zugleich enger und weiter als derjenige des Leistungsbezugs und knüpft stets an eine Form der Beeinträchtigung – etwa der Integrität, der Reproduktionsfähigkeit, des Eigenlebens – des anderen an. In den Blick zu nehmen sind dabei nicht nur Schädigungen von Funktionssystemen, sondern auch die Zerstörung der natürlichen Umwelt oder die Verletzung menschlicher Integrität. Damit werden bestimmte Systemzustände und entsprechende Wirkungsbereiche vorausgesetzt, deren Bestand und Reproduktion zu gewährleisten ist.⁵⁵ Dieser Zustand von Teilsystemen und von der menschlichen und der natürlichen Umwelt sowie die Gestalt von Externalitäten lassen sich jedoch kaum wertungsfrei

51 Jaeggi, *Lebensformen*, 2014, S. 235 ff., 286 und 284.

52 Schimank, *Differenzierung und Integration*, 2005, S. 231 und 55 ff.; vgl. auch Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 2004, S. 222.

53 Schimank, *Differenzierung und Integration*, 2005, S. 231 f. Vgl. auch Schimank/Volkman, *Gesellschaftliche Differenzierung*, 1999, S. 12 f. und 21; Luhmann, *Funktion der Religion*, 1977, S. 245.

54 Schimank, *Differenzierung und Integration*, 2005, S. 55 und 238 f. Vgl. auch Schimank/Volkman, *Gesellschaftliche Differenzierung*, 1999, S. 20 f.

55 Wenig aufschlussreich und potenziell regressiv wäre ein minimalistisches Verständnis der Reproduktionsfähigkeit, das lediglich eine Fortführung der teilsystemischen Kommunikation oder – bezogen auf die natürliche Umwelt – der Existenz von Mensch und Natur verlangt.

definieren und sind historisch kontingent.⁵⁶ Im vorliegenden Zusammenhang bietet es sich an, hierfür auf das Recht als einen möglichen Besitzstand normativer Vorstellungen zu rekurrieren, der zwar ebenfalls kontingent, aber zumindest vorübergehend fixiert ist.⁵⁷ Gestützt auf diesen Rekurs lassen sich intersystemische Beziehungen dann als schädlich begreifen, wenn sie Rechtsverletzungen verursachen oder in einem Spannungsverhältnis zu bestimmten – etwa menschenrechtlichen – Normen stehen. Vor diesem Hintergrund und angesichts des bereits Ausgeführten lassen sich Externalitäten als Ausdruck von Normkonflikten verstehen.⁵⁸

Bevor auf die Frage der Normkonflikte erneut einzugehen sein wird, sollen Externalitäten aus differenzierungstheoretischer Sicht genauer ausgeleuchtet werden. Der Umgang mit Problemen, die sich aus intersystemischen Leistungsbezügen ergeben, stellt die Gesellschaft nämlich vor enorme Herausforderungen. Die funktionale Differenzierung führt nicht nur zur Abhängigkeit vom Außen, sondern auch zu einer Verdrängung und Ausblendung eben dieses Außen. Von den gesellschaftlichen Systemen werden Externalitäten höchstens partiell wahrgenommen. Das System kann sich »dank seiner Autopoiesis Indifferenz leisten«.⁵⁹ Die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft, und hier weicht die Systemtheorie von Durkheims Beschreibung ab, ist gerade »nicht auf eine prinzipiell ›kooperative‹ Arbeitsteilung zwischen den Teilsystemen angelegt, sondern auf eine sich evolutionär herausbildende intersystemische Indifferenz«.⁶⁰ Die eindimensionale und unifunktionale Logik der Teilsysteme, ihre »verabsolutierte Selbstzweckhaftigkeit«,⁶¹ befreit diese von vielerlei Rücksichten, sodass sie »die Risiken für sich selbst höchst erfolgreich, für andere aber buchstäblich ›rücksichtslos‹ bearbeite[n]«.⁶² Umweltverschmutzung und soziale Konflikte sind dann nicht Teil der wirtschaftlichen Kalkulation, während marginalisierte Menschen von wirtschaftlichen Transaktionen

56 Vgl. dazu *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 78 ff. und 213.

57 Vgl. dazu etwa *Buckel*, Welcome to Europe, 2013, S. 33; *Koskeniemi*, International law and hegemony, 2004, S. 202; sowie näher hinten Kap. 5.2.4.

58 Vgl. vorne Kap. 4.2.

59 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 68. Vgl. auch *Schimank/Volkmann*, Gesellschaftliche Differenzierung, 1999, S. 12 f. und 21.

60 *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 231 sowie auch S. 54 zum nicht mehr zutreffenden Bild der Arbeitsteilung; vgl. auch *Brunkhorst*, Zukunft, 2010, S. 19, der von einer »umweltblinde[n] Verselbständigung« nicht nur der Wirtschaft, sondern auch der Politik und der Religion spricht; sowie *Osrecki*, Kritischer Funktionalismus, 2016, S. 242 f., zur Neigung von Systemen, eine idealisierte, simplifizierende und dadurch bestandsnotwendige Aspekte ausblendende Selbstbeschreibung vorzunehmen.

61 *Kocka*, Geschichte des Kapitalismus, 2017, S. 92 aus historischer Perspektive zur Wirtschaft.

62 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 30 f. (zit.) und 33.

mangels Ressourcen exkludiert sind. In ihrer Selbstbezüglichkeit verlieren Systeme den Bezug zu ihrer Umwelt und nehmen nicht wahr, dass sie dort Leid, Mangel und andere soziale und ökologische »Kosten« verursachen.

Diese systemtheoretische Perspektive auf das mit Externalitäten behaftete Zusammenwirken verschiedener Teilsysteme resoniert – hinsichtlich des Funktionssystems der Wirtschaft – mit der von Nancy Fraser entworfenen Analyse des Kapitalismus. Fraser bezeichnet diesen als eine institutionalisierte Gesellschaftsordnung, deren ökonomischer Vordergrund einen nicht-ökonomischen Hintergrund bedingt.⁶³ Vorder- und Hintergrund, also die Wirtschaft und ihre Umwelt, stehen demnach in einer durch Trennung, Abhängigkeit, Leugnung und Destabilisierung geprägten Beziehung.⁶⁴ Die zentralen Spaltungen identifiziert Fraser zwischen der Wirtschaft einerseits und den Sphären der Reproduktion, des Gemeinwesens und der nicht-menschlichen Natur andererseits.⁶⁵ Als vierte Trennung bezeichnet sie jene zwischen Ausbeutung und Enteignung, die mit rassifizierten und imperialistischen Differenzierungen zusammenfällt.⁶⁶ Während diese letzte Trennung auf den Fortbestand anderer als funktionaler Differenzierungen hinweist, worauf später noch einzugehen sein wird, decken sich die ersten drei von der Wirtschaft abgespaltenen Sphären mit einer differenzierungstheoretischen Beschreibung. Frasers Betonung der trotz Spaltung bestehenden, jedoch verleugneten Abhängigkeit vom nicht-ökonomischen Hintergrund untermauern die zentrale Bedeutung von intersystemischen Leistungsbezügen und Externalitäten.⁶⁷

Hervorzuheben ist schließlich, dass Externalitäten gleichsam bestandsnotwendig sind. Wenn Externalitäten »als chronische Schwächen

63 *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 48 ff. und 80 f.; *Fraser*, Cannibal Capitalism, 2022, S. 7 ff., insb. 19 f. Kapitalismus ist nach diesem Verständnis also deutlich mehr als bloß eine Form der Wirtschaft, weil diese ohne ihre Verwebung mit dem natürlichen und gesellschaftlichen Hintergrund nicht denkbar ist. Ein ähnliches Verständnis schlägt Sonja Buckel mit dem Begriff des Dirty Capitalism vor (vgl. *Buckel*, Dirty Capitalism, 2015; *Buckel/Oberndorfer*, Dirty Capitalism, 2018). Vgl. in dieser Hinsicht auch *Mies*, Patriarchy and Accumulation, [1986] 2014; *Massumi*, Revaluation of Value, 2018, S. 9 ff., 39 f. und 68; *Tsing*, Sorting out commodities, 2013, S. 37; *Brand et al.*, Societal boundaries, 2021, S. 282; sowie wiederum im rechtswissenschaftlichen Diskurs *Blalock*, Introduction, 2022, S. 229 f.

64 *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 106 und 212 f.; vgl. auch *Fraser*, Cannibal Capitalism, 2022, S. 23 ff.; sowie aus historischer Perspektive ähnlich *Kocka*, Geschichte des Kapitalismus, 2017, S. 128.

65 *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 52 ff., 80 f. und 213; *Fraser*, Cannibal Capitalism, 2022, S. 9 ff.

66 *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 63 ff. und 81; *Fraser*, Cannibal Capitalism, 2022, S. 14 ff. und 27 ff.

67 Vgl. dazu ferner *Dörre*, Demokratie statt Kapitalismus, 2019, S. 30 f. und 34.

in der Selbstreferentialität der binären Codes angelegt« sind,⁶⁸ hängen diese nicht nur mit parasitären Exzessen zusammen. Externalitäten lediglich als Ausnahmeerscheinung zu begreifen, suggerierte den Bestand eines Systems, das an sich selbstgenügsam und bloß in seine natürliche Gestalt zurückzuführen wäre. Diese naturalisierende Darstellung – oder zumindest ihre entsprechende Interpretation – läuft insbesondere mit Blick auf die Wirtschaft Gefahr, den Kern dieses Gesellschaftsbereichs und damit ökonomische Praktiken als solche, die sich durch ihre konstitutive Abhängigkeit vom Außen auszeichnen, von der Kritik auszunehmen.⁶⁹ Dass eine solche Perspektive den gesellschaftlichen Verhältnissen nicht gerecht wird, legt auch der Blick auf einzelne Akteur*innen nahe, die systembedingt einem erheblichen Druck unterstehen, negative Externalitäten zu erzeugen.⁷⁰ Es ist mithin der – bestenfalls lediglich theoriegeleiteten – Versuchung zu widerstehen, Autopoiesis als Selbstgenügsamkeit zu interpretieren.⁷¹ Zugleich steht außer Frage, dass nicht jede Leistungsbeziehung zwischen einem Teilsystem und dessen Umwelt zu problematisieren wäre. Dies wiederum implizierte, eine illusorische Vorstellung von Unabhängigkeit und Autarkie geradezu zu kultivieren.

5.1.4 Eigenrationalitätsmaximierung

Zum Umstand, dass intersystemische Leistungsbezüge und damit einhergehende Externalitäten unausweichlich sind, tritt eine Wachstumsdynamik hinzu, die mit der bereits erwähnten Selbstreferentialität und Indifferenz zusammenhängt. Den Teilsystemen der funktional differenzierten Weltgesellschaft scheint eine Tendenz zur Maximierung ihrer je eigenen Rationalität innezuwohnen.⁷² Die operative Schließung und die damit verbundene Fixierung auf einen Leitwert steigert die Leistungsfähigkeit und impliziert damit ein unermessliches Expansionspotenzial.⁷³

68 *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 232.

69 Vgl. *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 78 f.; *Lessenich*, Sintflut, 2016, S. 41.

70 *Wright*, Real Utopias, 2010, S. 43 f., 53 f., 59 f., 65 und 69; *Wissen/Brand*, Imperiale Lebensweise, 2016, S. 65; *Cutler*, Corporate Social Responsibility, 2008, S. 197 f.; *Wallerstein*, Welt-System-Analyse, [2004] 2019, S. 92; *Habersack/Ehrl*, Verantwortlichkeit für ausländische Zulieferer, 2019, S. 160 f.

71 Vgl. auch *Haraway*, Unruhig bleiben, 2018, S. 135; *Hoppe*, Autopoietische Systeme und sympoietische Gefüge, 2019.

72 Vgl. *Baraldi*, Gesellschaftsdifferenzierung, 1999, S. 68; *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 238 f.; *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 77, 85 und 88 f.

73 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 131; *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 77 f. und 85.

Dieses wird ausgeschöpft, »solange es geht, das heißt: solange die Umwelt es toleriert«. ⁷⁴

Diese Wachstumsdynamik wird unterschiedlich erklärt. So führt sie Nassehi beispielsweise direkt auf die mit der binären Codierung verbundenen Optionssteigerung zurück, ⁷⁵ während Schimank auf die gesteigerten Inklusionsansprüche der Individuen verweist. ⁷⁶ Teubner wiederum begreift die Eigenrationalitätsmaximierung als Notwendigkeit, die sämtliche Teilsysteme der Gesellschaft erfasse. ⁷⁷ Angesichts der ausschließlichen Orientierung am binären Code impliziere die Selbstreproduktion eine »Affinität [...] zu einem unerbittlichen Wachstumszwang«. ⁷⁸ Dies leitet Teubner aus einer »inflationären Tendenz der Symbolproduktion« ab, die in jedem Teilsystem zu beobachten sei. ⁷⁹ »Die berühmten berüchtigten Expansionstendenzen der Funktionssysteme« ließen den Schluss auf eine »zwanghafte Wachstumsdynamik« zu, die angesichts ihres weit verbreiteten Auftretens eine Notwendigkeit funktionaler Differenzierung darstelle. ⁸⁰ Jede Operation sei dazu genötigt, »über ihre unmittelbare Sinnproduktion hinaus einen systemeigenen – aber gerade nicht-monetären – Mehrwert zu erzeugen«. ⁸¹ Teubner erachtet die

74 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 133.

75 *Nassehi*, Optionssteigerung, 1997, S. 52 f.; *Nassehi*, Wahrheit, 2015, S. 134 ff., insb. 143 f. und 146; *Nassehi*, Muster, 2019, S. 178 ff., insb. 181. Die bloße Möglichkeit des Kommunikationsanschlusses, der sich aus der Binarität ergibt, vermag indes noch nicht dessen tatsächliches Auftreten zu erklären.

76 *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 237 ff., insb. 247.

77 Während dieser Aspekt bereits bei *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, u. a. S. 28 f., zentral ist, findet eine explizite systemtheoretische Herleitung erst später statt: *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 126 ff.; *Teubner*, Wirtschaftsverfassung, 2019, S. 622 ff.; *Teubner*, Mehrwerte, 2020. Vgl. zudem bereits *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, 2003, S. 8; *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 201 und 203.

78 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 126.

79 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 126 f. Teubner bezieht sich auf *Stichweh*, Function System Crises, 2011, der jedoch keine Gesetzmäßigkeit des Wachstums konstatiert, sondern eine generalisierte Krisentheorie aufstellt, die davon ausgeht, dass in allen Funktionssystemen Krisen auftreten können, die mitunter mit einem inflationären Wachstum an Symbolproduktion einhergehen können. Inflation oder Deflation der konstitutiven Symbole werden nicht als notwendige Dynamik oder Ursprung einer Krise beschrieben, sondern als eine »prominent manifestation of crises in function systems« (ibid., S. 46).

80 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 127, wonach aus dem Normalzustand des Wachstums darauf geschlossen werden könne, dass Kommunikationszusammenhänge stets mit wechselseitigen Momenten überschießender Erwartung verbunden seien, sodass eine Wachstumsspirale resultiere.

81 *Teubner*, Mehrwerte, 2020, S. 120; *Teubner*, Wirtschaftsverfassung, 2019, S. 622.

Mehrwertorientierung, also die »Stärkung des systemeigenen Kommunikationsmediums« als Prinzip der Selbststeuerung, womit er Luhmanns Thesen zum Profit in der Wirtschaft für andere Funktionssysteme generalisiert.⁸² Nicht nur die operative Schließung und damit die Operationsfähigkeit der Wirtschaft hängen, so Teubner, von einer Überschussproduktion des systemeigenen Mediums ab, sondern sämtliche Funktionssysteme: Die Kommunikationsmedien schaffen die Motive dafür, dass systemspezifische Kommunikation – notfalls gegen Widerstand – überhaupt erst gelingt.⁸³ Dieses Gelingen hängt von der »medialen Kompetenz« ab, die ihren Ausdruck – je nach Funktionssystem – in Zahlungsfähigkeit, Machtpotential, wissenschaftlicher Reputation oder juridischer Autorität findet.⁸⁴ Auf diese Kompetenz ist die Mehrwertorientierung ausgerichtet, die in sämtlichen Funktionssystemen eine expansive Dynamik in Gang setze.⁸⁵

Diese Steigerungsdynamik wiederum zeichnet sich durch die Tendenz aus, in sozialschädliche Exzesse umzukippen.⁸⁶ Es resultiert, so Teubner, »ein enormes Gefährdungspotenzial für Menschen, Natur und Gesellschaft«.⁸⁷ Die Funktionssysteme entwickelten eine zwanghafte, pathologische Wachstumsdynamik, die ein beträchtliches Risiko für die Integrität der jeweiligen Umwelten darstelle.⁸⁸ Diese Exzesse bewirken Leid, Zerstörung, Mangel und Exklusion, kurz: Externalitäten mannigfaltiger Art. Den Expansionsdrang operativ geschlossener Teilsysteme identifizieren Fischer-Lescano und Teubner daher denn auch als Ursprung der »Probleme der Weltgesellschaft« wie beispielsweise »Umweltverschmutzung, eklatante Unterversorgung, Diskrepanzen in Lebens- und Entwicklungschancen«.⁸⁹

82 Teubner, *Wirtschaftsverfassung*, 2019, S. 623; Teubner, *Mehrwerte*, 2020, S. 121, Fn. 3 m. V. a. Luhmann, *Wirtschaft der Gesellschaft*, 1994, S. 55 ff.

83 Teubner, *Wirtschaftsverfassung*, 2019, S. 623 f.; Teubner, *Mehrwerte*, 2020, S. 121 ff.

84 Teubner, *Mehrwerte*, 2020, S. 128 f.

85 Teubner, *Mehrwerte*, 2020, S. 129 ff. Von untergeordneter Bedeutung erscheinen bei Teubner demgegenüber Inklusionsansprüche, die er aber insofern in Rechnung stellt, als er von einem Wechselverhältnis individueller Motivbildung und struktureller Prozesse ausgeht (vgl. *ibid.*, S. 126 f.).

86 Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 128; Teubner, *Mehrwerte*, 2020, S. 132 f. und 138 ff.

87 Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 28; vgl. auch Teubner, *Altera Pars Audiatur*, 1996, S. 203; Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, u. a. S. 124 ff.

88 Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 127; Teubner, *Mehrwerte*, 2020, S. 132 f. und 138 ff.; vgl. auch spezifisch bzgl. des Kapitalismus Kocka, *Geschichte des Kapitalismus*, 2017, S. 98 f.

89 Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 28 f. Vgl. im Anschluss daran Möller, *Formwandel*, 2015, S. 73 ff., insb. 76 ff.; sowie Möller,

Die Ansicht, dass Wachstum eine zwingende Bestandsvoraussetzung relational autonomer Sphären darstelle, mag mit guten Gründen in Frage gestellt werden. Selbst wenn die Eigenrationalitätsmaximierung in der funktionalen Differenzierung angelegt ist, folgt daraus noch keine Notwendigkeit. Zudem bestehen zwischen den Funktionssystemen hinsichtlich ihrer Expansionsdynamik einerseits und ihres Destruktionspotenzial andererseits erhebliche Unterschiede.⁹⁰ Systeme expandieren nicht im Gleichschritt, vielmehr ist Wachstum ungleich verteilt.⁹¹ Doch selbst wenn vor dem Hintergrund dieser Zweifel der These der Eigenrationalitätsmaximierung nicht derart absolut gefolgt wird, wie dies Teubner vorzuschlagen scheint, ist nicht nur zu konstatieren, dass Funktionssystemen ein der Binarität geschuldetes Potenzial innewohnt, zu expandieren, sondern lässt es sich auch kaum bestreiten, dass sich innerhalb gewisser sozialer Zusammenhänge – und möglicherweise aufgrund der spezifischen Eigenschaften derselben – dieses Potenzial tatsächlich entfaltet. Diese als Exzess beschreibbare Steigerung der Reproduktion der eigenen Logik führt – nicht zuletzt mit Blick auf die vorangehenden Ausführungen zu intersystemischen Leistungsbezügen – unweigerlich zu einer massiven Ausweitung des Risikos negativer Externalitäten.

5.1.5 Instabiles Zusammenwirken

Die Maximierung teilsystemischer Rationalitäten akzentuiert demnach die Problematik des potenziell destruktiven intersystemischen Zusammenwirkens: Expandierende Teilsysteme sind stärker auf Leistungen ihrer jeweiligen Umwelt angewiesen, nehmen diese also vermehrt

Critical Theory of Transnational Regimes, 2016, S. 264 ff., der die Eigenrationalitätsmaximierung indes nicht systemtheoretisch, sondern postmarxistisch zu begründen sucht.

90 Luhmann, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 359; vgl. auch Schimank, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 78 f. sowie insb. Fn. 6 und 22. Dem Rechtssystem beispielsweise attestiert Luhmann, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 72, »kein imperialistisches Interesse, möglichst viel Kommunikation anzuziehen und im System zu behalten. [...] Es sagt nur: Wenn Recht in Anspruch genommen wird, das heisst: wenn über Recht und Unrecht disponiert werden soll, dann nach meinen Bedingungen« (Herv. i. O.). Die Expansion des Systems scheint damit von exogenen Umständen abhängig, nämlich von der Inanspruchnahme durch Konfliktparteien einerseits sowie, in jüngerer Zeit, von der massiven Ausweitung der Gesetzgebung, die wiederum mit der Demokratisierung der Politik zusammenhängt (vgl. *ibid.*, S. 278).

91 Oder, wie Luhmann, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 392, formuliert: »Die Gesellschaft geht nicht auf wie Sauerteig.«

in Anspruch und gefährden dadurch deren Integrität. Mit der systemischen Expansion nehmen die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß der schädlichen Einwirkung auf die Umwelt daher zu. Gerade weil Funktionssysteme nicht unabhängig sind, wirken sich systeminterne Steigerungsdynamiken auch in der teilsystemischen Umwelt aus, wo vermehrt Externalitäten registriert werden.⁹² Das Zusammenwirken von Eigenrationalitätsmaximierung und Externalisierungstendenzen läuft daher Gefahr, die Gesellschaft zu destabilisieren.

Das destruktive Potenzial indes ist dabei nicht gleichmäßig verteilt. Vielmehr gibt es gesellschaftliche Sphären, deren Funktionsweise und Expansionsdynamik eine besondere Belastung darstellen. Dies hängt unter anderem mit der fehlenden Selbstkontrolle der Teilsysteme zusammen.⁹³ Weil in der binären Codierung eine Stoppregel fehlt, sind Beschränkungsmechanismen in der Umwelt zu suchen.⁹⁴ Wo diese keine Grenzen setzt, vermag sich das Expansionspotenzial ungehemmt und rücksichtslos Bahn zu brechen. Dabei kommt der Wirtschaft eine besondere Stellung zu. Einerseits fungiert vor dem Hintergrund der intersystemischen Abhängigkeit der drohende Geldentzug, wodurch ein Ökonomisierungsdruck ausgelöst wird, als externer Bremsmechanismus nichtökonomischer Sphären. Versiegt das Geld, gerät die Zunahme wissenschaftlicher oder politischer Kommunikation rasch ins Stocken. Eine freie Entfaltung der jeweiligen Eigenlogik ist damit maßgeblich gehemmt.⁹⁵ Andererseits wird die Wirtschaft ihrerseits von ihrer Umwelt, von der sie trotz gegenteiliger Allmachtsfantasien ebenso abhängig bleibt, nur geringfügig in die Schranken verwiesen. Vielmehr kann etwa die Intensivierung der globalen Expansion der Wirtschaft auf historisch kontingente Selbstbeschränkungen der nationalen und internationalen Wirtschaftspolitik zurückgeführt werden, die ihrerseits durch

92 *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 238 f. und 232. Demgegenüber insistiert *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 129, auf einer Unterscheidung »zwischen fortsetzungsnotwendiger Steigerungsdynamik und bestandsbedrohender Steigerungsexzessen«.

93 Vgl. *Nassehi*, Muster, 2019, S. 181.

94 *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981, S. 108; *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 85. Vgl. auch *Nassehi*, Optionssteigerung, 1997, S. 52; *Nassehi*, Muster, 2019, S. 181. Mangels gesellschaftlicher Gesamtintegration könne indes, so *Nassehi*, Optionssteigerung, 1997, S. 55, keine externe Stoppregel bestehen. Diese Annahme scheint die Integration im Rahmen intersystemischer Leistungsbezüge zu unterschlagen. Bei dem Fehlen interner Begrenzung bzw. der Forderung nach externen Schranken setzt im Übrigen der gesellschaftliche Konstitutionalismus an; vgl. *Teubner*, Mehrwerte, 2020, S. 141 ff.

95 *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 84 ff. Vgl. relativierend *Osrecki*, Kritischer Funktionalismus, 2016, S. 237.

Entwicklungen in der Wissenschaft begünstigt wurden.⁹⁶ Vor diesem Hintergrund wird die kapitalistische Wirtschaft denn auch als gleichsam entbettet und von sozialen Bindungen befreit beschrieben.⁹⁷

Diese Abhängigkeit nichtökonomischer Sphären von Geldtransfers und die fehlende Einhegung der Wirtschaft schaffen die Grundlage für ein gesellschaftsweites Primat der Ökonomie, eine ökologische Dominanz, die wiederum mit einem übermäßigen Destruktivitätspotenzial einhergeht.⁹⁸ Zugleich festigt die Fähigkeit der Wirtschaft, aufs Außen zuzugreifen, dieses zu subordinieren und einem Ökonomisierungsdruck zu unterwerfen, ihre Dominanz.⁹⁹ Diese stützt abermals die teilsystemische Expansion. Externalisierung, Wachstum und asymmetrische inter-systemische Verhältnisse verstärken sich folglich gegenseitig.

Da sich die Wirtschaft durch eine besondere, von außen kaum begrenzte Wachstumspotenz auszeichnet, geht von ihr eine beträchtliche Gefahr aus, ihre Umwelt in Mitleidenschaft zu ziehen. Nicht nur die Stabilität funktionaler Differenzierung, sondern auch die Integrität der menschlichen und natürlichen Umwelt wird dadurch in besonderem Maße in Frage gestellt. Diese Einschätzung mag aus systemtheoretischer Sicht überraschen, verkörpert bei Luhmann doch insbesondere die Politik die Gefahr der Entdifferenzierung.¹⁰⁰ Tatsächlich kann sich auch in dieser Sphäre ein erhebliches Potenzial entfalten, die anderen Teilsysteme zu subordinieren und gleichsam totalitär zu werden. Davon zeugen sowohl historische als auch gegenwärtige Beispiele. Zumindest ansatzweise scheint mit der rechtsstaatlichen Einhegung eine Antwort auf das Expansionspotenzial der Politik gefunden zu sein, die wiederum davon abhängt, dass das Recht seine Eigenlogik entfalten kann. Auch dieses Arrangement ist historisch kontingent und bleibt – besonders auf internationaler, ebenso aber auf nationaler Ebene – stets prekär.

96 Vgl. *Mayntz/Scharpf*, Politische Steuerung, 2005, S. 239 ff.; *Sassen*, Das Paradox des Nationalen, 2008; *Kennedy*, Law in Global Political Economy, 2020, S. 149 f.

97 Vgl. dazu etwa *Polanyi*, Great Transformation, [1944] 1978, der nicht nur die Entbettung der Wirtschaft unterstrich, sondern auch auf die Einbettung sozialer Beziehungen ins Wirtschaftssystem, also deren Subordination, hinwies. Vgl. ferner *Kocka*, Geschichte des Kapitalismus, 2017, u. a. S. 83 f., 92 ff., 122 f. und 127 f.

98 *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, u. a. S. 77 f.; *Scherr*, Systemtheoretische Differenzierungstheorie, 2017, S. 578; *Jessop*, Primacy, 2017, S. 897; vgl. zum Begriff der ökologischen Dominanz auch *Jessop*, Diversity and Variety, 2014, S. 54 f.; *Jessop*, Relevanz, 2015, S. 173 f.; sowie hinten in Kap. 5.2.4.4 bei Fn. 238.

99 Vgl. *Jessop*, Relevanz, 2015, S. 175.

100 Vgl. etwa *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, u. a. S. 23 f. und 187.

Die Herausforderung besteht vor diesem Hintergrund darin, das spezifische Destruktionspotenzial der kapitalistischen Ökonomie im Blick zu behalten, ohne deswegen die Folgeprobleme anderer Funktionssysteme zu verharmlosen.¹⁰¹

5.2 Fragmentierung des Rechts als Ausdruck seiner gesellschaftlichen Einbettung

Externalitäten können nach dem Dargelegten mit der funktionalen Differenzierung und dem Umstand in Verbindung gebracht werden, dass verschiedene gesellschaftliche Sphären voneinander abhängen und zugleich dazu tendieren, ihre jeweilige Logik zu expandieren. Bevor anschließend erneut auf die Frage der Normkonflikte eingegangen wird, wird an dieser Stelle als nächstes das Argument nachvollzogen, wonach die Fragmentierung des Rechts als Ausdruck der funktionalen Differenzierung zu betrachten sei.

5.2 1 Fragmentierung des Weltrechts

Die Feststellung, dass das Recht heute nicht mehr nur in nationalstaatliche Ordnungen mit völkervertragsrechtlichem Dach differenziert ist, sondern durch eine neue Form der Binnendifferenzierung geprägt ist, ist keine auf die Systemtheorie beschränkte Einsicht.¹⁰² Zur Erklärung dieses Umstands leisten systemtheoretische Ansätze jedoch einen besonders aufschlussreichen Beitrag. Die Fragmentierung des Rechts wird dabei als eine doppelte Binnendifferenzierung verstanden, die sich aus einer territorial-segmentären und einer sektoriellen bzw. thematisch-funktionalen Differenzierung ergibt, wobei letzterer eine zunehmende und überwiegende Bedeutung zugeschrieben wird.¹⁰³ Die interne Differenzierung des Rechts nach dem Territorialitätsprinzip in Nationalstaaten wird demnach von einer »Differenzierung des Weltrechts nach transnational einheitlichen Rechtsregimes, die ihre Außengrenze nicht territorial, sondern issue-spezifisch definieren und einen globalen Geltungsanspruch

¹⁰¹ Vgl. *Scherr*, Systemtheoretische Differenzierungstheorie, 2017, S. 578; *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 85 f., Fn. 22.

¹⁰² Vgl. etwa die Hinweise in Kap. 5, Fn. 5.

¹⁰³ Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 36 f.; *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 22 f.; ferner *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1075. Vgl. zum Primat der funktionalen Differenzierung vorne in Kap. 5.1.1 bei Fn. 30 f. sowie hinten in Kap. 11 bei Fn. 7.

erheben«, überlagert.¹⁰⁴ Als Teil dieses weltrechtlichen Gefüges können auch autonome, nichtstaatliche Privatregime betrachtet werden, die an der Grenze des Rechts liegen, sowie Konstitutionalisierung, die einzelne Gesellschaftsfragmente betreffen und so die Zersplitterung weiter vorantreiben.¹⁰⁵ Damit geht ein Verlust normativer Konsistenz einher, weil die Einheit des Weltrechts nicht parallel zur nationalstaatlichen Ordnung hierarchisch abgesichert wird.¹⁰⁶

Die Emergenz spezialisierter und relativ autonomer Regeln, rechtlicher Institutionen und Praktiken wird in der systemtheoretischen Perspektive auf die funktionale Ausdifferenzierung zurückgeführt.¹⁰⁷ Die weltgesellschaftlichen Funktionssysteme, so Fischer-Lescano und Teubner, »bedienen sich [...] des Weltrechts zur normativen Absicherung ihrer hochgezüchteten Bereichslogiken.«¹⁰⁸ Die gesellschaftlichen Teilsysteme drängen ihre je eigenen Rationalitäten auch dem Recht auf und fordern spezifische, auf sie zugeschnittene Ordnungsleistungen.¹⁰⁹ Das Recht wiederum sieht sich gezwungen, »seine Normen auf die spezifischen Handlungszwänge in ökonomischen, politischen, wissenschaftlich-technischen Sinnwelten ein[zu]stellen.«¹¹⁰ Spezialisiertes Recht bildet sich also nicht zufällig heraus, sondern reagiert auf neue technische und funktionale Anforderungen.¹¹¹ Um Widersprüche zu prozessieren und ihren Fortbestand zu sichern, suchen gesellschaftliche Bereiche nach

104 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 36; *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 15; vgl. auch *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, 2003, S. 27; *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 204; *Teubner*, De collisione discursuum, 1996, S. 901; *Teubner*, Recht, 1989, S. 129.

105 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 41 ff. und 48 bzw. 53 ff. Vgl. zur Fragwürdigkeit der Anerkennung nichtstaatlichen »Rechts« hinten in Kap. 5.2.3, Fn. 168 sowie zur genauen Gestalt dieser »Nichtstaatlichkeit« hinten bei und in Kap. 9.1.2.2, Fn. 399 f.

106 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 34 f. und 51 f.; *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 6 f.; vgl. auch *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 85 ff.

107 Vgl. ILC, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 7 f. und 15 f.; *Viellechner*, Weltgesellschaft, 2013, S. 289; *Calliess*, Transnationales Verbrauchervertragsrecht, 2004, S. 253; ferner *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1074.

108 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 29; *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 12; *Fischer-Lescano*, Just and Non-violent Force, 2015, S. 270 f.

109 *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 200 f.; *Teubner*, De collisione discursuum, 1996, S. 916.

110 *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 200 f.

111 ILC, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 15 f.; *Calliess*, Transnationales Verbrauchervertragsrecht, 2004, S. 253.

Foren – oder Formen –, die dies zu leisten vermögen.¹¹² Gelingt es dem Recht nicht, den Erwartungshaltungen der Umwelt gerecht zu werden, droht ihm Belanglosigkeit und Unwirksamkeit.¹¹³ Das Recht knüpft daher an die je spezifischen Logiken und damit auch an die zersplitterten gesellschaftlichen Diskurse, Rationalitäten und Funktionssysteme an. So wird »die Fragmentierung der Gesellschaft [...] im Inneren des formalisierten Rechts als eine Fragmentierung des Rechts [...] erneut reproduziert«.¹¹⁴ Das Recht und seine Fragmentierung – und insofern auch die damit einhergehenden Konflikte – stellen demnach eine Folge der gesellschaftlichen Differenzierung dar. Die Konflikthaftigkeit der Gesellschaft spiegelt sich mithin in der Widersprüchlichkeit des Rechts. Fragmentierung ist dabei nicht nur ein Zustand, sondern auch ein Prozess, der sich im Gleichschritt mit den bereits dargestellten Dynamiken der Expansion und der Eigenrationalitätsmaximierung entwickelt.¹¹⁵

Die verschiedenen Einheiten des Rechts können aber kaum als direkte Widerspiegelungen außerrechtlicher Realitäten und Differenzierungsprozesse verstanden werden.¹¹⁶ Im Recht setzen sich nicht bloß spiegelbildlich segmentäre, hierarchische oder funktionale Differenzierungen durch,

112 Buckel, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 230, 238 und 243.

113 Teubner, *Altera Pars Audiatur*, 1996, S. 200 f. Das Recht muss mithin seine »Eignung als Komponente der Umwelt anderer Teilsysteme« bewahren (Luhmann, *Funktion der Religion*, 1977, S. 245). Diese Eignung fließt unter anderem aus dem Gewaltmonopol, das zwar selbst voraussetzungsreich ist, aber die gänzliche Abwendung vom Recht erschwert. Einfacher erscheinen insofern Ausweichbewegungen zu Rechtsformen, die eine größere Distanz zum Staat aufweisen, sowie in andere Rechtsräume (vgl. Günther/Randera, *Globalisierung*, 2001, S. 36 und 57 f.). Unterschiedliche Normativitäten stehen daher in einer Konkurrenzsituation zueinander und kämpfen um Einfluss (vgl. Peters, *Wettbewerb*, 2010, S. 14 ff.; Krisch, *Pluralism*, 2019, S. 699), was wiederum ein Anpassungsdruck zur Folge hat.

114 Teubner, *Altera Pars Audiatur*, 1996, S. 204; vgl. auch Teubner, *Recht*, 1989, S. 129; Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 226, 243 f. und 255; sowie ferner mit Bezug zum Welthandelsregime Lang, *After Neoliberalism*, 2011, S. 58 f. und 155. Mit Helmut Willke hat Teubner 1984 hingegen noch die fehlende Reaktion des Rechts auf die funktionale Differenzierung in seiner Umwelt beklagt, zugleich aber bereits ein lernendes, reflexives Recht gefordert, das zu einer Kompatibilisierung gesellschaftlicher Teilsysteme beitrage (Teubner/Willke, *Kontext und Autonomie*, 1984, insb. S. 24 ff.). Eine ähnliche, mitunter noch weiterreichende Rückführung des Rechts und seiner Differenzierung auf den gesellschaftlichen Kontext wird in der anthropologischen Forschung zum Rechtspluralismus vorgenommen; vgl. Benda-Beckmann/Turner, *Anthropological Roots*, 2020, S. 82 f. und 138 ff.

115 Vgl. Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 33.

116 Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 37 und 40. Inwiefern diese Spiegelung auch im Bereich der Privatregime lediglich gebrochen

was eine Subordination des Rechts unter andere gesellschaftliche Logiken implizierte und nicht zuletzt mit der These der Autopoiesis unvereinbar wäre. Umweltdifferenz und Binnendifferenz stimmen also nicht überein. Nach Fischer-Lescano und Teubner findet an der Schnittstelle zwischen dem Recht und anderen Funktionssystemen ein Prozess der Koevolution statt.¹¹⁷ Andere gesellschaftliche Logiken würden sich nicht umfassend als eigenständiges Rechtsregime ins Recht einschreiben; vielmehr irritiere die Umwelt durch Zufälle, Konflikte, Probleme und Skandale das Recht.¹¹⁸ Dabei setze eine Regimebildung voraus, dass rechtsexterne Ereignisse mit rechtsinternen »Normierungschancen« zusammentreffen.¹¹⁹ Von der Umwelt des Rechts – d. h. den anderen, ihrerseits binnendifferenzierten Teilsystemen der Weltgesellschaft – gehen aus Sicht der Systemtheorie lediglich Irritationen aus, deren Rekonstruktion den Eigenbedingungen des Rechts unterliegen.¹²⁰ Normierungsprozesse, Regimebildungen und Konstitutionalisierungen hängen mithin vom Eigenleben des Rechts und seiner Bereitschaft ab, auf die Umwelt zu reagieren.

Fischer-Lescano und Teubner führen die Fragmentierung des Rechts demnach auf ein Zusammenspiel mehrerer Faktoren zurück, die ihrerseits mit der funktionalen Ausdifferenzierung und der Eigenrationalitätsmaximierung zusammenhängen.¹²¹ Rechtliche Normen sind in dieser Beschreibung das Ergebnis koevolutiver Prozesse zwischen dem Recht und seiner Umwelt. Zentral ist dabei die These, dass das Recht die funktionale Differenzierung seiner Umwelt als Binnendifferenzierung reproduziert, ohne indes eine exakte Spiegelung vorzunehmen. Vielmehr wird die genaue Gestalt des fragmentierten Rechts auf Zufälle, Normierungschancen und die Eigenbedingungen des Rechts zurückgeführt.

Tatsächlich dürfte diese Beschreibung die Komplexität der Welt besser treffen als Betrachtungen, die entweder eine rechtsinterne Perspektive

erfolgt, lassen Fischer-Lescano und Teubner offen, doch wird zumindest eine engere Bindung suggeriert (vgl. etwa *ibid.*, S. 50 f.).

¹¹⁷ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 38; vgl. auch *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie, 1984, S. 24 f., wonach die Entwicklung des Rechts aus einer Interaktion von endogener Evolution des Rechts und exogener Evolution der gesellschaftlichen Umwelt hervorgehe.

¹¹⁸ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 38; vgl. auch *Teubner*, *Altera Pars Audiatur*, 1996, S. 204.

¹¹⁹ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 38 sowie 42 bzgl. des Normenbedarfs gesellschaftlicher Fragmente; vgl. zu dieser »okkasionellen Kopplung« auch *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 86 f. Vgl. in diesem Sinne auch *Koskeniemi*, *International Legal History*, 2017, S. 390, zur mittelalterlichen *Lex mercatoria*.

¹²⁰ Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 39.

¹²¹ Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 17, 29, 37, 40, 46 f., 51 f. und 56; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 226.

nicht verlassen oder etwa politikzentriert argumentieren. An diesem Punkt drängt sich allerdings eine vertiefte Betrachtung dreier Aspekte auf: Zunächst scheint die systemtheoretische Beschreibung die interne Konflikthaftigkeit von Rechtsregimen zu vernachlässigen.¹²² Zu wenig Beachtung findet zudem oft die Frage, inwiefern das Recht nicht nur reaktiv seine Umwelt rekonstruiert, sondern letztere selbst prägt.¹²³ Schließlich ist näher auf den Übersetzungsprozess einzugehen, mittels dessen die funktionale Differenzierung und andere gesellschaftliche Konfliktlinien im Recht in eigener Gestalt reproduziert werden.¹²⁴

5.2.2 Regimeinterne Konflikte

Die Systemtheorie begreift Funktionssysteme in erster Linie als geschlossene Phänomene. Dreh- und Angelpunkt der Theoriebildung stellt die funktionale Differenzierung dar und damit die Herausbildung getrennter Gesellschaftsbereiche, die einer bestimmten Logik folgen, einem je eigenen Code gehorchen und eine spezifische Funktion erfüllen.¹²⁵ Erst in einem zweiten Schritt und damit gleichsam hinterherhinkend erfolgen dann Bemühungen, die Interdependenzen gesellschaftlicher Sphären über Begrifflichkeiten wie kognitive Öffnung, Interpenetration oder strukturelle Kopplung abzubilden.¹²⁶ Diese Theoriestruktur kommt in der rechtswissenschaftlichen Debatte insofern zum Ausdruck, als hier eine Tendenz besteht, Rechtsregime als Monolithen zu beschreiben, die geschlossen einer spezifischen Rationalität folgen.¹²⁷

Diese Beschreibung – auch wenn sie mitunter bloß implizit erfolgt – steht in einem Spannungsverhältnis zur antagonistischen Natur des Rechts. Kollisionen von Interessen, Diskursen und Rationalitäten treten im Recht nicht nur als Regime- bzw. Normkonflikte zu Tage, sondern sind auch innerhalb einzelner Rechtsregimes, ja sogar bezogen auf

¹²² Vgl. dazu sogleich Kap. 5.2.2.

¹²³ Vgl. Kap. 5.2.3.

¹²⁴ Vgl. Kap. 5.2.4.

¹²⁵ Vgl. dazu vorne Kap. 5.1.1.

¹²⁶ So ist bei *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 120, von struktureller Kopplung etwa nur dann die Rede, wenn sie mit der Autopoiesis des Systems kompatibel ist.

¹²⁷ Vgl. die entsprechende Tendenz etwa bei *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012; *Möller*, Formwandel, 2015, 88 f., der Regime selbst als Hegemonieprojekte identifiziert und etwa das Weltwirtschaftsregime als hegemonial bezeichnet; ähnlich auch *Koskenniemi*, Hegemonic Regimes, 2012; sowie *Koskenniemi/Leino*, Fragmentation, 2002, u. a. S. 562 und 574.

einzelne Normen zu beobachten.¹²⁸ So können etwa die Menschenrechte kaum als in sich geschlossenes, einer einheitlichen Logik folgendes Regime beschrieben werden. Zudem entsprechen gängige Grenzziehungen in der Selbstbeschreibung des Rechts gerade nicht denjenigen der funktionalen Differenzierung: Grund- und Menschenrechte beispielsweise sind nicht nur für die Politik, sondern auch für die Wirtschaft, das Bildungssystem oder die Medien von großer Relevanz. Niklas Luhmann hat denn die Grundrechte gerade als Absicherung der funktionalen Differenzierung theoretisiert, womit letztere ihre Widerspiegelung im Recht in der Vielfalt fundamentaler Rechte findet.¹²⁹ Auch das Wirtschaftsrecht könnte konfliktgeladener nicht sein, verrechtlicht es doch die Lohnarbeit und damit das Verhältnis verschiedener Klassen. Darauf verweisen Institutionen wie die Wirtschaftsfreiheit, der Schutz des Privateigentums, das kollektive Arbeitsrecht oder Mindestlöhne, um nur einige Beispiele zu nennen. Schließlich können Auseinandersetzungen um Gehalt und Ausrichtung einzelner Rechtsregime wie etwa der Menschenrechte oder des Umweltvölkerrechts dazu führen, dass diese eine Annäherung an andere, namentlich wirtschaftliche Logiken erfahren.¹³⁰ Sigrid Boysen hebt in diesem Sinne hervor, es sei »unhaltbar«, das Verhältnis zwischen Umwelt- und Wirtschaftsrecht »als ein durch funktionale Differenzierung erzeugtes Spannungsfeld« zu konzipieren.¹³¹ Vielmehr operierten die beiden Rechtsgebiete angesichts der neoliberalen Wende im Umweltrecht homolog; nicht Widerspruch, sondern Gleichklang zeichne das Verhältnis aus.¹³² Eine vergleichbare Kritik erfährt das Menschenrechtsregime, das ebenso in einer von Vereinnahmung und Stabilisierung geprägten Beziehung zum Neoliberalismus zu stehen scheint.¹³³

Trotzdem wäre die Annahme verkürzt, die systemtheoretische Perspektive auf die Fragmentierungsdebatte verfehle vor diesem Hintergrund ihren

¹²⁸ Vgl. *Ladeur*, Regime-Kollisionen, 2019, S. 2020; sowie beispielsweise mit Blick auf Rechtsbestände, welche die Externalitäten der Energiewirtschaft adressieren, *Viñuales*, The International Law of Energy, 2022, S. 104 f.; und zum Investitionsschutzrecht *Perrone*, Bridging the Gap, 2022; ferner *Kennedy/Koskenniemi*, Of Law and the World, 2023, S. 272.

¹²⁹ Vgl. *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 23 f. und passim.

¹³⁰ Vgl. die Ausführungen in Kap. 5.2.4.4 bei Fn. 240 und die darin enthaltenen Hinweise.

¹³¹ *Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 200 f.

¹³² *Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, u. a. S. 201 f., 209 f., 222 f., 238 und 259. Gleiches ließe sich zum Weltgesundheitsrecht sagen; vgl. in dieser Hinsicht etwa *Sekalala/Rawson*, Manufacturing Inequality, in: <afromicslaw.org>, 23.01.2023.

¹³³ Vgl. *Koskenniemi/Leino*, Fragmentation, 2002, S. 570, wonach Wirtschaftsinstitutionen begonnen haben, sich des menschenrechtlichen Vokabulars zu bedienen, um eine Kompatibilisierung mit der eigenen

Gegenstand. Der Umstand nämlich, dass sich Konflikte regimeintern entfalten und sich dadurch eine regimeübergreifende Gleichschaltung einstellen kann, stellt die These, dass Interregimekonflikte auf gesellschaftliche Spannungsverhältnisse zurückzuführen sind, die sich unter anderem differenzierungstheoretisch beschreiben lassen, als solche nicht in Frage. So verweist denn auch Boysen darauf, dass »das Völkerrecht [...] die Trennung von Politik und Ökonomie in seinem Inneren verankerte«. ¹³⁴ Regimeinterne Konflikte und der Gleichklang verschiedener Rechtsregime verlangen aber, dass die differenzierungstheoretische Fragmentierungsanalyse ergänzt wird. Unhaltbar scheint es nämlich, gesellschaftliche Sphären und das diesen zugeordnete Recht als Monolithen zu verstehen. ¹³⁵ Rechtsgebiete und Funktionsbereiche sind intern umkämpfte Felder. Die theoretische Herausforderung besteht darin, diese Einsicht mit einer systemtheoretischen Perspektive zu verknüpfen.

Zu beachten ist zudem, dass trotz der Verbreitung ökonomischer Anreize und Steuerungsinstrumente, denen theoretische Modelle der Begünstigung aller Betroffenen – also nicht nur der Umwelt, sondern auch der Wirtschaft, der Investor*innen, der lokalen Bevölkerung, der Konsumierenden des Globalen Nordens und der Staaten – zugrunde liegen, bereits vor dem Hintergrund der zentralen 2 °C-Vorgabe ¹³⁶ erhebliche Interessenkonflikte zwischen Umweltschutz und Wirtschaft bestehen bleiben. ¹³⁷ Eine Entschärfung der Konfliktlage kann diesfalls aber im Umstand gesehen werden, dass der Ausbau von Marktmechanismen mit einer reduzierten politischen Kontrolle und der Perpetuierung neoliberaler Rationalität einhergeht. ¹³⁸ Indem eine spezifische Trennung zwischen Markt und Politik stabilisiert wird, wird vermieden, dass verschiedenen Denkweisen aneinandergeraten. Eine eigentliche Konfliktvermeidung im Zuge der internen Regimepolitik erfordert vor diesem Hintergrund eine Gleichschaltung der inhaltlichen Zielsetzung. Wird beispielsweise die

institutionellen und damit wirtschaftlichen Rationalität vorzunehmen; hierzu sodann Kap. 9.2.2.6.3.

¹³⁴ Boysen, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 117, die darauf aufmerksam macht, dass diese Trennung es erst ermöglicht, dass politische Gleichheit und ökonomische Ungleichheit nebeneinander existieren können (ibid. S. 117 f.). Diese Koexistenz erweist sich aber gerade als konfliktreich. Vgl. anschaulich zur Grenzziehung zwischen Wirtschaft und Politik mit Fokus auf das US-amerikanische Recht Britton-Purdy et al., Law-and-Political-Economy Framework, 2020, insb. S. 1794 f., 1799 f. und 1804 ff.

¹³⁵ Vgl. etwa auch Alter, From colonial to multilateral, 2021, S. 3 f. und 63; Benda-Beckmann/Turner, Anthropological Roots, 2020, S. 139 f.; sowie die Hinweise in Kap. 5.2.4.4, Fn. 249.

¹³⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. a PKÜ.

¹³⁷ So auch Boysen, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 260 f.

¹³⁸ Vgl. Boysen, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 258 f. und 299 f.

formelle Gleichheit zur Leitmaxime des Menschenrechtsschutzes, welche die Forderungen nach Umverteilung überschattet, sind Konflikte tatsächlich weniger wahrscheinlich.¹³⁹ Diesfalls lässt sich ein Normkonflikt nur reaktualisieren, wenn sich in regimepolitischen Auseinandersetzungen alternative Normverständnisse durchsetzen.

Gesellschaftliche Widersprüche brechen sich im Recht damit – mindestens – auf zwei Ebenen Bahn: Einerseits können sich Interregimekonflikte ergeben, wenn sich verschiedene Rationalitäten, Interessen oder Diskurse in Normen unterschiedlicher Rechtsbereiche abbilden, sodass Normkonflikte, wie sie vorne beschrieben wurden, resultieren.¹⁴⁰ Andererseits können sich gesellschaftliche Widersprüche im Recht innerhalb einzelner Rechtsregime und bezogen auf einzelne Normen entfalten. Auch solche regimeinternen Auseinandersetzungen können mitunter als Normkonflikt beschrieben und im Recht als solche artikuliert werden, was etwa bei Grundrechtskollisionen der Fall ist. Zudem kommt die funktionale Differenzierung auch hier zum Ausdruck: Die Grenzen zwischen gesellschaftlichen Funktionsbereichen sind historisch kontingent und umkämpft. Wenn nun beispielsweise die Neoliberalisierung des Umweltrechts zu einer Ausweitung der Marktsphäre führt, mag dies das Kollisionsverhältnis zwischen Umwelt- und Wirtschaftsrecht entschärfen und mithin zu einer Homologie führen. Darin kann aber gleichwohl ein Entsprechungsverhältnis zur funktionalen Differenzierung gesehen werden, denn das Umweltrecht greift in dieser Weise die hegemonial gewordene Expansion der Grenze der Marktsphäre auf.¹⁴¹

Angesichts dessen ist die Bedeutung des Zusammenspiels von Konflikten zwischen und innerhalb verschiedener Rechtsbestände hervorzuheben: In der Auseinandersetzung um die Gestalt von Rechtsregimen wird das Feld für die Interaktion mit anderen Rechtssphären bestellt.¹⁴² Das Potenzial für Konflikte zwischen verschiedenen Rechtsbereichen, die in der Fragmentierungsdebatte verhandelte Widersprüchlichkeit des Rechts also, hängt von der Gestalt einzelner Rechtsregime und damit von regimeinternen Auseinandersetzungen ab.¹⁴³ Letztere können hegemoniale,

¹³⁹ Vgl. zu dieser inhaltlichen Angleichung hinten Kap. 9.2.2.6.3.

¹⁴⁰ Vgl. dazu auch hinten Kap. 5.3.

¹⁴¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch hinten Kap. 5.2.4.4 zur ökologischen Dominanz.

¹⁴² Vgl. z. B. *Sjåfjell/Mähönen*, *Corporate Purpose*, 2022, S. 10, welche die »shareholder primacy« (auch) im Gesellschaftsrecht in Frage stellen und etwa die Position von *Kraakman et al.*, *Anatomy of Corporate Law*, 2017, kritisieren, wonach der Schutz unternehmensexterner Interessen sich ausschließlich aus anderen Rechtsbereichen wie bspw. dem Umweltrecht, den Menschenrechten oder dem Kartellrecht ergeben solle.

¹⁴³ Eben darauf macht *Boysen*, *Postkoloniale Konstellation*, 2021, u. a. S. 222 f., 238 und 259, gerade aufmerksam, wenn sie bemängelt, dass widerstreitende

regimeübergreifende Konvergenzen zur Folge haben, was Konflikte im Recht ebenso desartikuliert wie eine subordinierende Integration im Zuge der Bearbeitung von Normkonflikten.¹⁴⁴ Die Annahme etwa, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte seien neutral gegenüber der Funktionsweise des Wirtschaftssystems, und die damit einhergehende, oftmals stillschweigende Akzeptanz der Legitimität des Kapitalismus, stabilisiert ebendiese Weltordnung und verunmöglicht oder erschwert es, fundamentale Konflikte im Recht zu bearbeiten, selbst wenn die schlimmsten Auswüchse bekämpft werden.¹⁴⁵ Mit anderen Worten kann sich die Subordination unter eine bestimmte Logik, etwa jene des neoliberalen Kapitalismus, im Zuge der Ausgestaltung eines Rechtsregimes oder erst in der Auseinandersetzung mit anderen Rechtsbeständen ergeben. Die Folgen sind vergleichbar – und beide Formen der Harmonisierung sind auf Strategien zu ihrer Plausibilisierung angewiesen.¹⁴⁶

5.2.3 Gesellschafts-rechtliche Koproduktion

Die systemtheoretische Analyse Fischer-Lescanos und Teubners tendiert an gewissen Stellen dazu, das Recht als ein zu einem naturwüchsigen Prozess Hinzutretendes, lediglich Dienendes zu begreifen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn gesellschaftliche Prozesse unter Annahme einer evolutionstheoretischen Perspektive als Zufälle betrachtet werden¹⁴⁷

Rationalitäten nicht in praktischer konkordanter Weise ausgeglichen, sondern die Konfliktlagen durch eine Homologisierung desartikuliert werden. Wie sich aus den hier nachfolgenden Überlegungen ergeben wird, verläuft indes die Bearbeitung von Interregimekonflikten nach vergleichbaren Mustern (vgl. Kap. 6).

¹⁴⁴ Vgl. zur hegemonialen Konvergenz hinten Kap. 5.2.4.4; sowie zur Integration als Harmonisierungsstrategie hinten Kap. 6.1.2.2 und insb. Kap. 6.1.2.2.6.

¹⁴⁵ *Linarelli/Salomon/Sornarajah*, Misery, 2018, S. 240 und 268.

¹⁴⁶ Vgl. dazu hinten Kap. 6.3 f.

¹⁴⁷ Vgl. kritisch auch *Ladeur*, Regime-Kollisionen, 2019, S. 219, der statt »zufallsgesteuerter Umweltirritationen« (*Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 37) eher Behördennetzwerke am Werk sieht. In der Systemtheorie und der sich ihrer bedienenden Rechtstheorie nimmt Evolution eine zentrale Stellung zur Erklärung gesellschaftlicher Entwicklungen ein (vgl. etwa *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, 2001). Freilich muss die Rede von Evolution keine Negierung der Bedeutung von kollektiven und individuellen Handlungsmöglichkeiten und der »Gemachtheit« sozialer Zusammenhänge implizieren, doch kann damit deren Desartikulation verbunden sein. In der Systemtheorie wird Evolution als »Mechanismus, der ›Zufall‹ zur Induktion von Strukturänderungen benutzt« beschrieben (*Luhmann*, Geschichte als Prozess, 1981, S. 184), wobei »Zufälligkeit

oder das Recht als bloßes »Epiphänomen«¹⁴⁸ sowie dessen Binnendifferenzierung als »Reproduktion« beschrieben wird¹⁴⁹. Adäquater scheint es, das Recht als mit gesellschaftlicher Ausdifferenzierung konstitutiv verwoben zu beschreiben. Hierzu lohnt sich ein Rückgriff auf Christoph Menkes Auseinandersetzung mit Teubners Rechts- bzw. Verfassungstheorie.¹⁵⁰ Menke hat zwei verschiedene Verständnisse herausgearbeitet, die Teubners Darstellung zugrunde gelegt werden können: Zunächst kann das Recht als äußerlich und nachträglich hinzutretende Absicherung sich selbst-konstituierender sozialer Zusammenhänge begriffen werden.¹⁵¹ Diesem Verständnis folgt stellenweise auch, wie soeben bereits angedeutet, die erläuterte Fragmentierungsanalyse. Nach der zweiten Lesart stellt demgegenüber das Recht, genauer die Verfassung »die politische Ermöglichung von gegenüber der Politik autonomen sozialen Zusammenhängen« dar, sodass die Autonomie des Sozialen kein sich selbständig, evolutorisch herausbildendes Gegebenes ist, sondern ein Effekt, ein politisch-rechtlich Gemachtes.¹⁵² Autonome soziale Zusammenhänge, mithin funktionale Teilsysteme, sind indes nicht nur in ihrem Ursprung mit dem Recht verwoben, sondern bleiben angesichts ihrer Krisenhaftigkeit für ihren Fortbestand auf politisch-rechtliche Interventionen angewiesen.¹⁵³ Wirtschaftliche Prozesse beispielsweise sind daher nicht als natürliche

keineswegs Undeterminiertheit« bedeutet, sondern darauf verweist, dass Determinierungsfaktoren entweder nicht in der teilsystemischen Entwicklungslogik angelegt sind oder gänzlich ausserhalb des Teilsystems lokalisiert sind (*Schimank*, Theorien gesellschaftlicher Differenzierung, 2007, S. 164).

148 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Collisions, 2004, 1017; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 24. Der Begriff des Epiphänomens bezeichnet »die zufällige, nichtnotwendige Begleiterscheinung einer Haupterscheinung« (*Nieke*, Epiphänomen, 2017).

149 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 40. *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 19, wonach das Recht »zwangsläufig die Strukturkonflikte zwischen den Funktionssystemen« reproduziere. Vgl. zu dieser Lesart auch *Paulus*, Legitimacy, 2004, S. 1052.

150 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 325 ff.

151 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 327 f.

152 Vgl. *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 328 ff. Menke spricht hier von der Politik, während die Verfassung aus Teubners Sicht ein politisch-rechtliches und zugleich rechtlich-teilsystemspezifisches Doppelphänomen darstellt, dessen sich die Politik als Mittel zur genannten Hervorbringung des Sozialen bedient (vgl. dazu *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 180). Vgl. zur Rolle des Rechts im Zusammenhang mit der Freisetzung des Ökonomischen auch *Freerichs*, Polanyi and the Law, 2019, S. 200 f.; sowie *Brown*, Undoing, 2015, S. 151 ff. Von dieser Lesart der Theorie Teubners geht auch *Nell*, Multiple Differenzierung, 2020, aus, die deshalb die fortschreitende Entdifferenzierung zwischen Recht und Politik nahen sieht (S. 161 und 195).

153 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 320 ff.

Erscheinungen zu betrachten, sondern als ökonomisch-rechtliche Gesamtheiten, innerhalb derer sich wirtschaftliche Abläufe und rechtliche Institutionen »gegenseitig bedingen, sich aufeinander stützen, sich gegenseitig verändern und sich unablässig gegenseitig formen«. ¹⁵⁴ Folglich ist etwa der Wettbewerb als Organisationsform des Marktes »ein geschichtliches Ziel [...] und keine Naturgegebenheit, die es zu beachten gälte«. ¹⁵⁵ Teubner selbst bleibt in seiner Studie zu den Verfassungsfragmenten tatsächlich und wie bereits hinsichtlich der Regime-Kollisionen ambivalent. Beispielsweise betont er die »zwar unabdingbare, aber doch nur [...] dienende Rolle des Rechts« ¹⁵⁶ und beobachtet im globalen Kontext einen Ausfall der Beiträge von Politik und Recht zur Freisetzung sowie zur Begrenzung von Systemautonomie ¹⁵⁷. Zugleich plädiert er an anderer Stelle dafür, dass »[d]as Selbst [...] erst heteronom durch Rechtsnormen definiert werden [muss], um sich selbst definieren zu können«. ¹⁵⁸ So stellten die Rechtsinstitutionen

- 154 *Foucault*, Biopolitik, 2018 (2004), S. 226 ff., zit. S. 231; vgl. auch *Britton-Purdy et al.*, Law-and-Political-Economy Framework, 2020, insb. S. 1820 f. und 33; *Swedberg*, Economic sociology of law, 2003, S. 4; *Frerichs*, Transnational Law and Economic Sociology, 2021, S. 75 und 83; *Edelman/Stryker*, Law and the Economy, 2005, S. 527, 531 f. und 535 ff.; *Kennedy*, Law in Global Political Economy, 2020, insb. S. 143; *Lang*, Market Anti-naturalism, 2017; *Whyte*, The Morals of the Market, 2019, u. a. S. 22, 173, 184 f., 189, und 228; ferner *Deakin et al.*, Legal institutionalism, 2017; *Grewal*, The Legal Constitution of Capitalism, 2017; *Chadwick*, Hunger, 2019, insb. S. 7 und 12 ff.; *Polanyi*, Great Transformation, [1944] 1978, S. 330, wonach das Entstehen des Marktes keine Emanzipation des Ökonomischen von staatlichem Einfluss war, sondern »das Resultat einer bewussten und oft gewaltsamen Intervention seitens der Regierung«; *Kocka*, Geschichte des Kapitalismus, 2017, S. 121; *Reinhard*, Geschichte des modernen Staates, 2007, S. 99, der festhält, dass auch »die schärfste neo-liberale Wirtschaftspolitik unserer Gegenwart [...] aktiv gestaltende Politik mit massiven Eingriffen in Wirtschaft und Gesellschaft« sei und »kein passives Gewährenlassen der Wirtschaftskräfte im Sinne eines ›Nachtwächterstaates, den es nie gegeben« habe; *Wallerstein*, Welt-System-Analyse, [2004] 2019, S. 33, wonach ohne staatliche Eingriffe zumindest das kapitalistische System nicht florieren und überleben könnte; *Dejung/Petersson*, Introduction, 2013, S. 11; *Haller*, Transithandel, 2019, insb. S. 372, 374 und 396.
- 155 *Foucault*, Biopolitik, 2018 (2004), S. 173 und 188. Vgl. zur vermeintlichen Natürlichkeit der Marktordnung auch *Harcourt*, Illusion of Free Markets, 2011, u. a. S. 47 f. und 196; *Slobodian*, Globalists, 2018, u. a. S. 95 und 208 zur neoliberalen Einsicht in die Gestaltungsnotwendigkeit des Weltmarktes; *Zumbansen*, Economic Law, 2021, S. 470 f.
- 156 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 159 f. sowie 202; vgl. auch *Teubner*, Verfassungspluralismus, 2016, S. 668.
- 157 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 75.
- 158 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 166, ferner S. 108. Die Heteronomie geht mit der Externalisierung von Selbstreferenzparadoxien einher, soll

»des Eigentums, des Vertrags, des Wettbewerbs und der Geldwährung die Grundpfeiler der Wirtschaftsverfassung« dar.¹⁵⁹ Zudem müsse das Wirtschaftssystem verfassungsrechtliche Vorgaben etwa hinsichtlich der Sozialbindung des Eigentums, der Grenzen des Wettbewerbs oder der ökologischen Nachhaltigkeit inkorporieren.¹⁶⁰ An anderer Stelle wiederum konstatiert Teubner indes, dass eben dies, also »die fundamentalen Prinzipien anderer Teilsysteme festzulegen«, die politische Verfassung nicht übernehmen könne.¹⁶¹ Die Rechtfertigung von Verfassungsrecht sei an den inhaltlichen Grundprinzipien des verfassten Sozialsystems zu messen, die es zu rekonstruieren gelte.¹⁶² Die funktional differenzierte Gesellschaft zwingt dazu, zugunsten der Autokonstitutionalisierung auf »politische[n] Oktroi« zu verzichten.¹⁶³ »Die funktionale Differenzierung der Gesellschaft« sei »keine Frage einer politischen Grundentscheidung, sondern ein komplizierter evolutionärer Prozess«, indem die Funktionssysteme ihre eigene Identität selbst bestimmten.¹⁶⁴ Angesichts der international koordinierten Rettungsmaßnahmen im Zuge der globalen Finanzkrise ab dem Jahr 2007 – und Vergleichbares ließe sich mit Blick auf die wirtschaftspolitischen Interventionen im Zusammenhang mit der SARS-CoV-2-Pandemie feststellen – könne man jedoch »durchaus formulieren, dass gesellschaftliche Eigenverfassungen politisch oktroiiert werden«. ¹⁶⁵ Etwas ratlos lässt Teubners Changieren die Lesenden also zurück, die sich mitunter des Eindrucks nicht erwehren können, dass er an der These der Autokonstitutionalisierung festhalten müsse,

aber die autonome Selbstkonstituierung nicht behindern. Vgl. für eine differenzierungstheoretisch informierte, dezidierte Betonung der zentralen Rolle Rechts *Kjær*, *The Law of Political Economy*, 2020, S. 12 f. und 21 f.

159 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 167. Vgl. auch *Mardikian*, *Hybrid Right to Private Property*, 2021, S. 352 f.; sowie zur Währungsordnung etwa *Feichtner*, *Legal Architecture of Money*, 2016; *Feichtner*, *Geldpolitik und Demokratie*, 2021, S. 68 ff.

160 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 173.

161 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 178, ferner S. 106.

162 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 119 f. und 172 f., wobei Teubner die Kontingenz eben dieser Prinzipien nicht in Abrede stellt.

163 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 178.

164 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 55, ferner S. 116 f.

165 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 181. Vgl. auch *Teubner*, *Globale Zivilverfassungen*, 2003, S. 16, wonach »faktische Abläufe der Konstitutionalisierung normativ zu reflektieren und sie in ihrer Richtung zu beeinflussen« sind. Die Annahme, dass sich erst in der Reaktion auf die Finanzkrise einen konstituierenden Einfluss der Politik bemerkbar macht, suggeriert eine vorpolitische Natur des Marktes und verkennet namentlich die Relevanz staatlicher Wirtschafts- und Geldpolitik. Vgl. dazu etwa *Vogl*, *Der Souveränitätseffekt*, 2015.

um das Postulat der Wahrung der Eigenlogik nicht zu unterwandern.¹⁶⁶ Zugleich legt die Naturalisierung der bestehende Ordnung nahe, die Rolle des Rechts auf ein bloß Einhegendes zu reduzieren, das bestenfalls ungerechte Zustände zu beseitigen vermag, während es am Projekt der Herstellung gerechter Verhältnisse zwingend scheitern muss.¹⁶⁷ Zumindest implizit scheint hier eine »Imperative der Bestandserhaltung des Bestehenden« zugrunde zu liegen, welche die theoretische Position in eine »Apologie des Bestehenden um seiner Bestandserhaltung willen« kippen lässt.¹⁶⁸ Ist die Eigenlogik hingegen erst einmal als oktroyiert anerkannt,

- 166 »Der politische Verfassungsimpuls beschränkt sich«, so Teubner im Versuch, die beiden Positionen zu versöhnen, »auf Gründungsakt und fundamentale Änderung; ansonsten bedarf es der konstitutionellen Autonomie gegenüber der Politik« (*Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 181, ferner auch S. 39, 44 und 46).
- 167 Vgl. *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 223; *Teubner*, Anonyme Matrix, 2006, S. 186. Vgl. dazu kritisch *Kennedy*, Law in Global Political Economy, 2020, S. 143, wonach der Fokus des Rechts auf das Begrenzen von politischen und ökonomischen Aktivitäten (z. B. durch corporate social responsibility) zur Naturalisierung des Staats oder der Unternehmensform beiträgt, statt diese als rechtlich geschaffene und in anderer Weise gestaltbare Phänomene zu begreifen.
- 168 Vgl. die entsprechende Kritik am affirmativ-konservativen Einschlag der luhmannschen Systemtheorie bei *Habermas*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, 1971, S. 170. Vgl. dazu auch *Osrecki*, Kritischer Funktionalismus, 2016, S. 229 ff.; sowie *Koskenniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 23, der den systemtheoretisch angeleiteten Rechtspluralismus dafür kritisiert, dass er aufgehört habe, »to pose demands on the world«. Die Systemtheorie des Rechts wird zumindest dann normativ und zugleich affirmativ, wenn sie vom Recht einfordert, bestimmte soziale Normativitäten als Recht zu behandeln (so *Teubner*, Globale Bukowina, 1996, insb. S. 256 und 273; *Teubner*, Breaking Frames, 2002, S. 208 und 214; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 166). Wer für die Anerkennung bestimmter Formen der Normativität, d. h. bestimmter sozialer Sedimente (*Teubner*, Breaking Frames, 2002, S. 211) als Recht streitet, begibt sich in ein kontingentes Feld und nimmt dort eine Position ein, die weder neutral noch objektiv ist, sondern hegemoniale Züge trägt (vgl. *Koskenniemi*, International law and hegemony, 2004, S. 206; *Orford*, Politics of History, 2021, S. 252 ff.). Ein tauglicher Weg stellt indes auch die Enthaltung nicht dar, wie sie etwa Klabbers und Palombella vorzuschlagen scheinen, wenn sie sich den Kontakten zwischen Rechtsordnungen widmen möchten, ohne selbst zu entscheiden, was als Rechtsordnung anzuerkennen sei (*Klabbers/Palombella*, Introduction, 2019, S. 10). Diese Kontingenz unterstreicht auch *Fischer-Lescano*, Pluriversum, 2020, S. 26: »Nicht alles, was in der Selbstbeschreibung der Praxis als Recht firmiert, verdient es, auch in der interlegalen Reformulierung als Recht bestätigt zu werden.«

zerfällt der »unbedingte Respekt«¹⁶⁹ davor in fehlende Einsicht in die Gestaltbarkeit gesellschaftlicher Verhältnisse. Die Vorstellung, das Recht solle eine sich selbst erhaltende, vopolitische Ordnung umsetzen, erweist sich als eine ideologische Leugnung der Legitimität demokratisch-politischer Willensbildung und Gestaltung.¹⁷⁰ Dem wäre, wieder mit Menke, entgegenzuhalten, dass die Konstitutionalisierung als Politisierung zu verstehen und die »Seinsweise des Sozialen selbst – *ob das Soziale ein eigengesetzliches System* ist, das zu sichern und zu erhalten ist – zu einer politischen Frage zu machen« ist.¹⁷¹ Dass soziale Zusammenhänge,

¹⁶⁹ Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 55, ferner auch S. 41 ff. und 98, 120, 172 f. und 200 ff. Vgl. hierzu bereits Teubner/Willke, Kontext und Autonomie, 1984, S. 16. Vgl. zum theoriegeschichtlichen Streit um die Entdifferenzierung Habermas, Diskurs der Moderne, 1988, S. 87 ff. und 408. Die bei Teubner und anderen systemtheoretischen Beiträgen (vgl. etwa Kjær, The Law of Political Economy, 2020) anklingende Gleichstellung von politischer Gestaltung mit Totalitarismus stabilisiert die Trennung zwischen öffentlicher und privater Sphäre, naturalisiert die hochgehaltene Eigenlogik und unterfüttert die ökonomische Rationalitätsmaximierung mit einer »Disqualifikation durch das Schlimmste« (Foucault, Biopolitik, 2018 (2004), S. 262), wie sie etwa auch Friedrich von Hayek vornimmt, wenn er soziale Gerechtigkeit auf einem Kontinuum von Faschismus und Totalitarismus verortet (vgl. dazu m. w. H. Brown, Neoliberalism's Frankenstein, 2018, S. 63).

¹⁷⁰ Joerges/Everson, The Legal Proprium of the Economic Constitution, 2020, S. 42.

¹⁷¹ Menke, Kritik der Rechte, 2015, S. 336 (Herv. i. O.); vgl. auch Buckel, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 69 ff., insb. 71; Harcourt, Illusion of Free Markets, 2011, S. 241; Zumbansen, Economic Law, 2021, S. 470; ferner bereits Wiethölter, Recht und Politik, 1969, S. 157, der für ein »politisches Recht« plädiert, wonach »sich unsere Gesellschaft als politische begreift, als handelndes Subjekt«. Mit Jaeggi, Lebensformen, 2014, S. 445, kann diese »Einsicht in die Gestaltbarkeit der eigenen Lebensverhältnisse und das Vermögen zu ihrer Gestaltung« und die so verstandene Emanzipation als intrinsisches Maß der Rationalität von Lebensformen betrachtet werden. »Die Sakralisierung von Grenzen, von Grenzen politischen Handelns«, erscheint folglich als »irrationaler Anachronismus« (vgl. Holmes, Liberalismus, 1985, S. 32) und widerspricht letztlich dem systemtheoretischen Programm der »radikalen De-Ontologisierung« (Luhmann, Soziale Systeme, 1991, S. 243). Vgl. demgegenüber bereits Teubner/Willke, Kontext und Autonomie, 1984, S. 26, wonach eine »Re-Politisierung des Rechts [...] klar als regressive Tendenz« erscheine. Auch die kritische Systemtheorie verhält sich ambivalent zu dieser Frage, wenn sie im Interesse der »Instaurierung weltgesellschaftlicher Selbstbestimmungsverhältnisse« (Fischer-Lescano, Systemtheorie, 2013, S. 36) zwar nach Abschaffung, Entmachtung und Ersetzung von Institutionen fragt und die Änderbarkeit von Rationalitäten unterstreicht (Horst, Politiken der Entparadoxierung, 2013,

Funktionssysteme oder gesellschaftliche Sphären keine naturwüchsigen Konturen besitzen, sondern historisch kontingent und Gegenstand gesellschaftlicher Auseinandersetzungen sind, unterstreicht etwa auch Nancy Fraser, die hierfür mit dem Konzept der Grenzkämpfe operiert.¹⁷² Dies bringt den politischen Charakter sowohl der Trennlinien als auch der inneren Beschaffenheit der gesellschaftlichen Sphären zum Ausdruck, da sich diese nach Fraser wechselseitig in Beziehung zueinander konstituieren.¹⁷³ Daraus folgt auch bei Fraser und Jaeggi die Forderung nach einer Demokratisierung der Grenzziehung und eine Ablehnung der pauschalen Annahme, dass »offensive Kämpfe, die auf die Beseitigung der funktionalen Differenzierung der modernen Gesellschaft abzielen, prämodern und regressiv« seien.¹⁷⁴

Ungeachtet der durchaus berechtigten und mitunter dringenden Frage, was angesichts des Zusammenwirkens des Rechts mit seiner Umwelt zu tun ist und getan werden könnte oder müsste, ist an diesem Punkt dem Umstand Rechnung zu tragen, dass dem Recht aus der soeben dargelegten Sicht eine konstitutive Wirkung zukommt: Wenn das Recht erst die Autonomie sozialer Zusammenhänge hervorbringt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass es die gesellschaftliche Differenzierung im Innern lediglich reproduziere. Das Recht knüpft nicht einfach an einen vorbestehenden, von außen objektiv festzustellenden Bereich an, den es reguliert, sondern bringt diesen mit hervor.¹⁷⁵ Das Außerrechtliche, als dessen bloßen Ausdruck der Realismus das Recht sieht, ist immer schon eingebettet in rechtliche Kategorien und Praktiken.¹⁷⁶ »Law creates«, wie es Santos prägnant formuliert, »the reality that fits its application,«¹⁷⁷ Durch Recht wird Macht »überhaupt erst stabil, effektiv und

S. 215), aber letztlich doch »die spezifischen Bedingungen der teilsystem-spezifischen Kommunikationsmedien« als vorgegebenen und damit vor- bzw. apolitischen Rahmen der Demokratisierung akzeptiert (ibid., S. 217, ferner S. 212).

172 Fraser/Jaeggi, Kapitalismus, 2020, S. 80, 82 f. und 227 ff. Vgl. dazu auch Schimank, Differenzierungsdynamiken, 2011; ferner Mies, Patriarchy and Accumulation, [1986] 2014, S. 74.

173 Fraser/Jaeggi, Kapitalismus, 2020, S. 93, 99 f. und 133 f. Dies deckt sich mit Luhmanns Feststellung, dass ein System erst im Verhältnis zu seiner Umwelt seine Gestalt erhält, »weil Identität nur durch Differenz möglich ist« (Luhmann, Soziale Systeme, 1991, S. 243).

174 Fraser/Jaeggi, Kapitalismus, 2020, S. 242 ff.; vgl. auch Buckel, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 69 ff.

175 Liste, Colliding geographies, 2016, S. 210; Kjær, The Law of Political Economy, 2020, S. 12 f.

176 Koskeniemi, Past, 2021, S. 62 f.

177 Santos, Map of Misreading, 1987, S. 288. Vgl. auch Taylor, Interpretation, 1985, S. 34; Martineau, Fragmentation, 2016, S. 413.

immens steigerbar«. ¹⁷⁸ Zugleich wäre es nicht haltbar, dem Recht geradezu ein gesellschaftliches Primat zuzuschreiben und dieses gleichsam als Machtzentrum zu begreifen, denn das Recht operiert nicht in einem Vakuum; seiner konstituierenden Kraft wohnt stets ein nachvollziehendes Moment inne. ¹⁷⁹ »Il n'est pas trop de dire qu'il fait le monde social«, so Pierre Bourdieu, »mais à condition de ne pas oublier qu'il es fait par lui.« ¹⁸⁰ Entsprechend lautet die Beobachtung nicht einseitige Reproduktion, sondern wechselseitige Koproduktion. ¹⁸¹ Für das Recht als besondere Form des Wissens dürfte damit gelten, was in der Wissenschaftstheorie im Allgemeinen postuliert wird: Wissen ist ein Produkt gesellschaftlicher Prozesse und zugleich konstitutiv für soziale Zusammenhänge. ¹⁸²

Vor diesem Hintergrund ist es plausibel, dass dem Recht hinsichtlich des Umgangs mit der Fragmentierung eine bedeutendere Rolle zukommen könnte, als dies Fischer-Lescano und Teubner annehmen, worauf hinten noch einzugehen sein wird. ¹⁸³ Zugleich scheint die Präzisierung, wonach von einer gesellschafts-rechtlichen Koproduktion auszugehen ist, die systemtheoretisch fundierte Erklärung der Fragmentierung als

¹⁷⁸ Brunkhorst, Zukunft, 2010, S. 18.

¹⁷⁹ Ein solches Primat nimmt auch Menke nicht an; vgl. *Menke/Schmidt/Zabel*, Politisierung, 2017, S. 60; sowie etwa *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 312 f. zur bürgerlichen Revolution als Neu- und Nachvollzug. Vgl. dazu auch *Sassen*, Das Paradox des Nationalen, 2008, S. 112 f.; sowie *Pistor*, Code des Kapitals, 2020, die die zentrale Stellung des Rechts betont – etwa wenn sie im Recht den »Schlüssel zum Verständnis der Grundlagen der Macht und der aus ihr hervorgehenden Verteilung des Reichtums« ausmacht (S. 325, ferner u. a. S. 42, 45, 187 und 321) oder selbst die Krisenhaftigkeit des Kapitalismus auf das Recht zurückführt (S. 263 f.) – und ihre Thesen dennoch unter Rückgriff auf die Einbettung des Rechts in gesellschaftliche Kräfteverhältnisse entwickelt (insb. S. 21 f., 57, 83, 106, 213, 336, 344 f. und 347 f.).

¹⁸⁰ *Bourdieu*, La force du droit, 1986, S. 13 (ohne Hervorhebung); vgl. auch *Edelman/Stryker*, sociological approach to law and the economy, S. 535, in: *Smelser/Swedberg* (Hrsg.) 2015, Handbook of economic sociology (zit. Nach *Diaz-Bone* 2015).

¹⁸¹ Vgl. auch *Brown*, Economization, 2017, insb. S. 93. Ein Verhältnis der Gegenseitigkeit impliziert auch die Annahme der relationalen Autonomie; vgl. dazu die Hinweise in Kap. 2.2, Fn. 26, Kap. 5.1.2, Fn. 49, Kap. 5.2.4.2, Fn. 208 und 246.

¹⁸² *Jasanoff*, The idiom of co-production, 2006, S. 2 f.: »[Scientific knowledge] both embeds and is embedded in social practices, identities, norms, conventions, discourses, instruments and institutions – in short, in all the building blocks of what we term the social.« Vgl. dazu auch *Pahuja*, Corporations, 2019, S. 91. Vgl. zu diesem Wechselverhältnis von Positionalität und Wissen ferner *Reiter*, Introduction, 2018, S. 7.

¹⁸³ Vgl. hinten Kap. 6.4.2 und den zweiten Teil, Kap. 8 ff.; sowie in einer emanzipatorischen Perspektive *Möller*, Systemtheorie, 2020, S. 62 und 64 f.

solche nicht in Frage zu stellen: Dass Abhängigkeit Autonomie nicht ausschließt, konnte bereits hinsichtlich der Notwendigkeit intersystemischer Leistungsbezüge festgestellt werden – und ein solcher stellt die rechtliche Konstitutionalisierung, mittels derer Autonomie erlangt wird, gerade dar.¹⁸⁴ Unabhängig von der Frage, woraus die Autonomie entspringt, ist sodann festzuhalten, dass von gesellschaftlichen Teilbereichen eine Wirkmacht auf ihre jeweilige Umwelt ausgeht, sobald diese eine gewisse Verselbständigung erfahren haben. Schließlich lässt sich die These, dass das Verhältnis zwischen Recht und seiner Umwelt von gegenseitiger Einflussnahme und damit von Koproduktion geprägt ist, auch unter Rückgriff auf die Systemtheorie stützen. Indem Fischer-Lescano und Teubner stellenweise mit dem Begriff der Koevolution argumentieren, implizieren auch sie, dass die Binnendifferenzierung kein bloßer Nachvollzug sein kann.¹⁸⁵ Teilsystemische »Evolutionen«, konstatiert Schimank, »[wirken] wechselseitig aufeinander [ein] und [erzeugen] im Zusammenwirken die Evolution der modernen Gesellschaft.«¹⁸⁶ Von der Begrifflichkeit der Evolution soll indes im vorliegenden Zusammenhang Abstand genommen werden. Auch wenn die Rede von der Evolution bloß metaphorisch geführt wird,¹⁸⁷ naturalisiert sie gesellschaftliche Verhältnisse und desartikuliert deren Gemachtheit und Gestaltbarkeit.¹⁸⁸ Diese Umstände werden mit dem Begriff der Koproduktion adäquater bestimmt.¹⁸⁹

184 Vgl. hierzu vorne Kap. 5.1.2.

185 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 38 sowie 40, Fn. 21, wo von einer wechselseitigen Abhängigkeit von Umweltdifferenz und Binnendifferenz die Rede ist; ferner *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 15; *Fischer-Lescano*, Just and Non-violent Force, 2015, S. 270 f.; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 172; *Teubner*, Produktionsregimes, 1999. Vgl. zur Koevolution auch *Möller*, Systemtheorie, 2020, S. 55, 58, 62 und 64 f.; *Luhmann*, Soziale Systeme, 1991, S. 48; *Jessop*, Relevanz, 2015, S. 171 und 177, wonach »soziale Evolution reflexive Selbstorganisation und den Versuch einschliessen [kann], die Umwelt umzugestalten«. Vgl. demgegenüber *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, 2001, S. 83, 227, 251 und 300; *Amstutz*, Rechtswissenschaft, 2010, S. 305 f., 308 und 311 f.

186 *Schimank*, Differenzierung und Integration, 2005, S. 55 (zit.), 56 f. und 193, der auch auf die Vernachlässigung dieses Aspekts bei Luhmann hinweist. Vgl. auch *Schimank/Volkmann*, Gesellschaftliche Differenzierung, 1999, S. 16 und 20; *Amstutz*, Rechtswissenschaft, 2010, S. 305 f.; *Massumi*, Revaluation of Value, 2018, S. 10; *Fakhri*, Law as the Interplay of Ideas, 2008, S. 459 f. und 462.

187 *Amstutz*, Rechtswissenschaft, 2010, S. 308 f.

188 Vgl. zur Kritik der evolutionstheoretischen Naturalisierung von Kultur und deren Entwicklung *Toepfer*, Kultur, 2010, S. 253 ff. m. w. H.; kritisch zum Begriff der Evolution auch *Venzke*, Semantic Authority, 2018, S. 113 f.

189 Vgl. insofern auch die Überlegungen von *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2008, S. 111 f. und ferner 116, zu den Begriffen der Autopoiesis

5.2.4 Hegemoniale Binnendifferenzierungen

Wenn das Recht nach dem soeben Dargelegten seine Umwelt prägt, unter deren Einfluss es zugleich steht, stellt sich die bisher noch wenig beleuchtete Frage, nach welchem Muster sich der Übersetzungsprozess der Rekonstruktion der Differenzierung der Umwelt als Binnendifferenzierung vollzieht. Wie verläuft, anders ausgedrückt, die wechselseitige Interaktion zwischen Recht und Nicht-Recht? Und welche Rolle spielt dabei die innere Dynamik des Rechtsbetriebs selbst?

Der Verweis auf Normierungschancen, Eigenbedingungen und Zufälle, um die Gestalt der Fragmentierung zu erklären, lässt jedenfalls noch Fragen offen.¹⁹⁰ Weil die Binnendifferenzierung ein umkämpfter Prozess ist und Normkonflikte auch innerhalb bestimmter Rechtsbereiche auftreten, erscheint es wenig plausibel, Rechtsentwicklungen vollständig auf die funktionale Differenzierung als solche zurückführen, denn sie sind ebenso von Dominanzverhältnissen, sozialen Kräftekonstellationen und gesellschaftlichen Kämpfen geprägt, die sich nicht der funktionalen Differenzierung fügen, sondern diese durchziehen und überlagern.¹⁹¹ Im Folgenden sollen daher einige Schlaglichter auf diese Verwebungen von Politik und Recht, Rechtsetzung und Rechtspraxis sowie ihre Einbettung in gesellschaftliche Kräfteverhältnisse geworfen werden.

5.2.4.1 Rechtsetzung

Rechtsschöpfung – oder die Koproduktion des Rechts – erfolgt im nationalen wie im inter- und transnationalen Kontext auf zwei Ebenen, nämlich im Rahmen der Rechtsetzung sowie der Rechtsanwendung und

bzw. der Produktion, denen gerade keine Negation des Bedingungskontextes zugrunde liegen würden.

¹⁹⁰ Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 38 f. Gleiches gilt beispielsweise für die Feststellung, dass Fragmentierungen »die Reaktion des Staates auf die Komplexität der modernen Industriegesellschaft und vielfältige Phänomene des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandels spiegeln« (*Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1074). Vgl. hierzu auch *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, 2001, S. 249.

¹⁹¹ Vgl. *Möller*, Formwandel, 2015, S. 34 und 80 ff. *Chimni*, Imperial Global State, 2004, S. 3 ff.; *Koskenmiemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 607 ff.; *Tzouvala*, Capitalism as Civilisation, 2020, S. 216; *Ranganathan*, Sea Change, 2021, S. 289; *Reinhard*, Geschichte des modernen Staates, 2007, S. 25 f. Darauf hat insb. auch *Poulantzas*, Staatstheorie, 2002, S. 154 ff., hingewiesen, indem er den Staat – und insofern auch das Recht – als materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses beschrieben hat.

hier insbesondere der Rechtsprechung.¹⁹² Welche Normen im Rechtsetzungsprozess geschaffen werden können, hängt zunächst von den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingung ab, also den einschlägigen und für sich bereits fragmentierten Sekundärregeln.¹⁹³ Ob und in welcher Weise Rechtsetzungskompetenzen wahrgenommen¹⁹⁴ oder auch erst geschaffen werden, ist indes eine Frage des politischen Willens, der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse und damit der Hegemonie.¹⁹⁵ Dieser liegt eine bestimmte Weltanschauung zugrunde, die rechtspolitische Interventionen

192 Dabei handelt es sich um eine Vereinfachung, denn neben den politisch-demokratischen Institutionen, welche Recht (zumindest im nationalen und zwischenstaatlichen Kontext) setzen, und den Gerichten, welche das Zentrum des Rechtssystems besetzen (vgl. *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 320 ff.), wirken auch andere Urheber*innen an der rechtlichen Kommunikation mit, wie etwa die rechtswissenschaftliche Literatur oder zivilgesellschaftliche Akteur*innen (vgl. *Buckel*, *Welcome to Europe*, 2013, S. 32; *Lang*, *After Neoliberalism*, 2011, S. 168). Eine zweite Vereinfachung, auf die hinten nochmals eingegangen wird, liegt in der Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Diese stehen nicht streng gegensätzlich zueinander, sondern implizieren sich gegenseitig. Nicht nur die Anwendung des Rechts setzt dessen Setzung voraus, sondern gesetztes Recht ist auf Anwendung angewiesen, deren deutender Vollzug indes stets die Möglichkeit der Neusetzung enthält (vgl. *Derrida*, *Gesetzeskraft*, 1991, S. 80 f., 83, 87, 92 und 110). Gesetztes Recht entscheidet noch keine Rechtsfrage, dies tut erst die Rechtsprechung, die Unentscheidbares entscheidet und damit Recht nicht bloß erkennt, sondern dieses immer auch setzt. Der Bezug auf Normmaterial ist, wenn auch (system-)theoretisch nicht zwingend vorausgesetzt, zumindest hilfreich, weil er ein zentrales Argumentationsreservoir erschließt und so die operative Schließung begünstigt (vgl. *Bolsinger*, *Autonomie des Rechts*, 2001, S. 14).

193 Vgl. zum Konzept der Primär- und Sekundärregeln *Hart*, *Concept*, 1994, S. 94 ff.; sowie dessen Transposition ins Völkerrecht *Murphy*, *The Concept of International Law*, 2009, S. 168 f.; zur Fragmentierung auf verfassungsrechtlicher Ebene *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, insb. S. 76 ff. und 82 ff. zu völkerrechtlichen Verfassungsmomenten.

194 Wobei Wahrnehmung hier im doppelten Sinne, als erkennende Auslegung und als daran anknüpfende Ausübung einer Kompetenz, zu verstehen ist, denn »mit der Interpretation geht im Maße ihrer Freiheit die Souveränität vom Verfassungsgesetzgeber auf den Interpreten über« (*Luhmann*, *Verfassung*, 1990, S. 216).

195 Vgl. *Buckell/Fischer-Lescano*, *Hegemonie im globalen Recht*, 2007; *Buckel*, *Welcome to Europe*, 2013, S. 31; *Bolsinger*, *Autonomie des Rechts*, 2001, S. 25; *Bourdieu*, *La force du droit*, 1986, S. 18; *Baer*, *Rechtssoziologie*, 2017, § 6 Rz. 51 und 72; sowie illustrativ etwa *Anderson*, *Non-market mechanisms*, 2023, S. 20 zum Konsens der transnationalen Elite, der dem Klimaschutzregime zugrunde liegt.

nicht dem Zufall überlassen.¹⁹⁶ Vermittelt über politische Prozesse manifestieren sich im Recht denn auch systemspezifische Rationalitäten: Die Politik strebt nach einer umfassenden Gesellschaftsgestaltung, bedient sich dabei des Rechts und prägt dieses entsprechend. Zumindest aus systemtheoretischer Perspektive erscheinen politische Interventionen dann aussichtsreich, wenn diese der Eigenlogik verselbständigter Zusammenhänge Rechnung tragen.¹⁹⁷ So kann die Politik etwa gehalten sein, an die Steuerungsbeiträge anderer Akteur*innen anzuknüpfen und diese zu koordinieren,¹⁹⁸ womit bestehende Weltverständnisse zementiert werden. Nicht nur transnationale Unternehmen, sondern auch eine Vielzahl nichtstaatlicher Organisationen betreiben überdies Lobbying auf sämtlichen Stufen legislativen Handelns.¹⁹⁹ Dergestalt wird die Binnendifferenzierung des Rechts in spezifischer Weise mitgeprägt: Unterschiedliche Akteur*innen verfügen über ungleiche Ressourcen und damit über einen ungleichen Zugang zu rechtsetzenden Institutionen, was die Übertragung gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse ins Recht begünstigt. Zudem bilden sich Interessengruppen entlang gesellschaftlicher Strukturen heraus. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass außerrechtliche Trennlinien auch im Recht ihren Ausdruck finden. Gerade im Völkerrecht schlagen sich überdies nationalstaatliche Interessenlagen und Machtasymmetrien in der Staatenwelt nieder, was ebenfalls mit dem Fragmentierungsprozess in Verbindung gebracht wird.²⁰⁰ Schließlich tritt die Prägung des Rechts durch private

196 Vgl. *Buckell/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht, 2007, S. 89 und 99 f.

197 Vgl. *Nassehi*, Wahrheit, 2015, S. 147; *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 156 ff. zur Steuerung als Leistung des Rechts; sowie *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie, 1984, die mit dem Begriff des reflexiven Rechts für eine indirekte, dezentrale Kontextsteuerung und dezentrale Integration über die Strukturierung von Selbstorganisation plädieren. Diese Anliegen prägen die Arbeiten von Teubner und Willke bis heute (vgl. *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012; *Willke*, Dezentrierte Demokratie, 2016). Vgl. kritisch zur Möglichkeit von regulierter Selbstregulierung *Luhmann*, Einige Probleme mit »reflexivem Recht«, 1985, S. 7 f. und 17 f.

198 Vgl. *Herberg*, Entkoppeltes Recht, 2005, S. 33; *Baer*, Rechtssoziologie, 2017, § 6 Rz. 46 ff.

199 Vgl. dazu etwa *Helleiner*, Regulators, 2015, S. 243 f.

200 Vgl. *Benvenuti/Downs*, Empire's New Clothes, 2007; *Pulkowski*, International Regime Conflict, 2014, S. 93 ff. und 191 f.; *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 251 ff.; ferner *Roberts*, Reform of Investor-State Arbitration, 2018, S. 431; sowie kritisch zur direkten Rückführung von Rechtsentwicklung auf zwischenstaatliche Hegemonialpolitik *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 161 ff.; *Ranganathan*, Sea Change, 2021, die zwar ebenfalls die Interessenlage bestimmter Staaten hervorhebt (S. 294 ff.), aber

Akteur*innen und deren Weltverständnisse noch stärker hervor, wenn die Herausbildung von Privatrechtsregimen und »nichtstaatlichem« Recht als Form der Rechtsetzung betrachtet wird.²⁰¹

5.2.4.2 Rechtspraxis

Die Rechtsetzung ist zwangsläufig mit der Rechtsanwendung eng verwoben, denn erst hier entscheidet sich, was als Recht und dessen Inhalt qualifiziert wird.²⁰² Auf der Ebene der Rechtsprechung oder allgemeiner der Rechtspraxis wirken trotz der erheblichen Unbestimmtheit von Normtexten gewisse Schranken, die sich sowohl aus der Eigenlogik des Rechts als auch seiner gesellschaftlichen Einbettung ergeben.²⁰³ Um eine spezifische Auslegung zu vertreten, muss etwa ein Vokabular vorhanden und eine anschlussfähige Argumentation verfügbar sein.²⁰⁴ Ob dieser oder jener Normgehalt angenommen wird, hängt vom Konsens der Rechtsgemeinschaft ab, sodass sich die Frage nach den Normierungschancen auf Auslegungsstreitigkeiten im Rechtsbetrieb verschiebt.²⁰⁵ Diese Auseinandersetzungen finden ebenso wie die Rechtsetzung innerhalb einer bestimmten gesellschaftlichen Konstellation statt, die das Recht und seine Akteur*innen prägt und mit ungleichen Ressourcen ausstattet.²⁰⁶ »[I]n einem langwierigen inkrementellen

dahinterliegend insb. die politische Ökonomie als Triebkraft ausmacht (S. 303 ff.).

²⁰¹ Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 41 ff., insb. 46 f., und 53 ff., insb. 56; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 72 ff. und 94 ff.; *Baer*, Rechtssoziologie, 2017, § 6 Rz. 41; weitere Hinweise dazu hinten im Kap. 5.2.4.3.

²⁰² *Kleinlein*, Matters of Interpretation, 2018, S. 16; *Klabbers*, Virtuous interpretation, 2010, S. 20; *Rhinow*, Rechtsetzung, 1976, S. 174 ff. und 200 ff. Vgl. dazu bereits vorne Kap. 5.2.4.1, Fn. 192 und hinten Kap. 5.2.4.2, Fn. 214.

²⁰³ Vgl. *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 606 ff.; *Koskeniemi*, Politics II, 2009, insb. S. 9; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 164 ff.; *Pulkowski*, International Regime Conflict, 2014, S. 273 ff.; ferner bereits vorne in Kap. 4.1 bei Fn. 6; *Schlag*, Continuation of God, 1997, S. 431 ff.; *Jaeggi*, Lebensformen, 2014, S. 119 ff. zur Trägheit gesellschaftlicher Verhältnisse.

²⁰⁴ Vgl. *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 566 ff. und 588 f.; ferner *Buckell/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht, 2007, S. 92.

²⁰⁵ *Kleinlein*, Matters of Interpretation, 2018, S. 16 f.; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 167 f., 172 f., 181 und 186; *Buckell*, Welcome to Europe, 2013, S. 33; vgl. auch *Buckell/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht, 2007, S. 92 f. und 99.

²⁰⁶ Vgl. *Kleinlein*, Matters of Interpretation, 2018, S. 19 f.; *Buckell*, Welcome to Europe, 2013, S. 31; *Koskeniemi*, From Apology to Utopia,

Prozess« bildet sich dabei ein »grundsätzlich instabiler asymmetrischer Konsens«, eine bestimmte rechtsinterne Weltanschauung heraus, welche die Auseinandersetzungen vorübergehend fixiert.²⁰⁷ Diese Festlegung ist ein Resultat politischer Kämpfe und Ausdruck gesellschaftlicher Machtverhältnisse.²⁰⁸ Rechtsfiguren stellen insofern »Ablagerungen vergangener Auseinandersetzungen« dar.²⁰⁹ Ein Konsens ist, wie es Koskeniemi formuliert, »the end-point of a hegemonic process in which some agent or institution has succeeded in making its position

2005, u. a. S. 589; *Kennedy*, Phenomenological Critique, 2007, S. 304 f.; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, u. a. S. 185; *Marks*, False Contingency, 2009; *Golder*, Foucault and the Politics of Rights, 2015, S. 86 ff.; *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, u. a. S. 23 f., S. 72 ff., 312 und 321; *Britton-Purdy et al.*, Law-and-Political-Economy Framework, 2020, S. 1815 und 1818; *Kampourakis*, Economic Constitution, 2021, S. 310 f.; *Bourdieu*, La force du droit, 1986, S. 8; zu Letzterem auch *Schimank/Volkman*, Gesellschaftliche Differenzierung, 1999, S. 24 f. Vgl. ferner *Venzke*, Semantic Authority, 2018, insb. S. 105, 107 und 117 zu den unzähligen Faktoren der ungleich verteilten »semantischen Autorität«. Venzke betont zwar, dass unterschiedliche Akteur*innen um das Recht kämpfen, fragt aber nicht danach, weshalb welche Interessen vertreten werden (vgl. S. 105, 114, 120 und 126). Seine Suche nach den Triebkräften des Rechtswandels bleibt folglich bei der »semantischen Autorität« als Transmissionsriemen zwischen dem Recht einerseits und den im Dunkeln bleibenden Motivlagen andererseits stehen. Tiefer schürft insofern etwa *Ranganathan*, Sea Change, 2021, insb. S. 289 und 307.

207 *Buckel*, Welcome to Europe, 2013, S. 33; vgl. auch *Pistor*, Code des Kapitals, 2020, S. 329 und 357, die von einem »beharrlichen Inkrementalismus« spricht; *von Bogdandy/Goldmann*, Restrukturierung, 2013, S. 81 ff., wonach sich die Rechtsschöpfung »oft inkrementell im Diskurs zwischen Praxis und Wissenschaft«, in »Prozessen dogmatischen Konstruktivismus« vollziehe; *Venzke*, Semantic Authority, 2018, S. 123, wonach Autorität und Recht Ausdruck inkrementeller gesellschaftlicher Konstruktionsprozesse darstellten; *Koskeniemi*, International law and hegemony, 2004, S. 202, der »moments of relative stability« beschreibt; *Kleinlein*, Matters of Interpretation, 2018, S. 18 f.; ferner *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 257 f.

208 *Buckel/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht, 2007, S. 89 ff., die von einer relationalen Autonomie ausgehen, die einen direkten Durchgriff aufs Recht ausschließt (insb. S. 91, 99 und 101; dazu auch Kap. 5.1.2, Fn. 49); *Möller*, Formwandel, 2015, S. 91; *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, S. 67, 74, 89, 312 und 321; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 135 f., 155, 172, 183 und 186; *Baars*, Remarks on Lang, 2014, S. 434; *Pistor*, Code des Kapitals, 2020, S. 57 und 83; *Koskeniemi*, Politics II, 2009, S. 12; *Kleinlein*, Matters of Interpretation, 2018, S. 20; *Bolsinger*, Autonomie des Rechts, 2001, S. 24 ff., insb. 26.

209 *Buckel*, Welcome to Europe, 2013, S. 73.

seem the universal or ›neutral‹ position«. ²¹⁰ Politische Positionierungen sind auch hier involviert, wenn eine Entscheidung getroffen und diese oder jene Normprojektion vertreten wird, denn in die Auslegung fließen zwangsläufig »bestimmte politischen Vorstellungen und Wirkungsabsichten« hinein. ²¹¹ Diese Positionierung kann bereits mit Hans Kelsen als rechtspolitischer Willensakt verstanden werden. ²¹² Es existiert im Recht kein Raum ohne Dezision, keine Raum also, der nicht politisch durchdrungen ist. ²¹³

Weil Auslegung nicht auf ein Erkennen des im positiven Recht Angelegten reduziert werden kann, ²¹⁴ münden andere Werte und Interessen, mithin bestimmte gesellschaftliche Rationalitäten und Eigenlogiken in den Prozess der – damit notwendigerweise – rechtsschöpfenden Auslegung hinein. ²¹⁵ Dezision ist aber nicht auf einen Akt individueller Willkür zu reduzieren, denn sie bleibt eingebettet in transsubjektive Auseinandersetzungen um Hegemonie. ²¹⁶ Dies vermag auch zu erklären, weshalb partikulare Interessen, die dem gegenwärtigen hegemonialen Konsens entsprechen, von den Akteur*innen mitunter als objektive Ziele wahrgenommen und verteidigt werden. ²¹⁷ Dabei ist die Strategie, zur Stabilisierung des gegenwärtigen Konsenses die dem Recht zugrunde liegenden Konflikte, die Kontingenz regimespezifischer Wahrheiten und

²¹⁰ Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 597. Vgl. auch Koskeniemi, *International law and hegemony*, 2004, insb. S. 199.

²¹¹ Vgl. Luhmann, *Verfassung*, 1990, S. 218; ferner Möller, *Systemtheorie*, 2020, S. 63; Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion*, 2015, S. 46 f. und 234 zum latent Politischen im Innern des Rechtssystems; Liste, *Juridification and Politicisation*, 2021, S. 258 ff.; Bolsinger, *Autonomie des Rechts*, 2001, S. 24 ff.

²¹² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, [1960] 1992, S. 350 ff. Dass der subjektive Wille dem Recht nicht vorangeht, sondern seinerseits durch dieses geprägt wird, erhöht die Komplexität erneut. Vgl. dazu Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, S. 197 ff.

²¹³ Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 596; vgl. auch Orford, *Social Question*, 2020, u. a. S. 45; sowie Rhinow, *Rechtsetzung*, 1976, S. 174 ff.

²¹⁴ Vgl. Garner, *Article 19, Interpretation of Treaties*, 1935, S. 946; Bourdieu, *La force du droit*, 1986, S. 8; Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, u. a. S. 504 und 589; vorne Kap. 5.2.4.2, Fn. 202; sowie zum Ganzen auch hinten Kap. 6.2.

²¹⁵ Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, [1960] 1992, S. 351.

²¹⁶ Vgl. Buckel/Fischer-Lescano, *Hegemonie im globalen Recht*, 2007, u. a. S. 101; sowie zur Transsubjektivität Fischer-Lescano, *Systemtheorie*, 2013, S. 17 ff.; vgl. ferner Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, u. a. S. 589; Ranganathan, *Sea Change*, 2021, insb. S. 289 und 307; Orford, *Politics of History*, 2021, S. 280 ff., welche die Vorstellung dezidiert zurückweist, einzelne (Rechts-)Intellektuelle könnten das Recht gleichsam nach ihrem Belieben programmieren.

²¹⁷ Vgl. Ranganathan, *Sea Change*, 2021, S. 307.

damit die Politisierung im Innern des Rechts zu desartikulieren, indem bestimmte Ziele und Werte als neutrale, universelle und objektiv festzustellende Eigenschaften dargestellt werden, gerade Teil der Auseinandersetzungen um das Verständnis von Recht.²¹⁸

5.2.4.3 Transnationalisierung und Privatisierung

Die Rücksichtnahme auf gesellschaftliche Eigenlogiken, welche dann als Rekonstruktion der Umweltdifferenzierung im Recht gelesen werden kann, hängt schließlich auch damit zusammen, dass angesichts der Internationalisierung und Transnationalisierung eine Verschiebung hin zur Exekutive und in den Privatbereich stattfindet.²¹⁹ Außerrechtliche Rationalitäten und gesellschaftliche Kräfteverhältnisse werden nicht reflexhaft im Recht abgebildet, sie greifen nicht unmittelbar aufs Recht durch.²²⁰ Der Zugang zum Recht erfolgt über die »Funktionäre« des Rechts, die in den erwähnten Rechtsschöpfungsprozessen den hegemonialen Konsens organisieren.²²¹ Welchen Weltauffassungen sie dabei nahe stehen hängt auch von der Verortung innerhalb der weltrechtlichen Strukturen ab. Normierungsprozesse im transnationalen und internationalen Kontext sind stärker durch nichtstaatliche Akteur*innen geprägt und regelmäßig auf spezifische Bereiche bezogen.²²² Wo dies der Fall ist,

218 Vgl. *Koskenniemi*, *Politics II*, 2009, S. 11 f.; *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 597; *Lang*, *After Neoliberalism*, 2011, S. 136 f. und 159 ff.; *Liste*, *Colliding geographies*, 2016, S. 209 f.; *Buckell/Fischer-Lescano*, *Hegemonie im globalen Recht*, 2007, S. 93 f.; *Pahuja*, *Decolonising International Law*, 2011, S. 6 f.; *Kennedy/Koskenniemi*, *Of Law and the World*, 2023, S. 156. Die Strategie, anderen Positionen fehlende Neutralität oder ungehörliche Politisierung vorzuwerfen, während für die eigene – im Grunde ebenso kontingente und damit politische – Ansicht Objektivität in Anspruch genommen wird, beschreibt Kennedy als »hermeneutic of suspicion« (*Kennedy*, *Hermeneutic of Suspicion*, 2014; vgl. dazu auch *Orford*, *Politics of History*, 2021, S. 310 ff.). Vgl. in diesem Zusammenhang sodann Kap. 5.2.2 zu regimeinternen Konfliktlagen.

219 Vgl. dazu *Sassen*, *Das Paradox des Nationalen*, 2008, S. 292 ff.; *Schuppert*, *Wissen*, 2019, S. 57 ff.; sowie zum Aufstieg internationaler Organisationen etwa *Klabbers*, *International Organizations*, 2022, S. 16 ff.

220 *Buckell/Fischer-Lescano*, *Hegemonie im globalen Recht*, 2007, S. 92 und 99.

221 *Buckell/Fischer-Lescano*, *Hegemonie im globalen Recht*, 2007, S. 92 f. und 99; vgl. zu diesen »kleinen Intellektuellen« auch *Wissell/Martin*, *Fragmentierte Hegemonie*, 2015, S. 226; bzw. zur Rolle der »professionnels du travail symbolique« *Bourdieu*, *La force du droit*, 1986, insb. S. 8 und 14.

222 Vgl. *Teubner*, *Globale Bukowina*, 1996, S. 261, 268 f., 273, 279 f.; *Teubner*, *Quod omnes tangit*, 2018, S. 188 f.; *Herberg*, *Entkoppeltes Recht*, 2005,

vermögen sich die Eigenlogiken gesellschaftlicher Teilbereiche direkter ins Recht zu übersetzen, als dies im nationalstaatlichen Rahmen vor der Globalisierungswende der Fall war.²²³ So findet die Verrechtlichung transnationaler Regime oftmals unter besonderem Einfluss bestimmter Funktionssysteme statt, was eine »monokontexturale Ausrichtung auf dessen Rationalitätskriterien« begünstigt.²²⁴ Spezialisierte Rechtsbereiche wie beispielsweise die Menschenrechte, das Welthandelsrecht oder das Sicherheitsrecht wirken sich zwar auf unzählige Sachverhalte aus, die nicht bloß von einzelnen Funktionssystemen verarbeitet werden,²²⁵ sie verkörpern jedoch bestimmte institutionelle Projekte, Interessen und Wahrheiten.²²⁶ Diese Tendenzen sind auch auf den Umstand zurückzuführen, dass der Spielraum nationalstaatlicher Politik durch Kompetenzverlagerungen an überstaatliche Behördennetzwerke, Expert*innengremien und Lobbyist*innen zunehmend schwindet.²²⁷ Die Umweltrationalitäten drängen sich dem Recht insbesondere dann auf, wenn die institutionalisierte Politik nur als ein Ort gesellschaftlicher Normproduktion verstanden wird und Rechtssetzung auch andernorts, das heißt gekoppelt mit anderen Funktionssystemen, stattfindet.²²⁸

S. 33. Vgl. indes zum Umstand, dass sich auch im nationalstaatlichen Rahmen Teilverfassungen herausbilden, »um die herum die Erwartung der involvierten Akteure konvergieren«, *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1074.

223 Vgl. Möller, Formwandel, 2015, S. 109 und 154; Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 234 und 256; sowie differenziert Sassen, Das Paradox des Nationalen, 2008.

224 Teubner, Quod omnes tangit, 2018, S. 188; vgl. auch Möller, Formwandel, 2015, S. 109 ff., zur Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft; sowie Venzke, Semantic Authority, 2018, S. 110 f.

225 Zumal »[d]ie Welt [...] eben nicht von sich aus so geregelt [ist], dass Ereignisse im Grossen und Ganzen in das Raster spezifischer Funktionen fallen« (Luhmann 2004, ökologische Kommunikation, S. 99).

226 Vgl. Koskeniemi, Hegemonic Regimes, 2012, S. 315 ff.; Koskeniemi, Enchanted by the Tools, 2019, S. 8; Koskeniemi, Politics II, 2009, S. 12 f.; Kennedy, World of Struggle, 2016, S. 108 ff.; Lang, After Neoliberalism, 2011, S. 58 und 159 ff.; Kleinlein, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1074.

227 Koskeniemi, Fate of Public International Law, 2007, S. 4; Slaughter, A New World Order, 2004; Ladeur, Regime-Kollisionen, 2019, S. 219; Lübke-Wolff, Internationalisierung, 2009; ILC, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 481 f.; Hetzel, Staat, 2019, S. 615; Schuppert, Wissen, 2019, S. 57 ff.

228 Diese Annahme liegt bereits Teubner, Globale Bukowina, 1996, insb. S. 280, zugrunde. Vgl. zur Dezentrierung der Rechtsetzung durch die Politik Teubner, Breaking Frames, 2002, S. 207; vgl. auch Fischer-Lescanol/Teubner, Regime-Kollisionen, 2006, S. 41 ff.; Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, u. a. S. 255; Thornhill, Constituent Power, 2013, u. a. S. 571 f.

Diese Kopplung wird etwa begünstigt durch Aufsichtsbehörden, die dezentralisiert und mitunter näher an den betroffenen Akteur*innen Regulierungsaufgaben wahrnehmen, sowie durch Formen der Selbstregulierung.²²⁹ So distanziert sich die Rechtsschöpfung vom national-staatlich verfassten Demos und rückt zugleich in die Nähe gesellschaftlicher Funktionsbereiche.²³⁰

5.2.4.4 Rationalitätsspezifische und hegemoniale Konvergenzen

Obwohl sich auch das spezifischste Recht an seine gesamte Umwelt richtet, scheint es seinerseits von dieser in sehr unterschiedlichem Umfang beeinflusst zu werden. Es sind bestimmte gesellschaftliche Kräfteverhältnisse, die sich im Recht niederschlagen, zu Selektivitäten verdichten²³¹ und dafür sorgen, dass sich Rechtsregime auf eine »idée directrice« fixieren²³² und einen »structural bias« ausbilden²³³. Solche externen Gegebenheiten, zu denen auch politische Steuerungsmotive zählen, wirken mit dem institutionellen Eigenleben des Rechts zusammen und erzeugen dadurch eine rationalitätsspezifische Konvergenz.²³⁴ Im globalen Recht äußert sich dies etwa darin, dass sich regimespezifische Logiken ausbilden, die gerade nicht geopolitischen Lagern – oder diesen zugeschriebenen

229 Vgl. etwa *Brummer*, Soft Law and the Global Financial System, 2015, S. 24 ff. zur Dezentralisierung der Finanzmarktregulierung sowie S. 32 ff. zur Beteiligung Privater; dazu auch *Helleiner*, Regulators, 2015, S. 243 f.

230 Vgl. dazu affirmativ *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018; *Willke*, Dezentrierte Demokratie, 2016; *Slaughter*, A New World Order, 2004, S. 262 ff. und 269 ff.; ferner *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1078.

231 *Buckell/Georgi/Kannankulam/Wissel*, Theorie, 2014, S. 50 f.; dazu auch *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, S. 82 ff.; vgl. auch *Edelman/Stryker*, Law and the Economy, 2005, S. 533 f.

232 Vgl. *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018, S. 189.

233 Vgl. *Koskenniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 600 ff., insb. 606 ff.; *Koskenniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 6 f.; *Koskenniemi*, Politics II, 2009, S. 9; ähnlich auch *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1077 f.; ferner dazu etwa *Crawford*, The Course of International Law, 2014, Ziff. 212 ff.; sowie *Rhinow*, Rechtsetzung, 1976, S. 175, der strukturelle und institutionelle Rationalitätsgrenzen ausmacht.

234 Vgl. z. B. zur Bedeutung der institutionellen Kultur innerhalb der Weltbank *Miller-Adams*, The World Bank, 1999, S. 27 ff., die das Zusammenspiel externer Machtverhältnisse und interner Eigendynamiken unterstreicht (S. 32 f.); *Chimni*, Imperial Global State, 2004, S. 5; sowie zur Verfestigung solcher Eigenlogiken durch Sozialisationsprozesse und Konformitätsdruck *Hirsch*, Sociology, 2014.

Interessen – entsprechen, sondern den Konsens einer transnationalen Elite zum Ausdruck bringen.²³⁵

Eigenlogiken und Pfadabhängigkeiten bilden sich in einem langwierigen Prozess heraus, der verschiedene Ebenen der Rechtsentwicklung umfasst und zugleich auf einer wechselseitigen, koproductiven Verwebung des Rechts mit seiner gesellschaftlichen Umwelt basiert.²³⁶ Dabei lässt sich der Kampf um Hegemonie, der im und auf das Recht wirkt, auch als Ausdruck intersystemischer Spannungsverhältnisse verstehen.²³⁷ So kann etwa mit Bob Jessop davon ausgegangen werden, dass insbesondere das Wirtschaftssystem eine besonders dominante Stellung einnimmt.²³⁸ Die wirtschaftliche, mithin neoliberale Rationalität pflanzt sich aufgrund dieser »ökologischen Dominanz« nicht nur mit besonderer Vehemenz in jene Rechtsbereiche ein, die üblicherweise zum Wirtschaftsrecht gezählt werden,²³⁹ sondern prägt ebenso weitere Rechtsmaterien.²⁴⁰ Dieser

235 Vgl. etwa zum Klimaschutzregime *Anderson*, Non-market mechanisms, 2023, S. 20 f.

236 Vgl. die vorangehenden Kap. 5.2.4.1 ff. sowie Kap. 5.2.3.

237 Vgl. *Buckel*, Welcome to Europe, 2013, S. 33; *Möller*, Formwandel, 2015, S. 80 f. und 91; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 57 ff.; sowie *Koskeniemi*, Hegemonic Regimes, 2012, der eine Analogie zwischen der Hegemonialpolitik von Staaten und Rechtsregimen herstellt.

238 *Jessop*, Relevanz, 2015, S. 173 ff.; *Jessop*, Diversity and Variety, 2014, S. 54 f.; vgl. an Jessop anschließend auch *Fischer-Lescano*, Systemtheorie, 2013, S. 21; *Möller*, Formwandel, 2015, S. 88 f., 91 f. und 108; sowie ferner *Schimank*, Prekarität funktionaler Differenzierung, 2020, S. 78, 83, 88 und 92; *Scherr*, Systemtheoretische Differenzierungstheorie, 2017, S. 578; *Osrecki*, Kritischer Funktionalismus, 2016, S. 236 f.; aus historischer Perspektive *Kocka*, Geschichte des Kapitalismus, 2017, S. 83 f. und 113; im Übrigen bereits Kap. 5.1.5, Fn. 98. Vgl. sodann für ein vermittelndes Verständnis der Dominanz wirtschaftlicher Rationalität im Rahmen der marxistischen Determinierungsdebatte *Marks*, False Contingency, 2009, S. 8 f.; *Buckel/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht, 2007, S. 87 f.

239 Vgl. zur Absicherung einer marktliberalen Wirtschaftsrationaltät im Rahmen der Konstitutionalisierung *Möller*, Formwandel, 2015, S. 109 ff.; *Cutler*, Judicialization, 2018, insb. S. 64 m. w. H. und passim; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 159 ff.

240 So manifestiert sich eine neoliberale Rationalität beispielsweise in der Form der Staatlichkeit (*Brown*, Neoliberalism's Frankenstein, 2018; *Jessop*, Heartlands, 2016; *Slobodian*, Globalists, 2018; *Vaucher/France*, The Neoliberal Republic, 2021; sowie hinten Kap. 9.1.1.2.2), im Bereich des Migrationsrechts (*Buckel*, Welcome to Europe, 2013, insb. S. 22 ff. und 55 ff.; *Oudejans*, Failure to Protect, 2024), im Umweltvölkerrecht im Allgemeinen (*Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 199 ff.) und im Klimaschutzregime im Besonderen (*Ciplet/Roberts*, Transition to neoliberal environmental governance, 2017; *Elliott*, Natural Catastrophe, 2016; *Swyngedouw*,

Vorgang äußert sich in regimeinternen Ausrichtungskämpfen, was wiederum den Umstand unterstreicht, dass sich die funktionale Differenzierung auch innerhalb einzelner Rechtsbereiche auswirkt.²⁴¹ Als Folge davon kann sich mitunter eine hegemoniale Konvergenz, Boysen spricht von einer Homologisierung,²⁴² einstellen: Indem sich bestimmte Weltverständnisse regimeübergreifend durchsetzen, wird die Reibungsfläche verringert und verschiedene Normbestände werden harmonisiert.²⁴³

Die Verwebung des Rechts mit seiner Umwelt bleibt unterbelichtet, wenn die Rechtsentwicklung als zufällig – oder vollständig unbestimmt – beschrieben wird.²⁴⁴ Das Recht bleibt ein Mittel des Interessenschutzes, auch wenn es – oder gerade weil es – selbst nicht in dieser Kategorie operiert, und ist damit in gesellschaftliche Kräfteverhältnisse eingelassen.²⁴⁵ Gerade weil Recht immer auch unbestimmt ist und über eine gewisse Autonomie verfügt, vermögen erst die antagonistischen gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse, die auch das Zentrum des Rechts erfassen, die konkrete Gestalt des Rechts zu erklären. Die insofern bestehende Gleichzeitigkeit von Bestimmtheit und Unbestimmtheit ist Ausdruck der relationalen Autonomie des Rechts, die sich auch in der Binnendifferenzierung niederschlägt.²⁴⁶

Vor diesem Hintergrund ist die Rekonstruktion gesellschaftlicher Rationalitäten im Recht als ein umkämpfter, kontingenter und im weitesten Sinne auch politischer Prozess zu verstehen.²⁴⁷ Folglich greift ein

Neoliberal Fetish, 2018; Lohmann, Climate, 2016), im Strafrecht (*Harcourt, Illusion of Free Markets*, 2011, u. a. S. 39 ff.), in Menschenrechtsdiskursen (*Whyte, The Morals of the Market*, 2019, u. a. S. 33 f.; *Moyn, Not Enough*, 2018, S. 175 und 191; *Marks, Myths*, 2012; sowie hinten Kap. 9.2.2.6.3) sowie allgemein im öffentlichen Recht (*Britton-Purdy et al., Law-and-Political-Economy Framework*, 2020, S. 1804 ff.). Vgl. zum Ganzen auch *Chinni, Imperial Global State*, 2004, S. 2.

²⁴¹ Vgl. vorne Kap. 5.2.2.

²⁴² *Boysen, Postkoloniale Konstellation*, 2021, insb. S. 201 f. und 222 f.; vgl. auch vorne Kap. 5.2.2, Fn. 132.

²⁴³ Vgl. dazu bereits vorne Kap. 5.2.2.

²⁴⁴ Vgl. *Marks, False Contingency*, 2009; *Kennedy, Phenomenological Critique*, 2007, insb. S. 300 und 305; ferner *Koskeniemi/Leino, Fragmentation*, 2002, S. 561; *Koskeniemi, Politics II*, 2009, S. 9.

²⁴⁵ Vgl. hingegen *Luhmann, Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, S. 755.

²⁴⁶ Vgl. auch *Marks, False Contingency*, 2009, S. 9 und 14; zur relativen oder relationalen Autonomie bereits Kap. 5.2.3, Fn. 173 und Kap. 5.2.4.2, Fn. 208 sowie hinten Kap. Zweiter Teil, Fn. 4; zu intersystemischen Leistungsbezügen vorne Kap. 5.1.2.

²⁴⁷ So auch *Koskeniemi, Fate of Public International Law*, 2007, S. 26 f. und 29: »A regime is as indeterminate as the nation – its founding principles contradictory and amenable for conflicting interpretations and its boundaries constantly penetrated by adjoining rationales« (ibid., S. 26).

systemtheoretischer Standpunkt zu kurz, der im Recht eine direkte Spiegelung funktionaler Differenzierung sieht und das Recht lediglich als »Epiphänomen« begreift.²⁴⁸ Dergestalt wird vernachlässigt, dass das Recht die Rationalitäten, welchen es Ausdruck verleiht, erst mit hervorbringt, während von den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen abstrahiert wird, die auch rechtsinterne Entwicklungsprozesse prägen und dazu führen, dass Rechtsregime keine Monolithen darstellen, sondern selbst in kontingenten und porösen politischen Prozessen ständig neu (de-)konstruiert werden.²⁴⁹ Mit anderen Worten wird der Blick darauf verstellt, was als interne Regimepolitik oder »politics of regime definition« bezeichnet werden kann²⁵⁰ und vorliegend im Zusammenhang mit regimeinternen Konflikten betrachtet worden ist²⁵¹.

Für die anschließende Frage nach dem Umgang mit der Fragmentierung des Rechts wird dies von weitreichender Bedeutung sein: Weil auch Konfliktlösungsstrategien im Recht nicht losgelöst vom gesellschaftlichen Kontext ihre Wirkung entfalten, vermag nämlich der bloße Verweis auf solche Argumentationsformen die Konfliktlösungsfähigkeit des Rechts nicht zu belegen.²⁵² Zudem wird die Gestalt des Rechts – und dazu zählt etwa mit Blick auf die Externalisierung auch die Weise, wie es Räumlichkeit ordnet – als Ausdruck weltgesellschaftlicher Hierarchien erkennbar.²⁵³

248 Vgl. so *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Collisions, 2004, S. 1017; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 24. Wie erwähnt, enthält indes auch deren Analyse Ansätze für ein anderes Verständnis (vgl. vorne in Kap. 5.2.3 bei Fn. 185).

249 Vgl. *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 27 und 29; *Koskeniemi*, Enchanted by the Tools, 2019, S. 9 und 16; sowie die Hinweise vorne in Kap. 5.2.2, Fn. 135. Vgl. zum Ganzen auch Schimank 2005, S. 143 ff., der darlegt, dass und wie eine Kombination system- und akteurtheoretischer Herangehensweisen möglich ist. Dass dies notwendig ist, ergibt sich letztlich auch bei *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 103, der die *Pouvoir constituant* als Produkt der Begegnung von Sozialsystem und Bewusstsein realer Menschen bestimmt.

250 *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 27 und 29; vgl. auch *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 155: »[W]hile the politics of the trade regime are in some sense the product of its functional specialization, [...] the meaning of the trade regime's specialized function is itself the product of ongoing political struggle.«

251 Vgl. hinten Kap. 5.2.2.

252 Vgl. hinten insb. Kap. 6.3.1.

253 Vgl. hinten zweiter Teil.

5.3 Normkonflikte als Ausdruck gesellschaftlicher Widersprüche

Gesellschaftliche Differenzierungs- und Rationalisierungsprozesse führen zur Herausbildung von sozialen Zusammenhängen, die nach einer spezifischen Logik operieren.²⁵⁴ Während die eigene Weltsicht universalisiert wird, geraten die wechselseitigen Abhängigkeiten und Widersprüchlichkeiten aus dem Blick.²⁵⁵ In diesem Zusammenhang treten negative Externalitäten auf, die durch expansive Tendenzen verstärkt werden.²⁵⁶ Das Recht wiederum bringt diese Dynamiken mit hervor und ist zugleich von diesen geprägt.²⁵⁷ So schreiben Fischer-Lescano und Teubner die Verantwortung »für eine Steigerung der Rechtsnormenkollisionen, für die Fragmentierungsprozesse im Weltrecht, für das Auseinanderfallen der Konfliktlösungsinstanzen« der Eigenrationalitätsmaximierung zu.²⁵⁸ Indem das Recht die funktionale Differenzierung der Weltgesellschaft rekonstruiert, wird ein Fragmentierungsprozess angestoßen, der seinerseits zu Normkonflikten führt.²⁵⁹ Kollidierende Normen sind dann die sichtbare Spitze der widersprüchlichen Tiefenstruktur der Weltgesellschaft. Deren divergierenden Rationalitäten und Wahrheiten brechen sich im Recht Bahn, wo sie in der Form von Normkonflikten aneinandergeraten.²⁶⁰ Diese wiederum können Externalitäten markieren, die dann vorliegen, wenn selbstreferenzielle und expansive gesellschaftliche Teilsysteme in einer destruktiven Beziehung zu ihrer Umwelt stehen.²⁶¹

254 Vgl. vorne Kap. 5.1.1; sowie etwa auch *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 76 ff.; *Habermas*, Theorie kommunikativen Handelns, 1988, S. 333.

255 Vgl. vorne Kap. 5.1.2 f.

256 Vgl. vorne Kap. 5.1.4.

257 Vgl. vorne Kap. 5.2.3; ferner auch *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 6 f. und 22.

258 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 33, sowie u. a. S. 29; vgl. ferner *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 125 f. Vgl. zur Dynamik der Eigenrationalitätsmaximierung vorne Kap. 5.1.4.

259 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 31; *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 19; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 226, 243 f. und 255; *Fischer-Lescano*, Konkordanz, 2008, S. 173 ff.; vgl. auch *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 22 f.; *Koskeniemi*, Kantian Themes, 2008, S. 24.

260 Die Annahme dieses Wirkungszusammenhangs liegt auch der Arbeit der Völkerrechtskommission zugrunde; vgl. *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 7 f. und 133. Überdies liegt hier eine Nähe zu sogenannten Ansatz- und Programmkonflikten vor, wie sie im Anschluss an *Matz*, Koordinierung, 2005, in Kap. 4.1 bei Fn. 19 ff. diskutiert wurden.

261 Vgl. vorne Kap. 4.2 und 5.1.3.

Auch ohne die Fragmentierung des Rechts vollständig – also im Sinne einer direkten Widerspiegelung – auf die funktionale Differenzierung zurückzuführen, ist nach dem bisher Ausgeführten von einer konstitutiven Verschränkung des Rechts mit seiner zersplitterten und konfliktgeladenen Umwelt auszugehen.²⁶² Diese divergierenden gesellschaftlichen Logiken und Interessen werden im Recht – wenn auch durch die Eigenbedingungen der Rechtssphäre verzerrt – reproduziert, sodass sich im Recht bestimmte, auf den jeweiligen gesellschaftlichen Kontext bezogene Rationalitäten herausbilden.²⁶³ Geraten Normen nun in Konflikt zueinander, liegt es nahe, solche Konstellationen als Ausdruck einer Kollision außerrechtlicher Rationalitäten zu betrachten.²⁶⁴ Die fragmentierten Rechtswelten kollidieren gerade deshalb, weil sie dieselben gesellschaftlichen Phänomene und Beziehungen nach Maßgabe unterschiedlicher Denkweisen adressieren.²⁶⁵ Normkonflikte können also als Pendant zu den Rationalitätskollisionen, die sich zwischen Funktionsbereichen entfalten, bezeichnet werden.²⁶⁶ Die – auch rechtlich konstituierten – gesellschaftlichen Sphären verursachen Konflikte, die im Recht als Normenkollisionen sichtbar werden. Rechtsfragmentierung und Kollisionen erscheinen so als Ausdruck ihrer gesellschaftlichen Einbettung und namentlich – aber nicht nur – funktionaler Differenzierungsprozesse.

Vor diesem Hintergrund greift es zu kurz, Normkollisionen bloß als Konflikte zwischen verschiedenen konkret situierten individuellen bzw. institutionellen Interessen – etwa eines Staates, einer internationalen Organisation, eines Unternehmens oder eines Menschen – zu begreifen.²⁶⁷ Gewiss geraten in Situationen kollidierender Normbestände auch subjektive Interessen oder institutionelle Logiken aneinander. Vielfach hängen diese Spannungsverhältnisse aber mit der Ausdifferenzierungs- und Rationalisierungsdynamik der modernen Weltgesellschaft zusammen, sodass damit einhergehende Normkonflikte als Ausdruck widersprüchlicher gesellschaftlicher Verhältnisse zu betrachten sind. Diese Einsicht betrifft nicht nur die Problemanalyse, sondern impliziert gewisse Schlüsse für die Frage, wie mit Normkonflikten umzugehen ist. Darauf wird im nachfolgenden Kapitel einzugehen sein.

262 Vgl. auch *Benda-Beckmann/Turner*, *Anthropological Roots*, 2020, S. 138 ff.

263 Vgl. vorne Kap. 5.2.4.

264 Vgl. auch *Koskeniemi*, *Enchanted by the Tools*, 2019, S. 8.

265 *Orford*, *Social Question*, 2020, S. 46.

266 Vgl. auch *Fraser/Jaeggi*, *Kapitalismus*, 2020, an den Grenzpunkten gesellschaftlicher Sphären »normative Konflikte« zu Tage treten (S. 99 f., 194, 199 und 203).

267 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 73 ff., die am Beispiel des Patentschutzes von Medikamenten die Beschreibung als Rationalitätskonflikt von einer subjektiv-rechtlichen und einer institutionellen Lesart abgrenzen. Vgl. auch *Fischer-Lescano*, *Konkordanz*, 2008, S. 173 ff.

Schließlich ist erneut hervorzuheben, dass Rationalitätskonflikte und andere gesellschaftliche Antagonismen nicht zwingend zu Normkonflikten führen.²⁶⁸ Das Weltverständnis, das sich in einem Rechtsbereich festsetzt, folgt stets aus politischen Auseinandersetzungen, die in gesellschaftliche Kräfteverhältnisse eingelassen sind und sich auch durch das Recht selbst ziehen.²⁶⁹ Bestimmte Logiken und Wahrheiten beeinflussen nicht nur einzelne Rechtsregimes, sondern wirken regimeübergreifend. Gerade wenn ein gesellschaftliches Teilsystem ökologische Dominanz erlangt und eine bestimmte Rationalität hegemonial wird, färbt dies mitunter weite Teile des Rechts. Machen sich verschiedene Weltverständnisse über Regimegrenzen hinweg bemerkbar, konkurrieren auch innerhalb eines Rechtsregimes divergierende Normverständnisse.²⁷⁰ Vom Ausgang solcher Auseinandersetzungen hängt es ab, welche Gestalt ein Regime annimmt – und ob es dadurch in Konflikt gerät mit anderen Normbeständen. Rationalitätskonflikte führen deshalb nur dann zu Normkonflikten, wenn es divergierenden Kräften gelingt, ihre Position im Recht effektiv zu artikulieren.²⁷¹ Bleibt dies aus, kann sich eine regimeübergreifende Konvergenz und damit eine Harmonie einstellen, die über die antagonistische Gesellschaftsstruktur hinwegtäuscht. Der Umstand, dass eine solche Harmonie stets prekär und darauf angewiesen ist, plausibilisiert zu werden, öffnet den Blick auf die Rolle der Externalisierung. Bevor dieser Zusammenhang dargestellt werden kann, sind aber zunächst die Strategien im Umgang mit Normkonflikten einer Betrachtung zu unterziehen.

268 Vgl. hierzu bereits vorne Kap. 5.2.2 und 5.2.4.4.

269 Vgl. hierzu vorne insb. Kap. 5.2.4.

270 Vgl. hierzu vorne insb. Kap. 5.2.2.

271 Vgl. auch vorne in Kap. 4.1 bei Fn. 28 f. sowie hinten in Kap. 6.4.1 bei Fn. 281.

6 Strategien im Umgang mit Normkonflikten

Die Fragmentierung des Rechts und die damit einhergehenden Normkollisionen stellen das Recht und die Rechtswissenschaft vor Herausforderungen. Normkonflikte gefährden die Rechtssicherheit, die Rechtsgleichheit, die Legitimität sowie die Stabilität des Rechts.¹ Es dürfte denn auch ein weitgehender Konsens bestehen, dass sich Normkonflikte in verschiedenen Hinsichten negativ auswirken können, weshalb deren Bewältigung besonderer Strategien bedarf. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive werden deshalb zahlreiche Vorschläge debattiert, um eine kohärente und einheitliche Rechtsordnung zu gewährleisten. Diese Strategien sollen anschließend betrachtet und vor dem Hintergrund der bisherigen Erkenntnisse und im Lichte des Externalisierungskonzepts beurteilt werden. Dabei wird sich herausstellen, dass insbesondere rechtsdogmatische und rechtstheoretische Vorschläge ins Spiel gebracht werden, die die Frage, wie Normkonflikte gegenwärtig verarbeitet werden, kaum beachten. Unter Rückgriff auf soziologische und gesellschaftstheoretische Einsichten soll deshalb argumentiert werden, dass die Externalisierung als raumpolitische Strategie eine zentrale Rolle im real existierenden globalen Recht einnimmt, um Normkonflikte zu entschärfen und die zugrunde liegenden widersprüchlichen Gesellschaftsformationen zu stabilisieren.

Wenn in der vorliegenden Arbeit eine Perspektive eingenommen wird, aus der Fragmentierung und Normkonflikte Probleme darstellen, soll damit nicht suggeriert werden, Harmonie und Konfliktfreiheit seien ein wünschenswertes oder realistisches Ziel. Zu Recht wird mitunter betont, dass Fragmentierung auch positiv bewertet werden kann.² Aus Rechtspluralismus und Heterarchie können sich »checks and balances« ergeben, indem etwa schwächeren Akteur*innen alternative Normativitäten zur Verfügung stehen.³ Zudem verweisen kollidierende Normen und

1 Vgl. zu den Gefahren der Fragmentierung *Hafner*, *Risks Ensuing from Fragmentation*, 2000, S. 35 ff.; *Mattheis*, *Konstitutionalisierung*, 2018, S. 255 ff. und 266 f.; *Viellechner*, *Weltgesellschaft*, 2013, S. 297 f.; *Krisch*, *Pluralism*, 2019, S. 701 ff.; *Cottier et al.*, *Introduction*, 2011, S. 4 ff.; sowie differenziert *Koskeniemi/Leino*, *Fragmentation*, 2002, S. 556 ff. und 574 ff.

2 Vgl. nebst dem nachfolgend Erwähnten etwa *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 680 ff.; *Alter*, *Comprehending global governance*, 2020, S. 421; *Wellens*, *Diversity*, 1994, S. 28 und 30 f.; *Simma*, *Self-contained regimes*, 1985, S. 135.

3 *Krisch*, *Pluralism*, 2019, S. 703 ff. m. w. H. Diese Möglichkeit steht indes auch – und vermutlich sogar in verstärktem Ausmaß – mächtigen Akteur*innen wie namentlich Staaten und transnationalen Unternehmen offen, die sog. forum shopping oder regime shifting betreiben können, um ihre Interessen zu verfolgen. Vgl. dazu etwa *Kreuder-Sonnen/Zürn*, *After fragmentation*, 2020, S. 242; *Pogge*, *Divided against itself*, 2012, S. 392.

Normprojektionen regelmäßig auf politische Auseinandersetzungen, die sich im Recht artikulieren.⁴ Streit und Konflikt abzuschaffen, kann kein Desiderat darstellen, denn ein apolitischer Raum ohne Meinungsverschiedenheiten »does not exist, cannot exist, and would be abhorrent at any rate«.⁵ Viel eher muss es darum gehen, Räume der politischen Auseinandersetzung zu schaffen. Dies ist denn auch der Schluss, der aus der Beschreibung der Externalisierungsgesellschaft zu ziehen ist, die den Mangel an demokratischen Räumen und deren Prägung durch Exklusionsmechanismen betont.⁶ Mit anderen Worten geht es nicht darum, politische Auseinandersetzungen und Konflikte als solche zu verbannen, sondern viel eher um ihre Form und die Modi ihrer Bearbeitung.⁷

Angesichts dessen lohnt es sich, den Hintergrund, vor dem Normkonflikte vorliegend als Problem thematisiert werden, in Erinnerung zu rufen. Mit dem Begriff des Normkonflikts gelingt es, das Konzept der Externalisierung ins Recht zu übersetzen. Externalitäten werden im Rechtsdiskurs also als Kollisionspunkte sichtbar. Zugleich können Normkonflikte als Ausdruck gesellschaftlicher Rationalitätskollisionen und Spannungsverhältnisse verstanden werden. So rücken sie Herausforderungen ins Licht, welche die gesellschaftliche, natürliche und individuelle Integrität gefährden und in tieferliegenden Strukturen gründen. Dass das Recht, wie nachfolgend zu skizzieren ist, Wege findet, um mit Normkonflikten umzugehen und als geschlossenes System begriffen werden kann, bedeutet zunächst nur, dass es trotz hoher Einsätze entscheidungsfähig bleibt.⁸ Dies vermag denn auch das anhaltende Vertrauen der Rechtswissenschaft ins Recht zu begründen.⁹ Mit Blick auf die zugrunde liegenden

4 Vgl. vorne Kap. 5.2.2 sowie in Kap. 4.1 bei Fn. 28 f. und in Kap. 5.3 bei Fn. 271.

5 *Klabbers*, Constitutionalism Lite, 2004, S. 54. Vgl. auch *Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 311 f.

6 Vgl. insb. die demokratietheoretische Einbettung des Externalisierungskonzepts bei *Lessenich*, Die Dialektik der Demokratie, 2019; *Lessenich*, Grenzen, 2019; ferner dazu *Diez*, Konsenssaure, in: Die Wochenzeitung, 12.09.2024, S. 9.

7 Vgl. dazu auch *Craven*, Unity, 2005, S. 31.

8 Vgl. etwa die oft zitierte Feststellung des IGH-Richters Greenwood: »International law is not a series of fragmented specialist and self-contained bodies of law, each of which functions in isolation from the others; it is a single, unified system of law and each international court can, and should, draw on the jurisprudence of other international courts and tribunals, even though it is not bound necessarily to come to the same conclusions« (IGH, Ahmadou Sadio Diallo 2012, Decl. Greenwood, S. 394); ferner *ILC*, Fragmentation (Conclusions), 2006, Ziff. 14; vgl. auch *Crawford*, The Course of International Law, 2014, Ziff. 228 ff.

9 *Koskeniemi/Leino*, Fragmentation, 2002, S. 575. Vgl. etwa die Vertrauensbekundungen bei *Hilpold*, From Conflict to Coordination, 2007, S. 504 f.

gesellschaftlichen Konflikte und Widersprüche erscheint es indes wenig adäquat, von der Fragmentierungsdebatte Abschied zu nehmen.¹⁰ Normative Forderungen, das Recht als System ernst zu nehmen und eine Auslegung zu betreiben, die Einheit und Kohärenz wahrt, sowie die Feststellung, dass sich nicht alle gesellschaftlichen Spannungsverhältnisse, die dem Recht zugrunde liegen, im Recht als offene Konfliktlagen zu Tage treten, können berechtigt sein, vermögen theoretische und soziologische Analysen aber nicht in Frage zu stellen und laufen darüber hinaus Gefahr, gesellschaftliche Machtverhältnisse zu normalisieren. Letztlich zeigt sich hier, dass Fragmentierung und Kohärenz nicht Eigenschaften der Welt sind, sondern zu einem wesentlichen Teil von den Wertungen und Vorannahmen der Betrachtenden abhängen.¹¹

6.1 Problembewältigung in Dogmatik und Theorie

Ansätze zum Umgang mit Fragmentierung und Normkonflikten bestehen zahlreiche. Bevor diese mit der These der Externalisierungsgesellschaft konfrontiert werden, soll im Folgenden ein Überblick über die verschiedenen Strategien verschafft werden. Fragmentierung und Normkonflikte werden auf zwei Ebenen adressiert, einer rechtsdogmatischen und einer rechtstheoretischen, wobei rege Bezüge zwischen diesen Ebenen bestehen, obschon sie nicht immer explizit herausgearbeitet werden.¹² Im

und 509; sowie die in der nachfolgenden Fußnote aufgeführten Autor*innen.

- 10 Vgl. so *Andenas/Bjorge* (Hrsg.), *Farewell to Fragmentation*, 2015; *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 672; *Kreuder-Sonnen/Zürn*, *After fragmentation*, 2020, S. 250; *Blair/Vidak-Gojkovic/Meudic-Role*, *The Medium Is the Message*, 2018, S. 411; vgl. in der Tendenz auch *Karamanian*, *Human Rights Dimensions of Investment Law*, 2012, S. 271; sowie ein allgemeines Vertrauen in die Konfliktlösungsfähigkeit attestierenden *Koskeniemi/Leino*, *Fragmentation*, 2002, S. 575. Genau genommen bestreiten diese Stimmen nicht die Fragmentierung als solche, sondern betonen die Verfügbarkeit rechtsdogmatischer Argumente, die eine Konvergenz und Kohärenz herzustellen vermögen, und verweisen darauf, dass die Aktualisierung von Konflikten vom Verhalten der involvierten – nicht aber der zu involvierenden – Akteur*innen abhängt. Dass aus diesen Annahmen, die als solche vorliegend nicht bestritten werden, auch andere Schlüsse gezogen werden können, soll nachfolgend dargelegt werden.
- 11 *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 20; *Koskeniemi*, *Fate of Public International Law*, 2007, S. 24; *Klabbers*, *Setting the Scene*, 2009, S. 14; vgl. auch *Alter* 2020, *Comprehending Global Governance*, S. 421; *Kennedy/Koskeniemi*, *Of Law and the World*, 2023, S. 154 und 159.
- 12 Die unterschiedliche Richtung der Bezüge – also ob von theoretischen Prämissen auf rechtsdogmatische Strategien geschlossen wird oder theoretische

Vordergrund stehen nachfolgend zunächst die rechtstechnischen Strategien im Umgang mit kollidierenden Normen, während anschließend auch einige theoretische Implikationen betrachtet werden. Um an die bisherigen Ausführungen zur Fragmentierung anzuschließen, liegt auch im Folgenden ein besonderes Augenmerk auf den systemtheoretisch informierten Positionen.

Rechtsdogmatische Konfliktlösungsansätze streben entweder danach, eine Hierarchie herzustellen, sodass – grundsätzlich oder im Einzelfall – einer Norm Vorrang eingeräumt wird, was im Folgenden als vertikale Konfliktlösung bezeichnet wird. Oder aber sie gehen davon aus, dass keiner Norm der Vorrang gebührt und stattdessen zu versuchen ist, die konfligierenden Geltungsansprüche gleichzeitig zu respektieren, sodass eine horizontale Konfliktlösung vorliegt. In diesem Fall wird also die widersprüchliche Koexistenz von Normen in eine konfliktfreie überführt, indem die Normen so interpretiert werden, dass ihre Vorgaben mit dem Gehalt anderer Normen vereinbar sind oder sich ihre Geltungsbereiche nicht überschneiden. Statt einer Subordination, wie dies bei hierarchischen Ansätzen der Fall ist, wird ein harmonisches Verhältnis angestrebt.¹³ Eine Betrachtung dieser verschiedenen Ansätze wird zeigen, dass sie die Probleme, die in der Fragmentierungsdebatte angesprochen werden, kaum zu beseitigen vermögen.

6.1.1 Vertikale Konfliktlösung

Völkerrechtliche Normen stehen grundsätzlich nicht in hierarchischen Beziehungen zueinander.¹⁴ Gerade die Absenz einer Normenhierarchie, wie sie in nationalstaatlichen Kontexten kraft verfassungsrechtlicher Vorgabe üblich sind,¹⁵ stellt – je nach theoretischer Perspektive

Aussagen von den bestehenden Rechtstechniken abgeleitet werden – strukturiert z. B. das Vorgehen bei *Michaels/Pauwelyn*, *Conflict of Norms or Conflict of Laws*, 2012, u. a. S. 349 f. Vgl. auch *Krisch*, *Pluralism*, 2019, S. 695 ff.

- 13 Vgl. ähnlich *Pulkowski*, *International Regime Conflict*, 2014, S. 272 ff. und 318 ff. Freilich sind auch andere Kategorisierungen möglich und je nach Anliegen naheliegender. Vgl. so etwa *Michaels/Pauwelyn*, *Conflict of Norms or Conflict of Laws*, 2012, die danach unterscheiden, ob sich der fragliche Konflikt zwischen Rechtssystemen oder innerhalb eines solchen entfaltet; *Peters*, *Refinement*, 2017; *Kleinlein*, *Fragmentierungen im Öffentlichen Recht*, 2017.
- 14 *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 85; *von Arnould*, *Völkerrecht*, 2023, Rz. 285 und 288; *Forteau/Miron/Pellet*, *Droit international public*, 2022, Ziff. 328; vgl. bereits vorne in Kap. 5.2.1 bei Fn. 106.
- 15 Dies setzt wiederum eine Rechtsquellenhierarchie voraus, deren Absenz im Völkerrecht noch deutlicher ist als das Fehlen einer Normenhierarchie; vgl. *Forteau/Miron/Pellet*, *Droit international public*, 2022, Ziff. 326 und 339.

– Ursprung oder erschwerendes Moment der Fragmentierung des Rechts jenseits des Nationalstaats dar.¹⁶ Regelmäßig fehlt damit eine Meta-Perspektive, die eine Konfliktlösung zuließe.¹⁷ Absolute, d. h. a priori Hierarchien bestehen im Völkerrecht nur, wenn ius cogens oder Verpflichtungen gemäß Art. 103 UN-Charta betroffen sind.¹⁸ Dass auch diese scheinbar klare Rangordnung einer lex superior langwierige Debatten nicht ausschließt, belegen die Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Schrifttum zu den Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrats¹⁹ und zur Staatenimmunität im Zusammenhang mit dem Folterverbot²⁰. Umstritten ist zudem auch der Ursprung und der Inhalt des ius cogens, was angesichts seiner Abstraktheit kaum überrascht, im Ergebnis aber dazu führt, dass divergierende Verständnisse des Unverfügbaren einfache Konfliktlösungen verunmöglichen.²¹ Die Schwierigkeit der Geltungsbegründung wiederum hängt gerade mit der Unverfügbarkeit zusammen, die ausschließt, ius cogens auf die Staatenpraxis oder den zwischenstaatlichen Konsens zurückzuführen.²² Vor diesem Hintergrund erscheint es schlüssig, dass selbst da,

- 16 Vgl. zur Rückführung der Fragmentierung auf den gesellschaftlichen Kontext des Rechts vorne Kap. 5.2.
- 17 Vgl. *Peters*, Refinement, 2017, S. 703; *Koskeniemi*, Hegemonic Regimes, 2012, u. a. S. 310, 317 f., 320 und 324; *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 39.
- 18 Art. 30, 53 und 64 VRK; sowie etwa *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 328 ff. und 361 ff.; *von Arnald*, Völkerrecht, 2023, Rz. 288, der diesbezüglich von einem »echten« Vorrang und einer Hierarchie im engeren Sinne spricht; *Forteau/Miron/Pellet*, Droit international public, 2022, Ziff. 328 und 335; *Fassbender*, Constitution of the International Community, 1998, S. 577 und 585; *Vidmar*, Norm Conflicts and Hierarchy, 2012, S. 18 ff. und 25 ff. Ablehnend gegenüber a priori geltenden, höherrangigen Völkerrechtsnormen hingegen *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 41 und 44 f. Verpflichtungen aus ius cogens beanspruchen Geltung erga omnes. Umgekehrt sind Normen, die Verpflichtungen gegenüber der internationalen Gemeinschaft als Ganzes begründen, nicht zwingend Teil des ius cogens, auch wenn sie tendenziell besonderes Gewicht haben. Vgl. hierzu *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 404 ff.; *Mattheis*, Konstitutionalisierung, 2018, S. 213 f.
- 19 Vgl. etwa *Hofer*, Spannungsfeld, 2019; *Sicilianos*, Systemic Harmonization, 2017; *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 153 ff.
- 20 Vgl. EGMR, Al-Adsani 2001, insb. Ziff. 61 und 66 sowie die Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis und Caflisch; ferner etwa *Hemmi*, Jurisdictional immunity of states, 2019; *Pavoni*, Immunities, 2012.
- 21 Vgl. zur insofern auch politischen Natur des ius cogens *Özsu*, Jus Cogens, 2017, insb. S. 306 ff.
- 22 *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 323 ff.; *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 375. Der Geltungsgrund wird angesichts dessen etwa offen gelassen (vgl. *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 375), in vagen ausserrechtlichen Kategorien verortet (vgl. *Frowein*, Ius Cogens, 2013,

wo ausnahmsweise eine absolute Hierarchie betroffen sein könnte, nur sehr selten auf diese zur Konfliktlösung zurückgegriffen wird.²³

Als relative Hierarchien können demgegenüber jene Vorrangverhältnisse betrachtet werden, die einzelfallweise, also in Bezug auf bestimmte Konstellationen angenommen werden.²⁴ Dazu dienen die klassischen Vorrangregeln der spezielleren Norm (*lex specialis*) und der jüngeren Norm (*lex posterior*).²⁵ Dagegen werden vorliegend andere Strategien, die ebenfalls vom Kontext abhängen und sich insofern durch eine vergleichbare Relativität auszeichnen, nicht als hierarchische, sondern als harmonische, also horizontale Konfliktlösungen eingeordnet, weil sie entweder zur gleichzeitigen Anwendung von Normen führen oder den Anwendungsbereich konfligierender Normen so abgrenzen, dass gerade kein Konflikt besteht. Im letzteren Fall wird also eine Subordination gerade vermieden, obwohl im Ergebnis ebenfalls einer binären Logik gefolgt wird, indem eine der konfligierenden Normen oder eines der kollidierenden Regime als zuständig betrachtet wird.²⁶ Zumindest vordergründig geht es aber stets darum, die Autorität anderer Normbestände zu schonen.²⁷

Der Vorrang der *lex specialis* stärkt in einem Rechtssystem, das auch auf institutioneller Ebene fragmentiert ist, tendenziell jenes Rechtsregime,

Rz. 3) oder in einem modifizierten Staatenkonsens gesucht (vgl. *Cassese*, *Jus Cogens*, 2012, S. 163). Das Problem der utopischen Herleitung, das Koskeniemi (*ibid.*) identifiziert, kann damit gerade nicht umgangen werden.

23 *De Wet/Vidmar*, *Conflicts*, 2013, S. 202 ff.; vgl. auch *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 377; sowie zum Ganzen *Jeutner*, *Irresolvable Norm Conflicts*, 2017, S. 48 ff.

24 Vgl. zu dieser Relativität *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 19, 62, 105, 226, 233, 250, 320 und 410.

25 Vgl. dazu Art. 30 f., 41 und 59 VRK; *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 46 ff. und 223 ff.; *Forteau/Miron/Pellet*, *Droit international public*, 2022, Ziff. 332 ff. und 339 ff.; *Pasquet*, *De-Fragmentation Techniques*, Rz. 27 ff. Eine jüngere oder speziellere Norm ist allerdings nicht zwingend vorrangig zu behandeln, sondern kann auch gleichzeitig mit einer allgemeineren oder älteren Norm anzuwenden sein; vgl. *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 31 und 88 ff.; UN-SRÜ-Schiedsgericht, *Southern Bluefin Tuna* 2000, Ziff. 52; IGH, *Nuclear Weapons* 1996, Ziff. 25.

26 Vgl. für eine stärkere Gewichtung dieser Binarität im Zuge der Kategorisierung der verschiedenen Konfliktlösungsstrategien etwa *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 682 ff.; *Pasquet*, *De-Fragmentation Techniques*, Rz. 32 ff. Insb. rechtspluralistische Positionen betonen die Differenz zur Hierarchie, weil die Kompatibilisierung nicht zentral, durch ein sich selbst als höherrangig konzipierenden Rechtsregime erfolgt, sondern von den jeweiligen Rechtsregimen in horizontaler Weise ausgeht; vgl. etwa *Viellechner*, *Weltgesellschaft*, 2013, S. 298; *Berman*, *Global Legal Pluralism*, 2007, S. 1166; *Fischer-Lescano*, *Pluriversum*, 2020, S. 25 und 27; *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 99 und 121 f.

27 Vgl. etwa *Pulkowski*, *International Regime Conflict*, 2014, S. 330 f. und 334.

das sich des fraglichen Sachverhalts annimmt, und damit auch jene Regimes, die auf ausgebauten Durchsetzungsmechanismen zurückgreifen können. Aus Sicht einer regimeinternen Instanz, also beispielsweise eines Menschenrechtsorgans oder eines investitionsschutzrechtlichen Schiedsgerichts, stellt das eigene Recht stets die *lex specialis* dar, also jenes Recht, das den aufgeworfenen Fragen am nächsten steht.²⁸ Welche Fragen nämlich in einem konkreten Fall aufgeworfen werden und von besonderer Relevanz sind, wird nahezu zwangsläufig bereits aus einer regimespezifischen Sicht beurteilt und hängt davon ab, welchen Zielen das Rechtsregime dient, dessen Sprachrohr das angerufene Organ ist.²⁹ Doch nicht nur die rechtsprechende Instanz selbst bedient sich dieses Vokabulars. Wer sich an diese wendet, kommt kaum umhin, das Anliegen der regimespezifischen Sicht entsprechend zu artikulieren und damit die Antwort auf die Frage nach der *lex specialis* gewissermaßen vorwegzunehmen. Entstammen konfligierende Normen unterschiedlichen Regimen, stehen sich sodann eigentlich zwei *leges speciales* gegenüber.³⁰ Insofern fehlen eine kontrastierende *lex generalis* und ein gemeinsamer sachlicher Bezugspunkt, womit im Ergebnis fraglich ist, ob überhaupt eine speziellere Norm vorliegt.³¹ Kollidierenden Rechtsregime, vermag demnach die Anwendbarkeit dieser relativen Vorrangregel kaum schlüssig behauptet zu werden. Vergleichbare Einschränkungen drängen sich hinsichtlich des Vorrangs der jüngeren Norm auf. Nach Art. 30 Abs. 1 VRK wird explizit ein Bezug auf denselben Gegenstand vorausgesetzt, was die Anwendbarkeit auch dieser Vorrangregel für Konflikte zwischen Normen unterschiedlicher Rechtsbereiche stark reduziert.³²

Tatsächlich sind sowohl absolute als auch relative Vorrangregeln für Interregimekonflikte wenig hilfreich und eigentlich auf Konstellationen

- 28 *Karamanian*, Human Rights Dimensions of Investment Law, 2012, S. 238, 249, 255, 261 f. und 269; *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 367 f.; *Guillaume*, Proliferation, 27.10.2000, S. 5; vgl. auch *Walter*, Konstitutionalisierung und Fragmentierung, 2015, S. 766 f., wonach die Spezialisierung eine strukturelle Voreingenommenheit verursachen kann; sowie *Klabbers/Palombella*, Introduction, 2019, S. 10, die das Fehlen einer neutralen Rechtssprache betonen. Vgl. zur Herausbildung institutioneller Logiken und Vorurteile bereits vorne insb. Kap. 5.2.4.4.
- 29 *Koskeniemi*, Fate of Public International Law, 2007, S. 5 f.; *Koskeniemi*, Politics II, 2009, S. 10 ff.; vgl. auch *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1077 f.
- 30 *De Wet/Vidmar*, Conflicts, 2013, S. 209; vgl. dazu auch *Jeutner*, Irresolvable Norm Conflicts, 2017, 61 ff.
- 31 Vgl. *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 111 ff., insb. 121 und 255.
- 32 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 28 m. w. H.; *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 253 ff.

gemünzt, in welchen regimeinterne Kollisionen zur Debatte stehen.³³ Wer eine dieser Regeln in Anschlag bringt, geht zugleich von einer Einheit des Rechts aus, das durch hierarchische Verhältnisse geprägt ist.³⁴ Implizit wird also das Bestehen eines kohärenten Rechtssystems oder Rechtsregimes vorausgesetzt.³⁵ Nur dann kann angenommen werden, dass eine spezifischere oder jüngere Norm vorrangig anzuwenden ist.³⁶ Der Vorrang des einen Rechts geht also mit einer Einheits- und damit Kohärenzannahme einher, was die unterstellte Hierarchie rhetorisch abschwächt. Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass der Konflikt nicht aufgelöst, sondern mittels hierarchischer Intervention negiert wird. Für den vorliegenden Kontext erweisen sich diese hierarchischen Konfliktlösungstechniken als wenig überzeugend und insofern kaum geeignet, Konflikte tatsächlich beizulegen.³⁷

6.1.2 Horizontale Konfliktlösung

Häufiger werden Konflikte unter Rückgriff auf harmonisierende Strategien beigelegt.³⁸ Diese sind vielfältig und zielen darauf ab, die beiden konfligierenden Normen oder Normbestände zugleich gelten zu lassen und damit ein horizontales Verhältnis herzustellen. Dies wird dadurch erreicht, dass entweder die Geltungsbereiche voneinander abgegrenzt werden, was als Harmonie im weiteren Sinne bezeichnet werden kann, oder eine Interessenkonvergenz, eine Harmonie im engeren Sinn, unterstellt wird.

Eine Harmonisierung ist insofern naheliegend, als keine stabile Normenhierarchie besteht und die Behauptung einer Hierarchie im Einzelfall mit einem erhöhten Begründungs- und Legitimationsbedarf einhergeht.

- 33 *ILC, Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 255 f.; *Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen*, 2006, S. 103; *Teubner/Fischer-Lescano, Wandel der Rolle des Rechts*, 2007, S. 45 und 52; *Michaels/Pauwelyn, Conflict of Norms or Conflict of Laws*, 2012, S. 350, 354 ff. und 365 ff.; *Ziegler/Boie, Relationship*, 2012, S. 290; *Pulkowski, International Regime Conflict*, 2014, S. 326 ff. und 331; *Pasquet, De-Fragmentation Techniques*, Rz. 26 f.
- 34 Vgl. *Michaels/Pauwelyn, Conflict of Norms or Conflict of Laws*, 2012, S. 362 f.; *Pasquet, De-Fragmentation Techniques*, Rz. 26 f.
- 35 *Michaels/Pauwelyn, Conflict of Norms or Conflict of Laws*, 2012, S. 354 ff. In diesem Sinne interpretierte etwa der IGH, *Nuclear Weapons* 1996, Ziff. 25 und 34, das humanitäre Völkerrecht als *lex specialis* zum Menschenrechtsregime, das über Schrankenvorbehalte gleichsam von sich aus die Regelungshoheit an das humanitäre Völkerrecht abtrete.
- 36 Vgl. *Pulkowski, International Regime Conflict*, 2014, S. 328.
- 37 Vgl. mit gleichem Schluss etwa *Cottier, Trade and Human Rights*, 2002, S. 114 f.
- 38 *De Wet/Vidmar, Conflicts*, 2013, insb. S. 208 und 216; *Karamanian, Human Rights Dimensions of Investment Law*, 2012, S. 269.

Daher verspricht eine Argumentation, die von einer Kompatibilität ausgeht, weniger aufwändig und resistenter gegenüber allfälliger Kritik zu sein.³⁹ Davon zeugt auch der Begriff des »unechten« Konflikts, der die zugrunde liegende Konstellation semantisch bereits entschärft.⁴⁰ Selbst wenn Art. 103 UN-Charta oder *ius cogens* betroffen ist, wird ein Konflikt oft nicht über eine Hierarchie gelöst.⁴¹ Auf eine solche soll lediglich als *ultima ratio* zurückgegriffen werden.⁴² Die Harmonisierung unterstellt demgegenüber, dass die betroffenen Normen sich bei Lichte betrachtet nicht widersprechen würden und die eine Norm womöglich der anderen sogar zum Durchbruch verhelfen würde. Mithin werden die Geltungsansprüche der involvierten Normen – zumindest rhetorisch – geschützt und damit potenziell auch die Macht und die Relevanz des eigenen Rechts innerhalb des institutionellen und weltrechtlichen Gefüges abgesichert.⁴³ Was als Entstehen für Harmonie erscheint, kann demnach ebenso als Ausdruck von Machtstreben und als Bemühung eine Hierarchie herzustellen, interpretiert werden. Ein weiterer Vorteil der harmonisierenden Konfliktlösung besteht darin, dass sich die Frage der Staatenverantwortlichkeit nicht stellt, weil die konfligierenden Verpflichtungen gleichzeitig eingehalten werden können.⁴⁴

Horizontalen Strategien liegt eine Kompatibilitätsvermutung zugrunde, die wiederum auf entsprechende rechtstheoretische Hintergrundannahmen verweist. Nicht nur hierarchische Konfliktlösungen, die von

39 Vgl. auch *ILC, Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 40, wonach die Annahme einer Kompatibilität politisch sensibler sein kann.

40 Vgl. *Pasquet, De-Fragmentation Techniques*, Rz. 25 f.; sowie zur Unterscheidung zwischen »echten« und »unechten« Normkonflikten bereits vorne Kap. 4.1.

41 *De Wet/Vidmar, Conflicts*, 2013, S. 202 ff., insb. 206, 208 und 216. Interessant ist hier etwa, dass sowohl der EGMR als auch der EuGH untergeordneten Instanzen, die aus ihrer Perspektive vorschnell auf den Vorrang von Art. 103 UN-Charta rekurrten, widersprachen und Spielräume zugunsten der eigenen Rechtsordnung ausmachten, womit die Frage des Konflikts entweder umgangen (EGMR, *Nada GK* 2012, Ziff. 180 und 196 f.; EGMR, *Al-Dulimi (GK)* 2016, Ziff. 149; sowie die aufschlussreiche Kritik zu letzterem Urteil in der *Concurring Opinion Albuquerque* [ibid., Ziff. 55] und der *Concurring Opinion Keller* [ibid., Ziff. 8 und 27]) oder zugunsten des eigenen Rechts beantwortet wurde (EuGH, *Kadi-I* 2008, insb. Ziff. 314, 316 und 326).

42 *Sicilianos, Systemic Harmonization*, 2017, S. 801.

43 Vgl. *Pasquet, De-Fragmentation Techniques*, Rz. 50 zur *Al-Dulimi-Rechtsprechung* des EGMR. Demgegenüber zeigt die Diskussion zur Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichts, welch hohe Wellen eine konfrontative Konfliktlösung werfen kann (vgl. etwa *Breuer, Opposing ECtHR Judgments*, 2022).

44 Vgl. Art. 30 Abs. 5 VRK; *Forteau/Miron/Pellet, Droit international public*, 2022, Ziff. 336.

einem einheitlichen Rechtssystem ausgehen, setzen implizit eine Kohärenz voraus. Wie nachfolgend näher dargelegt wird, knüpfen auch harmonisierende Ansätze an eine solche Vermutung an.⁴⁵ Wer einen »unechten« Normkonflikt annimmt, weil eine Harmonisierung hinreichend plausibel begründbar ist, verneint faktisch einen Konflikt und vermeidet dessen Anerkennung. Die Harmonie stellt dann gleichermaßen Ausgang wie Ziel der Auslegung dar: Ausgehend von der Annahme, dass Staaten keine widersprüchlichen Verpflichtungen eingehen, wird vermutet, dass die bestehenden Normen kompatibel seien, weshalb eine dahingehende Auslegung vorzunehmen sei.⁴⁶ In ähnlicher Weise ging der EGMR mit Blick auf die Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrats von der Vermutung aus, dass keine Absicht bestehe, eine Verletzung fundamentaler Menschenrechte zu bewirken.⁴⁷ Selbst wenn eine Harmonie im engeren Sinn nicht erreichbar ist, sollen nach dieser Logik die involvierten Normen möglichst umfassend berücksichtigt werden.⁴⁸

Im Folgenden gilt es im Anschluss an diese einführenden Bemerkungen die Strategien der horizontalen Konfliktlösung – also die Koexistenz und die Subordination – näher zu betrachten und ihre problematischen Aspekte zu beleuchten.

6.1.2.1 Koexistenz

Eine harmonisierende Konfliktbewältigung kann einerseits dadurch erreicht werden, dass die Geltungsbereiche von Normen so voneinander abgegrenzt werden, dass sie nicht in Konflikt geraten und sich gegenseitig ihren Wirkungsbereich zugestehen. Zwar sind diese Argumentationsfiguren regelmäßig mit einem hierarchischen Vorbehalt behaftet, doch dienen sie im konkreten Einzelfall dazu, einen Konflikt zugunsten einer Koexistenz zu entschärfen.⁴⁹

45 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 2, 26 und 46 ff.; *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 37 ff.; EGMR, *Nada* GK 2012, Ziff. 170.

46 Vgl. *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 38 f.; EGMR, *Al-Dulimi* (GK) 2016, Ziff. 138; EGMR, *Nada* GK 2012, Ziff. 170.

47 EGMR, *Al-Dulimi* (GK) 2016, Ziff. 140; EGMR, *Al-Jedda* (GK) 2011, Ziff. 102.

48 Vgl. etwa *Pulkowski*, International Regime Conflict, 2014, S. 330 f. und insb. 334, wonach die rechtliche Autorität der involvierten Normen so wenig wie möglich zu beeinträchtigen sei; sowie *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, u. a. S. 38, 45 und 52 f., welche mit einer wechselseitigen Responsivität und einer Bindungsvermutung gegenüber regimefremden Präjudizien dieselbe Stoßrichtung verfolgen.

49 Angesichts dieses Vorbehalts können solche Konfliktlösungsstrategien auch als hierarchische Techniken begriffen werden. So qualifiziert bspw. *Pulkowski*,

In dieser Weise operiert beispielsweise der EGMR, wenn er den Vertragsstaaten einen Ermessensspielraum einräumt⁵⁰ oder seine eigene Einschätzung zugunsten eines äquivalenten Schutzstandards zurückhält⁵¹. Dieser Vorbehalt des vergleichbaren Schutzes folgt der Rationalität der Solange-Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts.⁵² Dieses erklärte, keine Überprüfung des EU-Rechts nach eigenen, also grundgesetzlichen Maßstäben vorzunehmen, solange ein effektiver Rechtsschutz auf EU-Ebene bestehe.⁵³ Vielerorts wird diesen Argumentationstechniken, die als Ausdruck von konstitutioneller Toleranz,⁵⁴ Responsivität⁵⁵ oder bedingter Anerkennung⁵⁶ beschrieben werden, ein beträchtliches Konfliktlösungspotenzial auch außerhalb ihrer Entstehungskonstellation attestiert und entsprechend deren Generalisierung für Interregimeverhältnisse vorgeschlagen.⁵⁷

International Regime Conflict, 2014, S. 329 ff., IPR-Analogien als Vorrangregeln. Andere wiederum betonen die Binarität kollisionsrechtlicher Ansätze: z. B. *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 32 ff.; *Peters*, Refinement, 2017, S. 683. Vgl. zur Koexistenz als eine Strategie im Umgang mit Regimeinteraktionen auch *Koskenniemi*, Hegemonic Regimes, 2012, S. 308 f.

- 50 Vgl. zum Ermessensspielraum *Kälin/Künzli*, Menschenrechtsschutz, 2019, Rz. 3.84 ff. Art. 1 EMRK-ZP 15 verankert nunmehr die Margin-of-appreciation-Doktrin gemeinsam mit dem Subsidiaritätsprinzip in der EMRK. Freilich schließt die Anwendung dieser Doktrin nicht aus, dass zur konkret erfolgten Interessenabwägung Stellung bezogen wird; vgl. etwa EGMR, *Hatton v. UK* GK 2003, Ziff. 129. Vgl. kritisch zur verschleiernenden Wirkung des Ermessensspielraums *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 108.
- 51 Vgl. insb. EGMR, *Bosphorus* GK 2005, Ziff. 155 f.; EKMR, *M. & Co.* 1990; sowie im Ergebnis EGMR, *Waite and Kennedy* 1999, Ziff. 73.
- 52 Vgl. etwa *Bílková*, Equivalent Protection; *Janik*, Die EMRK und internationale Organisationen, 2010.
- 53 Vgl. BVerfG, *Solange I* 1974; BVerfG, *Solange II* 1986; sowie zur Parallelität *Kokott/Sobotta*, The Kadi Case, 2012, S. 1018 f.. Vgl. zur Solange-Rechtsprechung sowie zur deutlich konfrontativeren ultra vires- und Identitätskontrolle etwa *Frenz*, Europarecht, 2021, Rz. 163 ff.; *Pracht*, Residualkompetenzen, 2022; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 121 f. Bzgl. des Anleihenkaufprogramms der EZB (Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme; PSPP) hat das BVerfG, PSPP 2020, erstmals dem Handeln von EU-Organen wegen ultra vires-Charakters die Bindungswirkung in Deutschland abgesprochen und damit den Vorbehalt aktualisiert.
- 54 *Peters*, Refinement, 2017, S. 685 ff.; vgl. auch *Kumm*, Judicialization of Politics, 2006, S. 523 ff.; sowie zum Begriff der konstitutionellen Toleranz *Weiler*, Constitutional Tolerance, 2000, S. 217 f.
- 55 *Viellechner*, Weltgesellschaft, 2013, S. 301 ff.; vgl. auch *Viellechner*, Rechtspluralismus, 2012, S. 571 ff.; *Viellechner*, Friendliness, 2020.
- 56 *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 287 ff.
- 57 Vgl. nebst den Hinweisen in Kap. 6.1.2.1, Fn. 54 ff. auch *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 370 f. und 374,

Zu Recht weist Anne Peters darauf hin, dass diese Konfliktlösungsstrategie nur schlüssig ist, wenn die fraglichen Normen dieselben Ziele anstreben.⁵⁸ Der Rekurs auf diese Strategie setzt also eine Interessenkonvergenz voraus und impliziert damit, dass eine Kohärenz bereits besteht.⁵⁹ Zudem ist hier nicht außer Acht zu lassen, dass die Solange-Formel und der Äquivalenzvorbehalt als eine Form der Druckausübung betrachtet werden können, denn die Voraussetzungen, unter denen auf einen Eingriff verzichtet wird, werden aus der jeweiligen regimespezifischen Perspektive definiert.⁶⁰ Mit dieser Konfliktlösungsstrategie kann folglich die Drohung einhergehen, das eigene Recht anzuwenden, sollte das fremde Rechtsregime den Forderungen nach Äquivalenz nicht nachkommen. Im Ergebnis wird damit die eigene Rationalität dem anderen Regime aufgezwungen, was die These der Fragmentierung und der Konflikthaftigkeit des Rechts eher bestätigt als widerlegt.⁶¹

Umgekehrt kann die Annahme einer Interessenkonvergenz dazu führen, das eigene Recht vor dem Vorrang des fremden Rechts, der im Fall einer Divergenz greifen könnte, zu schützen. Der EGMR beispielsweise konstruierte eine solche Konvergenz zwischen Individualsanktionen einerseits und Menschenrechten andererseits mit dem Verweis auf die allgegenwärtige Menschenrechtsrhetorik der Vereinten Nationen.⁶² Angesichts dessen konnte ein »echter« Konflikt verneint werden, was die EMRK vor der Unterordnung bewahrte, die gemäß Art. 103 UN-Charta andernfalls drohte.⁶³ Unter dem Deckmantel der Harmonie wird so die eigene – aus fremder Perspektive möglicherweise zu kritisierende – Position verteidigt.

die diesbezüglich auf das Konzept der »multi-sourced equivalent norms« (MSEN) rekurren. Vgl. zu diesem etwa *Broude/Shany* (Hrsg.), *Multi-Sourced Equivalent Norms*, 2011.

58 *Peters*, Refinement, 2017, S. 687; vgl. auch *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 287 ff.; sowie *Klabbers*, Setting the Scene, 2009, S. 33.

59 Vgl. *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 48 und 50; *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 371.

60 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 14.

61 Vgl. auch *Klabbers*, Setting the Scene, 2009, S. 35 zur letztlich einseitigen Natur von Ermessensspielraum und Subsidiarität.

62 EGMR, Al-Dulimi (GK) 2016, Ziff. 139; *Sicilianos*, Systemic Harmonization, 2017, S. 799.

63 Vgl. EGMR, Al-Dulimi (GK) 2016, Ziff. 149; *Sicilianos*, Systemic Harmonization, 2017, S. 801; *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 50; vorne in Kap. 6.1.2 bei Fn. 41. Dass nicht nur regimepolitische, sondern auch geopolitische Motive eine beträchtliche Rolle in Kollisionslagen spielen können, legt der EGMR, *Behrami and Saramati* GK 2007, Ziff. 149, insofern nahe, als er sich bezüglich einer Friedensmission nach Kap. VII der UN-Charta davor hütete, »to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field«.

Eine beträchtliche Nähe weist diese bedingte Anerkennung fremden Rechts zu Ansätzen auf, die für Konflikte zwischen nationalstaatlichen Rechtsordnungen entwickelt wurden. Beanspruchen unterschiedliche landesrechtliche Normen Anwendbarkeit auf einen bestimmten Sachverhalt, kommt insbesondere das internationale Privatrecht und namentlich das eigentliche Kollisionsrecht zum Zug. Dieser Rechtsbereich hat eine weitaus komplexere Dogmatik zur Abgrenzung von Regelungsansprüchen entwickelt als das Völkerrecht, das sich ebenfalls mit konfligierenden nationalstaatlichen Normen befasst.⁶⁴ Obschon das Kollisionsrecht historisch als Teil des Völkerrechts betrachtet wurde, fußt es heute primär auf nationalem Recht.⁶⁵ Während das Völkerrecht eigentlich berufen wäre, kollisionsrechtlichen Exzessen Einhalt zu gebieten und dadurch die räumliche Expansion nationalen Rechts zu begrenzen, wird mangels griffiger interner Vorgaben auf Prinzipien des internationalen Privatrechts zurückgegriffen, um eben dies zu leisten.⁶⁶ In Anbetracht der mitunter widersprüchlichen Vorgaben, die sich aus potenziell konkurrierenden völkerrechtlichen Anknüpfungspunkten – also Territorialitäts-, Personalitäts-, Schutz- und Weltrechtsprinzip – ergeben, entwickelt etwa Cedric Ryngaert in einer Auseinandersetzung mit dem international-privatrechtlichen Prinzip der Comity einen Ansatz zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten und schlägt eine Form der Subsidiarität vor, wonach im Dienste globaler Interessen die Anwendung des eigenen Rechts dann in Betracht komme, wenn der am stärksten betroffene Staat selbst nicht – oder nicht adäquat – agiere.⁶⁷

Während Ryngaert also auf das Kollisionsrecht zurückgreift, um konfligierende Regelungsansprüche nationaler Rechtsordnungen zu vermitteln, votieren zahlreichen Stimmen dafür, kollidierende Normmassen des transnationalen Rechts ebenfalls mit Analogien zum internationalen Privatrecht zu regulieren und zu koordinieren.⁶⁸ Dieses Ansinnen ist

64 Dabei unterscheidet sich das Gewicht international-privatrechtlicher und völkerrechtlicher Grundsätze je nach Rechtsordnung; vgl. *Buxbaum*, Territory, 2009, S. 635 f. und 669 ff.; *Ryngaert*, Jurisdiction, 2015, S. 179 f.

65 *Ryngaert*, Jurisdiction, 2015, S. 18; *Grolimund/Loacker/Schnyder*, Art. 1, 2021, Rz. 96.

66 *Ryngaert*, Jurisdiction, 2015, S. 18 f.

67 *Ryngaert*, Jurisdiction, 2015, S. 142 ff., 190 und 215 ff.; vgl. auch *Sandrock*, Grenzen staatlicher Gesetzgebung, 2016, S. 68 ff. Mit der Beurteilung der Adäquanz fremden Handelns weist dieser Ansatz eine problematische Nähe zur »unwilling or unable«-Doktrin auf und steht damit in einer potenziellen Kontinuität zu Zivilisierungsdiskursen; vgl. hierzu *Tzouvala*, Unwilling or Unable, 2015.

68 Auch im europarechtlichen Diskurs sind Kollisionsrechtsansätze anzutreffen, auf die nachfolgend nicht näher eingegangen wird. Vgl. dazu etwa *Joerges/Kjær/Ralli*, A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in

insofern bemerkenswert, als gerade das internationale Privatrecht einen zentralen Bestandteil der rechtlichen Infrastruktur darstellt, welche die exzessive Expansion wirtschaftlicher Rationalität erst ermöglicht und damit die Fragmentierung des Rechts akzentuiert.⁶⁹ Gunther Teubner und Andreas Fischer-Lescano plädieren beispielsweise für ein neuartiges Kollisionsrecht, mittels dessen eine »schwache normative Kompatibilität« erreicht werden könne.⁷⁰ Eine »communicative compatibility« hält auch Dirk Pulkowski für realistisch, der die dafür notwendige regimeübergreifende Sprache unter anderem in Anlehnung an international-privatrechtliche Figuren entwickelt.⁷¹ Ralf Michaels und Joost Pauwelyn bedienen sich ebenfalls beim Kollisionsrecht und schlagen unter anderem vor, Sachverhalte gestützt auf das Kriterium des engsten funktionalen oder institutionellen Bezuges einem spezifischen Rechtsregime zuzuweisen, wobei jenes Recht als einschlägig zu betrachten sei, das angemessener mit der Situation umzugehen wisse, etwa weil es die fremde Rationalität mitberücksichtige.⁷² Diesen Mechanismus sehen sie

the Postnational Constellation, 2011; *Everson*, Limits of the »Conflicts Approach«, 2011. Kritisch zu dieser Analogie äußert sich etwa *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 288, der sich deshalb bei weitgehenden inhaltlichen Überschneidungen zumindest terminologisch abgrenzt und den Begriff der Schnittstellennorm (interface norm) einführt.

69 Vgl. *Pistor*, Code des Kapitals, 2020, insb. S. 41, 214 ff. und 331 f.; *Salmiinen/Rajavuori*, Externalities of transnational production, 2021; sowie hinten in Kap. 9.1.1.1.3 bei Fn. 232 ff.

70 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, insb. S. 24 und 170; *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 9 und 54 f. Vgl. dazu näher hinten Kap. 6.1.2.2.1 sowie zur Ambivalenz in diesem Punkt in Kap. 6.1.2.4, Fn. 111. Eine eigentliche Überwindung der Fragmentierung, also mehr als eine bloß »schwache« Vermittlung, erachten Teubner und Fischer-Lescano als wenig aussichtsreich, was mit Verweis auf die Irreversibilität funktionaler Differenzierungsprozesse begründet wird (vgl. hierzu auch vorne in Kap. 5.1.1, Fn. 28). Wenn indes, wie vorne ausgeführt (vgl. Kap. 5.2.3), die wechselseitige Prägung zwischen dem Recht und seiner Umwelt sowie die zumindest beschränkte Eigenständigkeit des Rechts ernst genommen wird, scheint diese Frage zumindest noch offen. Vgl. zur Generalisierung kollisionsrechtlicher Ansätze bereits *Teubner*, Recht, 1989, S. 130 ff., der seinerseits auf weiter zurückliegende privatrechtstheoretische Arbeiten zurückgreift; vgl. dazu auch *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 231, Fn. 23.

71 *Pulkowski*, International Regime Conflict, 2014, S. 238 ff. und 329 ff.

72 *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 369. Die dort als Beispiel angeführte Passagen des IGH in den Nuclear Tests Cases beziehen sich freilich nicht auf die Frage der Rechtswahl, sondern auf die Interpretation der klägerischen Rechtsbegehren: IGH, Nuclear Tests 1974 (Australia), Ziff. 29 f. und 56; IGH, Nuclear Tests 1974 (New Zealand),

beispielsweise im Southern Bluefin Tuna-Schiedsspruch ins Werk gesetzt, indem das Schiedsgericht trotz Bejahung der inhaltlichen Betroffenheit des UN-SRÜ die Konstruktion einer Streitsache, die über das regionale Abkommen zum Schutz des Thunfisches hinausginge, als künstlich zurückwies.⁷³ Eine weitere Methode, mittels derer ein Sachverhalt exklusiv zu einem Rechtsregime zugeordnet werden könne, richtet sich nach dem Kriterium der stärksten Beeinträchtigung. Danach soll jenes Recht einschlägig sein, dessen Ziele im Falle einer Nichtberücksichtigung am stärksten beeinträchtigt sein würden.⁷⁴ Dies setzt eine Abwägung voraus, die sich im Falle kollidierender Rechtsregime als heikel erweist, weil ein neutraler Standpunkt – so prekär dieser bereits in einem kohärenten System sein dürfte – nur schwierig zu behaupten ist.⁷⁵

Auch Bemühungen, die Zuweisung an ein Rechtsregime anhand der engsten Anknüpfung vorzunehmen, dürften sich also mit denselben Schwierigkeiten konfrontiert sehen, welche die *lex specialis*-Regel für Interregimekonflikte als wenig geeignet erscheinen lässt. Regimeorgane, die den Sachverhalt bereits in einer spezifischen Sprache rekonstruieren, dürften das eigene Recht nicht nur als das speziellere, sondern auch als das stärker betroffene Recht begreifen.⁷⁶ Hinzu kommt, dass

Ziff. 30 f. und 59. Als Einstiegspunkt, d. h. zur Bestimmung der Jurisdiktion wählt auch Teubner das Kriterium der engeren Verbindung; vgl. *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 233 und 235; *Golia/Teubner*, Societal Constitutionalism, 2021, S. 393. Vor dem Hintergrund der Eigenlogiken, welche die Regimeorgane prägen, scheint die Jurisdiktionsfrage weit größere Probleme zu verursachen, als Teubner mit diesem kurzen Verweis auf die »primary coverage« abzudecken vermag. Dahinter dürfte die Hoffnung stecken, dass die Forumsfrage zweitrangig wird, wenn jedwede Instanz hinreichend responsiv agiert; vgl. *Klabbers/Palombella*, Introduction, 2019, S. 3.

73 UN-SRÜ-Schiedsgericht, Southern Bluefin Tuna 2000, Ziff. 52 und 54. Weil das Schiedsgericht das regionale Schutzabkommen als Vereinbarung gemäß Art. 281 Abs. 1 UN-SRÜ interpretierte, verneinte es anschließend seine Jurisdiktion (*ibid.*, Ziff. 59), was im Ergebnis zu einem Vorrangverhältnis zwischen regionalen Abkommen und UN-SRÜ führt (vgl. *Boyle*, Southern Bluefin Tuna, 2008, Rz. 15), obwohl eben dies, nämlich die Behandlung des regionalen Abkommens als vorrangige *lex specialis*, abgelehnt wurde (UN-SRÜ-Schiedsgericht, Southern Bluefin Tuna 2000, Ziff. 52).

74 Vgl. zum comparative impairment-Prinzip etwa *Pulkowski*, International Regime Conflict, 2014, S. 331 ff.; *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 359 und 362.

75 Vgl. *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 356 f. und 367 f.; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 232; ferner *Jeutner*, Irresolvable Norm Conflicts, 2017, S. 68 ff.; sowie die Hinweise in Kap. 6.1.1, Fn. 17.

76 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 37; vgl. auch *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, S. 252; ferner *Chimni*, Outline, 2008, S. 76 f.

das internationale Privatrecht eine Auswahl zwischen parallel strukturierten und umfassenden Rechtsordnungen trifft und dabei lediglich festlegt, ob – zum Beispiel – das Haftungsrecht des einen oder des anderen Staates einschlägig ist. Obwohl auch diese Wahl weitreichende Folgen haben kann, ist sie kaum mit der Entscheidung zu vergleichen, einen Sachverhalt nach menschenrechtlichen statt etwa wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.⁷⁷

Die Bemühungen, die konfligierende Normen zu kompatibilisieren, indem die jeweiligen Anwendungsbereiche voneinander abgegrenzt werden, basieren damit entweder auf einer Interessenkonvergenz oder auf einer mehr oder weniger expliziten Gewichtung anhand der Nähe zum Sachverhalt. Beide Voraussetzungen sind kaum vor einer regimespezifischen Vereinnahmung gefeit. Ob die Strategie der Koexistenz vor diesem Hintergrund tatsächlich geeignet ist, eine Antwort auf die Fragmentierung des Rechts bereitzustellen, ist zweifelhaft.

6.1.2.2 Integration

Angesichts der Schwierigkeit, einen bestimmten Sachverhalt exklusiv einem Rechtsregime zuzuordnen, und mit Blick auf die Absenz eines Meta-Regimes für die Schlichtung von Normkonflikten versuchen andere Strategien, verschiedene Normmassen durch deren gleichzeitige Anwendung zu harmonisieren. Statt einer Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche wird eine Integration angestrebt, sodass im Zuge der Anwendung der einen Norm die Anliegen anderer Normen mitberücksichtigt werden. Integrative Konfliktlösungen sind bemüht, Normbestände derart zu verstehen, dass sie trotz Spannungsverhältnis miteinander vereinbar sind. Dies wird etwa erreicht, indem eine Interessenkonvergenz unterstellt oder ein Kompromiss zwischen verschiedenen Zielen hergestellt wird. Die Kompatibilisierung widerstreitender Normen wird damit in einer positiven, die beiden Seiten bejahenden Weise vorgenommen.⁷⁸

6.1.2.2.1 Responsivität

In diesem Sinne nehmen beispielsweise Fischer-Lescano und Teubner eine stärkere Modifikation der kollisionsrechtlichen Ansätze vor und plädieren dafür, dass das Recht der Interregimekollisionen von

77 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 38; vgl. auch *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 231 und 234; *Michaels/Pauwelyn*, Conflict of Norms or Conflict of Laws, 2012, S. 362 und 374.

78 Vgl. *Petes*, Refinement, 2017, S. 688.

der Verweisung an eines der involvierten Rechtsregime absehen und stattdessen selbst gemeinsame Sachnormen, ein transnationales Mischrecht entwickeln müsse.⁷⁹ Hierbei sollen externe Rationalitäten im Inneren rekonstruiert, dadurch die eigene Logik limitiert und kollidierende Rationalitäten kompatibelisiert werden.⁸⁰ Mit anderen Worten sollen Rechtsregime eine Responsivität entwickeln, indem »die empathische Orientierung nach außen als Selbstverpflichtung in die innere Ordnung eingebaut« werde.⁸¹ Partikuläre Ordnungen sollen so in die Lage versetzt werden, universale Verantwortlichkeit wahrzunehmen.⁸² Mangels Meta-Normativität soll die gesamtgesellschaftliche Integration auf der Ebene einzelner Teilsysteme bzw. im Rahmen bestimmter Rechtsregime angestrebt werden.⁸³ Ein ähnliches Vorgehen schlagen Jan Klabbers und Gianluigi Palombella mit dem Konzept der Interlegalität vor⁸⁴ und auch bei Neil Walker nimmt die Relationalität, mithin die Offenheit gegenüber Herausforderungen und Kritik von außen, eine zentrale Stellung ein⁸⁵. Selbst Martti Koskeniemi's Kultur des Formalismus kann in diesem Sinne verstanden werden, denn nur die Offenheit des formalen Rechts erlaubt, dass konkurrierende Interessen im Recht artikuliert und damit

- 79 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 70 f. und 81; *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 29 f.; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 233 f. und 256; vgl. auch *Viellechner*, Rechtspluralismus, 2012, S. 578 f.; *Mardikian*, Hybrid Right to Private Property, 2021, insb. S. 353.
- 80 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 87 f., 146 f., 157 und 163 f.; *Teubner/Fischer-Lescano*, Wandel der Rolle des Rechts, 2007, S. 29 f., 32, 37 ff. und 54 f.; *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie, 1984, S. 24 ff.; *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 210 f.; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 223, 230, 239, 248 f. und 256; *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018, S. 190; vgl. ähnlich auch *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 296; *Peters*, Refinement, 2017, S. 703, die eine Internalisierung fremder Perspektiven fordert.
- 81 *Viellechner*, Weltgesellschaft, 2013, S. 298; vgl. auch *Viellechner*, Rechtspluralismus, 2012, S. 570 und 579 f.; *Viellechner*, Transnationalisierung, 2013, S. 265 ff., insb. 267 f. Ähnliches schlägt *Neves*, Transdemocracy, 2017, S. 386 f. und 393 f., mit dem Konzept der Transversalität vor. Viellechner vertritt ein weites Verständnis des Begriffs des Kollisionsrechts und zählt etwa auch die vorne erwähnte harmonische Koexistenz, wie sie bspw. die Solange-Rechtsprechung anstrebt, dazu; vgl. *Viellechner*, Rechtspluralismus, 2012, S. 575 ff. Vgl. kritisch zur theoretischen Figur der Responsivität *Nell*, Multiple Differenzierung, 2020, S. 161, 195 f. und 230 f.
- 82 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 240.
- 83 Vgl. *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie, 1984, S. 26.
- 84 *Klabbers/Palombella*, Introduction, 2019, S. 2 f., 10 und 16.
- 85 *Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, 2002, u. a. S. 339 und 357 f.

überhaupt erst wahrgenommen und berücksichtigt werden können, statt einem Zweckrationalismus geopfert zu werden.⁸⁶

Im Verhältnis zwischen der Welthandelsordnung einerseits und dem Weltgesundheitswesen andererseits hieße dies beispielsweise, dass das WTO-Regime im Falle einer Pandemie die regimefremde gesundheitliche und menschenrechtliche Logik zulasten der eigenen, also wirtschaftlichen Rationalität miteinbezieht und den Schutz von Patenten und vertraulichen Informationen einschränkt.⁸⁷ In diesem Sinne lässt sich zudem auch die horizontale Wirkung von Grund- und Menschenrechten lesen:⁸⁸ Indem etwa privatrechtliche Haftungsnormen unter Einbezug der Vorgaben menschenrechtlicher Normbestände derart ausgelegt werden, dass ein transnationales Unternehmen zur Emissionsreduktion verpflichtet wird, wie dies in der Sache *Milieudéfense v. Shell* die erste Gerichtsinstanz vertrat, wird der wirtschaftlichen, mithin profitorientierten Rationalität im Zuge der Rekonstruktion anderer Logiken Grenzen gesetzt.⁸⁹ Gleiches wird mit der Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten angestrebt, wie sie etwa in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte postuliert wurden und seither eine zunehmende, auch transnational ausgerichtete Übertragung in verbindliches Recht erfahren.⁹⁰ Mit der Rechtsprechung

86 Vgl. *Koskeniemi*, *Kantian Themes*, 2008, S. 19 f. und 22 ff.; sowie die entsprechende Lesart bei *Klabbers*, *Setting the Scene*, 2009, S. 30 f.

87 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 73 ff. zum Patentschutz von HIV-/AIDS-Medikamenten. Diese Fragestellung erlangte im Zuge der COVID-19-Pandemie erneut viel Beachtung, wobei die Debatte über Zwangslizenzen und Parallelimporte (flexibilities) hinausgeht und weitere Befreiungen von TRIPS-Verpflichtungen gemäss Art. IX Ziff. 3 WTO-Abkommen (waiver) in Frage standen. Vgl. hierzu etwa *Zaman/Islam*, *Patent Waiver*, 2021; *Ranjan*, *Waiving Intellectual Property Protection*, 2021.

88 Vgl. auch *Peters*, *Having Rights*, 2021, S. 12 f.; *Buckell/Fischer-Lescano*, *Hegemonie im globalen Recht*, 2007, S. 100.

89 Vgl. Rechtbank Den Haag, *Milieudéfense v. Shell* 2021; sowie die Einordnung aus Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus bei *Kampourakis*, *The Power of Open Norms*, in: <verfassungsblog.de>, 15.06.2021. Die Rechtmittelinstanz kam allerdings zum Schluss, dass dem Unternehmen kein bestimmtes Reduktionsziel aufzuerlegen sei; vgl. *Gerechtshof Den Haag*, *Shell v. Milieudéfense* 2024. Vgl. dazu ferner *Hensell/Teubner*, *Horizontal fundamental rights*, 2016; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 189 ff.

90 Die UNGP ergeben sich aus *Ruggie*, *Guiding Principles*, 21.02.2011; vgl. auch *Menschenrechtsrat*, *Transnational corporations*, 16.06.2011, Ziff. 1. Vgl. außerdem für eine Übersicht zu entsprechenden nationalen und regionalen Regulierungsbemühungen etwa <<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/governing-business-human-rights/national-regional-developments-on-mhrdd/>> (zuletzt besucht am 01.02.2025); sowie *Askin*, *Extraterritoriale Anwendbarkeit des UN-Sozialpakts*, 2024, S. 282 ff. Diese Bemühungen zeichnen sich indes durch eine prekäre Normativität und Wirkung aus; vgl.

des EGMR zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und dem Recht internationaler Organisationen lässt sich ein weiteres Beispiel der Responsivität anführen: Den Vorbehalt des äquivalenten Schutzes hat der Gerichtshof unter anderem mit Verweis auf die Bedeutung der internationalen Kooperation und das Anliegen, die Funktionsfähigkeit internationaler Organisationen zu schützen, begründet.⁹¹

6.1.2.2.2 *Ordre public transnational*

Statt eines durch die Staatengemeinschaft geschaffenen *ius cogens*, soll nach dieser kollisionsrechtlichen Logik sodann ein globales *ius non dispositivum* entworfen werden, das jedes einzelne Rechtsregime in responsiver Auseinandersetzung mit seiner Umwelt erarbeiten müsse und dennoch von einem unterstellten gemeinsamen Sinnhorizont getragen sei.⁹² Dieses unverfügbare Recht stelle einen *Ordre public transnational* dar, der die wahrhaftigen internationalen Gemeinwohlziele, wie etwa den Grundsatz nachhaltiger Entwicklung oder menschenrechtliche Mindeststandards, reflektiere.⁹³ Weil dessen Herausbildung ein regimeinterner Prozess sei, resultiere eine Vielzahl regimespezifischer Gemeinwohlformeln, die ihre kompatibilisierende Kraft aus einem fiktiven und kontrafaktischen geteilten Geltungskerns schöpfen.⁹⁴ Trotz der dezidierten

dazu hinten Kap. 9.2.2.5.6.2, insb. bei Fn. 945 ff., Kap. 9.2.2.6.2, bei Fn. 1278 ff., sowie Kap. 9.2.2.6.3.

91 EGMR, *Bosphorus GK* 2005, Ziff. 150 m. w. H.

92 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 71 und 99 ff.; *Teubner/Fischer-Lescano*, *Wandel der Rolle des Rechts*, 2007, S. 42 f. und 45; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 83, 116 f., 235 ff., 240 ff. und 256; *Fischer-Lescano*, *Pluriversum*, 2020, insb. S. 27 f. zum »pluriversalen« *ordre public*; vgl. auch *Michaels/Pauwelyn*, *Conflict of Norms or Conflict of Laws*, 2012, S. 370.

93 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 106; *Teubner/Fischer-Lescano*, *Wandel der Rolle des Rechts*, 2007, S. 47 f.; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 93 f. m. w. H. zum *Ordre public d'arbitrage transnational*. Zur Nachhaltigkeit als universelles Verfassungsprinzip auch *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 256 ff. Im Ergebnis resultiert aus dieser Position – auch wenn dies den Prämissen des gesellschaftlichen Konstitutionalismus zuwiderläuft – zumindest potenziell ein *de facto* Vorrang von Menschenrechten und damit ein hierarchisches Bild (vgl. zu einer solchen Position etwa *Pavoni*, *Immunities*, 2012), von dem die Betonung der Regimespezifität kaum abzulenken vermag.

94 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 100 f. und 109 f.; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 236 f. und 241 f.; vgl. auch *Pasquet*, *De-Fragmentation Techniques*, Rz. 45.

Zurückweisung einer einheitlichen Gemeinwohlformel, scheint dieses Nichtdispositive im Recht selbst aber eine vermittelnde Gestalt anzunehmen, weil es responsiv, also die Einzelperspektive transzendierend zu normieren sei.⁹⁵ In der Form des *Ordre public* sollen die verschiedenen Rechtsordnungen im »respektvollen Miteinander die Grenzen ebendieses Miteinanders« entwickeln.⁹⁶

Indem der *Ordre public* als Vorbehalt fungiert, stellt er zwar eine Form der bedingten Anerkennung fremden Rechts dar.⁹⁷ Dies gilt auch für die ebenfalls vorgeschlagene präjudizielle Bindungsvermutung in Interregimeverhältnissen, welche jedes Abweichen von fremden Rechtsprüchen einem Begründungs- und Legitimationszwang unterstellen will und sich ebenfalls als Ausdruck der interlegalen Responsivität versteht.⁹⁸ Allerdings soll der *Ordre public* nach Teubner »eine nicht nur korrektive, sondern dominante Rolle spielen«.⁹⁹ Zugleich wird hier ein Maßstab angelegt, der responsiv und insofern in einem integrativen Prozess geschaffen wird. In dieser Hinsicht unterscheidet sich dieses zwingende Recht auch vom völkerrechtlichen *ius cogens*, das absolute Geltung beansprucht. Gleichwohl wird an dieser Stelle ersichtlich, dass dieselben Fallbeispiele unterschiedlichen Konfliktlösungstechniken zugeordnet werden können: Was aus der einen Perspektive die Schaffung eines integrativen Mischrechts oder das Erkennen eines *Ordre public* darstellt, kann ebenso als harmonische Abgrenzung der Regelungsansprüche zweier Normen begriffen werden oder, gerade gegensätzlich dazu, als Streben nach Subordination gelesen werden.¹⁰⁰

95 Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 241; Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 103; vgl. auch Teubner, *Quod omnes tangit*, 2018, S. 191, wonach eigentliche Kompromisse Verfassungskonflikte auflösen.

96 Fischer-Lescano, *Pluriversum*, 2020, S. 26.

97 Vgl. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, 2010, S. 287; Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 236 f.; sowie zur Koexistenz als Konfliktlösungsstrategie vorne Kap. 6.1.2.1.

98 Vgl. zur »default deference« Martinez, *Towards an International Judicial System*, 2003, S. 487 und 491; Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 121 ff.; Teubner/Fischer-Lescano, *Wandel der Rolle des Rechts*, 2007, S. 52 f.; Pulkowski, *International Regime Conflict*, 2014, S. 296 f.; ferner *Abi-Saab*, *Fragmentation or Unification*, 1999, S. 929.

99 Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 236.

100 Ein weiteres Beispiel, das unterschiedlich interpretiert werden kann, stellt der Ermessensspielraum dar, den der EGMR den Mitgliedstaaten gewährt. Dieser ermöglicht einerseits die Koexistenz von Rechtssphären, während er andererseits die EMRK auf eine Responsivität gegenüber lokalen Bedürfnissen eingestellt (vgl. hierzu Klabbers, *Setting the Scene*, 2009, S. 34).

6.1.2.2.3 Systemische Integration als Vollzug der Responsivität

Das Anliegen der Responsivität, also Selbstbeschränkung im Zuge der Internalisierung fremder Rationalitäten, lässt sich rechtsdogmatisch in Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK verankern. Diese Bestimmung verlangt, dass Normen unter Berücksichtigung anderer, ebenfalls einschlägiger Normen zu interpretieren sind und kodifiziert damit das Prinzip der systematischen Auslegung, die im völkerrechtlichen Diskurs regelmäßig als systemische Integration bezeichnet wird.¹⁰¹ Das Recht, stellte der IGH fest, »has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation«.¹⁰² Dabei bestehen neben der genannten VRK-Bestimmung weitere rechtsdogmatische Argumente, so etwa die übrigen Auslegungsmomente in Art. 31 VRK, die zur Begründung des Einbezug anderen Rechts herangezogen werden.¹⁰³ In der Rechtspraxis lassen sich diesbezüglich weitere Wege beschreiben, die eine Verbindung oder zumindest Annäherung gegenläufiger Logiken und damit die Herstellung responsiver Beziehungen ermöglichen. So können etwa integrative Normen in Präambeln, interpretative Prinzipien oder inhaltlichen Bestimmungen explizit die Rücksichtnahme auf andere Regime und Gemeinwohlziele einfordern und damit eine Grundlage für rekonziliatorische Auslegungen bieten.¹⁰⁴ Ein entsprechendes Potenzial wird etwa der »mutual supportiveness«¹⁰⁵, dem Prinzip der Nachhaltigkeit¹⁰⁶ oder

101 Vgl. *ILC, Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 37 ff. und 410 ff.; *Dörr, Article 31*, 2018, Rz. 92 ff.; *Pasquet, De-Fragmentation Techniques*, Rz. 53 ff.; *Matz-Lück, Norm interpretation*, 2012, insb. S. 202 und 212; *van Damme, Treaty Interpretation*, 2009, S. 355 ff., wonach die praktische Bedeutung von Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK im WTO-Recht von anderen Argumentationslinien überschattet werde. Die systematische Auslegung ist eng mit der Vermutung verknüpft, das Recht sei kohärent; vgl. *ILC, Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 37 ff.; *Pasquet, De-Fragmentation Techniques*, Rz. 46 ff. Trotz seiner geläufigen Verwendung ist der Begriff der »systematischen« Auslegung an sich unpassend, weil die Befolgung des gesamten Methodenkanons als »systematisch« bezeichnet werden kann, während die Auslegungsmethode, die einzelne Normen in Beziehung zum Ganzen setzt »systemisch« vorgeht.

102 IGH, *Continued Presence of South Africa in Namibia* 1971, Ziff. 53.

103 *Van Damme, Treaty Interpretation*, 2009, S. 375 f.

104 Vgl. *Karamanian, Human Rights Dimensions of Investment Law*, 2012, S. 244 f. m. w. H.; *Peters, Refinement*, 2017, S. 688 ff.; *Wolfrum, General International Law*, 2010, Rz. 63; *Seif, Business and Human Rights*, 2021.

105 *ILC, Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 276 ff., 281, 412 und 417; *Pavoni, Mutual Supportiveness*, 2010.

106 *Peters, Refinement*, 2017, S. 688 f.; *Karamanian, Human Rights Dimensions of Investment Law*, 2012; *Viñuales, Sustainable Development*, 2021, S. 296 ff.

der Schutzverantwortung¹⁰⁷ zugeschrieben. Schließlich können Abwägungsklauseln, die beispielsweise eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorsehen,¹⁰⁸ und Ausnahmebestimmungen¹⁰⁹ als Ausdruck bestehender Responsivität betrachtet und insofern herangezogen werden, um eine Kompatibilisierung im hier besprochenen Sinne anzustreben.¹¹⁰ Als Maxime des neuartigen Kollisionsrechts, das aus rechtspluralistischer Sicht ins Spiel gebracht wird, fungiert mit der Responsivität damit ein Grundsatz, dessen Verankerung im Völkerrecht kaum stärker sein könnte und dem im Allgemeinen eine zentrale Bedeutung zur Lösung von Normkonflikten eingeräumt wird.

6.1.2.2.4 Verhandlungsarrangements

Die Konfliktlösungsstrategien, die aus der systemtheoretischen Perspektive als neuartiges Kollisionsrecht vorgeschlagen werden und über zahlreiche Anknüpfungspunkte zur bestehenden Rechtspraxis verfügen, versuchen folglich in verschiedenen Ausprägungen der Interregimekooperation eine Kompatibilisierung divergierender Rationalitäten dadurch zu erreichen, dass fremde Logiken internalisiert und Konflikte

107 Peters, Refinement, 2017, S. 689. Vgl. kritisch zur responsibility to protect etwa Orford, International Authority, 2011; Frankenberg, Just World, 2014, S. 40 f.

108 Vgl. Karamanian, Human Rights Dimensions of Investment Law, 2012, S. 249, 256, 258 und 266 ff.; Arcuri/Violi, Public Interest and International Investment Law, 2021, S. 2200 ff.; Sicilianos, Systemic Harmonization, 2017, S. 803; Pasquet, De-Fragmentation Techniques, Rz. 41 ff.; Klabbers, Setting the Scene, 2009, S. 35 f.; Jeutner, Irresolvable Norm Conflicts, 2017, S. 70 ff.; Petersmann, When Environmental Protection and Human Rights Collide, 2022, S. 114 f.; IGH, Nuclear Weapons 1996, Ziff. 30 und 33. Vgl. zu Schrankenvorbehalten als Konfliktlösungstechnik bereits vorne Kap. 4.1.

109 Viel Beachtung erfährt in diesem Zusammenhang etwa Art. XX GATT sowie andere handels- und investitionsschutzrechtlichen Ausnahmebestimmungen. Vgl. hierzu etwa Ziegler/Boie, Relationship, 2012, S. 279 ff.; Hilpold, From Conflict to Coordination, 2007, S. 504 f. und 509 ff.; sowie zur Unzulänglichkeit solcher Bestimmungen etwa Viñuales, Sustainable Development, 2021, S. 299 f.

110 Die Vertreter des hier diskutierten neuen Kollisionsrechts kritisieren zwar Abwägungs- und Konkordanzkonzepte (vgl. etwa Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, 2006, S. 88 und 108 f.; Neves, Transdemocracy, 2017, S. 386 f.), doch dürften auch ihre Vorschläge von einem Abwägungsbedarf nicht unverschont bleiben. Vgl. etwa Amstutz, Evolutorisches Wirtschaftsrecht, 2001, S. 49, Fn. 237. Bereits Luhmann hat unbestimmte Rechtsbegriffe und Abwägungsformeln als Ausdruck der Konsistenzproblematik beschrieben (vgl. Luhmann, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 279 und 480).

im Rahmen eines Kompromisses aufgelöst – oder eher: ausgehalten – werden.¹¹¹ Als Alternative zu dieser Internalisierung werden Konfliktlösungen außerhalb rechtlicher Verfahren oder an einer institutionellen Schnittstelle zwischen Rechtsregimen diskutiert.¹¹² Aus dem Prinzip der »mutual supportiveness« wird beispielsweise eine Pflicht abgeleitet, Verhandlungen über harmonisierende Rechtsinstrumente zu führen.¹¹³ Während dabei Staaten in die Verantwortung gezogen werden, werden auch Interaktionen zwischen den Regimen selbst als Techniken der Integration beschrieben.¹¹⁴ Teubner und Fischer-Lescano diskutieren in diesem Sinne eine Art der Externalisierung als zweite Form der Konfliktbewältigung.¹¹⁵ Auf einer übergeordneten Ebene identifizieren sie in diesem

- 111 *Teubner*, *Quod omnes tangit*, 2018, S. 191; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 229 und 248. Während an den soeben zitierten Stellen von Kompromissen die Rede ist und andernorts die Internalisierung als Vorgang beschrieben wird, in dem »der Konflikt der Teilrationalitäten als solcher ›aufgehoben‹ wird« (*Teubner*, *Altera Pars Audiatur*, 1996, S. 212), wird mitunter auch bloß von einer »schwachen normativen Kompatibilität« gesprochen, die zu lediglich punktuellen und vorläufigen Konfliktlösungen führe (*Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 24 und 170). Dergestalt könnten Rationalitätskonflikte zwar nicht aufgehoben, sondern ausgehalten werden (*Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 229). Diese Variationen dürften von der Perspektive abhängen: Aus rechts- oder regime-interner Sicht kann von einer Konfliktlösung gesprochen werden, wogegen derselbe Konflikt aus einer Meta-Perspektive durch die regimeinterne Bearbeitung lediglich ausgehalten wird (vgl. auch *Bonacker*, *Konflikttheorien*, 1996, S. 101; sowie näher dazu sogleich hinten die Kap. 6.1.2.2.5 f.). Ein Verständnis von Kohärenz als Kompatibilität statt Uniformität vertritt auch *Krisch*, *Beyond Constitutionalism*, 2010, S. 296, während *Klabbers/Palombella*, *Introduction*, 2019, S. 3, nach einem »equilibrium of justice between the positive law(s) competing in regulating the issues« streben.
- 112 Vgl. hierzu nebst dem nachfolgend Aufgeführten *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, S. 253, wonach unabhängige Verhandlungsmechanismen für Interregimekonflikte nötig seien; *Matz*, *Koordinierung*, 2005, S. 194 ff., 367 ff. und 375 ff., insb. zum Konfliktlösungspotenzial von übergeordneten institutionellen Strukturen; *Kleinlein*, *Fragmentierungen im Öffentlichen Recht*, 2017, S. 1078.
- 113 *Pavoni*, *Mutual Supportiveness*, 2010, insb. S. 666 ff.; vgl. zur Frage der Koordinierungspflicht auch *Matz*, *Koordinierung*, 2005, insb. S. 365 ff.; ferner *WSKA*, *GC 14 2000*, Ziff. 39.
- 114 Vgl. etwa *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 698 ff.; *Dunoff*, *New Approach*, 2012, S. 158 ff.
- 115 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 127 ff.; *Teubner*, *Altera Pars Audiatur*, 1996, S. 207 und 217; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 229 ff.; vgl. auch *Teubner/Willke*, *Kontext und Autonomie*, 1984, S. 17, 24 und 33; sowie *Bonacker*, *Konflikttheorien*, 1996, S. 101.

Zusammenhang ein »rechtstranszendierendes Metakollisionsrecht«.¹¹⁶ Statt die Konfliktlösung im Recht, also in einem bestimmten Rechtsregime anzuleiten, verweise es die Bewältigung von Rationalitätskollisionen an Verhandlungsarrangements, die zwischen Regimen oder außerhalb des Rechts bestünden oder zu schaffen seien.¹¹⁷ Zu beobachten sei diese Technik etwa am Beispiel der Political-Questions-Doktrin, wonach gewisse Fragen nicht im Recht, sondern durch die politischen Instanzen zu entscheiden sind.¹¹⁸ Dieses »Intersystemkollisionsrecht« orchestrierte mithin eine funktionale Externalisierung vom Recht hin zu anderen sozialen Zusammenhängen. Sie wird dabei als rechtliche Operation konzipiert, als eine Selbstbeschränkung des Rechts, die indes mit Vorgaben an außerrechtliche Prozeduren zu verknüpfen sei, weshalb von einer »juridischen Dejuridifizierung« die Rede ist.¹¹⁹ In diesem Sinne soll beispielsweise der Konflikt zwischen wirtschaftlicher Rationalität einerseits und Menschenrechten sowie nationalstaatlicher Souveränität andererseits, wie er sich im Falle einer Staateninsolvenz zeigt, durch einen rechtlich eingehegte, aber auf Verhandlungen basierende Umschuldung gelöst werden.¹²⁰

¹¹⁶ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 128.

¹¹⁷ *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 229 ff.; *Teubner*, Mehrwerte, 2020, S. 146 f.; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 128, beschreiben diesen Modus der Kollisionslösung noch direkter als Verlagerung an andere Funktionssysteme und deren je eigenen – nicht zwingend verhandlungsorientierten – Konfliktbewältigungsmechanismen. Vgl. zur Idee eines »process of adjustment« als »extralegal or metajudicial means« zur Konfliktbewältigung *Jessup*, Transnational Law, 1956, S. 6.

¹¹⁸ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 128 ff.; vgl. zur rechtlichen Regulierung der Konfliktbewältigung außerhalb des Rechts auch *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 72. Vgl. zur teilweise ähnlichen Figur des non liquet bspw. von *Arnauld*, Völkerrecht, 2023, Rz. 299; sowie zum Umgang mit dilemmatischen Konfliktlagen *Jeutner*, Irresolvable Norm Conflicts, 2017, S. 93 ff., der seinen Vorschlag indes gerade von non liquet-Erklärungen abgrenzt (*ibid.*, S. 87 ff.).

¹¹⁹ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 132 f., 150 und 152; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 230; vgl. zur rechtlichen Verfassung nicht-rechtlicher Diskurse bereits *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 217.

¹²⁰ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 141 und 150 ff. Vgl. zur rechtlichen Einhegung der Umschuldung auch von *Bogdandy/Goldmann*, Restrukturierung, 2013. Deren Perspektive sowie ein Blick auf die im Recht nicht unüblichen Elemente der Deliberation und Verhandlung können die Qualifizierung als »Dejuridifizierung« zumindest in Frage stellen und stattdessen nahelegen, von einem zwar dezentralen, aber rechtlichen Verfahren auszugehen. Wichtiger dürfte hier dann eher das prozeduralistische

6.1.2.2.5 Grenzen der Integration

Diese vielfältigen Strategien der vertikalen Integration sind ebenso mit Problemen behaftet wie die hierarchischen Konfliktlösungen und die Bemühungen, eine Koexistenz herzustellen. Die potenziellen Bestandteile des Ordre public, das transnationale Mischrecht sowie andere Formen der Responsivität bleiben inhaltlich umstritten, während die Frage der Ausgestaltung von Verhandlungsarrangements zahlreiche Fragen aufwerfen. Auch hier geraten mithin divergierende Rationalitäten aneinander, wie etwa das Prinzip der Nachhaltigkeit exemplarisch vor Augen führt.¹²¹ Die Kritik, wonach die Offenheit jener im Völkerrecht verankerten geteilten Werte verschleiert werde,¹²² trifft damit ebenso die Vorstellung von regimespezifischen Höchstwerten. Es bleibt auch hier unklar, wie ein Durchschlagen von strukturellen Vorurteilen und Eigenrationalitäten vermieden werden könnte, selbst wenn die entsprechende Gefahr nicht negiert wird.¹²³ Indem das Gemeinwohl vervielfältigt und die Absenz eines tatsächlich gemeinsamen Sinnhorizonts akzeptiert wird, droht die Anrufung eines Ordre public die Kontrafaktizität des Einbezugs des Anderen zu verschleiern. Die Verwendung eines neuen Vokabulars ändert nicht ohne Weiteres die Entscheidung, die getroffen werden, und die Wirkung, die erzielt wird, sondern lähmt mitunter lediglich das erhoffte transformative Potenzial.¹²⁴ Wenn jedes Regime sein eigenes transnationales Mischrecht, also seine eigene Weltverfassung, herstellt, ist unklar, wie die Korruption durch dessen bereits

Motiv und die Zurückhaltung sein, materielles Staateninsolvenzrecht zu formulieren (vgl. *ibid.*, S. 83).

121 Vgl. etwa die Kritik des Konzeptes der nachhaltigen Entwicklung bei *Viñuales*, *Sustainable Development*, 2021, S. 299 f.; zurückhaltender etwa *Vandenhoe*, *Division of Labour*, 2020, S. 235 f.; *Kloepfer/Neugärtner*, *Liability for climate damages*, 2021, Rz. 22, wonach die Möglichkeit besteht, dass »economic, social and ecological aspects ultimately become blurred and get swallowed up in some lucid dream of harmonic ›sustainable development‹, seemingly benefitting all and hurting nobody«; *Petersmann*, *When Environmental Protection and Human Rights Collide*, 2022, u. a. S. 109 f.; sowie zur kontext- bzw. rationalitätsspezifischen Vereinnahmung der Nachhaltigkeit bspw. *Schwegler/Ehmann/Kobli*, *Sustainability Funds*, 2021; vgl. ferner *Lessenich*, *Sintflut*, 2016, S. 113 f.; *Blühdorn et al.*, *Nicht-Nachhaltigkeit*, 2020.

122 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 107 ff.

123 Vgl. etwa *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 241; *Fischer-Lescano*, *Pluriversum*, 2020, S. 28 ff. Auch *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 688 f., konzediert, dass harmonisierende Techniken Konflikte nicht lösen könnten, sondern lediglich eine vollständige Hierarchisierung.

124 *Koskenniemi*, *Politics II*, 2009, S. 13 f.; *Pulkowski*, *International Regime Conflict*, 2014, S. 295; *Lang*, *After Neoliberalism*, 2011, S. 130, 134 f. und 155.

verankerte Eigenrationalität vermieden werden soll.¹²⁵ Die Aufforderung zur responsiven Verarbeitung anderer Rationalitäten räumt faktisch ein Ermessen ein, das Verhältnis der eigenen Normen zum anderen Recht nach eigenem Belieben zu gestalten.¹²⁶ Einer Hierarchisierung steht dann wenig im Weg.¹²⁷ Die Übersetzung des einen Rechts ins andere ist nämlich stets mit einer neuen (Recht-)Setzung verbunden, was die Gefahr in sich birgt, dass die internalisierte Rationalität lediglich assimiliert und bestehende Machtasymmetrien perpetuiert werden.¹²⁸ Die Aufforderung zur Koordination dürfte von operativ geschlossenen, die eigene Logik verallgemeinernden Regimen nicht als Vorschlag verstanden werden, sich selbst zu beschränken, sondern als Einladung, das andere Recht zu vereinnahmen.¹²⁹ Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass Ziele und Interessen eines jeden Regimes, sowohl des eigenen wie des fremden, mitunter höchst vage sind, was eine eigensinnige Interpretation nicht nur möglich, sondern nahezu unumgänglich macht.¹³⁰

Wenn die »Kommensurabilität des Inkommensurablen« also bloß fingiert wird,¹³¹ werden Konflikte gerade nicht gelöst, sondern unter dem

125 Vgl. dazu *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 89; *Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, 2002, S. 339: Die Bemühung der Koordination »is frustrated by the resilient distinctiveness and authoritative-ness-in-the-last-instance of the units who might pursue it«.

126 *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 287; *Koskenniemi/Leino*, Fragmentation, 2002, S. 572 f.; *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1077; *Arcuri/Violi*, Public Interest and International Investment Law, 2021, S. 2209 f.

127 Vgl. *Koskenniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 598; *Peters*, Refinement, 2017, S. 688; *Karamanian*, Human Rights Dimensions of Investment Law, 2012, S. 249, 255 ff., 261 und 266; *Koskenniemi/Leino*, Fragmentation, 2002, S. 572 f.

128 *Fischer-Lescano*, Pluriversum, 2020, S. 28 ff. Vgl. zur »Versklavung« fremder Rationalitäten im Recht auch *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 210 und 212: »Das Recht scheint genau dadurch, dass es den Kontakt zur gesellschaftlichen Realität durch Inkorporierung ihrer Sinnmaterialien herstellt, diesen Kontakt durch deren Versklavung wieder zu verlieren.« Vgl. zur verfremdenden Rekonstruktion auch *Koskenniemi*, Imagining the Rule of Law, 2019, S. 18; *Koskenniemi*, Hegemonic Regimes, 2012, S. 310 und 318; *Koskenniemi/Leino*, Fragmentation, 2002, S. 570.

129 Vgl. *Koskenniemi*, Hegemonic Regimes, 2012, S. 318, der hier von »conquest or alienation« spricht, was letztlich stets auf eine Subordination – entweder de jure oder de facto – hinauslaufen dürfte. Vgl. ferner auch *Koskenniemi*, International law and hegemony, 2004, S. 207.

130 Vgl. *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 35.

131 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 110; *Teubner*, Altera Pars Audiatur, 1996, S. 211; vgl. auch *Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, 2002, S. 338 f.

Deckmantel der Harmonie im Keim erstickt, mithin eine Art regimepolitische passive Revolution vollzogen¹³². Die Eignung der Konfliktlösungen, die hier unter dem Begriff der Integration zusammengefasst werden, wird mithin von eben jenen Umständen in Frage gestellt, welche die Konflikte erst hervorbringen.¹³³ Die eigenwillige Rekonstruktion der fremden Rationalität und die Bildung weiterer Foren im Rahmen der Externalisierung laufen sodann Gefahr, die Fragmentierung noch weiter zu steigern.¹³⁴ Die Verweisung an ein Verhandlungsarrangement stellt sodann möglicherweise lediglich eine Strategie dar, Konfliktfragen gerade nicht zu adressieren.¹³⁵ Auch erscheint es fraglich, ob die rechtsexternen Funktionsbereiche in der Lage sind, die mit der funktionalen Externalisierung verbundenen rechtlichen Vorgaben umzusetzen und ihre eigene Logik zurückzuhalten. Der Umstand, dass Kollisionen im Wirtschaftssystem beispielsweise mit Kosten/Nutzen-Kalkülen aufgelöst werden,¹³⁶ stimmt wenig zuversichtlich und zeigt exemplarisch, wie wenig andere Gesellschaftsbereiche in der Lage sein können, ihrerseits systemfremde Perspektiven zu berücksichtigen. Zudem werden demokratietheoretische Fragen aufgeworfen, wenn gewisse Normen von regimefremden Institutionen angewandt werden, die zu deren rechtsschöpferischen Interpretation nicht unmittelbar legitimiert sind.¹³⁷ Vor dem Hintergrund dieser

132 Vgl. zum Begriff der passiven Revolution bei Gramsci *Candeias*, Passive Revolution, 2018; sowie ähnlich *Linarelli/Salomon/Sornarajah*, Misery, 2018, S. 237 zur Strategie der menschenrechtskonformen Wachstumspolitik. Vgl. für eine vergleichbare Lesart des Umgangs mit Kritik *Sornarajah*, Resistance to Dominance in International Investment Law, 2021; sowie *Baars*, Remarks on Lang, 2014, S. 434 f.

133 Vgl. auch *Koskeniemi*, It's not the Cases, It's the System, 2017, S. 345, bezüglich der Abwägung widerstreitender Interessen. Vgl. instruktiv in dieser Hinsicht *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 143 f., zu den gescheiterten Bemühungen der Integration von Handel und Menschenrechten im Rahmen der WHO-Tabakkonvention.

134 Vgl. *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 230; *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018, S. 190; vgl. auch *Pulkowski*, International Regime Conflict, 2014, S. 295.

135 *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 151 und 153 f.; vgl. auch *Petersmann*, When Environmental Protection and Human Rights Collide, 2022, S. 180 ff. zur Verweisung an Expert*innen.

136 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 127.

137 *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1077. Diese Kritik verhartet freilich in einer funktionalistischen Perspektive: Nur weil die WTO beispielsweise Menschenrechtsnormen nicht direkt anwendet, impliziert dies keinesfalls, dass sie keine menschenrechtsrelevante Rolle spielte. Vom anwendbaren Recht kann mithin nicht auf den Wirkungsbereich eines Regimes geschlossen werden. Vgl. hierzu *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 139.

schwierigen Ausgangslage wird denn mitunter auch aus rechtspluralistischer Perspektive betont, dass wechselseitige Responsivität Konflikte nicht in Harmonie auflöst, sondern »höchst umstrittene und selbst kontingent verlaufende rechtliche Resignifizierungsprozesse« impliziert.¹³⁸

6.1.2.2.6 *Integration als Subordination*

Selbst wenn Harmonisierung als dogmatisches Argument funktionieren und im rechtlichen Diskurs auf Akzeptanz stoßen mag, ändert dies grundsätzlich nichts am zugrunde liegenden Problem des Rationalitätskonflikts. Statt die Widersprüchlichkeit von Normen anzuerkennen, implizieren harmonisierende Ansätze, dass die Normadressat*innen über einen ausreichenden Spielraum verfügen, sämtliche Pflichten gleichzeitig zu erfüllen. Diese Behauptung liegt beispielsweise der Rechtsprechung des EGMR zur Harmonisierung des kollektiven Sicherheitsrechts und der Menschenrechte zugrunde und stieß in diesem Zusammenhang auf Kritik.¹³⁹ Die Situation, in der sich ein Staat in Anbetracht einer Resolution des UN-Sicherheitsrats befinde, hielt Giorgi Malinverni fest, sei »undeniably one of mandatory power and not one of discretionary power«. ¹⁴⁰ Vergleichbar funktionieren Strategien zur Harmonisierung von wirtschaftsvölkerrechtlichen und menschenrechtlichen Normen. Auch hier wird mitunter von Zwangsverhältnissen – deren rechtliche Natur möglicherweise weniger deutlich zu Tage tritt – abstrahiert und eine gegenseitige Ausschließlichkeit bestritten oder gar eine wechselseitige Unterstützung behauptet.¹⁴¹ Schließlich lassen sich auch im Verhältnis zwischen Umweltschutz und Menschenrechten derartige Dynamiken beobachten.¹⁴²

¹³⁸ Fischer-Lescano, *Pluriversum*, 2020, S. 32.

¹³⁹ Vgl. EGMR, Al-Dulimi (GK) 2016, Concurring Opinion Keller, Ziff. 8, sowie Dissenting Opinion Nussberger.

¹⁴⁰ EGMR, Nada GK 2012, Concurring Opinion Malinverni, Ziff. 10.

¹⁴¹ Vgl. z. B. ICSID, Suez 2010, Ziff. 240, wonach die menschenrechtlichen und die investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen »not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive« seien; Karamanian, *Human Rights Dimensions of Investment Law*, 2012, S. 266; sowie Bundesrat, Botschaft Wirtschaftspartnerschaftsabkommens EFTA-Staaten und Indonesien, 22.05.2019, S. 5278, wonach Freihandelsabkommen »generell« zu Entwicklung und Wohlstand beitragen und die »wirtschaftlichen Spielräume für Maßnahmen in den Bereichen sozialer Ausgleich und Umweltschutz« erweiterten. Vgl. hierzu auch die sogleich folgenden Ausführungen; sowie zum Gedanken der »mutual supportiveness« bereits vorne Kap. 6.1.2.2.3, Fn. 105.

¹⁴² Vgl. Petersmann, *When Environmental Protection and Human Rights Collide*, 2022, S. 97 ff.

Die Befürchtung, dass sich im Zuge der Kompatibilisierung eine bestimmte institutionelle Perspektive auf regimefremdes Recht besonders wirkmächtig entfaltet, steht im Zentrum der Debatte über die Vereinnahmung der Menschenrechte durch das Wirtschaftsvölkerrecht.¹⁴³ Die dabei vertretenen Ansichten des wirtschaftsvölkerrechtlichen Mainstreams stehen in einer Linie mit neoliberalen Konzeptionen von Markt, Staat und Freiheit. In dieser Tradition wird eine Trennung von Staat und Markt propagiert und diesen beiden Sphären spezifische Eigenschaften zugeschrieben. Während der Staat – oder allgemeiner das Kollektiv – als inhärent gewaltförmig und totalitär skizziert oder eher karikiert erscheint, wird der Markt als harmonischer, friedlicher und zivilisierter Koordinationsprozess dargestellt, dessen ungehinderte Entfaltung Freiheit nicht nur fördert, sondern überhaupt erst ermöglicht.¹⁴⁴ Die möglichst umfassende Durchsetzung marktförmiger Beziehungen wird deshalb als Voraussetzung und Garant von Freiheit und Menschenrechten betrachtet.¹⁴⁵ Das WTO-Abkommen, stellte Ernst-Ulrich Petersmann bescheiden fest, »brought citizens all over the world more freedom, non-discrimination and economic welfare gains [...] than probably any other international treaty«.¹⁴⁶ »One could almost claim«, so der damalige

- 143 Vgl. etwa *Alston*, *Resisting the Merger and Acquisition*, 2002; *Linarelli/Salomoni/Sornarajah*, *Misery*, 2018, S. 247 ff. Der Begriff der Vereinnahmung ist freilich nicht unproblematisch. Er suggeriert, dem Schreibenden stünde das objektive und neutrale Verständnis des Angesprochenen offen. Eben dies, also ein wahrhaftiges Verständnis, existiert indes gerade nicht. Vielmehr ist jede Auslegung von Interessen geprägt und wird aus einer bestimmten Position heraus entwickelt. Dies gilt auch für Inhalt und Logik eines Rechtsregimes, dessen Vereinnahmung diagnostiziert wird. Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen zu regimeinternen Konflikten vorne Kap. 5.2.2.
- 144 *Whyte*, *The Morals of the Market*, 2019, u. a. S. 10 ff., 57, 145, 160, 167 ff., 174 f. und 212. Vgl. etwa auch *Cottier* 2002, *Trade and Human Rights*, S. 115: »[T]rade liberalization under the GATT and international human rights are responses to the profound experience of totalitarianism which entirely absorbed the individual both intellectually and economically.« Vgl. zum Staat als Feindbild auch *Lepenies*, *Verbot und Verzicht*, 2022, S. 74 ff.
- 145 *Whyte*, *The Morals of the Market*, 2019, insb. S. 152 f., 160 und 167 f.; *Foucault*, *Biopolitik*, 2018 (2004), S. 90; *Slobodian*, *Globalists*, 2018, S. 277 ff. Vgl. auch *Van den Bossche/Zdouc*, *World Trade Organization*, 2022, S. 26 ff., die aber zugleich auf die Notwendigkeit begleitender Politikmaßnahmen – insbesondere auf nationaler Ebene – hinweisen; *Choudhury et al.*, *A call for a WTO ministerial decision*, 2011, S. 324, wonach es sich um »different sides of the same coin« handle.
- 146 *Petersmann*, *Dispute settlement*, 1999, S. 243, ferner S. 190. Vgl. zu dessen Rolle in der Konstitutionalisierung des Welthandels *Slobodian*, *Globalists*, 2018, S. 244 ff. und 256 ff.

WTO-Direktor Pascal Lamy, »that trade is human rights in practice.«¹⁴⁷ Denn Marktöffnung, stellte dieser an anderer Stelle fest, »works, in general, even for the most disadvantaged«.¹⁴⁸ Der Markt wirke effizient, erhöhe die Wahlfreiheit der Konsumierenden und stimuliere das Wachstum und die Entwicklung, wodurch die Menschenrechte gefördert würden.¹⁴⁹ Zwar stellt Lamy nicht in Abrede, dass Marktöffnungen negative Folgen haben können und die Vorteile ungerecht verteilt seien.¹⁵⁰ Diese Umstände werden aber nicht als Probleme begriffen, welche die Struktur des Welthandels als solche in Frage stellten. Vielmehr brauche es zusätzlich zur Marktöffnungen starke nationalstaatliche Sicherungsstrukturen, um die Ungleichgewichte zwischen Gewinnenden und Verlierenden auf nationaler Ebene zu korrigieren.¹⁵¹

An solchen Vorschlägen ist nicht nur auffällig, dass die Ungleichheit primär auf nationaler Ebene adressiert und die Verantwortung für die Problembehebung den Staaten zugewiesen wird, sondern auch die Unterstellung, dass die Welthandelsordnung an diesen Problemen nichts ändern könne.¹⁵² Darin kommt die Ansicht zum Ausdruck, wonach das Gemeinwohl am effizientesten über Eigeninteressenmaximierung erreicht werde und die gemeinsam oder einzeln verfolgte Orientierung an Kollektivzielen schädlich sei.¹⁵³ Das harmonisierende Argument der »mutual

¹⁴⁷ Lamy, Shared Responsibility and Greater Coherence, 13.01.2010.

¹⁴⁸ Die Aussage entstammt einer öffentlichen Debatte zwischen Pascal Lamy und Olivier De Schutter, dem damaligen UN-Sonderberichterstatter für das Recht auf Nahrung; zit. nach Ziegler/Boie, Relationship, 2012, S. 299.

¹⁴⁹ Vgl. so auch die wirtschaftsvölkerrechtliche Lehre im Anschluss an den handelstheoretischen Diskurs, z. B. Van den Bossche/Zdouc, World Trade Organization, 2022, S. 19 ff.; Ziegler/Boie, Relationship, 2012, S. 277 und 279; Hilpold, From Conflict to Coordination, 2007, S. 491 ff., 512 und 514; Petersmann, Dispute settlement, 1999, u. a. S. 211 f.; Cottier, Trade and Human Rights, 2002, S. 121 und 124 f.; vgl. ferner die Hinweise in Kap. 6.1.2.2.6, Fn. 141. Für eine Kritik der zugrunde liegenden Theorie des komparativen Vorteils – »arguably the single most powerful insight in economics« (WTO, Trading into the Future, 2001, S. 9) – vgl. Shaikh, Globalization and the myth of free trade, 2007; sowie ferner hinten Kap. 9.2.2.6.3, insb. bei Fn. 1333 ff.

¹⁵⁰ Vgl. auch Lamy, Trends and Issues Facing Global Trade, 17.08.2007; ferner Van den Bossche/Zdouc, World Trade Organization, 2022, u. a. S. 20, 27 und 33 ff.

¹⁵¹ Lamy, Shared Responsibility and Greater Coherence, 13.01.2010; vgl. auch differenzierter, aber die politischen Systeme der Peripherie dennoch hervorhebend Cottier, Trade and Human Rights, 2002, S. 117 und 125 ff.; Cottier, Poverty, redistribution, and international trade regulation, 2013, S. 50 f. und 52 f.; Van den Bossche/Zdouc, World Trade Organization, 2022, S. 33 ff.

¹⁵² Vgl. für eine Kritik dieser Argumentationslinien auch Pogge, Divided against itself, 2012, S. 375 f., 379 ff. und 384 ff.

¹⁵³ Foucault, Biopolitik, 2018 (2004), u. a. S. 84 f., 378, 380 und 383 f.; vgl. zur unsichtbaren Hand auch Harcourt, Illusion of Free Markets, 2011, S. 129 f.;

supportiveness« verschiedener Rechtsregime übernimmt dieses liberale Bild der unsichtbaren Hand und dient ebenso zur Begründung der Verweigerung der Gemeinwohlorientierung: Die Annahme, dass das liberale Wirtschaftsvölkerrecht letztlich auch den Menschenrechten diene, widerspiegelt die Prämisse, dass die Eigeninteressenmaximierung im liberalen Wettbewerb dem Kollektivwohl diene. Für die Konfliktfrage ergibt sich dann eine logische Position: Menschenrechte und Welthandelsrecht sind kompatibel und kohärent. Was an Herausforderungen trotz Wachstum und Entwicklung übrig bleibt, ist Sache der Nationalstaaten und vermag aus dieser Perspektive die Welthandelsordnung nicht in Frage zu stellen.¹⁵⁴

Ebenso wenig scheint die Bereitschaft zu bestehen, die Ansicht zu revidieren, wonach soziale Probleme in erster Linie über Wirtschaftswachstum zu lösen sind.¹⁵⁵ Damit wird offensichtlich kein »change in mindset« vorgenommen, wie dies Lamy postuliert, sondern das menschenrechtliche Vokabular und dessen moralische Autorität zur Legitimation von Handelsbeziehungen beansprucht und die Verantwortung für Missstände an jene Akteur*innen zurückgewiesen, deren Handlungsspielräume durch den globalen Markt erhebliche Einschränkungen erfahren.¹⁵⁶ Verdrängt wird dabei erstens der fundamentale Konflikt, der zwischen dem Marktglauben einerseits und Positionen andererseits bestehen, die für die Ressourcenallokation nicht auf Zahlungsfähigkeit abstellen, sondern in erster Linie Bedürfnisse berücksichtigen wollen.¹⁵⁷ Dass eben Letzteres

ferner *Schulze*, Vom Gemeinnutz zum Eigennutz, 1986, insb. S. 602 ff.; *Koskenniemi*, To the Uttermost Parts, 2021, S. 941 und 944; sowie in diesem Zusammenhang die Ausführungen zur Ideologie der Gegenseitigkeit hinten in Kap. 9.1.3 bei Fn. 444 ff.

154 Vgl. dazu auch *Pogge*, Divided against itself, 2012, S. 375 f. und 384 ff., der von einem Primat globaler Strukturen bzw. Ursachen ausgeht.

155 Vgl. *Foucault*, Biopolitik, 2018 (2004), S. 205 und 322 f., der in der neoliberalen Rationalität die Prämisse ausmacht, »dass es nur eine wahre und grundlegende Sozialpolitik gibt, nämlich das Wirtschaftswachstum« (ibid., S. 205); ferner *Marks*, Poverty, 2022, S. 621 f.

156 Dieser Position dürfte die Annahme zugrunde liegen, dass eine Regulation des Marktgeschehens mit dem Ziel, negative Effekte, also Externalitäten, zu vermeiden, im Ergebnis zu höheren Kosten führen würde. Vgl. in diesem Sinne etwa *Coase*, The Problem of Social Cost, 1960, S. 18 : »[I]t will no doubt be commonly the case that the gain which would come from regulating the actions which give rise to the harmful effects will be less than the costs involved in Government regulation.« Vgl. dazu *Harcourt*, Illusion of Free Markets, 2011, S. 123 ff. Vgl. zur Einhegung des Nationalstaats und zur damit einhergehenden Schrumpfung des Regulierungsspielraums hinten Kap. 9.1.1.2.2.

157 Vgl. zur neoliberalen Ablehnung gegenüber kollektiver Zielsetzung *Whyte*, The Morals of the Market, 2019, S. 79 ff. und 196 f.; sowie zur fehlenden Bedürfnisorientierung *Hermann*, The Critique of Commodification, 2021.

gerade Menschenrechte verlangen, wird folglich übergangen und damit ein bestimmtes Verständnis dieser Rechte sowie der angemessenen Rolle des Staates bzw. kollektiver Entscheidungen impliziert.¹⁵⁸ Eine Verdrängung findet zweitens insofern statt, als die Beschwörung der Marktfreiheit den Umstand verschleiern, dass der Markt keine naturwüchsige Gegebenheit ist, sondern ein gesellschaftlich Gemachtes.¹⁵⁹ Erst Zwang und Interventionen bringen den Markt hervor und erhalten ihn aufrecht,¹⁶⁰ weshalb es in die Irre führt, das Marktgeschehen danach zu beurteilen, ob es frei oder reguliert abläuft.¹⁶¹ Vielmehr müsste die Frage ins Zentrum gestellt werden, welche Verteilung die gegenwärtige oder eine künftige Regulierungsweise bewirkt bzw. bewirken sollte.¹⁶² Globale Wirtschaftsbeziehungen wären in diesem Sinne nach ihren Folgen – sowohl hinsichtlich der Verteilung als auch bezüglich weiterer Effekte – und ihren Voraussetzungen zu beurteilen.¹⁶³ Die Rückweisung des Verständnisses des Marktes als natürliche und effiziente Ordnung verschiebt den Blick auf den Konflikt zwischen Menschenrechten und Wirtschaftsordnung: Ob Menschen beispielsweise über einen angemessenen Lebensstandard verfügen und sich ihre Lebensbedingungen stetig verbessern, wie dies Art. 11 Abs. 1 UN-Pak I verlangt, ist dann eine Frage, welche die Weltwirtschaftsordnung nicht bloß an nationalstaatliche Sicherungsstrukturen delegieren kann, sondern unmittelbar die Gestalt wirtschaftlicher Beziehungen in Frage stellt. Ein solches Verständnis zielt gegen die Naturalisierung des Marktes und seiner Verteilungseffekte, womit zumindest die Vermutung der »mutual supportiveness« widerlegt wird.

158 Vgl. *Orford*, Food Security, 2015, u. a. S. 65 f.; ferner *Balakrishnan/Heintz/Elson*, Rethinking Economic Policy for Social Justice, 2016, S. 8 f.

159 Vgl. dazu bereits vorne Kap. 5.2.3.

160 Bereits in seiner Genese hing die kapitalistische Produktionsweise vom Zwang der ursprünglichen Akkumulation ab, also von der Proletarisierung durch die gewaltsame Enteignung von Grund und Boden; vgl. *Marx*, Das Kapital, [1890] 1962, S. 741 ff.; ferner *Federici*, Caliban, [2004] 2022, insb. S. 81 f., 132 f., 226 und 228 zur exkludierenden Inklusion des weiblichen Körpers im Interesse der Verfügbarmachung von Arbeitskraft; *Inikori*, Atlantic Slavery, 2020, zur zentralen Rolle der transatlantischen Sklaverei; sowie zur Kontinuität ursprünglicher Akkumulationsprozesse etwa *Backhouse*, Ursprüngliche Akkumulation und Subsistenz, 2022.

161 Vgl. auch *Fakhri*, Sugar and the Making of International Trade Law, 2014, S. 212.

162 *Harcourt*, Illusion of Free Markets, 2011, S. 48 und 241 f.; *Whyte*, The Morals of the Market, 2019, S. 219 f.

163 Dass neben der Verteilung, also dem Resultat, auch die Frage, wie entsprechende Mechanismen bestimmt werden, zu betrachten ist, betonen *Fraser/Jaeggi*, Kapitalismus, 2020, S. 44, 182 ff. und 252 f.

Zusätzlich zu dieser theoretischen Divergenz stellt eine empirische Sicht die Harmonie zwischen dem bestehenden Wirtschaftssystem und dessen Prämissen einerseits sowie menschenrechtlichen Anliegen andererseits in Frage. Beispielsweise ist davon auszugehen, dass die Beseitigung von Armut, gemessen an einer Armutsschwelle von 5 US-Dollar, bei einem gleichbleibenden Wirtschaftswachstum 200 Jahre in Anspruch nehmen wird.¹⁶⁴ Am Ende dieser prognostizierten Entwicklung stünde eine massiv ausgeweitete Wirtschaft: Selbst um die tiefere Armutsschwelle von 1,25 US-Dollar zu erreichen, was 100 Jahre in Anspruch nähme, müsste die globale Wirtschaft um das 15-Fache wachsen.¹⁶⁵ Wird der Maßstab von 5 US-Dollar angelegt, ergibt sich ein 175-faches Wachstum; Produktion und Konsum müssten dann über zweitausend Mal stärker steigen als das eigentlich angestrebte zusätzliche Einkommen, das erforderlich ist, um die Armut zu beenden.¹⁶⁶ Vor diesem Hintergrund ist die Gewährleistung menschenrechtlich abgesicherter Grundbedürfnisse in der bestehenden Verteilungsordnung nur zum Preis einer tiefgreifenden Umwelt- und Klimakrise, oder genauer: einer massiven Vertiefung der bereits bestehenden Krise, zu haben, die ihrerseits eine massive Gefahr für die Menschenrechte darstellt, sodass sich Wachstum mit dem Ziel der Armutsbeseitigung als kontraproduktiv herausstellen dürfte.¹⁶⁷ Ohnehin erweist sich der genannte Zeithorizont aus menschenrechtlicher Perspektive als zu weit.¹⁶⁸ Soll die Armut jedoch schneller beseitigt werden, verschärft sich die Problematik nochmals deutlich. Unabhängig des zeitlichen Horizonts müssten folglich entweder massiv hohe Wachstumsziele oder grundsätzlich andere Formen der Ressourcenverteilung angestrebt werden. In Anbetracht

164 *Woodward*, *Incrementum ad Absurdum*, 2015, S. 58. Nach Woodward können soziale und wirtschaftliche Rechte realistischer Weise erst nach Überschreiten der Armutsschwelle von 5 US-Dollar in minimalem Umfang erfüllt werden (*ibid.*, S. 57). Im berechneten Zeitpunkt wäre lediglich eine annähernde Armutsbeseitigung erreicht; 1 % der Weltbevölkerung, also 85–90 Millionen Menschen, lebte weiterhin unterhalb der Armutsschwelle (*ibid.*, S. 58). Vgl. zum Ganzen auch *Hickel*, *Divide*, 2017, S. 48 ff.

165 *Woodward*, *Incrementum ad Absurdum*, 2015, S. 58. Die 1,25 US-Dollar entsprechen der damaligen Armutsschwelle der Weltbank. Diese wurde inzwischen auf 1,90 US-Dollar erhöht.

166 *Woodward*, *Incrementum ad Absurdum*, 2015, S. 59 f.

167 Vgl. *Woodward*, *Incrementum ad Absurdum*, 2015, S. 59 f.; *Hickel*, *Weniger ist mehr*, 2022; sowie zur fehlenden Umweltverträglichkeit einer Wachstumspolitik auch *Hickel/Kallis*, *Green Growth*, 2020; sowie hinten Kap. Kap. 9.2.2.6.3, insb. bei Fn. 1333 ff.

168 So sollen beispielsweise die Sustainable Development Goals (SDG) und entsprechend auch deren Ziel 1.1, das die Beseitigung extremer Armut betrifft, bis zum Jahr 2030 erreicht sein.

der gegenwärtigen Belastung von Umwelt und Klima, stellt Wachstumssteigerung keine tragfähige Option dar.¹⁶⁹ Ein Entkommen aus dem Widerspruch, dass die wirtschaftliche Rationalität dazu tendiert, die Natur und den Menschen zu übergehen und so »die Springquellen allen Reichtums« zu untergraben,¹⁷⁰ ist vorläufig nicht in Sicht.¹⁷¹ Damit verbleibt einzig eine fundamentale Umgestaltung der Verteilungsprozesse, was kollektives Handeln in einem Umfang erforderlich macht, der die bestehende Weltwirtschaftsordnung radikal in Frage stellt.¹⁷² Vor diesem Hintergrund bestätigt sich die Annahme, dass eine Konvergenz von menschenrechtlichen Anliegen und wirtschaftsvölkerrechtlichem Diskurs fraglich ist und statt dessen die Frage um die Grenzziehung zwischen der öffentlichen Sphäre, in der Entscheide kollektiv getroffen und Ressourcen nach Bedürfnissen alloziert werden, und der privaten Sphäre des Marktes in den Fokus zu rücken ist.¹⁷³

Hier zeigt sich, wie im transnationalen Wirtschaftsrecht die menschenrechtliche Rationalität rekonstruiert und ein regimespezifischer Begriff des Gemeinwohls konzipiert wird. Dass letzterer auf eine Gleichsetzung mit Eigeninteressenmaximierung hinausläuft, zeigt die Schwäche der Responsivität in aller Deutlichkeit. Konfliktbewältigung entpuppt sich dann als Zuspitzung von Widersprüchen statt Aufhebung derselben. Was hier auf abstrakter Ebene aufzuzeigen versucht wurde, hat Andrew Lang an konkreten Projekten zur Integration von Welthandelsrecht und Menschenrechten illustriert.¹⁷⁴ Die Verknüpfung von Handel und Menschenrechten verlief in der Praxis wenig erfolgreich und tendierte stark dazu, den welthandelsrechtlichen status quo zu erhalten, das WTO-Regime von reformistischen Forderungen abzuschirmen und fundamentale Widersprüche zu dethematisieren.¹⁷⁵ Das WTO-Regime scheint nur dann fremdes Rechtsmaterial in relevanter Weise zu berücksichtigen, wenn keine

169 Vgl. etwa *Hickel*, Weniger ist mehr, 2022.

170 *Marx*, Das Kapital, [1890] 1962, S. 529 f.

171 Vgl. zur dialektischen Widersprüchlichkeit kapitalistischer Vergesellschaftung, die notwendiger Weise an sich selbst scheitert auch *Jaeggi*, Lebensformen, 2014, S. 285, 373 und 379 f.

172 Vgl. *Woodward*, Incrementum ad Absurdum, 2015, S. 59 ff.; *Hickel*, Weniger ist mehr, 2022; *Saito*, Systemsturz, 2024.

173 Vgl. in diesem Zusammenhang *Lessenich*, Grenzen, 2019, insb. S. 95, 100 f., 104 und 108 ff., der für ein neues »Grenzregime« plädiert; ferner die Kritik des Nachhaltigkeitsdiskurses und des grünen Kapitalismus bei *Lessenich*, Sintflut, 2016, S. 113, 119 f. und 123; sowie dazu die Hinweise in Kap. 6.1.2.2.5, Fn. 121.

174 *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 132 ff.

175 *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 141, 147 und 150 ff. Ob allerdings Langs Forderung nach einer Remoralisierung des Welthandelsrechts aussichtsreicher ist, kann mit *Baars*, Remarks on Lang, 2014, S. 433 f., bezweifelt werden.

heiken Konfliktfragen auftreten.¹⁷⁶ Die Krux an der responsiven Selbstbeschränkung besteht gerade darin, dass diese Bereitschaft, der fremden Rationalität – und nicht bloß einem leeren Vokabular – Rechnung zu tragen, intern hergestellt werden muss. Damit kann diese Form der Harmonisierung aber nicht als Selbstläuferin betrachtet werden.¹⁷⁷ Vielmehr muss um die Responsivität und das, wonach sie konkret streben soll, gerungen werden, womit auch sie den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen nicht entgeht, welche die verschiedenen Rechtsregime prägen.¹⁷⁸

6.1.3 Zwischenfazit

Sämtlich Konfliktlösungsstrategien sind nach dem Ausgeführten mit Problemen behaftet, die ihre Eignung in Zweifel ziehen. Vertikale, hierarchische Konfliktlösungen sind auf Spannungsverhältnisse innerhalb eines Rechtsregimes ausgerichtet und setzen daher die Annahme eines systemischen Zusammenhangs voraus. Gerade dies steht bei Interregimekonflikten in Frage, sodass hierarchischen Strategien zu Recht wenig Potenzial zugeschrieben wird. Versuche, Hierarchien zu umgehen, erweisen sich aber ebenso schwierig: Horizontale Konfliktlösungen, die eine wechselseitige Toleranz herzustellen versuchen, setzen oft eine Interessenkonvergenz und für den Fall der Abweichung einen hierarchischen Vorbehalt

176 *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 151 und 153 f.; vgl. auch *Salomon*, Global Responsibility, 2007, S. 152 f. und 155, wonach ein de facto Vorrang des Welthandelsrechts bestehe.

177 Davon wird freilich auch im gesellschaftlichen Konstitutionalismus nicht ausgegangen: Mittels externen Drucks sollen die Funktionssysteme zur Institutionalisierung von Selbstbeschränkungsmechanismen gedrängt werden. Vgl. dazu *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 44, 71, 132 ff., 241 und 258; *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018, insb. S. 184 ff.; in diesem Sinne auch *Peters*, Refinement, 2017, S. 701 f.

178 Vgl. *Buckell/Fischer-Lescano*, Hegemonie im globalen Recht, 2007, S. 101; sowie vorne Kap. 5.2.4.4. Dieser Umstand wird auch am Beispiel der Befreiung von TRIPS-Verpflichtungen im Zusammenhang mit COVID-19-Impfstoffen augenscheinlich; vgl. dazu nebst den Hinweisen in Kap. 6.1.2.2.1, Fn. 87 etwa *Sell*, What COVID-19 Reveals, 2020; sowie – die Rechtfertigung von TRIPS-Befreiungen bestreitend – *Mercurio*, WTO Waiver, 2021. Aufschlussreich in diesem Zusammenhang ist auch *Kapczynski*, Order Without Intellectual Property Law, 2017. Auch die Darstellung der Neoliberalisierung des Umweltrechts bei *Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, belegt dies eindrücklich: Die praktische Konkordanz, die nach Boysen einen Ausgleich bringen soll (ibid., S. 128 und 222 f.), stellt lediglich eine weitere Formel dar, deren Anwendung den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen nicht entzogen bleibt.

voraus. Anleihen beim internationalen Privatrecht basieren entweder auf einer Abwägung, die das jeweils befassende Regime vorzunehmen hat, was mit der Wahrscheinlichkeit einhergeht, dass regimespezifische Vorurteile und Eigenlogiken durchschlagen und sich so informelle, das jeweilige Forum begünstigende Hierarchien einnisten. Angesichts dieser Unzulänglichkeit der Verweisung werden die Regime selbst als Orte der Auseinandersetzung in den Blick genommen, wo sich gemeinsame Sachnormen herausbilden sollen. Diese zweite Variante der horizontalen Konfliktlösung strebt nach einer Integration, doch tendiert auch die Suche nach dem Gemeinsamen, Asymmetrien zu perpetuieren, statt Widersprüche zu überwinden.

Diese Konfliktlösungstechniken stellen letztlich Argumente dar, deren Kraft von ihrer Akzeptanz abhängt. Auch wenn sie in rechtlichen Operationen Verwendung finden und das Recht zugleich auf solche – oder ähnliche – Argumente angewiesen ist, um den Rechtsprozess auf Dauer zu halten, ist nicht ersichtlich, inwiefern die in der Theorie beschriebenen und in der Praxis verwendeten Strategien das vorliegend betrachtete Problem der Fragmentierung und der damit verbundene Konflikthafteit des Rechts überwinden könnten.¹⁷⁹

6.2 Oszillieren des Rechtsdiskurses

Die Konfliktlösung verläuft innerhalb offener Argumentationsmuster. Welcher Konfliktlösungstechnik vor diesem Hintergrund am meisten Potenzial zugeschrieben wird, hängt stets von rechtstheoretischen Vorannahmen ab. Dabei können in grober Weise zentralistische von polyzentrischen Positionen unterschieden werden. Diese beiden markieren in ihrer Reinform die Endpunkte eines Spektrums, auf dem sich verschiedene Perspektiven verorten lassen, die Aspekte beider Positionen verbinden. Während die eine Position von einer pyramidalen Normenhierarchie ausgeht, an deren Spitze zum Beispiel die UN-Charta, das *ius cogens* oder die Menschenrechte gesetzt werden,¹⁸⁰ betont die andere die

179 Angesichts als ungerecht betrachteter Konfliktlösungen konstatiert auch *Alter*, *Comprehending global governance*, 2020, S. 421, dass die Fragmentierung nicht überwunden sei. Stattdessen befänden wir uns »in a system that muddles through in a self-sustaining fashion, and we scholars are then normalising and providing a justificatory narrative for a world in which no set of institutions, governments or actors becomes responsible or accountable for solving the problems humans are generating«.

180 Vgl. *Fassbender*, *Constitution of the International Community*, 1998; *Dupuy*, *Constitutional Dimension*, 1997; *De Wet*, *International Constitutional Order*, 2006; *Pavel*, *Beyond the State*, 2021, S. 152 ff.; *Habermas*, *Constitutionalization*, 2008, S. 445 ff.

Heterarchie des globalen Rechts¹⁸¹. Beide Positionen sind meines Erachtens dem Konstitutionalisierungsdiskurs zuzuordnen.¹⁸² Oft wird zwar in der Auseinandersetzung mit der Fragmentierung des Rechts dem Konstitutionalismus der Rechtspluralismus gegenübergestellt.¹⁸³ Meist scheint aber die Bezugnahme auf die Fragmentierung zumindest von einer konstitutionalistischen Intuition, vielleicht auch einem dahingehenden existenziellen Bedürfnis, einer »mentaligen Obsession«¹⁸⁴ getragen zu sein.¹⁸⁵ Regelmäßig werden dabei nämlich Vorschläge ausgearbeitet, wie die Unordnung des fragmentierten Rechts zu ordnen ist, wie Normkonflikte zu lösen und wie gewisse Werte vor dem Übergriff durch – insbesondere politische, aber bisweilen auch wirtschaftliche – Macht zu bewahren sind, womit das zu leisten versucht wird, was den Konstitutionalismus bzw. die Konstitutionalisierung ausmacht.¹⁸⁶ Auch rechtspluralistische Positionen sind vor diesem Hintergrund und mit

181 Vgl. neben den systemtheoretisch inspirierten Beiträgen von *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012; etwa auch *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010; *Berman*, Global Legal Pluralism, 2012.

182 Vgl. dazu im Allgemeinen etwa *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012; *Mattheis*, Konstitutionalisierung, 2018, insb. S. 127 ff.; *Peters*, Constitutionalisation, 2019.

183 Vgl. etwa *Koskenniemi*, Fate of Public International Law, 2007; *Krisch*, Beyond Constitutionalism, 2010, S. 23 und passim; *Zürn/Faude/Kreuder-Sonnen*, Overlapping Spheres of Authority, 2018, S. 5; *Bumke*, Graduelle Entkopplung, 2013, S. 165 ff.; *Tusseau*, Legal Pluralism and Constitutionalism, 2020, S. 10; *Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht, 2017, S. 1079; *Pavel*, Beyond the State, 2021, S. 140 ff.

184 Als solche bezeichnet *Reinhard*, Geschichte des modernen Staates, 2007, S. 12, den »Wille zur Einheit und zur Einheitlichkeit«, der die politische bzw. westliche Modernität auszeichne.

185 Die Vorstellung einer systematischen Einheit des positiven Rechts kann nach *Baldus*, Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 36 ff., auf das kantianische Wissenschaftsverständnis zurückgeführt werden. Es handelt sich mithin um eine eurozentrische Perspektive, doch bildet das System- und Einheitsdenken regelmäßig auch Teil anderer Kosmologien (vgl. etwa zur konfuzianischen politischen Philosophie *Zhao*, Philosophy for World Governance, 2019) und nach Lévi-Strauss gar ein universelles Strukturmerkmal menschlichen Denkens (vgl. *Lévi-Strauss*, Das wilde Denken, 1968). Vgl. auch *Koskenniemi*, Constitutionalism as Mindset, 2007, der den Konstitutionalismus nicht als Ordnungsdenken, sondern als Geisteshaltung versteht, die angesichts der Unbestimmtheit des Rechts die Freiheit und Verantwortung der Interpretierenden ins Zentrum rückt.

186 Vgl. für dieses Verständnis des Konstitutionalismus bzw. der Konstitutionalisierung *Klabbers*, Setting the Scene, 2009, S. 15, 18 und 25. Entgegen *Klabbers* (ibid., S. 18, Fn. 73) stellt selbst das Prinzip der systematischen Auslegung

Blick auf deren Selbstverständnis klar dem Konstitutionalismus zuzuordnen.¹⁸⁷

Neben diesem Gegensatz von Polyzentrismus und Zentralismus wurden vorliegend die verschiedenen Konfliktlösungstechniken entlang der Differenz von Hierarchie und Harmonie beschrieben. Dabei lassen sich die Positionen, die in der Fragmentierungsdebatte anzutreffen sind, kaum einer bestimmten Kategorie abschließend zuordnen. Während zentralistische Ansätze zu hierarchischen Methoden tendieren, widersetzen sich polyzentrische Ansätze Vorschlägen zur Subordination und neigen deshalb zur horizontalen Bearbeitung von normativen Differenzen. Dabei fällt indes auf, dass die Strategien im Umgang mit kollidierenden Normen einerseits zwischen Hierarchie und Harmonie und andererseits zwischen zentralistischen und polyzentrischen Vorstellungen oszillieren, wobei sich diese beiden Gegensätze jeweils wechselseitig durchziehen und implizit immer auf ihr Gegenteil verweisen. So tragen hierarchische Ansätze beispielsweise den Anspruch in sich, für Kohärenz und insofern auch Harmonie zu sorgen, während harmonische Strategien regelmäßig den Anschein erwecken, einer verdeckten Hierarchie zu folgen. Die verschiedenen Konfliktlösungsstrategien sind insofern nur schwierig fassbar und ihre Darstellung eine Frage der Gewichtung, sodass die hier gewählte Kategorisierung lediglich eine mögliche ist und keinesfalls beansprucht, das argumentative Geschehen vollständig oder objektiv abzubilden.¹⁸⁸

Vergleichbar verhalten sich zentralistische und polyzentrische Ansätze zueinander. So tendieren polyzentrische Positionen in ihrem Versuch, die Auswirkungen des Pluralismus zu überwinden oder zumindest zu mildern, zum Rückgriff auf Rezepte des Zentralismus.¹⁸⁹ Um der Universalisierung einer Sonderperspektive, die sich aus der Maximierung der hochgehaltenen Eigenrationalität ergibt, zuvorzukommen, werden die Rechtsregime auf Responsivität, mithin auf den Respekt des Anderen, oder genauer: des mit dem Anderen geteilten Gemeinsamen, verpflichtet. Der Pluralismus sucht Zuflucht in einem »Meta-Konstitutionalismus«, der ein universelles Nachhaltigkeitsprinzip gebiert.¹⁹⁰ Hier recurriert

einen konstitutionalistischen Ordnungsversuch dar, da es von einer durch die wechselseitige Berücksichtigung herzustellenden Einheit ausgeht.

187 Vgl. auch *Besson*, *Beyond Constitutionalism*, 2012, S. 357 f.; sowie mit einer ähnlichen Kategorisierung entlang des Spektrums von Hierarchie und Heterarchie *Klabbers*, *Setting the Scene*, 2009, S. 25 ff.; sowie *Krisch*, *Pluralism*, 2019, S. 695 ff., der zwischen institutionellen und systemischen Positionen des Pluralismus differenziert.

188 Vgl. insofern bereits die Hinweise in Kap. 6.1, Fn. 13.

189 Diese Tendenz rechtfertigt denn, wie vorhin ausgeführt, solche Positionen dem Konstitutionalismus zuzuordnen.

190 *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 229 f. und 257 f.; *Teubner*, *Quod omnes tangit*, 2018, S. 190; *Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*,

selbst der gesellschaftliche Konstitutionalismus auf »ein heimliches Zentrum und eine heimliche Spitze«. ¹⁹¹ Sein Leitprinzip, die Responsivität, ist in der Gestalt des Grundsatzes der systematischen Auslegung eng mit der Idee einer einheitlichen Rechtsordnung verknüpft. ¹⁹² Demgegenüber geht der Zentralismus, etwa in der Form des globalen Konstitutionalismus, vom Gemeinsamen aus, ¹⁹³ weshalb er Gefahr läuft, die Ansicht jener, die das Gemeinsame zu definieren im Stande sind, also etwa der geopolitischen Hegemonialmächte oder der globalen Elite, zu universalisieren. ¹⁹⁴ Er muss folglich bemüht sein, die Spezifika pluraler Rechtsordnungen zu stärken und zu respektieren. Diversität wird dann begrüßt, ¹⁹⁵ die partikularistische Aneignung universeller Normen wird als emanzipatorisches Geschehen gutgeheißen, ¹⁹⁶ die Weltverfassung wird als Konglomerat verstanden ¹⁹⁷ und die kosmopolitische Ordnung wird im Interesse der demokratischen Legitimierung und der Gewährleistung von Pluralität an den Nationalstaat zurückgebunden ¹⁹⁸. Wenden sich die beiden Positionen damit aber zu ihrer Verteidigung der Gegenseite zu, setzen sie sich wiederum jener Kritik aus, die gegen diese Gegenseite gerichtet wird und insofern ihr Ausgangspunkt darstellte. Damit zeigt sich in der Diskussion der Fragmentierung des Rechts eine Gleichzeitigkeit von polyzentrischen Prämissen einerseits und zentralistischen Standpunkten andererseits, die auf die jeweils andere Position angewiesen sind, um dem Vorwurf zu entgehen, einem totalitären Universalismus Vorschub zu leisten.

Diese Dynamik hat Martti Koskeniemi in prägender Weise als eine Grundbewegung rechtlicher Argumentation, als Changieren zwischen kommunitaristischer Utopie und individualistischer Apologie

2002, S. 356 ff.; *Pulkowski*, *International Regime Conflict*, 2014, S. 238 ff. und insb. S. 239 und 271; vgl. ferner *Kjær*, *Global Law As Inter-Contextuality and As Inter-Legality*, 2019, S. 303 und 309 f.

191 Vgl. so im Zusammenhang mit der Kritik an der Idee gesamtgesellschaftlicher Regelung durch staatliche Verfassungen *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 106.

192 Vgl. etwa *Dörr*, *Article 31*, 2018, Rz. 92 und 94.

193 *Kumm*, *Geschichte und Theorie*, 2019, S. 109; *Krisch*, *Pluralism*, 2019, S. 696.

194 Vgl. zur Kritik des »kosmopolitischen Monismus« etwa *Cohen*, *Globalization and Sovereignty*, 2012 S. 41 ff.; sowie zur Universalisierung des Partikulären auch vorne in Kap. 5.2.4.2 bei Fn. 210.

195 *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 702 f.; vgl. auch *Pavel*, *Beyond the State*, 2021, insb. S. 156 f.

196 *Kumm*, *Geschichte und Theorie*, 2019, S. 128 ff.

197 *De Wet*, *International Constitutional Order*, 2006, S. 53.

198 *Habermas*, *Constitutionalization*, 2008, S. 448, der auch die Relevanz heterarchischer transnationaler Netzwerke hervorhebt (*ibid.*, S. 446); *Habermas*, *Political Constitution*, 2013, insb. S. 237.

beschrieben.¹⁹⁹ Indem auch hier die beiden entgegengesetzten Positionen, die entweder von der Diversität oder der Einheit ausgehen, zu ihrer Verteidigung auf die jeweils andere Position zugehen müssen, schwimmt die Grenze dazwischen.²⁰⁰ Dabei tendieren die verschiedenen Diskursstränge zur als neutral imaginierten und insofern umkämpften Mitte hin.²⁰¹ Dies zeigt sich auf rechtsdogmatischer Ebene darin, dass ähnliche oder sogar dieselben Rezepte für den Umgang mit der Fragmentierung vorgeschlagen werden.²⁰² Die Unmöglichkeit der Auflösung dieser Opposition, weil sie im Ergebnis ineinander übergehen, führt dazu, dass stets beide Seiten enthalten sein müssen, was das Recht in einen Formalismus drängt, da jede inhaltliche Festlegung von einem der beiden Pole kritisierbar wäre.²⁰³

Für den praktischen Vollzug bedeutet dies, dass das Recht an seinem eigenen Formalismus scheitern muss, da es zwischen gegenläufigen Prämissen oszilliert und diese zugleich repräsentiert. In der Folge lässt sich mit Hilfe des Rechts – in einem positivistischen Sinn – keine bestimmte Position begründen und keine normative Frage lösen. Das Recht reformuliert bloß Konflikte, zu deren Lösung im Anschluss über das Recht hinausgegriffen werden muss. Weil das Recht formal sein muss, weist es zwangsläufig über sich hinaus, was die Reformulierung rechtlicher Fragen als politische Auseinandersetzung nahelegt.²⁰⁴ Der Konflikt, dessen Lösung das Recht eigentlich anstrebt, lebt dann im Recht fort. Als Ausweg aus diesem Scheitern und als Reaktion auf die prinzipielle Unentscheidbarkeit verweist das Recht auf externe Standards und Verfahren. Prozeduralisierungen und Abwägungsformeln sollen die Spannung zwischen Zentralismus und Polyzentrismus auflösen und Rechtsfragen einer Antwort zugänglich machen, die indes stets als

199 *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, u. a. S. 58 ff., 476 f., 481 ff., 565, 573 ff. und 588 f.; sowie zusammenfassend *Koskenniemi*, *Politics I*, 1990. Zur Feststellung, dass die Fragmentierungsdebatte der von Koskenniemi identifizierten Argumentationsstruktur nicht entkommt, gelangt auch *Martineau*, *Fragmentation*, 2016, S. 12 f. und 400 ff.

200 Vgl. auch *Martineau*, *Fragmentation*, 2016, S. 401 und 404 f. Vgl. zu dieser Grenze als Einordnungskriterium *Krisch*, *Pluralism*, 2019, S. 695.

201 *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 597 f. Vgl. exemplarisch etwa *Kjær*, *Global Law As Inter-Contextuality and As Inter-Legality*, 2019, S. 303, der eine »third position between unitary and radical pluralist perspectives« für sich beansprucht.

202 Vgl. auch *Martineau*, *Fragmentation*, 2016, S. 403.

203 Vgl. *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, u. a. S. 484, 502 f., 505 f., 511, 514 f., 543 und 572 ff.; *Koskenniemi*, *Politics I*, 1990, S. 28 ff.

204 *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, u. a. S. 503 f., 508 f., 510, 512, 515, 531 ff., 589, 596, 599 und 613; vgl. auch *Koskenniemi*, *Politics I*, 1990, S. 28 ff.

Dezision lesbar bleibt.²⁰⁵ Die Verschleierung des Eintritts des Politischen ins Recht bleibt prekär.

In der Debatte zur Fragmentierung zeigt sich dieser Formalismus in der Skepsis gegenüber absoluten Hierarchien und sein Scheitern in der Bemühung, Konfliktlösungen zu prozeduralisieren.²⁰⁶ Danach strebt nicht nur die »juridifizierte Dejuridifizierung«, also die rechtlich eingehegte Externalisierung der Konfliktlösung an andere gesellschaftlichen Funktionssysteme und Verhandlungsforen. Auch die responsive Herausbildung eines *Ordre public* transnational und kollisionsrechtliche Abwägungsformeln verweisen auf eine spätere Festlegung.²⁰⁷ Bei Teubner und Fischer-Lescano wird das beschriebene Oszillieren in seiner dilemmatischen Gestalt ersichtlich: Sie grenzen sich von den »Extrempositionen« ab, die entweder a priori zwingende Normen postulieren oder einem radikalen Partikularismus huldigen.²⁰⁸ Ihre Antwort, die sich als Mittelweg versteht, entkommt aber dem Changieren zwischen diesen Positionen nicht: Einerseits postulieren sie einen *Ordre public*, einen gemeinsamen Sinnhorizont, dessen Normierung den Eigenheiten des Sozialkontexts Rechnung trägt, der also responsiv ist und damit eine vermittelnde Gestalt annimmt.²⁰⁹ Andererseits verwahren sie sich gegen die Utopie des Universalismus, indem sie den gemeinsamen Sinnhorizont des *Ordre public* transnational als bloß fiktiv und kontrafaktisch unterstellt taxieren und sowohl die Existenz als auch die Wünschbarkeit einer uniformen weltpolitischen Gemeinwohlformeln in Abrede stellen.²¹⁰ Viellechner wiederum hält die horizontale Koordination für besonders aussichtsreich, weil sie keiner Einigung auf substantielle Normen bedürfe, sondern lediglich einer »Verständigung über

205 Vgl. *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 489 f., 495, 497, 512, 580 f., 583, 595 f.; *Koskeniemi*, Politics I, 1990, insb. S. 31; *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 234; *Paulus*, Legitimacy, 2004, S. 1054; *Petersmann*, When Environmental Protection and Human Rights Collide, 2022, S. 114.

206 Durch Prozeduralisierung wird das Recht in der zeitlichen Dimension offengehalten. Zeitliche Inkonsistenz kompensiert folglich die fehlende sachliche Konsistenz (vgl. dazu *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 279 und 480; *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 276).

207 Vgl. *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 494 zu Art. 59 UN-SRÜ, der eine Responsivitätsverpflichtung verankert; *Fischer-Lescano*, Pluriversum, 2020, S. 28.

208 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 99.

209 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 100 und 103; vgl. auch *Teubner*, Quod omnes tangit, 2018, S. 190, wonach der *Ordre public* ein Kompromiss darstelle. In gleicher Weise ist *Fischer-Lescano*, Pluriversum, 2020, S. 26, lesbar, wonach eine Grenze des Miteinanders zu suchen sei, zumal Grenzen nicht nur teilen, sondern auch etwas Geteiltes sind.

210 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 100 f. und 109 f.

Abstimmungsregeln«.²¹¹ Auch Berman versteht prozedurale Mechanismen und diskursive Praktiken im Umgang mit der Hybridität des Rechts als Alternative »both to territorially-based sovereignty and to universalism«.²¹² Die Konfliktlösung wird – also auch hier – auf später verschoben. Damit wird die – letztlich politische – Frage in die Hände derer gelegt, die an eben diesem Prozess teilnehmen können. Die Lösung der Konflikte hängt dadurch von den Präferenzen, Vorurteilen und Annahmen jener ab, die letztlich entscheiden: die Professionellen des Rechtsbetriebs wie etwa Expert*innen, Richter*innen oder Beamt*innen.²¹³

6.3 Konflikte ohne Lösung?

Die Techniken und Argumentationsmuster zur Lösung von Normkonflikten erweisen sich nach dem Dargelegten als untauglich, da sie eine Überwindung der Fragmentierung nicht schlüssig zu begründen vermögen. Vielmehr hat sich gezeigt, dass die Anwendung rechtlicher Konfliktlösungstechniken von der Perspektive der Betrachtenden und damit den jeweiligen Akteur*innen abhängt.²¹⁴ Wenn im Folgenden argumentiert wird, dass eine Konfliktlösung im Recht zweifelhaft erscheint, soll also nicht bestritten werden, dass das Recht in der Lage sei, mit konfligierenden Normen und Normprojektionen umzugehen.²¹⁵ Vielmehr stellt die Bearbeitung von Konflikten gerade eine Paradedisziplin des Rechts dar. Dies gelingt dem Recht, indem es Konfliktlagen in eigener Sprache reformuliert. Was anschließend gelöst wird, ist nicht die real existierende Konfliktlage – wobei damit nicht suggeriert sein soll, eine objektive Beschreibung derselben sei möglich – sondern die im Recht rekonstruierte Ausgangslage. Inwiefern diese Operation des Rechts, die im Recht als Konfliktlösung beschrieben werden kann, tatsächlich den zugrunde liegenden Konflikt beilegt, bleibt dabei höchst fraglich und dem Recht selbst nicht direkt zugänglich. Angesichts dessen kann aber, wie bereits ausgeführt, aus dem Umstand, dass zahlreiche argumentatorische Strategien zur Verfügung stehen, um Konflikte im Recht zu lösen und den autopoietischen Prozess auf Dauer zu stellen, nicht darauf geschlossen

²¹¹ *Viellechner*, Rechtspluralismus, 2012, S. 573.

²¹² *Berman*, Global Legal Pluralism, 2007, insb. S. 1166 f.; *Berman*, Global Legal Pluralism, 2012, insb. S. 141 ff.

²¹³ *Martineau*, Fragmentation, 2016, S. 13; *Koskenniemi*, From Apology to Utopia, 2005, u. a. S. 511 f., 536 und 548; vgl. zur Rolle der Rechtsprofessionellen bereits vorne Kap. 5.2.4.3 und insb. Fn. 221.

²¹⁴ Vgl. die Hinweise in Kap. 6, Fn. 11.

²¹⁵ Vgl. dazu bereits die einleitenden Bemerkungen zu Kap. 6, insb. bei und in Fn. 10.

werden, dass die Beschreibung dieses Vorgangs im Recht von anderen, das Recht übergreifenden Perspektiven geteilt wird. Und selbst im Recht oder zumindest in dessen Peripherie dauern alternative Lesarten fort, auf deren Anerkennung durch autoritative Instanzen vor dem Hintergrund der rechtlichen Unbestimmtheit gehofft und hingewirkt werden kann.

6.3.1 Unzulänglichkeit der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung

Die Lösungsvorschläge, die in der rechtswissenschaftlichen Debatte über konflikthafte Interaktionen von Rechtsregimen diskutiert werden, haben sich als wenig überzeugend erwiesen.²¹⁶ Weder mit vertikalen noch mit horizontalen Konfliktlösungstechniken kann begründet werden, weshalb sich einzelne Rechtsfragmente von ihrer zentrifugalen, eigenrationalitätsmaximierenden Tendenz lösen sollten. Zwar wird verschiedentlich die Ursache von Normkonflikten in der gesellschaftlichen Umwelt des Rechts gesucht, doch wird diesem Umstand anschließend kaum Rechnung getragen. Die Rechtsdogmatik koppelt sich gleichsam von der gesellschaftlichen Realität ab und glaubt, deren Widersprüchlichkeit zu überwinden, indem sich das Recht eine eigene harmonische Welt erschafft.

Aus dem Blickfeld gerät daher zwangsläufig die Frage, wie Normkonflikte und die diesen zugrunde liegenden gesellschaftlichen Spannungsverhältnisse denn sonst, wenn das Recht diese nicht zu schlichten vermag, gelöst oder zumindest ausgehalten werden. Dies gilt auch für den gesellschaftliche Konstitutionalismus, der die Rückführung von Normkonflikten auf kollidierende Rationalitäten und Eigenlogiken besonders ausgeprägt betont und zu deren Lösung eine ausgefeilte Verfassungsarchitektur entwickelt, die im Ergebnis aber eine beträchtliche Nähe zum rechtsdogmatischen Mainstream aufweist. Selbst wenn das Recht, wie vorne ausgeführt wurde, in einem koproduktiven Wechselverhältnis zur Gesellschaft steht und mithin geeignet sein könnte, gesellschaftliche Widersprüche tatsächlich zu regulieren, Eigenrationalitätsexzesse zu adressieren und die Gestalt sozialer Zusammenhänge zu prägen,²¹⁷ fehlt in der rechtswissenschaftlichen Debatte einer Auseinandersetzung mit dem Umstand und den Folgen der Hartnäckigkeit und Trägheit verselbstständiger Logiken, welche das Recht und seine elaborierten Argumentationsstrukturen in ihren Sog ziehen. Der Rekurs auf rechtliche Konfliktlösungsstrategien erfolgt stets von einem bestimmten Standpunkt aus, weshalb das Konfliktlösungspotenzial dieser Strategien von der

²¹⁶ Vgl. vorne Kap. 6.1; sowie zum Ganzen bereits *Weber*, Simultaneität, 2024, S. 48 ff.

²¹⁷ Vgl. vorne Kap. 5.2.3 sowie hinten Kap. 12, bei Fn. 16 ff.

entsprechenden, im jeweiligen Rechtsregime bestehenden Bereitschaft abhängt und damit auch von den Kräfteverhältnissen und politischen Konstellation, in die solche Entscheidungen eingelassen sind.²¹⁸

Wenn Normkonflikte auf gesellschaftliche Bedingungen zurückgeführt werden können, spricht wenig für die Annahme, dass sich die im Recht stattfindende Austragung dieser Konflikte autonom vollzieht. Das Recht und dessen rechtsschöpferischer Vollzug bleiben in gesellschaftliche Kräfteverhältnisse eingebettet, sodass das Recht Konflikte nur oberflächlich, im Rahmen seiner entfremdenden Rekonstruktion des Außerrechtlichen löst. Diese Rekonstruktion aber, und das ist hier das Ausschlaggebende, erfolgt nicht neutral, abgekapselt und isoliert. Das Recht und die im Recht vorgeschlagenen Techniken enthalten selbst nämlich keine Lösung für rechtliche Konflikte, sondern weisen stets über das Recht hinaus.²¹⁹ Im Recht sind daher keine vorgegebenen Lösungen für Konflikte verfügbar; die zu treffende Entscheidung kann nicht aus der intrinsischen Natur des Rechts abgeleitet werden. Das Außerrechtliche – und damit das Politische – ist dem Recht immer schon inhärent. Die Anwesenheit des Anderen des Rechts im Recht, das sich an der Unbestimmtheit des Rechts und der Reversibilität rechtlicher Argumente festmachen lässt, erklärt letztlich die Unfähigkeit des Rechts, Rationalitätskonflikte zu lösen. Weil das Recht auf sein Außen verweist, von diesem abhängt – obwohl es dieses mitprägt – kann der Verweis auf Rechtstechniken nicht schlüssig die Überwindung der Fragmentierung behaupten, wird dabei doch die Kontingenz rechtlicher Argumentation unterschlagen.

Die Unzulänglichkeit der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung und die beschränkte Eignung des Rechts zur Lösung von Normkonflikten vermag die systemtheoretische Position zunächst kaum zu irritieren. Diese geht von der Annahme aus, dass gesellschaftliche Teilsysteme und ihr Recht von einer spezifischen Logik dominiert werden, was die Selbstbeschränkung, also die Einhegung exzessiver Eigenrationalitäten, und die Konfliktlösung erschwert oder gar verunmöglicht.²²⁰ Im Unterschied zu vielen Beiträgen zur Fragmentierungsdebatte, die implizit – und bereits deshalb unbegründet – von einer vorbestehenden

218 Insofern verweist *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 687, hinsichtlich der Koexistenz als Konfliktlösung zu Recht darauf, dass die wichtigste Frage sei, wer darüber entscheide, ob die fraglichen Normen in dieselbe Richtung weisen und ob die Äquivalenz gegeben sei. Diese Einsicht stellt freilich die These in Frage, wonach die Fragmentierung zu verabschieden sei (vgl. *ibid.* S. 672 und 702). Vgl. zur gesellschaftlichen Einbettung des Rechts vorne Kap. 5.2.4.

219 *Koskenniemi*, *Constitutionalism as Mindset*, 2007, S. 21 f.; *ILC*, *Fragmentation (Report)*, 2006, Ziff. 409; vgl. zudem die Ausführungen und Hinweise vorne in Kap. 6.2.

220 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 24 und 170 f.; sowie zum Nachvollzug der systemtheoretischen Analyse vorne Kap. 5.

Toleranz und Selbstbeschränkungsbereitschaft auszugehen scheinen, hebt Gunther Teubner hervor, dass die Konstitutionalisierung, die einen sozialen Zusammenhang nicht bloß konstituiert, sondern ihn zugleich limitiert, erst durch externen Druck hervorgerufen werde.²²¹ Irritationen von außen, so Teubner, seien in der Lage, Selbstkonstitutionalisierungsprozesse anzustoßen. Entsprechend weist er dem externen Bereich eines sozialen Gefüges, also etwa zivilgesellschaftliche Initiativen, die Politik oder Wirtschaft adressieren, eine zentrale Rolle in seinem konstitutionellen Modell zu. Durch Kontestation von außen soll Responsivität erkämpft werden.²²² Ungeachtet dessen, ob dieses Modell normativ zu überzeugen vermag, erscheint es fraglich, ob heute bereits ausreichende Formen der Selbstkonstitutionalisierung erreicht worden sind.²²³ Die Funktionssysteme – und dies gilt besonders für die Wirtschaft – scheinen weitgehend ungebremst ihre je eigene Rationalität zu maximieren. »Nothing could be more illusory,« konstatiert Marcelo Neves, »than the idea that experiences of transversal rationality in transconstitutionalism among legal orders are generalised or in a position to become so in the short or medium term.«²²⁴ Tatsächlich ist die Gesellschaft weit davon entfernt, Gegeninstitutionen, die in den nationalstaatlichen Verfassungen verankert wurden, erfolgreich in anderen als politischen Systemen zu etablieren.²²⁵ Die real existierende

221 Vgl. Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 44, 71, 132 ff., 241 und 258; Teubner, Quod omnes tangit, 2018, insb. S. 184 ff.; sowie bereits vorne in Kap. 5.1.5 bei Fn. 94 und in Kap. 6.1.2.2.6 bei Fn. 177.

222 Auch wenn dieser Analyse auf einer deskriptiven Ebene gefolgt werden kann, scheint sie problembehaftet, wenn sie sich zu einem normativen Postulat wendet, indem in der Kontestation eine hinreichende demokratische Legitimation gesehen wird. Systemtheoretisch mag dies plausibel sein, weil so das Innere, das lediglich zur Selbstkonstitutionalisierung angeregt wird, unangetastet bleibt. Demokratietheoretisch erscheint diese Konzeption aber zu schwach, weil sie für das demokratische Subjekt eine marginalisierte, auf Kontestation – nicht einmal Destitution – beschränkte Rolle vorsieht und insb. keine konstituierende Macht reklamiert und sich damit von der Idee der Selbstbestimmung weit entfernt (vgl. Loick, Souveränität, 2019, S. 611 ff.; Reiter, First People, 2018, S. 279 f.).

223 Diese Meinung scheint Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 247, zu vertreten, wenn er festhält, dass »destruktive Tendenzen der funktionalen Differenzierung durch soziale Gegeninstitutionen relativ erfolgreich konterkariert worden sind«, wodurch diese »Gegeninstitutionen expansive Sozialsysteme zur Selbstbeschränkung zwingen«.

224 Neves, Transdemocracy, 2017, S. 388, dessen Begriffe des Transkonstitutionalismus und der Transversalität weisen eine große Nähe zum konstitutionellen Pluralismus bzw. zur Responsivität auf.

225 Aus demokratietheoretischer Sicht kommt, wie bereits erwähnt (vgl. vorne Kap. 6.3.1, Fn. 222) die Frage hinzu, ob diese Form der Konstitutionalisierung

gesellschaftliche Konstitutionalisierung ist mangelhaft und weitgehend darauf beschränkt, funktionsspezifische Rationalitäten freizusetzen.²²⁶ Verfassungsnormen, die den Expansionstendenzen etwas entgegensetzen oder die Inklusion gewährleisten könnten, sind kaum institutionalisiert.²²⁷ Zudem erweisen sich gerade Responsivitätsformeln aufgrund ihrer Unbestimmtheit als besonders anfällig für strukturelle Sogkräfte. Den Formen der Konfliktlösung, in die der gesellschaftliche Konstitutionalismus seine Hoffnungen setzt, fehlt damit die Basis, sodass auch sie sich als wenig aussichtsreich erweisen. Vielmehr dürfte die Illusion globaler Legalität und Responsivität die Unschuld der Akteur*innen plausibilisieren und ihr Handeln damit legitimieren.²²⁸ »In Konstellationen grundlegender Asymmetrien droht Kontestation«, so auch Sigrid Boysen, »zur systemstabilisierenden Beschäftigungstherapie zu werden.«²²⁹ Zugleich bleibt die Frage unbeantwortet, wie die Gesellschaft mit der Widersprüchlichkeit der Rationalitäten umgeht, die aus systemtheoretischer Perspektive so prägnant beschrieben werden. Damit fügt sich der gesellschaftliche Konstitutionalismus in die deskriptive Unzulänglichkeit der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung zur Fragmentierung des Rechts ein.

Trotz der Unfähigkeit des Rechts, Konflikte zu lösen, wäre es allerdings verkürzt, der rechtlichen Konfliktbearbeitung jegliche gesellschaftliche Relevanz abzusprechen. Das Recht trägt nämlich durchaus zur Stabilisierung bei, obschon es die Konflikte nur für sich selbst zu lösen im Stande ist: Indem im Recht von Differenzen abstrahiert wird, statt diese aufzuheben, werden sie diskursiv entschärft.²³⁰ Dies zeigt sich am Beispiel der nachhaltigen Entwicklung, die soziale, wirtschaftliche und ökologische Anliegen zu vereinen sucht, dabei aber in erheblichem Ausmaß Differenzen ignorieren muss.²³¹ Dergestalt werden gesellschaftliche Widersprüche

und Demokratisierung eine angemessene sein kann und ob sie allenfalls sogar kontraproduktiv ist, indem sie bestehende Strukturen durch rechtliche Legitimationsressourcen nicht noch zusätzlich stabilisiert, ohne auch nur eine einhegende Wirkung zu entfalten.

226 Vgl. zur Selbstkonstitution *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 120 ff.

227 Vgl. dazu *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 124 ff. und 207 ff., 234 f. und 257, sowie die bereits zitierte, sehr optimistische Stelle auf S. 247.

228 *Kennedy*, Law in Global Political Economy, 2020, S. 144 f.

229 *Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 315.

230 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 230 und 237 ff.

231 Vgl. *Vinuales*, Sustainable Development, 2021, S. 299 f.; ferner *Boysen*, Postkoloniale Konstellation, 2021, S. 128, wonach »Versöhnungsformeln wie das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung [...] interaktiv angepasste Reformulierungen« der normativen und wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Interessen der Industriestaaten darstellen; sowie zum Nachhaltigkeitsprinzip bereits vorne in Kap. 6.1.2.2.2 bei Fn. 93 und in Kap. 6.1.2.2.3 bei Fn. 106.

zwar bearbeitet, aber viel eher verschleiert als aufgelöst. Obgleich vorliegend die Konfliktlösungsfähigkeit des Rechts in Abrede gestellt wurde, trägt das Recht gleichsam zur Stabilisierung der widersprüchlichen Vergesellschaftung bei. Letzteres gelingt freilich nur zum Preis der Zuspitzung der zugrunde liegenden Widersprüche und muss – worauf noch einzugehen sein wird – plausibilisiert werden. Damit bleibt auch aus dieser Perspektive die Frage unbeantwortet, wie die gesellschaftlichen, im Recht verzerrt abgebildeten Konflikte denn sonst gelöst werden.

6.3.2 Berufsethischer Appell

Die hier diagnostizierte Unzulänglichkeit des rechtswissenschaftlichen Diskurses ist eng mit dem Umstand verwoben, dass kein neutraler Standpunkt zur Verfügung steht, um Normkonflikte zu lösen, dass mithin jede Auseinandersetzung mit einer möglichen Kollision immer schon aus einer spezifischen Perspektive erfolgt.²³² Diese Einsicht bleibt freilich der konstitutionalistisch veranlagten Rechtswissenschaft nicht verborgen, sondern wird von dieser – zumindest implizit – adressiert. Da die Plausibilität von vertikalen Strategien bezweifelt wird und diese offen hegemonial aufzutreten scheinen, wird im rechtswissenschaftlichen Diskurs oft von großen institutionellen Entwürfen Abstand genommen.²³³ Die Hoffnung wird stattdessen in horizontale Techniken der Konfliktbewältigung gesetzt. Das Problem der fehlenden Neutralität wird indes, worauf bereits eingegangen wurde, durch die Verlagerung von zentralistischen Lösungen, die zur Herstellung einer Hierarchie tendieren, auf polyzentrische Herangehensweisen nicht beseitigt. Ungeachtet der Rede von Harmonie, Koordination und gegenseitiger Unterstützung brechen sich hegemoniale Ansprüche Bahn. Zudem findet eine zumindest implizite Hinwendung zu einem – letztlich wieder zentralistischen – Metakonstitutionalismus statt.²³⁴ Die genannten Hoffnungen werden entsprechend vorsichtig

232 Vgl. etwa *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 39; *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 232; *Peters*, Refinement, 2017, S. 703; *Klabbers/Palombella*, Introduction, 2019, S. 11 ff.; *ILC*, Fragmentation (Report), 2006, Ziff. 493; *Lang*, After Neoliberalism, 2011, S. 142 und bis 148; *Koskeniemi*, Hegemonic Regimes, 2012, u. a. S. 310, 317 f., 320 und 324.

233 Vgl. dezidiert *Koskeniemi*, From Apology to Utopia, 2005, S. 555, 559 f., 602 ff. Diese Ablehnung ergibt sich in der kritischen Völkerrechtswissenschaft bereits aus der Theorie selbst, die von der Unmöglichkeit objektiver und neutraler Werte ausgeht (ibid., S. 603; sowie *Purvis*, Critical Legal Studies, 1991, insb. S. 123 f.).

234 Vgl. hierzu Kap. 6.2; sowie für Ansätze utopischer Projekte, die ohne den diesen regelmäßig innewohnenden Universalismus auszukommen versuchen, *Reiter* (Hrsg.), Constructing the pluriverse, 2018.

formuliert.²³⁵ Allerdings wird die Lösungssuche bisweilen noch weitergetrieben, was unter anderem mit der Irritation konstitutionalistischer Bedürfnisse und Motive zusammenhängen dürfte. Vor dem Hintergrund der wenig erfreulichen strukturellen Gegebenheiten, in deren Änderung wenig Hoffnung gesetzt wird, mündet diese Suche regelmäßig in Appellen an die individuellen Akteur*innen.²³⁶

So befreit nach Martti Koskeniemi die Einsicht in die Unbestimmtheit des Rechts die Interpretierenden von einer imaginierten Bindung, nimmt sie aber zugleich in die Pflicht. Weil das Recht nicht direkt bindet, rückt Koskeniemi also die individuelle Verantwortung der Handelnden in den Fokus.²³⁷ Die Offenheit des Rechts macht aus dieser Perspektive eine Dezision unumgänglich, eröffnet mithin einen politischen Raum, in dem es sich zu verhalten gilt, und ermöglicht die Infragestellung struktureller Eigenlogiken. »Choices«, so auch Anne Peters, »can and must be made.«²³⁸ Ebenfalls an die einzelne Interpret*in richtet sich der programmatische, auf Responsivität zielende Entwurf der Interlegalität von Jan Klabbers und Gianluigi Palombella.²³⁹ »Character matters« hält Klabbers denn auch im Kontext einer tugendethischen Einhegung rechtlicher Unbestimmtheit fest.²⁴⁰ In derselben Tendenz konstatiert Anne-Charlotte Martineau, dass letztlich alles von der Sensibilität der Jurist*innen abhängt.²⁴¹ Auch die systemtheoretische Perspektive kulminiert schließlich in einem solchen Appell, wenn Amts- und Dritthafungsansprüche für Schiedsrichter*innen angeregt werden.²⁴² Die zahlreichen Konfliktlösungstechniken, denen eine Unzulänglichkeit anhaftet,

235 Vgl. *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 688 f.; *Koskeniemi*, *Hegemonic Regimes*, 2012, S. 321 ff.; *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 24 und 170 f.

236 Vgl. zur zugrunde liegenden Bedeutung der Professionellen des Rechtsbetriebs bereits vorne in kap. 6.2 bei Fn. 213 und die Hinweise dort.

237 *Koskeniemi*, *Constitutionalism as Mindset*, 2007, S. 21 ff. und 30 ff.; *Koskeniemi*, *Kantian Themes*, 2008, S. 22 ff.; sowie *Koskeniemi*, *From Apology to Utopia*, 2005, u. a. S. 596 und 615 ff.; *Koskeniemi*, *Fate of Public International Law*, 2007, S. 29; *Koskeniemi*, *Hegemonic Regimes*, 2012, S. 321; *Koskeniemi*, *Global Governance*, 2017, S. 216; *Koskeniemi*, *Cynicism*, 2019, S. 7.

238 *Peters*, *Refinement*, 2017, S. 701, ferner auch S. 703.

239 *Klabbers/Palombella*, *Introduction*, 2019, insb. S. 3 und 16; vgl. auch *Klabbers*, *Setting the Scene*, 2009, S. 30 f. m. w. H.

240 *Klabbers*, *Virtue in Global Governance*, 2022, S. 265; vgl. zur Rechtsinterpret*in als tugendhafte Akteur*in bereits *Klabbers*, *Culture of Formalism*, 2013; *Klabbers*, *Judging Inter-Legality*, 2019; ferner auch *Klabbers*, *International Organizations*, 2022, S. 336 ff.

241 *Martineau*, *Fragmentation*, 2016, S. 402.

242 *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006, S. 106, Fn. 31.

können folglich, wie dies Ivan Pasquet vorschlägt, als Ausdruck einer professionellen Ethik betrachtet werden, die sich an die einzelnen Akteur*innen richtet, welche das Recht im Zuge einer schöpferischen Auslegung erst erkennen.²⁴³

Obwohl die Skepsis gegenüber institutionellen Entwürfen berechtigt und es tatsächlich fraglich ist, inwiefern bestehende Eigenlogiken und Vorurteile durch Reformen zu durchbrechen sind,²⁴⁴ scheint die pauschale Rückweisung solcher Bemühungen zugunsten des Fokus auf individuelle Akteur*innen verkürzt. Zunächst fehlt der Anrufung der Professionellen des Rechtsbetriebs eine Perspektive der Emanzipation, wenn auf die Einsicht der Eliten gehofft und zugleich über die gesellschaftlichen Strukturen und Kräfteverhältnisse hinweggeblickt wird.²⁴⁵ Auch der berufsethische Appell, der als eine Spielart polyzentrischer Konfliktbewältigung betrachtet werden kann, kommt in letzter Instanz nicht ohne den Rekurs auf eine Ordnungsvorstellung aus. Wer an die Einzelnen appelliert, stärkt deren partikulares Weltverständnis als Handlungs- und insofern potenziellen Strukturmaßstab. Zudem ist der Einfluss einzelner Akteur*innen in Zweifel zu ziehen, wenn globale Machtverhältnisse derart stark verankert sind, dass etwa institutionelle Reformen oder demokratische Rückkopplungen aussichtslos erscheinen. So schreibt denn etwa Ntina Tzouvala der strukturellen Eigenlogik des Rechts eine Starrheit zu, der auch selbstreflexive Interpret*innen nicht entgegen könnten.²⁴⁶ Auch Grietje Baars kritisiert diesen Fokus auf die Professionellen des Rechtsbetriebs, weil er von deren Klassenzugehörigkeit abstrahiere und die damit angeregte Moralisierung des Rechtsdiskurses lediglich die bestehenden Verhältnisse zu stabilisieren drohe.²⁴⁷ Friedrich Kratochwil wiederum erachtet Rechtspraktiker*innen im Bann der Eigendynamiken von Organisationen, deren Wandel durch persönliche Tugendhaftigkeit nicht korrigiert werden könne.²⁴⁸ Allerdings münden selbst diese kritischen Analysen in Appelle an die Akteur*innen, die sich indes nicht auf das Argumentieren im Recht beschränken und explizit als Parteinahme für ein emanzipatorisches Projekt verstehen.²⁴⁹ Damit durchzieht ein

243 *Pasquet*, De-Fragmentation Techniques, Rz. 71 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Jeutner*, Irresolvable Norm Conflicts, 2017, S. 98 ff., der indes eine Entscheidung des Souveräns als politischer Akteur vorschlägt, gerade weil über das Recht hinausgegriffen werden muss (ibid. S. 106).

244 Vgl. Kap. 6.3.2, Fn. 233.

245 Vgl. *Brand/Wissen*, Imperiale Lebensweise, 2017, S. 37.

246 *Tzouvala*, Capitalism as Civilisation, 2020, S. 38 f., 215 ff. und 220.

247 *Baars*, Remarks on Lang, 2014, S. 433 f.

248 *Kratochwil*, Practising Law, 2017, S. 252.

249 Vgl. *Tzouvala*, Capitalism as Civilisation, 2020, S. 220; *Baars*, Remarks on Lang, 2014, Remarks, S. 435; ferner *Pichl*, Rechtskämpfe, 2021, u. a. S. 66. Einer solchen Lesart zugänglich sind auch die Arbeiten von Koskeniemi und

persistentes Changieren zwischen Struktur und Handeln die rechtswissenschaftliche Debatte. Der Frage, wo denn nun, bei der Struktur oder dem Handeln Einzelner, eine Transformation anzusetzen hätte, kann an dieser Stelle indes nicht weiter nachgegangen werden. Stattdessen möge der Verweis auf die Vermutung genügen, dass eine strikte Wahl zwischen diesen alternativen Ansätzen der komplexen Verwobenheit von Gegebenem und Gemachtem, wie sie aus gesellschaftstheoretischer Sicht beschrieben wird,²⁵⁰ nicht ausreichend Rechnung trägt. Zentral ist im vorliegenden Zusammenhang eine andere Feststellung, die nicht die normativen Vorschläge, sondern die deskriptive Ebene betrifft: Gerade weil sich eine Selbstbeschränkung der sich im und durch das Recht vollziehenden Eigenrationalitätsmaximierung – mithin eine Konfliktlösung – nicht von alleine einstellt, also der Verweis auf bloße Argumentationsfiguren ungenügend ist, wird an die individuellen Akteur*innen appelliert. Weil auch dieser Aufruf immer nur gesellschaftlich und historisch spezifisch situierte Menschen erreicht, bleibt seine Wirksamkeit bereits theoretisch fraglich, ungeachtet der praktischen Ergebnislosigkeit. Jedenfalls bleibt aber auch damit die Frage offen, wie gesellschaftliche Widersprüche, die sich im Recht manifestieren, gelöst oder zumindest ausgehalten werden.

6.3.3 Zwischenfazit

Insgesamt scheint es unumgänglich, die deskriptive Tonlage des rechtswissenschaftlichen Diskurses zu überhören und sie stattdessen lediglich als normatives Desiderat²⁵¹ zu betrachten. Was die Rechtswissenschaften vorschlagen, harrt der Umsetzung und lässt sich angesichts der gesellschaftlichen Einbettung des Rechts nicht als Lösung belegen. Vor diesem Hintergrund klafft in der rechtswissenschaftlichen Debatte über die Fragmentierung des Rechts eine Lücke: Wenn die debattierten Rezepte nicht umgesetzt oder ungeeignet sind, stellt sich die Frage, wie denn die

Martineau (vgl. Kap. 6.3.2, Fn. 237 bzw. 242). Demgegenüber scheint etwa *Pulkowski*, *International Regime Conflict*, 2014, S. 333 f., an die Neutralität jener zu appellieren, denen das »Konfliktmanagement« im Rahmen eines rationalen Diskurses aufgetragen ist, womit die Diskussion an ihren Ausgangspunkt zurückkehrt, nämlich zur fehlenden Neutralität und zur Unausweichlichkeit der Positionalität. Unbestimmt bleibt sodann *Kratochwil*, *Practising Law*, 2017, S. 252, mit der Forderung eines »different type of ethics«.

250 Vgl. *Jaeggi*, *Lebensformen*, 2014, S. 119 ff. und 330 ff.; *Buckel*, *Subjektivierung und Kohäsion*, 2015, S. 131 und 215 f.

251 Vgl. insofern etwa *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 88 f. (insb. Fn. 50), und 139.

»Probleme der Weltgesellschaft«²⁵², die auf die funktionale Ausdifferenzierung zurückgeführt werden können, gelöst oder zumindest gemildert werden. Was hält die Weltgesellschaft und ihr Recht zusammen, wenn die Konflikte, welche die eine und damit auch das andere durchziehen, nicht aufgehoben werden? Wie wird mit dem Problemdruck umgegangen, den die Abstraktion des Rechts von der Widersprüchlichkeit der Gesellschaft gerade noch zu steigern droht?

6.4 Externalisierung

Angesichts dieser Fragen, die in der rechtswissenschaftlichen Debatte zwar implizit angesprochen, aber explizit kaum adressiert werden, soll im Folgenden eruiert werden, ob sich unter Rückgriff auf die Externalisierungsthese die ins Stocken geratene Diskussion weiterbringen lässt. Die Sorge der Völkerrechtswissenschaft gilt der Einheit der Rechtsordnung. Wie können deren Teile – seien es Nationalstaaten oder Rechtsregime – koordiniert und kohärent den Gang der Welt bestimmen? Wie ist Ordnung zwischen diesen Teilen möglich angesichts ihrer Souveränität oder Autonomie? Mit Blick auf Nationalstaaten stehen immer auch räumliche Fragen im Fokus. Wo beginnt der Einflussbereich des einen und wo endet entsprechend die Sphäre des anderen Staates? Mit der zunehmenden Beachtung der Fragmentierung hat sich dieser Fokus verschoben. Als zentral werden jetzt oftmals die Grenzen zwischen den Rechtsbereichen, den verschiedenen Rationalitäten, betrachtet. Diese Verschiebung zur Betonung der funktionalen Differenzierung zeichnet insbesondere, aber nicht nur, die systemtheoretische Perspektive aus. Ihr gelingt es dadurch, die Dramatik verselbständigter Logiken zu artikulieren. Zugleich läuft sie aber Gefahr, andere Differenzierungsmuster zu vernachlässigen. Dadurch stößt sie an deskriptive und normative Grenzen, deren Konturen im Folgenden nachzuzeichnen sind. Vor diesem Hintergrund soll anschließend überdies versucht werden, mit der räumlichen Dimension globaler Ordnung eine dieser vernachlässigten Differenzierungen aufzugreifen, wodurch die Externalisierung als bedeutsame Strategie zur Bearbeitung von Normkonflikten in die Fragmentierungsdebatte eingeführt wird.

6.4.1 Grenzen der funktionalen Differenzierung

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird regelmäßig auf die funktionale Differenzierung als valable Erklärung der Fragmentierung Bezug

252 *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 28 f.; vgl. bereits vorne in Kap. 5.1.4 bei Fn. 89.

genommen.²⁵³ Während dieser Verweis oftmals unspezifisch und ohne eingehende Auseinandersetzung erfolgt, stellt die funktionale Differenzierung ein zentrales Element der Systemtheorie dar. Dort erscheint sie auf deskriptiver Ebene als primäres gesellschaftliches Strukturprinzip, während sie in normativer Hinsicht als Leitmaxime fungiert.²⁵⁴ Indem die Systemtheorie vom Primat der funktionalen Differenzierung ausgeht, läuft sie indes Gefahr, zugleich vorhandene andere Strukturprinzipien, die etwa eine Stratifizierung der Gesellschaft bewirken, auszublenden. Zwar wird die Existenz anderer gesellschaftlicher Strukturprinzipien und Differenzierungsformen nicht pauschal bestritten, aber deren Bedeutung wird als untergeordnet und tendenziell abnehmend verstanden.²⁵⁵ So sieht Niklas Luhmann etwa wenig Sinn in der Frage, weshalb an gewissen Orten eine kapitalistische Wirtschaft entstanden ist, weil die funktionale Differenzierung vorbestehende Differenzierungen zerstört habe, statt von diesen abzuhängen.²⁵⁶ Da theoriebedingt gewisse gesellschaftliche Strukturen aus dem Fokus geraten, werden damit verbundene Hierarchien und Machtverhältnisse desartikuliert.²⁵⁷ Angesichts dessen scheint es erforderlich, hervorzuheben, dass die funktionale Differenzierung mit weiteren Strukturprinzipien wie etwa Geschlecht, Rasse oder Nation zusammenwirkt und diese nicht derart determiniert, dass sie ihre Eigenständigkeit einbüßen.²⁵⁸ Die funktional differenzierte Weltgesellschaft und ihre Teilsysteme sind denn notwendigerweise von Hierarchien durchzogen, die mit stratifikatorischen sowie Zentrum-Peripherie-Differenzierungen zusammenhängen. Diese Annahme liegt nicht nur dem Konzept der Externalisierungsgesellschaft sowie weiteren kritischen Analysen des globalen Kapitalismus zugrunde.²⁵⁹ Auch aus systemtheoretischer Perspektive kann mit João Paulo Bachur argumentiert werden, dass funktionale Differenzierung soziale Ungleichheiten nicht nur voraussetzt, indem sie an diese anknüpft, sondern diese selbst erzeugt, ja erzeugen muss, und damit sich selbst untergräbt.²⁶⁰ Die notwendige Gleichzeitigkeit verschiedener

253 Vgl. die Hinweise in Kap. 5, Fn. 12.

254 Vgl. *Osrecki*, Kritischer Funktionalismus, 2016, S. 231 ff.; ferner *Baraldi*, Gesellschaftsdifferenzierung, 1999, S. 65 ff.; sowie vorne Kap. 5.1.1 zur funktionalen Differenzierung.

255 Vgl. bereits vorne in Kap. 5.1.1 bei Fn. 30.

256 *Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 707.

257 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 40 ff.; *Möller*, Formwandel, 2015, u. a. S. 34, 75 und 80.

258 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, 2015, S. 40 ff. Diese Irreduzibilität betont Buckel auch mit dem Begriff des »Dirty Capitalism« (vgl. hierzu die Hinweise vorne in Kap. 5.1.3, Fn. 63).

259 Vgl. die einleitenden Hinweise vorne in Kap. 1 bei Fn. 15 ff.

260 *Bachur*, Kapitalismus und funktionale Differenzierung, 2013, S. 143 ff., insb. 161, wonach demzufolge das Primat funktionaler Differenzierung

Differenzierungsformen lässt sich denn auch aus dem instabilen Zusammenwirken sozialer Systeme, die ihre jeweilige Eigenlogik rücksichtslos maximieren, herleiten: Weil die Funktionssysteme dazu tendieren, ihre Umwelt mit destruktiven Exzessen in Mitleidenschaft zu ziehen, muss diese durch Hierarchisierungen stabilisiert werden.²⁶¹

Dank der soziologisch informierten Verschiebung des völkerrechtswissenschaftlichen Fokus von Fragen der zwischenstaatlichen Ordnung auf die funktionale Differenzierung gelingt es, die Dramatik verselbstständigter Logiken zu artikulieren. Zugleich läuft die sich so entfaltende Debatte aber Gefahr, andere Differenzierungsmuster zu vernachlässigen. Die blinden Flecken, welche die Systemtheorie auszeichnen, befallen auch den rechtlichen Diskurs über die Fragmentierung des Rechts. Entsprechend tendieren die Beiträge zu dieser Debatte namentlich dazu, die räumlichen Verhältnisse zu vernachlässigen.²⁶² So weisen etwa die Beispiele, die Teubner und Fischer-Lescano referieren, um ihre Perspektive zu untermauern, bezeichnenderweise starke Bezüge zur räumlichen Dimension und allgemeiner zu stratifikatorischen und segmentären Differenzierungen auf, die dem Primat der funktionalen Differenzierung folgend aber desartikulierte werden. Das Beispiel des Patentschutzes von Medikamenten²⁶³ etwa ist in dieser Hinsicht frappierend: Die Kollision zwischen wirtschaftlicher und gesundheitlicher oder menschenrechtlicher Rationalität findet nicht im weltgesellschaftlichen Nirgendwo statt, sondern in den Körpern all jener, die pandemischen Situationen schutzlos ausgeliefert sind und keinen Zugang zu den Medikamenten erhalten oder deren gesundheitlichen Bedürfnisse mangels sogenannter Nachfrage, also fehlender Kaufkraft, sprich sozialer Ungleichheit, schlechterdings von den einschlägigen Wirtschaftssektoren unbeachtet bleiben. Die Menschen, die davon betroffen sind, vereinen aber in der Tendenz ganz bestimmte Eigenschaften auf sich. Sie leben überwiegend im Globalen Süden oder sind Teil anderer marginalisierter Gruppen.²⁶⁴ Die Probleme der Weltgesellschaft manifestieren sich nicht räumlich ungebunden, sondern in ganz konkreten Räumen, in ganz konkreten Körpern, deren Kapazitäten im Umgang mit diesen Problemen massiv divergieren. Die Energien der globalen Funktionssysteme entladen sich eben gerade

aufzugeben sei. Vgl. für eine Kritik an diesem Primat bzw. der damit implizierten Weltgesellschaft aus empirischer Sicht *Holzinger*, Fehlschlüsse, 2014.

261 Vgl. zur Instabilität der funktional differenzierten Gesellschaft vorne Kap. 5.1; sowie zur wohlfahrtstaatlichen Einhegung *Weber*, Simultanität, 2024, S. 42 f.

262 Vgl. auch *Liste*, Colliding geographies, 2016, S. 204, 209 und 215.

263 Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, S. 73 ff.; hierzu bereits vorne Kap. 6.1.2.2.1, Fn. 87.

264 Vgl. zur massiven Ungleichheit hinsichtlich der Lebenserwartung etwa *Therborn*, Killing Fields of Inequality, 2012; *Lessenich*, Sintflut, 2016, S. 178.

nicht, wie Teubner behauptet, »in Sozialräumen jenseits des Nationalstaats«. ²⁶⁵ Diese Beschreibung verschleiert, dass sich die negativen und positiven Seiten der Eigenrationalitätsmaximierung trotz der sich global vollziehenden Ausdifferenzierung an spezifischen Orten manifestieren. Dies geschieht nicht einer evolutorischen Zufälligkeit folgend, sondern entlang bestimmter Strukturprinzipien, die mit der funktionalen Differenzierung und ihren Steigerungsdynamiken zwingend einhergehen, weil die funktional differenzierte Gesellschaft sich nur so stabilisieren lässt.

Eben dies, dass sich die Manifestation gesellschaftlicher Probleme, also sozialer und ökologischer Kosten, in bestimmter Weise räumlich verorten lässt, betont Lessenich mit dem Konzept der Externalisierung. ²⁶⁶ Während die intersystemische Problemverlagerung und damit einhergehende Destabilisierungsdynamiken in den systemtheoretischen Blick geraten, ²⁶⁷ wendet sich dieser von räumlichen – und auch zeitlichen, geschlechtlichen oder rassifizierten – Externalisierungsprozessen ab. ²⁶⁸ Dergestalt wird die zentrale Bedeutung dieser Externalisierungsformen für die Stabilisierung sowohl der funktional differenzierten Gesellschaft als auch ihres fragmentierten Rechts ausgeblendet. Dies macht sich nicht nur in deskriptiver Hinsicht bemerkbar, sondern stellt auch in Frage, ob die in der Fragmentierungsdebatte artikulierten normativen Programme den Herausforderungen gewachsen sind.

Im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Rezeption der systemtheoretischen Analyse wurde verschiedentlich eine unzureichende Berücksichtigung der Territorialität bemängelt. So bemerkt etwa Ladeur, dass »Regime-Kollisionen häufig eher Konflikte innerhalb eines Funktionssystems (Wirtschaft) oder Konflikte zwischen unterschiedlichen territorial radiierten Rechtssystemen zum Ausdruck bringen«. ²⁶⁹ Beispielhaft verweist er auf eine Divergenz zwischen Globalem Norden und Globalem Süden hinsichtlich der Beurteilung der Rangordnung von Umweltschutz in der Kollision mit Wirtschaftsinteressen. Damit wird der Konflikt allerdings nicht mehr zwischen Rationalitäten gesucht, sondern als ein Aufeinanderprallen räumlich divergierender Werteordnungen beschrieben. ²⁷⁰ Kollisionslagen werden dergestalt einem methodologischen Nationalismus folgend als territoriales Geschehen interpretiert. Damit wird lediglich das

²⁶⁵ Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 11 f.

²⁶⁶ Lessenich, Sintflut, 2016; vgl. dazu bereits einleitend Kap. 1 sowie hinten Kap. 8.

²⁶⁷ Vgl. hierzu vorne Kap. 5.1.

²⁶⁸ Vgl. bereits Weber, Simultanität, 2024, S. 42 f.

²⁶⁹ Ladeur, Regime-Kollisionen, 2019, S. 220.

²⁷⁰ Vgl. ähnlich auch Cottier *et al.*, Introduction, 2011, S. 36, welche die systemtheoretische Analyse im Anschluss an Rawls kulturalistisch wenden und unter »clashing systems« keine gesellschaftlichen Sphären, sondern »societies and nations« verstehen.

Primat der funktionalen Differenzierung durch einen Vorrang territorial-segmentärer Differenzierung ersetzt, was ebenso verkürzt erscheint. Wenn vorliegend also dafür plädiert wird, die räumliche Dimension mit-einzubeziehen, soll vielmehr das Zusammenspiel verschiedener Differenzierungsformen im Rahmen einer weltgesellschaftlichen Hierarchie beleuchtet werden.

Obschon eine solche Perspektivenänderung über die bestehenden differenztheoretischen Beiträge hinausgeht, kann sie an die systemtheoretische Analyse anschließen: Um eine Beschränkung der destruktiven Eigenrationalitätsmaximierung anzuregen, setzt der gesellschaftliche Konstitutionalismus, wie bereits dargelegt wurde, auf Irritationen von außen, um eine Konstitutionalisierung im Innern zu provozieren. Durch externen Druck soll eine responsive Selbstbeschränkung angeregt und so eine Kompatibilisierung mit anderen Rationalitäten vorgenommen werden.²⁷¹ Indes kann nicht davon ausgegangen werden, dass das betroffene Regime zwangsläufig damit reagiere, Responsivität herzustellen. Eine solche Annahme setzte eine hinreichende Konstitutionalisierung, also die Bedingungen, auf deren Schaffung gerade hinzuwirken ist, bereits voraus. Wenn Konflikte mit divergierenden Rationalitäten und Diskursen zu erklären sind, drohen Aufrufe zur Harmonie an den Mauern verselbstständiger sozialer Zusammenhänge zu zerschellen. Vermögen sie letztere doch zu überwinden, werden die Irritationen der jeweiligen Logik entsprechend verarbeitet. Weil diese gerade nicht auf die Herstellung responsiver Umweltbeziehungen eingestellt ist, sind alternative Reaktionen in den Blick zu nehmen, also solche, die der jeweiligen Rationalität entsprechen und deren Maximierung dienen.²⁷² Mit anderen Worten scheint die Gefahr von Ausweichbewegungen im Interesse der Eigenrationalitätsmaximierung nicht hinreichend berücksichtigt zu werden, was insofern überrascht, als gerade diese, also die isolierte Ausrichtung auf die eigene Logik als solche, nicht in Frage gestellt wird.

Eine mögliche Folge externen Drucks, die seitens des gesellschaftlichen Konstitutionalismus nicht in Betracht gezogen wird, besteht wiederum in der räumlichen Externalisierung. Angesichts fehlender generalisierter Demokratisierung, also Konstitutionalisierung, gehen wirksame Irritationen

271 Vgl. die Hinweise in Kap. 6.3.1, Fn. 221.

272 In gewisser Hinsicht scheint Teubner dies denn auch zu befürworten, wenn er eine kommunikationsmediumsspezifische Form des »demokratischen« Selbst-Widerspruchs fordert; vgl. *Teubner*, *Quod omnes tangit*, 2018, S. 192 f.; *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 210. Wenig überzeugend erscheint diesbezüglich, aus dem Nutzen der gegenseitigen Einflussnahme einen Anreiz zur responsiven Selbstbeschränkung abzuleiten, wie dies etwa *Viellechner*, *Weltgesellschaft*, 2013, S. 300, tut. Plausibler dürfte es sein, dass Einflussnahme qua Responsivität nicht zur Selbstbeschränkung, sondern zur Expansion der jeweiligen Rationalität führt.

regelmäßig vom politischen System aus, das weitgehend territorial gebunden operiert.²⁷³ Der gesellschaftliche Konstitutionalismus scheint angesichts der normativ geprägten Zurückweisung der politischen Konstitutionalisierung²⁷⁴ zu unterschätzen, dass zivilgesellschaftlicher Druck gegenüber anderen gesellschaftlichen Sphären als der institutionalisierten Politik in erster Linie doch vom politischen System abgefangen wird. Wenn aber externe Impulse durch die Politik kanalisiert werden, wirken sich diese entlang der territorialen Binnendifferenzierung des politischen Systems aus, was räumliche Externalisierung als Ausweichstrategie zugänglich macht oder sogar aufdrängt. Indem soziale und ökologische Probleme verlagert werden, wird zwar nicht die krisenhafte Zuspitzung destruktiver Tendenzen, die nach Teubner erst eine Konstitutionalisierungsdynamik auslösen,²⁷⁵ verhindert, doch verschiebt sich der Ort ihrer Entfaltung. Der gesellschaftliche Druck regt dann keine Selbstbeschränkung an, sondern lediglich eine Ausweichbewegung zulasten der Peripherie.

Dieser Umweg über das territorial differenzierte Politiksystem ist auch deshalb naheliegend, weil die Wirtschaft – wie auch andere Teilsysteme – auf Leistungsbezüge und Hintergrundbedingungen angewiesen ist, die sie selbst nicht herzustellen vermag.²⁷⁶ Die damit einhergehende Problemverlagerung fordert die Umwelt, namentlich das Gemeinwesen bzw. das politische System und das Recht als dessen Gestaltungsmittel, heraus.²⁷⁷ Das politische System adressiert diese Probleme dann, zwangsläufig, innerhalb seiner segmentären Binnendifferenzierung in Nationalstaaten. Politische Maßnahmen und die rechtlichen Strukturen, die der Verhinderung, Einhegung und Verminderung von Externalitäten dienen, folgen also der politischen Zweitudifferenzierung. Weil die Wirtschaft aber stärker globalisiert ist, werden mitunter Probleme, die anderswo verursacht worden sind und von der Wirtschaft in die Politik und ins Recht verlagert werden, im Ergebnis auch räumlich externalisiert.

273 Selbst Teubner, der sich dezidiert gegen eine Vorrangstellung der Politik ausspricht (*Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 177 f.), stellt fest, dass Verfassungsprozesse stets im Schatten der Politik stattfinden (*ibid.*, S. 179 ff. und 187) und »gesellschaftliche Eigenverfassungen« mitunter »politisch oktroyiert werden« (*ibid.*, S. 181). Vgl. zu Teubners ambivalenten Haltung bezüglich der Rolle des Rechts vorne Kap. 5.2.3.

274 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 49 ff.

275 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 130 f. und 188.

276 Vgl. hierzu vorne Kap. 5.1.2 f.

277 Vgl. *Jessop*, Relevanz, 2015, S. 175.

6.4.2 Externalisierung als alternative Konfliktbearbeitung

Nach dem Dargelegten drängt es sich angesichts der Unzulänglichkeit der Fragmentierungsdebatte auf, Externalisierung als alternative Konfliktlösung in den Fokus zu rücken.²⁷⁸ Normkonflikte ergeben sich nach dem vorliegend zugrunde gelegten Verständnis dort, wo abweichende Vorgaben verschiedener Normen denselben Sachverhalt betreffen. Stimmt das Geschehen, dessen sich verschiedene Normbestände annehmen, nicht zumindest teilweise überein, sind Konflikte ausgeschlossen. Ob ein Konflikt der rechtlichen Artikulation zugänglich ist, hängt folglich davon ab, ob sich eine spezifische Situation überhaupt als Gegenstand divergierender Normierungsvorstellungen beschreiben lässt. Konflikte bleiben der rechtlichen Wahrnehmung zunächst dann verschlossen, wenn das Recht an eine spezifische Situation keine inhaltlichen Anforderungen stellt und diese etwa als menschenrechtlich irrelevant oder unbedenklich taxiert.²⁷⁹ Darüber hinaus werden Konflikte dann verdrängt statt wahrgenommen, wenn eine Übereinstimmung in räumlicher Hinsicht fehlt. Unterschiedliche Normen schaffen, auch wenn sie an dasselbe soziale Geschehen anknüpfen, ihre je eigene Realität und damit auch ihre spezifische Raumordnung.²⁸⁰ Nur wenn die vom Recht geschaffenen Realitäten auch räumlich überlappen, wird eine Kollision im Recht artikulierbar und ersichtlich.²⁸¹ Weil Normkonflikte damit nur in einem bestimmten Raum auftreten, geht mit der räumlichen Verlagerung

278 Vgl. zum Ganzen bereits *Weber*, Simultanität, 2024, S. 52 ff.

279 Vgl. in diesem Zusammenhang vorne Kap. 5.2.2 sowie die weiteren Hinweise dort.

280 Vgl. hierzu hinten Kap. 9; sowie insb. Fn. 4.

281 Vgl. *Liste*, *Colliding geographies*, 2016, S. 200 und 215; sowie vorne in Kap. 4.1 bei Fn. 28 f. und in Kap. 5.3 bei Fn. 271 zur Notwendigkeit der Konfliktartikulation. Anders als dies etwa *Liste* impliziert, hängen Regimekollisionen nicht von divergierenden Raumverständnissen ab. Gewiss müssen die betroffenen Rechtsräume, mit welchen die konfligierenden Normen verwoben sind, zumindest teilweise überlappen. Solche Konstellationen dürften oft mit einer räumlichen Inkongruenz und damit Kollisionen von Raumverständnissen verbunden sein. Auf der inhaltlichen Ebene können Normen jedoch auch bei vollständiger räumlicher Kongruenz kollidieren. Divergierende Raumverständnisse stellen daher keine zwingende Voraussetzung oder Begleiterscheinung von Normkonflikten dar. Zugleich erweisen sich kollidierende Raumverständnisse als unproblematisch, wenn die einschlägigen Normen kompatibel sind. Die zentrale Bedeutung der räumlichen Differenzierung für Normkonflikte ist meines Erachtens nicht in deren Emergenz, sondern ihrer gesellschaftlichen Verarbeitung zu suchen. Eben dies zu beschreiben, erlaubt das Konzept der Externalisierung.

sozialer und ökologischer Probleme, worauf das Konzept der Externalisierung aufmerksam macht, auch eine Verschiebung rechtlicher Kollisionen einher. Ihre Artikulation im Recht wird dadurch erschwert oder verunmöglicht, was das Recht im weltgesellschaftlichen Zentrum – und damit auch am Ort seiner Selbstbeobachtung – stabilisiert.²⁸² Die Externalisierung ermöglicht nicht nur, ökonomische Kosten oder die politische Verantwortung zu reduzieren, sondern erlaubt auch die Darstellung von Normkonformität, womit die Geltung der Norm symbolisch aufrechterhalten wird.²⁸³ Zugleich werden die rechtsdogmatischen Harmonisierungstechniken, die nach dem Dargelegten wenig Überzeugungskraft genießen, durch die externalisierungsgesellschaftliche Abstraktion von Widersprüchen plausibilisiert.

Die These etwa, dass Menschenrechte einerseits und Immaterialgüterrechte andererseits in einem harmonischen Verhältnis stehen, weil erst der Schutz von Erfindungen einen hinreichenden Anreiz setze, in Forschung und Entwicklung neuer Impfstoffe zu investieren, und dergestalt unerlässlich sei, das Recht auf Gesundheit zu gewährleisten, vermag nur deshalb zu überzeugen, weil die damit einhergehende Versorgungslücke im Globalen Süden klappt.²⁸⁴ In vergleichbarer Weise zieht die Behauptung, dass der Freihandel die Menschenrechte fördere,²⁸⁵ seine Plausibilität aus dem Umstand, dass Marktmechanismen die Asymmetrie transnationaler Austauschprozesse verschleiern²⁸⁶ und die damit einhergehenden Probleme in der Peripherie verortet werden.²⁸⁷ Die Ideologie der Gegenseitigkeit,²⁸⁸

282 Das Recht, das heißt der Konsens der Rechtsinterpret*innen ist die universalisierte Partikularität jener, welche die Hegemonie für sich behaupten können. Auch wenn die Widersprüchlichkeit von gewissen Akteur*innen weiterhin artikuliert wird, wird sie in der hegemonialen Lesart des Rechts nicht wahrgenommen. Vgl. dazu vorne Kap. 5.2.4.2.

283 Vgl. *Krasmann*, Outsourcing Torture, 2008, S. 19 f. und 25; *Gammeltoft-Hansen/Hathaway*, Cooperative Deterrence, 2015, S. 240; *Koskeniemi*, To the Uttermost Parts, 2021, S. 764.

284 Vgl. *Sekalala/Rawson*, Manufacturing Inequality, in: <afconomicslaw.org>, 23.01.2023, S. 5; sowie zur Widerlegung der genannten allgemeinen Annahme *Wright*, Real Utopias, 2010, S. 62 ff.

285 Vgl. dazu vorne Kap. 6.1.2.2.6.

286 *Hornborg*, Anthropocene, 2019, S. 151 ff.; sowie zur genannten Ideologie vorne in Kap. 6.1.2.2. 6 bei Fn. 153 sowie hinten in Kap. 9.1.3 bei Fn. 444 ff.

287 Zugleich besteht eine Wechselwirkung, denn die auch im Recht artikulierte Freihandelsideologie trägt ihrerseits dazu bei, Ungleichheit und Ausbeutung zu verschleiern. Vgl. für ein ähnliches Argument *Ranganathan*, Sea Change, 2021, S. 289, wonach der Mythos der Freiheit der hohen See das ungleiche Operieren des Rechts verdecke.

288 Vgl. dazu hinten in Kap. 9.1.3 bei Fn. 444 ff. und die Verweise dort.

wonach der globale Handel allen Beteiligten nütze, verdeckt dessen Ungleichheit,²⁸⁹ während soziale und ökologische Probleme, die mit solchen Transaktionen verknüpft sind, als Angelegenheit der jeweiligen Nationalstaaten begriffen werden.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Externalisierung als Modus der verdrängenden Konfliktbearbeitung verstehen, im Zuge dessen Rationalitätskonflikte in ein Spannungsverhältnis zwischen Innen und Außen transformiert werden. Die Konflikte und Probleme, die sich aus der funktionalen Differenzierung ergeben und die Fischer-Lescano und Teubner so prägnant beschreiben, treten erst dann in vollem Ausmaß zu Tage, wenn der Kontingenz räumlicher Ordnung Rechnung getragen wird. Erst wenn das, was sich im Außen abspielt, als Teil des Innen verstanden wird, zeigt sich die Widersprüchlichkeit der gegenwärtigen Vergesellschaftung in ihrer ganzen Dimension. Indem sie Konflikte externalisiert, stabilisieren sich demokratische Gesellschaften auf Kosten der Peripherie.²⁹⁰

Eine Verdrängung liegt dabei insofern vor, als die Konflikte gerade nicht entschärft oder gelöst werden, sondern anderen gesellschaftlichen Räumen, ungeachtet der dort vorhandenen Ressourcen zum Umgang mit Kollisionslagen, überlassen werden. Dergestalt entschärft die Externalisierung gesellschaftliche Widersprüche und stabilisiert so bestehende Lebensformen. Auf die Herausforderung, nicht abfangbare Probleme, die aus systemtheoretischer Sicht als Folge der Eigenrationalitätsmaximierung beschrieben wurden,²⁹¹ zu vermeiden, scheint die funktional differenzierte Gesellschaft mit Problemverlagerung zu reagieren. Die These der räumlichen Externalisierung weist damit eine Nähe zur Analyse Wolfgang Streecks auf.²⁹² Dieser legt dar, wie der Kompromiss des demokratischen Kapitalismus in der Nachkriegszeit unter Druck geriet und verschiedene Strategien gewählt wurden, um gesellschaftlichen Spannungsverhältnissen zu begegnen und den sozialen Frieden zu gewährleisten. Streeck verweist dabei auf die inflationäre Geldpolitik sowie die Verschuldung der Staaten und der privaten Haushalte, die allesamt Wege darstellten, um Zeit »zu kaufen«. Mit diesen Strategien werden künftige, d. h. erst noch zu erarbeitende Ressourcen zugänglich gemacht, sodass von einer Externalisierung in zeitlicher Hinsicht gesprochen werden kann.²⁹³ Ein weiteres Ventil für den Druck, der sich innerhalb der Räume des demokratischen Kapitalismus – angesichts der Frustration über sinkendes Wachstum, steigende Ungleichheit und demokratische

289 Vgl. Marks, *Exploitation*, 2008, S. 303 f.

290 Vgl. die Hinweise zur Externalisierungsdiagnose im einleitenden Kap. 1.

291 Vgl. vorne Kap. 5.1.4.

292 Vgl. Streeck, *Gekaufte Zeit*, 2013, insb. S. 60 ff.

293 Vgl. auch Calhoun, *Capitalism*, 2013, S. 149.

Defizite – zunehmend aufbaute, stellt die Externalisierung in räumlicher Hinsicht dar.²⁹⁴ Dabei entlasten sowohl zeitliche als auch räumliche Verlagerungsbewegungen die externalisierenden Gesellschaften mit großer Wahrscheinlichkeit nur temporär und damit wiederum nur scheinbar. Angesichts globaler Interdependenzen und der räumlichen und zeitlichen Verdichtung ist eine Rückkehr der Konflikte, mitunter in anderer Form, nicht ausgeschlossen und kann möglicherweise gar provoziert werden.²⁹⁵ Was Niklas Luhmann zur funktionalen Externalisierung ausführt, dürfte entsprechend auch auf die Verlagerung von Konflikten entlang der territorialen Zweitudifferenzierung zutreffen: »Externalisierungen können nie endgültige Problemlösungen sein. Die Probleme kehren in veränderter Form [...] zurück.«²⁹⁶

Obwohl Externalisierung demnach als Modus der Konfliktbearbeitung betrachtet werden kann, lässt sie sich nicht in die vorne diskutierten Strategien der Problembewältigung einreihen. Die Externalisierung trägt zwar zur Plausibilisierung von Konfliktlösungstechniken bei, ist selbst aber nicht als solche zu begreifen. Gewiss wird teilweise mehr oder weniger offen über die Verleugnung und Verlagerung von Normkonflikten gesprochen. So beispielsweise, wenn die Rechtmäßigkeit der Auslieferung von Terrorverdächtigen bezweifelt²⁹⁷ oder die Einhegung der Marktkräfte in die alleinige Verantwortung peripherer Staaten gestellt wird²⁹⁸. Insofern könnte hier eine argumentative Struktur im Recht herausgearbeitet werden, die sich als Form der Externalisierung beschreiben ließe. Allerdings würde es zu kurz greifen, bloß jene Konstellationen in den Blick zu nehmen, in welchen auf die eine oder andere Weise ein Konflikt tatsächlich adressiert wird. Dies setzte nämlich voraus, dass ein Konflikt überhaupt artikuliert und vom Recht wahrgenommen wird. Eben dies wird nach dem Gesagten durch die Externalisierung gerade verhindert oder erschwert. Zudem äußert sich letztere oftmals in latenten sozialen und ökologischen Problemen und weniger in manifesten Konflikten.²⁹⁹ Als zentraler Mechanismus zur Stabilisierung der gegenwärtigen Lebensweise im Globalen Norden findet sie damit zunächst außerhalb des Diskurses statt, den das Recht selbst über Regimekonflikte und ihre Bearbeitung führt. Das heißt indes nicht, dass Externalisierung als solche außerhalb des Rechts stattfände.

294 *Kapeller*, *Delayed by outsourcing*, 2017, S. 547; vgl. bereits *Beck*, *Transnationalisierung*, 2008, S. 27 f.

295 Vgl. *Lessenich*, *Sintflut*, 2016, S. 26 f.

296 *Luhmann*, *Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, S. 89.

297 Vgl. etwa *Vedaschi*, *Counter-Terrorism*, 2018.

298 Vgl. dazu vorne Kap. 6.1.2.2.6.

299 *Landherr/Graf*, *Territoriale Macht*, 2021, S. 48.

7 Fazit: Konfliktbewältigung durch Externalisierung

Externalitäten, also soziale und ökologische Probleme, können als Kollisionspunkte beschrieben werden, an denen verschiedene Rechtsregime aneinandergeraten. Solche Normkonflikte, die insbesondere in der Fragmentierungsdebatte adressiert werden, lassen sich auf die funktionale Differenzierung zurückführen, obwohl letztere mit anderen Strukturprinzipien notwendig verknüpft ist und in einem koproduktiven Wechselverhältnis zum Recht steht. Die Konfliktlösungstechniken, von denen sich der rechtswissenschaftliche Diskurs Abhilfe erhofft, erweisen sich als unzulänglich, da sie der Einbettung des Rechts in gesellschaftliche Kräfteverhältnisse nicht entgehen, die ihrerseits als Quelle der Rechtskollisionen zu betrachten sind. Die Fragmentierungsdebatte weist deshalb eine deskriptive Lücke auf, weil sie die Kohärenz des Rechts und die Stabilisierung der Gesellschaft durch das fragmentierte Recht nicht schlüssig zu erklären vermag. Als alternative, real existierende Konfliktlösungstechnik scheint deshalb die Externalisierung – namentlich in räumlicher Hinsicht – von großer praktischer Relevanz. Diese kann somit als Reaktion auf die Herausbildung sozialer Zusammenhänge verstanden werden, die ihre je eigene Rationalität maximieren und dabei zu Problemen in ihrer Umwelt, mithin Externalitäten, führen. Durch deren räumliche Verlagerung treten Normkonflikte in der Peripherie auf, was das Zentrum der funktional differenzierten Gesellschaft und sein fragmentiertes Recht stabilisiert. Sowohl die Fragmentierung des Rechts als auch die Externalisierung als Sicherungsmechanismus stehen aus dieser Perspektive in einem engen Zusammenhang mit der funktionalen Differenzierung.

Dabei gilt es indes zu beachten, dass nicht nur die Externalisierung dem Recht zu Kohärenz verhilft und es dadurch stabilisiert. Umgekehrt scheinen nämlich externalisierende Prozesse nur dadurch möglich, dass Externalitäten, also Normkonflikte, anderswo verortet werden, was divergierende rechtliche Räumlichkeiten voraussetzt. Indem das Recht ein Innen und ein Außen, ein Hier und ein Dort zu konstruieren hilft, legt es das Fundament für Externalisierungen. Diese räumliche Vielfalt im Recht erscheint wiederum nur deshalb möglich, weil das Recht fragmentiert ist und innerhalb voneinander getrennter Regime operiert. Diesen Zusammenhängen, der Rolle also des Rechts der Externalisierungsgesellschaft, wird im Folgenden nachzugehen sein.