

Dritter Teil – Kritik zeitgenössischer Verfassungstheorie

Im Folgenden sollen zeitgenössische Suchbewegungen der Verfassungstheorie dahingehend untersucht werden, ob sie der neuartigen Konstellation gerecht werden. Es ist fraglich, ob sie mit ihren Ansatzpunkten diejenigen Entwicklungen berücksichtigen, die charakteristische Merkmale eines gewandelten Konstitutionalismus sind. Insbesondere stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Verfassung und Demokratie. Berücksichtigen die aktuellen Zugänge zur Verfassungsfrage die veränderten Modalitäten von Recht und Politik? Haben sie das Potential, dem »Widerspruch der Verfassung mit sich selbst«¹ nachzugehen? Der Argumentationsgang soll dabei nicht darauf begrenzt sein, die vorliegende Diagnose schematisch auf andere theoretische Anstrengungen anzuwenden. Er will zeigen, wo und wie die vorliegenden Entwürfe in Widersprüche geraten.

Zunächst steht die Konstitutionalisierung des Völkerrechts im Mittelpunkt der Überlegungen, um in einem nächsten Schritt zum transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus überzugehen. Jede der aufgemachten theoretischen Anstrengungen wird an einer Teilfrage scheitern. Zwar transportieren die kosmopolitischen Aspirationen im Völkerrecht starke Annahmen zur Verbindung von Demokratie, Menschenrechten und Verfassung (I, ab S. 116). Da sie den Formwandel der Verfassungsevolution nicht angemessen berücksichtigen, steuern sie jedoch an der fragmentierten Hegemoniekonstellation vorbei. Demgegenüber arbeitet der gesellschaftliche Konstitutionalismus den Formwandel umfassend aus (II, ab S. 153), ohne den »Widerspruch der Verfassung mit sich selbst« zwischen herrschaftlicher und demokratischer Konstitutionalisierung noch präsent halten zu können.

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

I. DIE KONSTITUTIONALISIERUNG DES VÖLKERRECHTS

Immanuel Kant hatte in seiner berühmten Friedensschrift die Perspektive eines internationalen Rechts entworfen, das auf eine »weltbürgerliche Verfassung«² hinausläuft. Demnach sollen alle Menschen über die national-staatlichen Grenzen hinweg grundlegende Rechtsgarantien erhalten. Auch jenseits des Staates, so argumentieren die Kant-Rezipienten der Gegenwart, ist es Aufgabe eines Weltbürgerrechts, die Individuen vor willkürlicher Machtausübung zu schützen.³ Diesen Impuls hat der gegenwärtige Konstitutionalisierungsdiskurs dankbar aufgegriffen. Er sieht in der Menschenrechts- und Völkerrechtsentwicklung ein internationales öffentliches Recht angelegt, das hegemoniales Machtstreben begrenzt und die Individuen weltweit mit grundlegenden Rechtsgarantien ausstattet. Tendenziell verlieren innere staatliche Angelegenheiten zunehmend den Status einer *domaine réservé*. Das Völkerrecht beschränkt sich nicht nur auf Souveränitätsschutz, sondern bringt geteilte Werte der internationalen Gemeinschaft zum Ausdruck. Damit verliert es mehr und mehr seinen rein zwischenstaatlichen Status. Es bildet eine Schicht höherrangigen Rechts aus, das auf eine Verfassungsbildung hindeutet. Die Konstitutionalisierungsthese stützt sich zumeist auf entgegenkommende Entwicklungen der letzten Jahrzehnte. So beinhalten die Pflichten der Einzelstaaten (*jus cogens* und *erga omnes*) grundlegende Aggressionsverbote und den Schutz der Menschenrechte.⁴ Auch die Ausweitung auf immer neue Kompetenzbereiche – von den weltwirtschaftlichen Institutionen bis zur Umwelt- und Sozialregulierung – deuten auf die gewachsene Bedeutung der internationalen Gemeinschaft hin.

2 | Kant, Immanuel: Zum Ewigen Frieden (1796), in: ders., Werke. Band 9, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1964, BA 41, S. 214. Oliver Eberl zeigt in seiner Rekonstruktion der Friedensschrift, wie der Kant'sche Text seit dem Ende der Blockkonfrontation als Projektionsfläche für westliche Hegemonialprojekte dient. Dadurch wird das Kernstück der Friedensschrift, nämlich ein kategorischer Ausschluss des Krieges als Auseinandersetzungsform, zunehmend entstellt, siehe ders., Demokratie und Frieden, S. 87 ff.

3 | Vgl. etwa Archibugi, Daniele: »Immanuel Kant, Cosmopolitan Law and Peace«, in: European Journal of International Relations 1/4 (1995), S. 429-456.

4 | Vgl., wenn auch mit unterschiedlicher Akzentsetzung: Frowein, Jochen A.: »Konstitutionalisierung des Völkerrechts«, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Band 39 (2000), S. 427-448, hier S. 427 ff.; T. Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht; ferner die Aufarbeitung bei C. J. Schwöbel, »Situating the Debate on Global Constitutionalism«, und Kratochwil, Friedrich: The Status of Law in World Society. Meditations on the Role and the Rule of Law, Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Zwischenzeitlich liegen höchst unterschiedliche Varianten der Konstitutionalisierungsthese vor. Sie reichen von der weltbürgerlichen Orientierung in der politischen Philosophie über den Vorschlag, die UN-Charta als Verfassung der internationalen Gemeinschaft zu verstehen, bis hin zu zurückhaltenden Vorschlägen, die auf eine Stärkung des internationalen Rechts setzen.⁵ Trotzdem bleibt es überall beim Fluchtpunkt einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, so dass eine gemeinsame (und keine vergleichende) Thematisierung sinnvoll erscheint.

Gemeinsam ist den Überlegungen, dass sie im internationalen Recht eine liberale, herrschaftsbegrenzende Verfassungsbildung angelegt sehen. Der historische Einschnitt, der die Grundlage für die Konsolidierung des Völkerrechts legt, ist nach dem Zweiten Weltkrieg angesiedelt.⁶ Hier beginnt mit der Gründung der Vereinten Nationen und der weltwirtschaftlichen Institutionen sowie den Menschenrechtserklärungen die eingangs skizzierte Verselbstständigung des internationalen Rechts gegenüber den Einzelstaaten. Daraus wird eine veränderte »Komposition des Rechtsmediums«⁷ abgelesen. War bis dahin eine dualistische Einteilung in »hartes« nationalstaatliches Recht und »weiches« internationales Recht durchaus plausibel, so scheint sich die Weltgesellschaft zunehmend dem Kelsen'schen Modell eines monistisch konzipierten Völkerrechts anzunähern.

Im Zusammenspiel von Menschenrechten und internationalem Staatensystem, so die geteilte Annahme, ist eine normativ gehaltvolle Verfassungsbildung ablesbar. Die legitimatorische Dimension der Verfassungsbildung bleibt an die demokratische Verfasstheit der Nationalstaaten angebunden. Ergänzt wird sie durch neuartige Mitbestimmungsmechanismen jenseits des Staates, etwa durch supranationale Demokratiemodelle (EU) oder die Beteiligung von NGOs.

Bisher versucht sich der Kosmopolitismus daran, das demokratische Projekt in Teilen vom Nationalstaat zu lösen. Sind internationale Organisationen

5 | Vgl. Held, David/ Archibugi, Daniele (Hg.): *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, Cambridge: Polity Press 1995; B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*; A. Niederberger, *Demokratie unter Bedingungen der Weltgesellschaft*; Hitzel-Cassagnes, Tanja: *Die Verfassung des Transnationalen*, Baden-Baden: Nomos 2012.

6 | Vgl. nur die Überlegungen bei Kumm, Mattias: »The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. An Integrated Conception of Public Law«, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20/2 (2013), S. 605-628; J. Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*.

7 | Habermas, Jürgen: *Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, in: ders. (Hg.), *Im Sog der Technokratie*, Berlin: Suhrkamp 2013, S. 67-81, hier S. 73.

und Verhandlungssysteme erst einmal als eigenständige Träger internationaler öffentlicher Gewalt charakterisiert,⁸ liegt es nahe, dass sie eigenständige Legitimationsressourcen benötigen. In der Regel läuft alles auf den Vorschlag hinaus, das Demokratieprinzip von der territorial eingegrenzten Selbstbestimmung eines geschlossenen Kollektivs zu lösen und es mit einem individualrechtlichen Verständnis von Demokratie anzureichern. Demokratie verwirklicht sich hier nicht einzig in politischen Selbstbestimmungsprozeduren der Staatsbürger; vielmehr verweist das Demokratieprinzip selbst vor allem auf individuelle Rechtsansprüche.

Von dort aus ist es möglich, die konstituierende Macht, die in der demokratischen Verfassungstheorie dem Volk zukam, sozusagen auf unterschiedliche Ebenen und Personenrollen zu verteilen. Dies schlägt sogar auf die gründende, konstituierende Macht des Volkes durch. Das territorial gebundene *pouvoir constituant* wird durch ein »pouvoir constituant mixte«⁹ abgelöst. Die für weiterhin intakt angesehenen Legitimationsflüsse der Nationalstaaten, in denen sich die Menschen als Staatsbürger verstehen können, werden mit komplementären Legitimationsmechanismen ergänzt. Demnach ist die Menschenrechtsentwicklung der Vereinten Nationen so zu verstehen, dass die Staatsbürger gleichermaßen zu Weltbürgern werden, die auch auf einklagbare Rechte bestehen können – etwa wenn sie von ihren jeweiligen Nationalstaaten oder anderen internationalen Institutionen verletzt werden. In der EU zeichnet sich darüber hinaus eine Transnationalisierung der Demokratie dergestalt ab, dass die Menschen als Bürger der EU an der politischen Willensbildung, insbesondere im Rahmen des europäischen Parlamentarismus, teilnehmen. Auch NGOs und transnationale Öffentlichkeiten finden in der Aufspaltung des Demokratieprinzips ihren Platz: Da kein globaler *demos* vorstellbar sei, müssen Öffentlichkeiten und *issue*-spezifische Gruppen versuchen, Druck auf die Träger der öffentlichen Gewalt im Hinblick auf Allgemeinwohlbelange auszuüben. Sie kompensieren für die ausbleibenden demokratischen Verfahren auf transnationaler Ebene.¹⁰

Meine These ist nun, dass die Konstitutionalisierungsthese an denjenigen Anatomien vorbeisteuert, die sich als prägend für den Formwandel der Verfassung erwiesen haben. Sie hält keine befriedigenden Antworten auf die Konfliktlagen bereit, die bisher herausgearbeitet wurden. Im Folgenden soll ers-

8 | So der allerdings nicht konstitutionalistische, sondern öffentlich-rechtliche Ansatz bei A. v. Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, »Völkerrecht als öffentliches Recht«.

9 | J. Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 67 ff.

10 | Vgl. Peters, Anne: »Dual Democracy«, in: Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein (Hg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, S. 263-341, hier S. 318 ff.; grundlegend zum Problem demokratischer Öffentlichkeiten: Gregoratto, Federica: *Il doppio volto della comunicazione. Normatività, dominio e critica nell'opera di Jürgen Habermas*, Mailand/Udine: Mimesis 2013.

tens verdeutlicht werden, dass die Konstitutionalisierungsthese schon in der Beschreibung die transnationalen Regime einer kosmopolitischen Tendenz im Völkerrecht nachordnet (I.1, ab S. 120). Nicht nur, dass dadurch die Problemlagen, die insbesondere vom Weltwirtschaftsregime ausgehen, in ihrer Tragweite kaum Berücksichtigung finden; vielmehr sind grundlegende Fragen im Hinblick auf das Projekt einer Internationalisierung der Demokratie aufgeworfen. Sind die Entscheidungsspielräume internationaler Organisationen *und* der Nationalstaaten im Zuge einer neuen Form des Konstitutionalismus stark begrenzt, führt dies zu einem grundsätzlichen Legitimationsproblem. Hier ist fraglich, ob vor allem neue Verfahrenswege oder individuelle Rechtsansprüche überhaupt dazu geeignet sind, ein Gegengewicht aufzubauen. In einem zweiten Schritt wird an den herrschaftsformenden Charakter der Verfassungsbildung erinnert (I.2, ab S. 128). Sie begrenzt Herrschaft in der Regel nicht einseitig, sondern formt sie.¹¹ So können allerdings hoch unterschiedliche Spielarten des Konstitutionalismus entstehen, die nicht notwendig auf eine demokratische Verfassungsbildung hinauslaufen. Demgegenüber zehrt die Konstitutionalisierungsthese von der Annahme, dass sich selbst in höchst hegemonialen Spielarten der Verrechtlichung doch noch ein Anknüpfungspunkt finden lässt, der auf universalistisch-emanzipative Bewusstseinsstrukturen hindeutet. Indem das Recht auch immer mit Rechtfertigungspflichten und Begründungsdiskursen einhergeht, kann es befragt und in gewisser Weise ent-hegemonisiert werden: Wer sich auf die Sprache des Rechts einlässt, kann nicht puren Dezisionismus walten lassen. Die Aufarbeitung neuerer Überlegungen zur Politisierung des internationalen Rechts sowie ein kurzer Exkurs in die Rechtsphänomene der Frühen Neuzeit (Policey) sollen verdeutlichen, dass auch ein anderer, »dunkler« Anteil im Konstitutionalismus vorliegt, der stabilisierende Funktionen für die bestehenden Hegemonieverhältnisse erbringt. Zwar erbringt der rechtliche Formalismus als *mindset* durchaus normative Leistungen.¹² Aber es ist fraglich, ob das Recht allein der Garant dafür sein kann, dass der hegemoniale Mr. Jekyll wieder eine Rückverwandlung in den kantianischen Dr. Hyde erfahren kann. Recht und Verfassung sind stark überfordert damit, für die Hegemonie, die Gegenhegemonie und die Möglichkeit der Verwandlung zuständig zu sein.

Schließlich wendet sich die Kritik *drittens* der Rolle von Grund- und Menschenrechten zu. Die jüngeren kosmopolitischen Überlegungen unterstreichen zumeist den Übergang von Menschenrechten zu kosmopolitischen Weltbürgerrechten. Sie werden als Grundrechtsteil der Globalverfassung betrachtet, abgesichert vom Gewaltmonopol der Vereinten Nationen. Die Menschenrechte gelten als Möglichkeit, um normative Potentiale, die einst mit der nationalstaatlichen Verfassung verknüpft waren, in die Weltgesellschaft zu tragen. Aber

11 | Vgl. C. Möllers, »Verfassungsgebende Gewalt«, S. 235 f.

12 | Vgl. M. Koskeniemi, »Constitutionalism as Mindset«.

die Hoffnungen verkennen oft, dass die Sprache der Menschenrechte auch einen Formwandel durchläuft. Sie *kann* ebenso einer repressiven Toleranz der Weltgesellschaft zum Ausdruck verhelfen. Dies gilt insbesondere, wenn sie zu einem herrschaftlichen »Dispositiv für weltpolitische Vorgänge«¹³ degeneriert. Zwar erscheint es durchaus attraktiv, die Menschenrechte für eine Kritik der hegemonialen Regime zu nutzen, doch dies ist keine zwingende Folge von Weltbürgerrechten allein, sondern stets auf kollektive, aneignende Politiken verwiesen (I.3, ab S. 143).

1. Nachordnung der hegemonialen Regime

Die Konstitutionalisierungsthese stützt sich auf eine spezifische Betrachtung der Völkerrechtsentwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg. Aus dem Zeitalter der Extreme, wie der englische Historiker Eric Hobsbawm das 20. Jahrhundert nannte, sind demzufolge nicht nur Kriege und Katastrophen hervorgegangen, sondern ebenso normative Lernprozesse. Beginnend mit der Menschenrechtsklärung, den Bretton-Woods-Institutionen und dem schrittweisen Ausbau der Vereinten Nationen hat der kosmopolitische Horizont ein institutionelles und vor allem rechtliches Pendant gefunden. Betrachtet man die Konstitutionalisierungsthese genauer, so fällt immer wieder auf, dass ein grundsätzlicher Vorrang dieser historischen Tendenz angenommen wird. Zwar sieht sie eigenwillige »technokratische Regimes« entstehen, die aber – so scheint es – einzig im Schatten einer Konstitutionalisierung der internationalen Staatengemeinschaft als Nebeneffekt auf sich aufmerksam machen.¹⁴ Diese Nachordnungsannahme ist von äußerst großer Bedeutung, wenn es zur Frage kommt, wie die transnationalen Funktionssysteme wieder an demokratische Legitimationsmechanismen angebunden werden können. Die Hoffnung besteht darin, dass eine solche Anbindung zu einhegenden Effekten führt.

Zunächst legt die Konstitutionalisierungsthese einen veränderten, rekonstruktiven Zugriff auf das internationale Recht nahe. Es erscheint als »Protoverfassung«, da sich Staaten zu einer Rechtsgemeinschaft zusammenschließen und dadurch ihre Souveränität massiv einschränken.¹⁵ Im Zuge der Globalisierung findet ein weiterer Konstitutionalisierungsschub statt, der über die Souveränitätsbeschränkung hinausgeht. Das internationale Recht wird zu einem Weltbürgerrecht transformiert: »Der innovative Kern dieser Idee liegt in der

13 | Vismann, Cornelia: »Das Recht erklären. Zur gegenwärtigen Verfassung der Menschenrechte«, in: Kritische Justiz 29/3 (1996), S. 321-335, hier S. 335.

14 | Vgl. J. Habermas, »Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats«, S. 79.

15 | Vgl. ders., »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, S. 131.

Konsequenz der Umformung des internationalen Rechts als eines Rechts der Staaten in ein Weltbürgerrecht als ein Recht von Individuen.«¹⁶ So kommt es zu einer Verteilungsbewegung. Man kann die Entwicklung des internationalen Rechts dann als eine dezentrierte Verfassungsbildung verstehen, in der die unterschiedlichen Dimensionen des Konstitutionalismus auf unterschiedliche Ebenen verteilt sind, als ein »Mehrebenensystem, dem im Ganzen der staatliche Charakter aus guten Gründen fehlt«¹⁷.

Die herrschaftsbegrenzende, liberale Dimension des Konstitutionalismus soll vor allem im Rahmen der Vereinten Nationen verwirklicht werden. Sie soll eine effektive Sicherung von Frieden und Menschenrechten gewährleisten. Dies wird durch den Kompetenzgewinn internationaler Organisationen und Verhandlungssysteme ergänzt. In einem solchen Zusammenspiel entsteht eine herrschaftsbegrenzende Verfassung der Weltgesellschaft, die das Machtstreben der Einzelstaaten einhegt.¹⁸ Die daraus erwachsenden Vorschläge zielen auf eine stärkere gerichtliche Überwachung der Menschenrechtsgeltung. Inter- und transnationale Institutionen sind an ein öffentliches Recht der Globalisierung zu binden, ihre Gerichtsbarkeiten zu stärken. Eine so verstandene Verfassungsbildung beinhaltet auch ein globales Gewaltmonopol. Im Fall völkerrechtlich sanktionierter Menschenrechtsverletzungen gilt es, eventuell militärisch zu intervenieren.

Dieser liberale Zug wird sogleich durch die herrschaftskonstituierende Dimension ergänzt. Nachdem die Herrschaftsbegrenzung auf überstaatlicher Ebene abgesichert ist, wird für die Erhaltung demokratischer Legitimation wieder ein Schritt zurückgetreten. Die herrschaftskonstituierende Dimension sichern die »Legitimationsflüsse der Verfassungsstaaten«¹⁹ ab. Sie bleiben weiterhin der Ort, an dem die demokratische Willensbildung stattfindet. Die liberale Verfassung der Weltgesellschaft speist ihren Legitimationshaushalt aus »mittelbarer Rückendeckung«²⁰ der Nationalstaaten, nicht aus direkter Legitimation der Weltbürger.

Eine Transnationalisierung der Demokratie kann vor allem an kontinentalen Integrationsprozessen, wie demjenigen in der EU, anknüpfen. Dabei setzt sich die Dispersion der Verfassungsfunktionen auf unterschiedliche Ebenen fort. Sie schlägt schließlich auf die konstituierende Macht des Volkes durch. Im Zuge einer supranationalen Integration, wie sie beispielhaft in Europa stattfindet, scheint nämlich ein legitimatorischer Dualismus angelegt zu sein. Einerseits haben Bürger einen Rechtsstatus innerhalb der jeweiligen Nationalstaa-

16 | Ebenda, S. 123.

17 | Ebenda, S. 134.

18 | Vgl. ebenda, S. 130.

19 | Ebenda, S. 139.

20 | Ebenda, S. 140.

ten, andererseits sind sie Bürger der EU mit verbrieften Grundrechten. Damit wird das Legitimationssubjekt in zwei komplementäre Rollen aufgespalten: zum einen die Rolle als Bürger der EU, zum anderen als Bürger der Einzelstaaten. Als Bürger des Nationalstaats werden sie – so die Annahme – durch ihre jeweilige Regierung vertreten. Als Bürger der EU nehmen sie vor allem am europäischen Parlamentarismus teil. Und sie sind Träger der europäischen Grundrechte. So entsteht die Figur eines »pouvoir constituant mixte«²¹, das die herrschaftskonstituierende Funktion der Verfassung teilt. In der Weltgesellschaft zerfällt der Zusammenhang zwischen einem unitarisch gedachten Legitimationssubjekt (Volk) und einem einzigen, einheitlich gedachten Legitimationsobjekt. Dies führt zum schon eingeführten Mehrebenenmodell. Folglich liegt eine Spaltung zwischen dem liberalen Prinzip der Herrschaftsbegrenzung und dem republikanischen Demokratieverständnis vor, das auf dem Prinzip der Volkssouveränität beruht. Wurden im Wohlfahrtsstaat diese beiden Dimensionen als »gleichursprüngliche« Dimensionen vermittelt,²² hält sie jetzt nur noch die Theorie zusammen. Herrschaftsbegrenzung und Herrschaftskonstitution treten auseinander.

Die Anliegen der Konstitutionalisierungsthese können in drei Schritten nachvollzogen werden. Das *erste Anliegen* richtet sich auf eine rationale Rekonstruktion des internationalen Rechts.²³ Sie kann zeigen, dass die internationale Verrechtlichung schon immanent ein Verfassungsprojekt und damit zusammenhängende normative Überschüsse enthält. Das *zweite, prospektive Anliegen* besteht dann darin, Reformen durchzuführen, die diesen mitschwingenden Sockel der internationalen Verrechtlichung explizit machen. Sie reichen von einer Stärkung der Vereinten Nationen bis zur Demokratisierung der EU. Hier werden verfassungsgebende Verfahren oder die Stärkung des Europäischen Parlaments angeregt. Stets sollen die Vorschläge jeweils das sichtbar machen oder verstärken, was ohnehin schon in der internationalen Verrechtlichung mitschwingt. Das *dritte Anliegen* ist wohl eher eine Hoffnung. Sie besteht darin, dass eine Konstitutionalisierung der Weltgesellschaft dazu führt, die Funktionssysteme, insbesondere die kapitalistische Weltwirtschaft, leichter einhegen zu können. Es rücken also wenigstens indirekt die »sozialen Ent-

21 | Vgl. ders., Zur Verfassung Europas, S. 67 ff.

22 | Siehe etwa Jürgen Habermas' Argumentation in »Faktizität und Geltung«, die auf eine auf »Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie« hinausläuft, ders.: Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1992, S. 135.

23 | Vgl. Patberg, Markus: »Supranational Constitutional Politics and the Method of Rational Reconstruction«, in: Philosophy & Social Criticism 40/6 (2014), S. 501-521; Gaus, Daniel: »Rational Reconstruction as a Method of Political Theory between Social Critique and Empirical Political Science«, in: Constellations 20/4 (2013), S. 553-570.

stehungsbedingungen privater und öffentlicher Autonomie«²⁴ ins Blickfeld, die nicht in liberalen Abwehrrechten oder politischen Teilnahmerechten aufgehen. Erst eine solche Verrechtlichung der Weltgesellschaft, so die Annahme, schafft die Grundlage für eine soziale Demokratie.

(1) Das Problem der Konstitutionalisierungsthese ist vor allem in einer positiven Dialektik der internationalen Verrechtlichung zu suchen. Was, wenn die technokratischen Regime nicht nur eine nachgeordnete Rolle einnehmen, sondern sogar die Vorboten einer gewandelten Form des Konstitutionalismus abgeben? Von woher gewinnt das internationale Recht die Kraft, tatsächlich regulierend auf die transnationalen Funktionssysteme einzuwirken? Wie wird in diesem Umfeld eine gehaltvolle politische Partizipation der Bürger möglich?

Diese Fragen gewinnen insbesondere im Lichte der eingangs erläuterten Hybridität transnationaler Ordnungsbildung an Bedeutung. Die Regime verstärken eine Tendenz, die sich schon im Nationalstaat abzeichnete. Hier hatten kritische Rechts- und Verfassungstheorien darauf hingewiesen, dass die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht »unanwendbar«²⁵ wird. Im Zuge der kapitalistischen Modernisierung »verschränkt sich« die öffentliche Sphäre zunehmend mit dem privaten Bereich, so hatte der junge Habermas noch im »Strukturwandel der Öffentlichkeit« im Anschluss an die kritische Rechtsstaatslehre von Franz L. Neumann und Otto Kirchheimer argumentiert.²⁶ Um den »Verkehr der Privatleute« nachhaltig zu regulieren, zeichne sich eine »Verstaatlichung der Gesellschaft«²⁷ ab, in der staatliche Interventionsbefugnisse in die Privatautonomie eingreifen. Demgegenüber ist eine »Vergesellschaftung des Staates«²⁸ zu beobachten, die öffentliche Aufgaben auf private Körperschaften überträgt. Diese Entwicklung setzt jeweils eine »Veröffentlichung des Privatrechts« und eine »Privatisierung des öffentlichen Rechts« in Gang.²⁹ Bleiben diese Einsichten der kritischen Rechtsstaatslehre noch dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft verhaftet, muss in der postnationalen Konstellation grundlegender an den jeweiligen Regimen angesetzt werden. Hier ist die Unterscheidung Staat/Gesellschaft und öffentliches Recht/Privatrecht erst recht nicht mehr schematisch anwendbar. An die Stelle der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft treten multiple Grenzverhältnisse zu den sozialen Umwelten. Das macht den freiheitsverbürgenden Gehalt der Unterscheidung

24 | J. Habermas, Faktizität und Geltung, S. 101.

25 | Siehe ders.: Strukturwandel der Öffentlichkeit, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1962, S. 268.

26 | Vgl. ebenda, S. 226 f.

27 | Ebenda.

28 | Ebenda.

29 | Vgl. ebenda, S. 234 ff.

privat/öffentlich nicht komplett obsolet, ruft aber die Notwendigkeit auf, sie auf die neuartigen Grenzbeziehungen hin zu respezifizieren.³⁰

Eine einfache Gegenüberstellung zwischen Privatrechtsgesellschaft und demokratischer Politik, zwischen »den Imperativen der Märkte und der Regulationskraft der Politik« greift zu kurz.³¹ Aus welcher Kraft sollte sich die Regulation speisen, wenn die politischen Institutionen stark vom Welthandel und den internationalen Finanzmärkten abhängig sind? Nicht zuletzt sind die Marktimperative oft das Ergebnis politischer Entscheidungsprozesse. Sie kommen in der Regel nicht ohne Regulierung und politische Einbettung aus. Die schematische Gegenüberstellung von politischer Regulierung und ökonomischer Liberalisierung läuft Gefahr, mit einer Null-Summen-Hypothese zu operieren. Sie geht davon aus, dass eine Ausweitung ökonomischer Liberalisierung zu weniger politisch-rechtlicher Regulierung führt. Was die Null-Summen-Hypothese nicht abzubilden vermag, ist der Umstand, dass die ökonomische Liberalisierung zumeist mit neuen Regulierungen oder einer Veränderung der Regulierung, nicht ihrem absoluten Abbau einhergeht.³² Demgegenüber erscheint es aussichtsreicher zu berücksichtigen, dass die transnationale Verrechtlichung in die Weltwirtschaft verstrickt ist. Diese Wiederaufnahme des Themas aus Habermas' Theorie des kommunikativen Handelns – nämlich ein verselbstständigter Rechtsmechanismus als Organisationsmedium der Subsysteme³³ – würde die Ambitionen einer liberalen Konstitutionalisierung mit einem Ideologievorwurf konfrontieren, der in den letzten Jahren von unterschiedlichen Seiten erhoben wurde: Handelt es sich bei der Konstitutionalisierungsthese eventuell um eine Ideologie, die den Expansionstendenzen globaler Funktionssysteme ein menschliches Antlitz verleiht?³⁴

(2) Dieses Defizit in der kapitalismustheoretischen Anbindung zeitigt Folgen für das Demokratieprinzip. Kommt es zu einem Zusammenspiel von Staatsap-

30 | Insbes. im Hinblick auf Gemeingüter (*commons*) und ihre Konstitutionalisierung: Negri, Antonio: »The Law of the Common«, in: Finnish Yearbook of International Law 21 (2010), S. 16-25.

31 | J. Habermas, Zur Verfassung Europas, S. 42.

32 | So die Einsichten der Regulationsschule, vgl. Boyer, Robert/Saillard, Yves (Hg.): Regulation Theory. The State of the Art, London / New York: Routledge 2001.

33 | Vgl. Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns II (1981), Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1995, S. 534 ff.; wenigstens müsste spezifiziert werden, wie eine öffentlich-rechtliche Regulierung der Weltwirtschaft überhaupt funktionieren kann, wenn der Zugriff vom internationalen Staatensystem her auf die verrechtlichten Subsysteme verstellt ist.

34 | Vgl. Marks, Susan: The Riddle of all Constitutions. International Law, Democracy, and the Critique of Ideology, New York: Oxford University Press 2000, inbes. S. 101 ff.

paraten und marktliberaler Weltwirtschaft in hegemonialen Regimen, die auf eine inhaltlich bestimmte, freihandelsorientierte Weltwirtschaftsverfassung hindeuten,³⁵ führt dies auch zu rückwirkenden Effekten in den nationalstaatlichen Demokratien. Der Nationalstaat ist selbst Teil eines konstitutionellen Formwandels. War der alte Konstitutionalismus des demokratischen Rechtsstaats zumindest in der westlichen Welt durch Sozialstaatsgebote, Offenheit der Wirtschaftsform und der Möglichkeit einer Ausweitung der Demokratie auf die gesamte Gesellschaft gekennzeichnet, findet im transnationalen Konstitutionalismus ein Übergang zum »nationalen Wettbewerbsstaat«³⁶ statt.

Dies geht auch mit einer Entparlamentarisierung einher. Werden Entscheidungen der Haushalts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik zunehmend auf europäischer und/oder internationaler Ebene getroffen, sind die parlamentarischen Spielräume eingeschränkt.³⁷ Dabei ist der Formwandel nicht auf die Eingrenzung von Entscheidungsspielräumen beschränkt; vielmehr ergreift er das Terrain der Verfassung. Deutlichster Ausdruck ist die Einführung von Schuldenbremsen als Verfassungsinstitutionen, die das Budgetrecht der Parlamente einschränken und eine antizyklische Konjunktursteuerung erschweren. Hier findet genau jene Substantialisierung statt, die schon im Hinblick auf die Regime ausgedeutet wurde. Dies ist natürlich von besonderer Brisanz, da gerade

35 | Vgl. S. Gill, »Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations«, und die spiegelbildliche Position des deutschen Ordoliberalismus in Bezug auf die EU: Mestmäcker, Ernst-Joachim: *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2003; ferner: Brand, Ulrich/Görg, Christoph/Wissen, Markus: »Verdichtungen zweiter Ordnung. Die Internationalisierung des Staates aus einer neopoulantianischen Perspektive«, in: *Prokla – Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaften* 147/2 (2007), S. 217-234. Die dort ausgearbeitete These von der »Internationalisierung des Staates« geht davon aus, dass der kapitalistische Akkumulationsprozess immer auf eine politische Form angewiesen ist, die eigene Funktionen in den ökonomischen Produktionsverhältnissen erfüllt (beispielsweise Rechtssicherheit schafft) und soziale Kräfteverhältnisse zwischen Klassen prozessiert. Im Übergang zur Weltgesellschaft wird die Kohärenz des Nationalstaates zu Gunsten eines regulativen Netzes abgelöst, das sich durch eine Pluralität von Staatsapparaten auf unterschiedlichen Ebenen auszeichnet. Das Konzept einer Internationalisierung des Staates geht auf Nicos Poulantzas, *Die Internationalisierung der kapitalistischen Produktionsverhältnisse und der Nationalstaat*, zurück.

36 | Vgl. B. Jessop, *The Future of the Capitalist State*, S. 95 ff.; siehe für den alten Konstitutionalismus in der BRD etwa die klassische Position von Wolfgang Abendroth, »Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland«.

37 | I. Ley identifiziert eine größere Änderungsresistenz des nationalen Rechts durch Internationalisierung, vgl. dies., *Opposition im Völkerrecht*, S. 67.

die Haushaltspolitik kein Politikbereich wie alle anderen ist. Das Haushaltsrecht gilt klassisch als »Königsrecht des Parlaments«. Aber die unterschiedlichen politischen Gestaltungsalternativen können nur dann erscheinen, wenn auch Gelder verteilt und ausgegeben oder unterschiedliche Varianten der Konjunktursteuerung eingeschlagen werden können. Sonst bleibt es bei bloß deklarativen Politiken, die nicht gering zu schätzen sind, aber an bestimmte Kernbereiche politischer Gestaltung nicht heranreichen können.³⁸ In der Haushaltsdebatte findet folglich auch kein gesellschaftspolitischer Schlagabtausch mehr statt. Sie verkehrt sich in einen Ideenwettbewerb für die besten Sparvorschläge. Längst übernimmt der demokratische Rechtsstaat die Rolle eines nationalen Wettbewerbsstaats, der mit anderen Standorten der Welt konkurriert. Er steht vor dem permanenten Tribunal privatwirtschaftlicher Ratingagenturen. Sie grenzen mit ihren Bewertungen maßgeblich diejenigen fiskalpolitischen Strategien ein, die einzelne Nationalstaaten überhaupt noch aussichtsreich verfolgen können.³⁹

Die Konstitutionalisierungsthese muss aber die Persistenz des demokratischen Rechtsstaats alter Prägung unterstellen. Nur so kann die demokratische Legitimation weiterhin ihren Ort finden. Nur so können die gewählten Regierungen im internationalen Staatensystem als Ausdruck von Legitimationskreisläufen jenseits funktionaler Integration in die Weltwirtschaft begriffen werden. Die Staaten sind so sehr in die Regime verstrickt, dass sie nicht aussteigen können, ohne grundlegend andere ökonomische Entwicklungspfade einzuschlagen.⁴⁰ Der neue Konstitutionalismus schlägt auf die Verfassung des Nationalstaats durch. Er hält nicht mehr zwingend Ressourcen für eine gestaltende Weltinnenpolitik bereit. Dass regionale Kooperationsarenen regulierend auf die neoliberale Privatrechtsgesellschaft zugreifen können, unterstellt die Möglichkeit, dass die Staaten als demokratische Rechtsstaaten durch poli-

38 | Im kommunalpolitischen Bereich der BRD kann politische Gestaltung etwa kaum noch stattfinden, weil finanzielle Mittel fehlen. Es bleibt bei Mängelverwaltung oder Symbolpolitik. Kommunen beschließen das Verteilen von Organspendeausweisen, erstellen aufwändige Internetportale zur Bürgerbeteiligung, beteiligen sich an allerlei bundesweiten Kampagnen zur Hebung der Lebensqualität oder zur gesunden Ernährung, können allerdings nicht darüber entscheiden, ob nun Geld in eine neue Kita oder in den Ausbau der Hauptverkehrsstraße investiert werden soll.

39 | Gerade an der jüngsten Entwicklung in der EU ist diese Entwicklung ablesbar. Dass spätestens mit den Maastrichter Verträgen ein liberaler Binnenmarkt seine »Konstitutionalisierung« erfuhr, die der EuGH mit seiner Rechtsprechung inkrementell abgesichert hat, geht in der positiven Dialektik der Rechtsevolution oft unter, vgl. dazu nur Höpner, Martin/Schäfer, Armin: Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt a. M. / New York: Campus 2008.

40 | Vgl. die Diskussion um »Postdemokratie«: C. Crouch, Post-democracy.

tische Entscheidung voluntaristisch in der Lage sind, aus der ökonomischen Staatenkonkurrenz auszubrechen und kooperative Lösungen zu verwirklichen. Ist dieser Weg durch die geschilderten Entwicklungen verstellt, hat der Entwurf einer einhegenden Weltinnenpolitik fast »unartikulierte sozial-revolutionäre Voraussetzungen«⁴¹. Erforderlich wäre nämlich ein Ausstieg aus dem Zusammenspiel von Weltwirtschaft und Wettbewerbsstaatlichkeit. Gegen solche Gefährdungslagen erscheint es problematisch, den nationalstaatlichen Konstitutionalismus mit normativen Potentialen auszustatten, die er gegenwärtig nicht einlöst oder nur um den Preis sozialrevolutionärer Voraussetzungen erlangt. Man kann also nicht so tun, als ob der demokratische Rechtsstaat, wie er idealtypisch in den Nachkriegsgesellschaften institutionalisiert wurde, in die Weltgesellschaft ungebrochen verlängert werden kann (und sei es in dezentrierter Fassung).

Diese skeptische Diagnose zu den Spielräumen einer Weltinnenpolitik muss nicht zwangsläufig zur Resignation führen. Eventuell würde sich vielleicht doch noch eine Hintertür für die Kritik an der neoliberalen Privatrechtsgesellschaft öffnen. Wenn politische und ökonomische Verfassung nicht gegeneinander ausgespielt werden können, sondern als politökonomischer Konstitutionalismus zusammenhängen, wird deutlich, dass eine aussichtsreiche Transformation an beiden Seiten ansetzen muss. Ohne eine postneoliberale Koppelung von Wirtschaft und Weltgesellschaft bleibt es bei einer ausufernden Wettbewerbsstaatlichkeit, die demokratische Verfahren umarbeitet.

Insofern ist das demokratische Defizit der Weltgesellschaft nicht ausschließlich ein prozedurales Problem der wachsenden Verflechtung, die dazu führt, dass die Identität von Rechtsautoren und Rechtsadressaten auseinandertritt. Auch die sozialen Voraussetzungen des Demokratieprinzips, soziale Sicherungsmechanismen etwa, Koalitionsfreiheit und Streikrechte, finden bisher kaum funktionale Äquivalente in der Weltgesellschaft. Reformvorschläge zur Transnationalisierung der Demokratie oder zur Stärkung der Vereinten Nationen sind keineswegs gering zu schätzen. Sie müssen sich aber der Frage aussetzen, inwieweit sie auch effektiv in der Lage sind, die politischen Entscheidungsspielräume zu öffnen oder tatsächlich zur gewünschten Herrschaftsbegrenzung beizutragen.

41 | So lesen konsequenterweise Oliver Eberl und Florian Rödl das Verhältnis von Internationaler Politischer Ökonomie und radikaler Demokratietheorie bei Habermas, siehe dies.: »Kritische Politische Ökonomie und radikale Demokratietheorie. Eine Begegnung auf der Suche nach der postneoliberalen Weltrechtsordnung«, in: Kritische Justiz 43/4 (2010), S. 416-430, hier S. 426.

2. Verfassung der Form der Herrschaftsausübung

An dieser Stelle soll nochmal in Erinnerung gerufen werden, dass der moderne Konstitutionalismus einen Doppelcharakter trägt: Einerseits ermöglicht und formt er die Herrschaftsausübung, andererseits ist er in seiner Verbindung mit dem Demokratieprinzip auch der Anknüpfungspunkt für eine Herrschaftskritik. Sie enthält, folgen wir dem jungen Marx, das Motiv einer drohenden Rücknahme. Das muss aber nicht dazu führen, dass jede Variante des modernen Konstitutionalismus kategorisch mit normativen Überschüssen überflutet werden muss. Die Verfassungsbildung folgt in vielen Fällen einem »managerial mindset«⁴². Sie bezieht Recht und Politik aufeinander. Sie muss nicht notwendig an ein herrschaftskritisches Motiv angebunden sein. Das heißt nicht, dass bestehende Verfassungsinstitutionen nicht im Sinne eines solchen Motivs uminterpretiert werden können. Man sollte aber vorsichtig damit sein, diese Möglichkeit zum Übergang von der einen zur anderen Seite genetisch angelegt zu sehen oder gar zum einzigen Weg der Kritik zu erheben.⁴³ Deshalb soll im Folgenden gezeigt werden, dass in der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungstheorie diese politischen Spannungen verschwimmen. Sie neigt dazu, die positive Dialektik der Verfassung gegen ein dezisionistisches Außen abzugrenzen (I.2.a, ab S.128). Damit bleibt jede Spielart der Verfassungsbildung zunächst verteidigungswert. Am Beispiel der frühneuzeitlichen Policey soll sodann verdeutlicht werden, dass die Wurzeln des Konstitutionalismus nicht einseitig in die bürgerliche Revolutionsepoche zurückreichen, sondern ebenso aus der Verrechtlichung des modernen Verwaltungsstaates erwachsen (I.2.b, ab S.131). Im Lichte einer umkämpften Verfassungsevolution mit ihren unterschiedlichen Bezugspunkten erscheint es dann aussichtsreicher, den Blick auf die politischen Kämpfe innerhalb des internationalen Rechts zu richten, die sich an den aufgemachten Spannungen entzünden (I.2.c, ab S.138).

a. Kelsen oder Schmitt?

Die Konstitutionalisierungstheorie ruft stets eine Gefahr herbei. Sie lauert im ungebundenen Dezisionismus, sei es der Staaten oder inter- und transnationaler Institutionen. Die Einhegung staatlicher Willkür steht im Mittelpunkt.

42 | Vgl. M. Koskeniemi, »Constitutionalism as Mindset«, S. 13.

43 | Eine Vielzahl von Übergängen erscheint möglich, die trotzdem im Horizont des Konstitutionalismus bleiben (vgl. H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions*): Die Konfrontation einer bestehenden Verfassung mit einer anderen Verfassung (Französische Revolution); die Aneignung von Verfassungsinstitutionen durch soziale Bewegungen (Roosevelts New-Deal-Wende in den 1930er Jahren); die kantianisch inspirierte (reformerische) Möglichkeit einer Neubeschreibung von Recht und Verfassung. Letztere ist eine Möglichkeit.

Individuelle Selbstbestimmung soll vor dem einseitigen Machthandeln politischer Institutionen geschützt werden. »Die Selbstbestimmung des Menschen ist das Grundprinzip des öffentlichen Rechts, jedenfalls in seiner freiheitlich-demokratischen Tradition, das genau dieses Spannungsverhältnis zwischen einseitigen Akten und Selbstbestimmung regelt.«⁴⁴ Dies läuft seinerseits auf eine Entscheidungssituation zu. Man muss sich zwischen Immanuel Kant und Carl Schmitt, zwischen Rechtsbindung und Geopolitik entscheiden:⁴⁵ Entweder Rechtsherrschaft oder Dezisionismus der Einzelstaaten.

Das Irritierende an dieser Alternative ist, dass die Trennschärfe zwischen Recht und Politik, öffentlicher Gewalt und (privater?) Willkür eigentümlich verwischt erscheint.⁴⁶ Fraglich ist genauso, ob die Politisierungsprozesse des transnationalen Rechts mit dieser Gegenüberstellung erfasst werden können. Was ist, wenn eine *auctoritatis interpositio* im Zwischenraum zwischen Recht und Rechtsanwendung auffindbar ist, wenn die liberale Verfassung letztlich doch mit politischen Substanzen und Interessenlagen gefüllt ist, so dass die Gegenüberstellung von Dezisionismus und Rechtsherrschaft an Plausibilität verliert⁴⁷, wenn die »Gewalt des Rechts nicht das Andere seiner Form ist, sondern die Gewalt des Rechts seiner Form entspringt«⁴⁸? Wo hat in der Euphorie für die Rechtsherrschaft die grundlegende Paradoxie des Rechts ihren Platz: Das internationale Recht tritt als Garant für internationale Gerechtigkeit auf, ruft aber gleichzeitig selbst neue Ausschlüsse und Herrschaftsverhältnisse hervor.⁴⁹ Wo wird der Umstand ernsthaft bearbeitet, dass die »Verrechtlichung, Konstituti-

44 | A. v. Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, »Völkerrecht als öffentliches Recht«, S. 24, auch wenn die Autoren keine konstitutionalistische Agenda verfolgen.

45 | Vgl. J. Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, S. 187.

46 | Vgl. Prien, Thore: »Kosmopolitismus und Gewalt. Fragen an die Weltinnenpolitik mit Blick auf Vertreibung, Landgrabbing und die Kämpfe der Subalternen«, in: Franziska Martinsen/Oliver Flüger (Hg.), Gewaltbefragungen. Beiträge zur Theorie von Politik und Gewalt, Bielefeld: transcript 2013, S. 165-183.

47 | Zur *auctoritatis interpositio*, der »dazwischentretenden« Gewalt im Rechtsvollzug: Fischer-Lescano, Andreas/Christensen, Ralph: »Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie«, in: Der Staat 44/2 (2005), S. 213-241.

48 | C. Menke, Recht und Gewalt, S. 34.

49 | Vgl. die Beobachtung bei Gayatri Spivak, dass die »subalternen Epistemen« sich häufig einer Artikulation in der Rechtsform vollkommen entziehen, dies.: Righting Wrongs – Unrecht richten, Zürich/Berlin: diaphanes 2008, S. 54 ff., und vgl. auch das Zusammenspiel von Rechtscode und Enteignungspraktiken in der Weltgesellschaft bei Mattei, Ugo/Nader, Laura: Plunder. When the Rule of Law is Illegal, Oxford: Blackwell Publishing 2008.

onalisierung und Herrschaft des Rechts [...] nicht per se zur Demokratie [führen], sondern sie immer die jeweils bestehende und sich herausbildende Herrschaftsform [stärken]?«⁵⁰

Damit rückt ein weiterer Kritikpunkt an der Konstitutionalisierungstheorie ins Blickfeld. Zwischen den Erwartungen an eine Zivilisierung der Welt durch die Konstitutionalisierung des internationalen politischen Systems und dem Charakter der Regimeverfassungen klappt eine allzu große Lücke. Wenn das internationale Recht direkt in die Regime verstrickt ist, fällt es schwer, das Staatensystem zum herrschaftsbegrenzenden Hoffnungsträger zu erklären.⁵¹ Der liberale Konstitutionalisierungsdiskurs unterschlägt gewissermaßen die herrschaftlichen Wurzeln des modernen Konstitutionalismus; jene »andere Seite« der Verfassungsevolution, die weniger eine Verbindung zu den bürgerlichen Revolutionen hat als zur frühneuzeitlichen Policey, die einst die Grundlage für den modernen Gesetzgebungsstaat gelegt hatte.⁵² In den Verfassungsordnungen der Weltgesellschaft erhalten Dispositive zunehmend Dominanz, die eben nicht nur herrschaftsbegrenzend wirksam sind. Sie stützen die Hegemonieverhältnisse ab und sind eher dieser anderen Seite zuzuordnen (I.2.b, ab S. 131). Ist der moderne Konstitutionalismus erst einmal als widersprüchliches Phänomen entziffert, das keine eindeutige Zuordnung zu Herrschaftsausübung oder Herrschaftskritik erlaubt, verschiebt sich die Problemlage. De-zision und Rechtsherrschaft werden nicht mehr idealtypisch kontrastiert. Sie werden auf ihre gegenseitige Verstrickung in den *politischen Verfassungskämpfen* befragt (I.2.c, ab S. 138).

50 | Brunkhorst, Hauke: »There will be Blood«, in: ders. (Hg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, Baden-Baden: Nomos 2009, S. 99-123, hier S. 113.

51 | Vgl. für den Bereich der globalen Sicherheitslogik und der zentralen Rolle des Staatensystems: Maus, Ingeborg: »Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie«, in: Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler/Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1999, S. 276-292.

52 | Vgl. dazu Stolleis, Michael: »Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates«, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden: Nomos 1996, S. 41-61, hier S. 52 ff.; der Bezug zum modernen »Gesetzgebungsstaat« wird auch hier hergestellt: Süßmann, Johannes: »Die Wurzeln des Wohlfahrtsstaats – Souveränität oder Gute Policey?«, in: Historische Zeitschrift 285 (2007), S. 19-47, hier S. 28.

b. Policy und Verfassung

»Die Sicherheit ist der höchste soziale Begriff der bürgerlichen Gesellschaft, der Begriff der Polizei, daß die ganze Gesellschaft nur da ist, um jedem ihrer Glieder die Erhaltung seiner Person, seiner Rechte und seines Eigentums zu garantieren.«⁵³

Die moderne Verfassungsbildung wird zumeist auf eine rechtsoptimistische Fortschrittserzählung zurückgeführt. Die bürgerlichen Revolutionen hätten einem Typ politischer Herrschaft zum Durchbruch verholfen, der eine Selbstbegrenzung beinhaltet. Seine Ausübung sei an ein höherrangiges Recht gebunden, das soziale Autonomiesphären vor willkürlicher Machtausübung schützt. Bürgerliche Revolutionen, moderne Verfassungen und öffentliches Recht bildeten einen unauflösbaren Nexus.⁵⁴ Die Verfassung bindet den Odysseus der politischen Willkür an den Mast. Sie hegt den politischen Dezisionismus ein und formalisiert die Politik. Die moderne Verfassung stellt sich als herrschaftsbergrenzende Reaktion auf die Entstehung der Staatssouveränität dar. Dieses Argumentationsmuster bezieht seine Orientierungspunkte maßgeblich aus der bürgerlichen Revolutionsepoche, in deren Nachgang der Rechtsstaat seine prägenden Züge angenommen hat. Es unterschlägt dabei einen Teil der Verfassungsevolution, der viel früher datiert und doch in sie eingeht. Diese andere Seite gewinnt im Übergang zur Weltgesellschaft ein stärkeres Gewicht, als die Konstitutionalisierungsthese annimmt.

Um dieser anderen Seite nachzugehen, muss man nicht zwangsläufig auf den restaurativen Konstitutionalismus des frühen 19. Jahrhunderts zurückkommen oder auf die rechtsbindenden Mechanismen im aufgeklärten Absolutismus.⁵⁵ Man kann die Verbindung von Verfassung und moderner Staatlichkeit bis in die Frühe Neuzeit zurückverfolgen. Dort stößt man auf den Begriff der Policy. Zwischenzeitlich haben verschiedene Studien versucht ihn genauer zu beleuchten und für staats-, rechts- oder gesellschaftstheoretische Zwecke

53 | K. Marx, »Zur Judenfrage«, S. 365 f.

54 | Vgl. H. Vorländer, *Die Verfassung*, S. 7 ff. Diese Erzählung sieht sich einigen Einwänden ausgesetzt. Denn die moderne Verfassung und ihr öffentliches Recht haben nicht nur Herrschaft begrenzt, sondern gleichermaßen die moderne Staatssouveränität konstituiert und entfesselt: Preuss, Ulrich K.: »Disconnecting Constitutions from Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept?«, in: Dobner/ Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?* (2010), S. 23-46, hier S. 33 ff.

55 | Vgl. zu den Keimformen des Rechtsprinzips im aufgeklärten Absolutismus am französischen Beispiel B. Krieger, *The State and the Rule of Law*, S. 51.

fruchtbar zu machen.⁵⁶ Im 16. und 17. Jahrhundert sind in den Herrschaftsverbänden, insbesondere im Deutschland und Frankreich der damaligen Zeit, eine ganze Vielzahl von Regulierungen aufzufinden, die eine »gute Ordnung«⁵⁷ des Gemeinwesens herbeiführen sollen. Ihr Gegenstand ist das gesellschaftliche Leben. Sie reichen von Alltäglichem (Kleiderordnungen, Religion, Ehe etc.) über den Umgang mit Armen bis zu Gesundheitsschutz und wirtschaftlicher Zirkulation. So entstehen Policyordnungen, die jeweils spezifische Gegenstandsbereiche haben, etwa Religionspolicy, Armenpolicy, Gesundheitspolicy oder Getreidepolicy.⁵⁸ Den Hintergrund dafür, dass in Europa diese minutiösen Regulierungen entstehen, ist die Konsolidierung von Herrschaftsverbänden. Sie entmachten die Kirchen, die freien Städte und die mittelalterlichen Loyalitätsverhältnisse. An ihre Stelle tritt zunehmend der »ständisch gestufte, aber tendenziell vereinheitlichte Untertanenverband«⁵⁹. Die embryonale Form des modernen Staates entsteht auf der Schwelle der Policy. Die Policyverordnungen zeugen von einem Entwicklungsprozess, der »persönliche Herrschaft in die des Staatsapparats«⁶⁰ verwandelt. So entsteht »eine Form der Gemeinschaft oder eines Vereins, der durch öffentliche Autorität geleitet wird, eine Art von menschlichem Verband, sobald so etwas wie eine politische Macht oder eine öffentliche Autorität ausgeübt wird«⁶¹. Der gesamte Diskurs um die Policy erhält neue Anwendungsbereiche, beispielsweise im Wissenschaftsbetrieb als Disziplin (Policywissenschaft) oder schließlich in der modernen Polizei des Staates. Die Policy entfaltet eine eigene Dynamik und weitet ihren Geltungsbereich aus. Sie löst sich

»von den Sammlungen lokaler, städtischer und landesherrlicher Verordnungen über Kleidung und Luxus, Zünfte und Sitten, Feuergefahren und Bettler [und erstreckt sich]

56 | Vgl. Stolleis, Michael (Hg.): Policy im Europa der frühen Neuzeit, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann 1996; Foucault, Michel: Sicherheit, Territorium, Bevölkerung (= Geschichte der Gouvernementalität 1), Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2004, S. 449 ff.; Bohlender, Matthias: Metamorphosen des liberalen Regierungsdenkens. Politische Ökonomie, Polizei und Pauperismus, Weilerswist: Velbrück 2007.

57 | Iseli, Andrea: Gute Policy. Öffentliche Ordnung in der frühen Neuzeit, Stuttgart: UTB 2009, S. 8.

58 | Siehe die Beispiele bei Iseli, ebenda, S. 32 ff.

59 | M. Stolleis, »Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates«, S. 52.

60 | Ders.: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. 1. Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft, München: C. H. Beck 1988, S. 70.

61 | M. Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, S. 450.

auf die Lebensbedingungen des Volkes, auf die Formen des Zusammenlebens insgesamt und auf alle Gebiete des politischen Wesens«⁶².

Entscheidend ist, dass der policyliche Diskurs mit seiner Orientierung an der »guten Ordnung« eine produktive, ausdrücklich nichtsouveränistische Wendung nimmt. Die Policy regiert. Als »prinzipielle Lebensbetätigung des modernen Staates« hat sie »die herrschaftliche Wahrung der Ordnung im bürgerlichen Leben durch verwaltende staatliche Tätigkeit«⁶³ zum Zweck. Noch in einer Abhandlung aus der Mitte des 18. Jahrhunderts wird die Policy im Hinblick auf eine produktive Machtausübung definiert, die nicht einseitig verbietet, sondern Kräfte und Vermögen des empirischen Gesellschaftskörpers mehr:

»Im weitläufigen Verstande begreift man unter der Policy alle innerlichen Landesangelegenheiten, wodurch das allgemeine Vermögen des Staates dauerhafter gegründet und vermehret, die Kräfte des Staates besser gebraucht und überhaupt die Glückseligkeit des gemeinen Wesens befördert werden kann.«⁶⁴

Die Policy unterbindet nicht einseitig. Sie setzt Anreize. Sie bezieht wirkende Kräfte aufeinander. Sie erfasst das Leben der Bevölkerung auf dem Territorium. Sie ist um die Gesundheit des Gesellschaftskörpers bemüht. Sie legt Statistiken über das gesellschaftliche Leben an. Beamte und Funktionäre sorgen für das Allgemeinwohl.

Im Grunde laufen in der Herausbildung moderner Staatlichkeit seit dem 17. Jahrhundert zwei Entwicklungslinien aufeinander zu, die als »zwei Körper des Staates«⁶⁵ verständlich werden. Der eine, symbolische Körper des Staates »beerbt die mittelalterliche Königsmacht« und kreist um die »Konfiguration eines gemeinsamen Willens«⁶⁶. Der andere, physische Körper »umfasst den Zusammenhang von Bevölkerung, Individuen und Gütern«, das »Spiel von Leidenschaften und Interessen« sowie »einen Komplex aus veränderlichen Kräften und Vermögen«.⁶⁷ Zugespitzt formuliert und auf die moderne Verfassungsvo-

62 | Vogl, Joseph: »Staatsbegehren. Zur Epoche der Policy«, in: Deutsche Vierteljahrschrift 74/4 (2000), S. 600-626, hier S. 606.

63 | Wolzendorff, Kurt: Der Polizeigedanke des modernen Staates (1918), Aalen: Scientia Verlag 1964, S. 5.

64 | Justi, Johann Heinrich Gottlob von: Grundsätze der Policywissenschaft, Göttingen: W. Vandenhoeck 1782, §2.

65 | In Anlehnung an Ernst H. Kantorowitz' These von den beiden Körpern des Königs im Mittelalter, siehe ders.: The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology, Princeton: Princeton University Press 1957.

66 | J. Vogl, Staatsbegehren, S. 604.

67 | Ebenda.

lution bezogen: Die eine Seite ist das Problem der Souveränität und des Gesellschaftsvertrags; die andere Seite ist das der Policy, der Biomacht und der politischen Ökonomie. Es ist jener zweite, physisch-soziale Körper der Bevölkerung, auf den sich die Policy richtet. Die Policy verweist nicht auf ein transzendentes Prinzip. Sie sucht immanente Wege zur Regulierung des *corps social*.⁶⁸

Das Recht ist an beiden dieser Linien beteiligt. Es wäre falsch, das Recht einseitig dem ersten Körper des Staates zuzuordnen, der auf die Transzendenz des *corps politique* verweist. Die policyliche Linie ist nicht einfach eine wilde, ursprüngliche Akkumulation des Dezisionismus, die dann im Nachgang durchs Recht gezähmt wird. Sie spielt sich wenigstens auf drei Ebenen ab: Sie umfasst die angestrebte »gute Ordnung« des Gemeinwesens, sie bezeichnet die »herrschaftliche Tätigkeit, sie einzurichten«, und weist schließlich auch – und das wird im Folgenden wichtig sein – ihre juristische Dimension als Verordnungswesen auf.⁶⁹ Das Recht tritt gewissermaßen nicht *nach* der policylichen Intervention ein. Die Policy ist von Beginn an in hohem Maße verrechtlicht. Sie »fand somit ihren Ausdruck in Verordnungen, die in Gerichtsverfahren geformt, gewandelt und als Richterspruch festgelegt wurden«⁷⁰. Dadurch gewinnt sie zunehmend »gesetzgebenden Charakter«⁷¹. Ergänzt und komplettiert werden diese Rechtsordnungen durch institutionelle Innovationen. Dazu gehören

68 | Gerade die Studien von Michel Foucault zeigen, wie die policylichen Apparate das gesellschaftliche Leben zunehmend durchdringen. Aus der frühneuzeitlichen Policy erwächst schließlich im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert ein Machttyp, den Foucault als Biomacht bezeichnet. Die Biomacht diszipliniert die individuellen Körper der Untertanen und erfasst den sozialen Körper: »Fortpflanzung, die Geburten- und Sterblichkeitsraten, das Gesundheitsniveau, die Lebensdauer, die Langlebigkeit [...] wurden zum Gegenstand regulierender Kontrollen: Bio-Politik der Bevölkerung«, ders.: Der Wille zum Wissen (= Sexualität und Wahrheit I), Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1987, S. 166. Für Foucault legt die Biomacht die Grundlage für den Siegeszug einer spezifischen Verknüpfung von kapitalistischer Wirtschaftsweise und modernem Rechtsstaat. Denn »ohne kontrollierte Einschaltung der Körper in die Produktionsapparate und ohne Anpassung der Bevölkerungsphänomene an die ökonomischen Prozesse« (ebenda, S. 168) wäre die Entstehung des Kapitalismus nicht möglich gewesen.

69 | Vgl. J. Süßmann, »Die Wurzeln des Wohlfahrtsstaats«, S. 27; Simon, Thomas: »Gute Polizei«. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen des politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann 2004, S. 111; vom »Recht der Polizei« geht auch Luhmann aus, vgl. ders., Die Kunst der Gesellschaft, S. 325.

70 | Iseli, Andrea: »Bonne Police«. Frühneuzeitliches Verständnis von der guten Ordnung eines Staates in Frankreich, Epfendorf: bibliotheca academica Verlag 2003, S. 28.

71 | Süßmann, »Die Wurzeln des Wohlfahrtsstaats«, S. 28.

sowohl örtliche »Policybeauftragte«, die über die Einhaltung der Regeln wachen, als auch Gerichtsbarkeiten, die das Recht der Policy judizieren.⁷²

Die Rechtsstruktur der Policy deutet an, dass die Geschichte eines herrschaftsbegrenzenden Rechts, das im Fahrwasser der Aufklärung und der bürgerlichen Revolutionen entsteht, ergänzungsbedürftig ist. Der Rechtshistoriker Michael Stolleis geht sogar davon aus, dass die Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht keine Errungenschaft des 18. Jahrhunderts darstellt, sondern bis auf die Policy der Frühen Neuzeit zurückzuverfolgen ist.⁷³ Mit der policylichen Regulierung geht die verstärkte Rede vom *ius publicum* einher. Dem entspricht die zunehmende Verwendung von Formeln wie »publicus, publicare, publicum, bona publica, potestas publica« im rechtlichen Diskurs dieser Zeit.⁷⁴ Juristische Kommentare behandeln einerseits zunehmend das öffentliche Leben, Erziehung, Ehe, Gesundheit und Schutz der Gemeinschaft, andererseits evozieren die internen Kompetenzfragen des Staatsaufbaus schon inkrementell ein »komplexes Verfassungsrecht«⁷⁵. Dies lässt darauf schließen, dass die Keimformen des modernen Rechts, das »hoheitliche Element des *ius publicum*«⁷⁶, einen Teil seiner Wurzeln in der Polizei der Frühen Neuzeit hat und nicht nur vom 18. und 19. Jahrhundert her erklärbar ist. Das inkrementelle Anwachsen von policylichen Regulierungen markiert den Übergang zur modernen Gesellschaft, nicht die Epoche der bürgerlichen Revolutionen. Damit tritt ein zumeist unterschlagener, policylicher Anteil zu Tage. Gerade das öffentliche Recht ist auch als »law relating to the activity of governing« zu begreifen, das sich aus einer »assemblage of rules, principles, canons, maxims, customs, usages, and manners that condition and sustain the activity of governing« zusammensetzt.⁷⁷ Es hält eine »vernacular language«⁷⁸ bereit, um die Regierbarkeit der Bevölkerung zu sichern. Dies schließt insbesondere eine Ausweitung der Herrschaftsordnung auf neue Gegenstandsbereiche, etwa Schule und Erziehung, familiäres Zusammenleben und Gesundheit, auf die *good governance* des physischen Gesellschaftskörpers ein. Insbesondere in der deutschen Verfassungsgeschichte hat die Policy eine überaus bedeu-

72 | Vgl. A. Iseli, Gute Policy, S. 96 ff.

73 | Vgl. M. Stolleis, »Geschichte des öffentlichen Rechts«, S. 58.

74 | Vgl. ders., »Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates«, S. 54, und die Datierung der Anfänge des öffentlichen Rechts im Zeitraum von 1555 und 1648 bei ders., »Geschichte des öffentlichen Rechts«, S. 70.

75 | Ders., »Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates«, S. 54.

76 | Ebenda, S. 52.

77 | Loughlin, Martin: The Idea of Public Law, Oxford: Oxford University Press 2004, S. 30.

78 | Ebenda.

tende Rolle gespielt. »Der Antagonismus von Polizeistaat und Rechtsstaat«, so Stolleis, »wie er später in populärer Verkürzung behauptet wurde, hat deshalb in Deutschland in dieser Form nie bestanden«⁷⁹. Wenn der Konstitutionalismus einen policeylichen Anteil hat, begrenzt er nicht einfach die Herrschaftsausübung. Er ermöglicht und formalisiert sie in einem produktiven Sinne. Deshalb ist die übliche Gegenüberstellung von herrschaftsbegrenzender und herrschaftskonstituierender Verfassung korrekturbedürftig. Die herrschaftsbegrenzende Verfassung wäre eher als »herrschaftsformende« Verfassung zu verstehen,⁸⁰ die einerseits die Herrschaftsausübung über den *corps politique* formt (das Problem der Souveränität) als auch regulierend-inkrementell auf den *corps social* (das Problem der Policey und der Biomacht) zugreift.⁸¹ Die *rule of law* führt nicht zwangsläufig zu einem absoluten Abbau an Herrschaft. Im Zuge einer folgenreichen Umformung der Herrschaftsausübung überschneiden sich die beiden Linien – Verfassung des *corps politique* und des *corps social*.⁸²

Die Schwäche der neueren Verfassungstheorie im Völkerrecht besteht darin, dass sie nur eine Theorie über den *corps politique* (in diesem Falle das Völkerrecht) bereithält und die Verfassungslehre des *corps social* (also der Weltgesellschaft und beispielsweise der Weltwirtschaft) verdrängt. Das Recht des *corps politique* steht gewissermaßen empirisch und normativ über dem Recht des *corps social*. Wird jedoch, wie eingangs in Anlehnung an den jungen Marx erläutert, nicht von einer einheitlichen, sondern spannungsreichen Verfassungsevolution ausgegangen, ist fraglich, ob eine stets abrufbare Verbindung zu den emanzipatorischen Idealen, der Demokratie und der Aufklärung aufrechtzuerhalten ist. Wenn man davon ausgeht, dass selbst »hegemoniales Recht noch Recht ist«⁸³, setzt man auf eine positive Dialektik des modernen Rechts. Die hintergründige Logik der Rechts- und Moralentwicklung erlaubt es, in jedes policeyliche Recht doch noch eine Verbindung zu den Idealen der Aufklärung und zum transzendenten *corps politique* hineinzulegen. Mag das vorliegende internationale Recht noch so hegemonial überformt sein, die Rechtsevolution hält die emanzipatorischen Potentiale präsent. Ist dieser Optimismus aufrechtzu-

79 | M. Stolleis, »Geschichte des Öffentlichen Rechts«, S. 392.

80 | Vgl. C. Möllers, »Verfassungsgebende Gewalt«, S. 235 f.

81 | Eingehender zu dieser Verschränkung von Herrschaft und Regierung siehe Möller, Kolja: »Herrschen und Regieren. Zur Doppelstruktur der konstituierenden Macht«, in: Thore Prien (Hg.), *Das Staatsverständnis des Postoperaismus*, Baden-Baden: Nomos 2015, S. 95-117.

82 | Der Ausgangspunkt der Studie, nämlich das Verfassungsdenken des jungen Marx, ist auch deshalb so gewählt, weil hier beide Linien, Souveränitätsproblem und bürgerliche Gesellschaft, noch nicht hierarchisiert vermittelt werden.

83 | J. Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, S. 181.

erhalten, wenn die Verfassungsevolution nicht als teleologisches Fortschreiten der Vernunft gelten kann, wenn sie den Schauplatz für beide Entwicklungslinien bereitstellt, wenn die Konstitutionalisierung der Weltgesellschaft den Polizeianteil im Recht verstärkt?⁸⁴

Der Formwandel der Verfassungsevolution im Übergang zur Weltgesellschaft legt jedenfalls nahe, dass diese Anteile eher dominanter werden, als dass sie weichen. Der Völkerrechtler Martti Koskenniemi hat dies mit dem Begriff des »managerial mindsets« beschrieben, das mit der Ausbreitung funktional spezialisierter Regime einhergeht.⁸⁵ Rechtlich-politische Formen dienen, wie gezeigt wurde, immer stärker der Durchsetzung von substantiellen Programmen einer »guten Ordnung«. Dies wurde im zweiten Teil im Hinblick auf die Weltwirtschaftsverfassung ausgeführt (I.1, ab S. 34). Im Mittelpunkt steht die Verallgemeinerung eines substantiell bestimmten Freihandelsprojekts, einer »guten Ordnung« der internationalen politischen Ökonomie. Diese Entwicklung wird wiederum – ganz ähnlich der frühneuzeitlichen Policey – getrieben von regulativen Zugriffen auf das ökonomische Geschehen, die ihre kleinteiligen Orientierungspunkte zuerst in lokalen Abkommen, Verhaltenskodizes, expertisegetriebenen Regulierungen und weniger in übergreifenden, allgemeinen Gesetzen finden. Und die »gute Ordnung« ist nicht auf die hybriden Arrangements der Weltwirtschaft beschränkt. Sie taucht prominent im Kernbereich der Konstitutionalisierung des Völkerrechts auf. Mit Blick etwa auf die Figur der »humanitären Intervention« lässt sich zeigen, dass das internationale Recht zwischenzeitlich nicht nur der Friedenssicherung dient. Es soll auch »gute Ordnungen«, *good governance* in die Welt transportieren.⁸⁶ Was hier zu Tage tritt, ist eventuell eine postmoderne Spielart der frühneuzeitlichen Policey: »Globalizations gute Policey«⁸⁷. Die Policey ordnet das Gemeinwesen auf eine »gute Ordnung« hin. Dieses übergreifende Ziel macht eine »rechtserhaltende Gewalt« erforderlich, die nicht nur Recht durchsetzt, sondern auch erhält, wenn sie Lücken füllt und Anpassungsbedarfe feststellt. Dabei wird die

84 | Diese Tendenz der Policey als »beherrschender Teil« (Naucke, Wolfgang: »Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d. i.: Vom Ende der Metaphysik im Recht«, in: Gerhard Dilcher/Bernhard Diestelkamp (Hg.), *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 1986, S. 177-187, hier S. 184) wird schon für die Industriegesellschaft diagnostiziert bei ebenda, insbes. S. 179.

85 | Vgl. M. Koskenniemi, »Constitutionalism as Mindset«, S. 13.

86 | Zur Kritik: I. Maus, »Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie«.

87 | So Somek, Alexander: »Administration without Sovereignty«, in: Dobner/Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?* (2010), S. 267-287, hier S. 273.

»rechtserhaltende Gewalt« selbst »rechtssetzend«. ⁸⁸ Die Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung verschwimmt.

Damit ist ein weiteres Mal auf den Formwandel der Verfassungsevolution zurückzukommen. Wenn die policeyliche Linie privilegiert ist, verändert sich die Perspektive auf eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts. Es ist in dieser Konstellation offen, ob das internationale Recht noch aus sich heraus die gespeicherten emanzipativen Potentiale aufweist, die der Weltgesellschaft abrufbereit zur Verfügung stehen sollen. Die Folge dieser Herangehensweise ist weniger, dass die Konstitutionalisierungsthese einfach nur unkritisch der faktischen Verrechtlichung folgt, sondern dass die erste, relevante Konfliktlinie zunächst immer eine ums Recht ist. Da das Recht diejenigen historischen Lernprozesse »speichert«, die der Marxismus einst in der Entwicklung der ökonomischen Produktionsverhältnisse angesiedelt hatte, hält jede Verrechtlichung doch noch normative Überschüsse abrufbereit, die auch in kritischer Absicht genutzt werden können. ⁸⁹ Am Ende kann hegemoniales Recht durch rechtsimmanente Neubeschreibung ent-hegemonisiert werden. Die Rechtsevolution wird aus sich heraus allerdings kaum in der Lage sein, die policeyliche Dominanz in eine normativ gehaltvolle Verfassungsbildung zu überführen. Sie ist damit überfordert, für die Hegemonie, die Kritik und die Transformation die alleinige Zuständigkeit zu erhalten.

c. Die Politik des internationalen Rechts

Fraglich ist also nicht nur, wie mit der herrschaftlichen Seite der Verrechtlichung umzugehen ist. Fraglich ist auch, wie die Kämpfe ums Recht, um die Anteile der jeweiligen Entwicklungslinien eine Berücksichtigung erfahren können. Der Fluchtpunkt besteht zunächst in der Annahme, dass selbst hegemoniales Recht noch Recht sei. Mag das internationale Recht noch so politisch überformt, in Ausbeutung und Herrschaft verstrickt sein, es ist Recht. Und als Recht bietet es die Möglichkeit, am eigenen rechtlichen Maßstab gemessen zu werden, der – folgen wir den Annahmen der Konstitutionalisierungsthese – starke normative Überschüsse im Hinblick auf Demokratie und Werte wie Freiheit, Menschenwürde und Gleichheit enthält. Dann stellt sich aber die Frage, wie das hegemoniale Recht aussichtsreich ent-hegemonisiert werden kann. Schließlich wird es jeden Versuch der Befragung zunächst in das nichtrechtliche Außen verweisen oder eingemeinden. Dies lenkt den Blick auf

88 | Siehe dafür auch die Rekonstruktion von Walter Benjamins Text zur »Kritik der Gewalt« bei Loick, Daniel: Kritik der Souveränität, Frankfurt a. M./New York: Campus 2012, S. 181 ff., insbes. S. 184.

89 | Das Recht wird unter dem Gesichtspunkt einer Evolution normativer Bewusstseinsstrukturen begriffen, die zunehmend »universalistisch« werden, siehe J. Habermas, Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, S. 260.

das Problem, wie sich eine bestimmte Anschauung und Funktion des Rechts überhaupt als »hegemonial« etabliert und wie seine Befragung möglich wird. Auf dem Spiel steht die politische Dimension des internationalen Rechts, und zwar in einem spezifischen, nichtinstrumentellen Sinne. Unter einer Politik des internationalen Rechts soll nicht nur die bloße, externe Instrumentalisierung des Rechts für politische oder ökonomische Zwecke verstanden werden, sondern auch die rechtsinternen Politisierungsbedingungen, die schließlich dazu führen, dass überhaupt von einem dauerhaften hegemonialen Recht die Rede sein kann.

Die Überlegungen der neueren *Critical-legal-studies*-Bewegung und kritischer Theorien des internationalen Rechts halten hier eine Reihe von weiterführenden Einsichten bereit.⁹⁰ Sie nehmen ihren Ausgangspunkt in der Unbestimmtheit des Rechts. Seine Konkretisierungsbedürftigkeit und »opportunistische« Anpassungsfähigkeit trägt stets ein politisches, teils auch dezisionistisches Moment.⁹¹ Das Recht gewährleistet nicht die ihm zugeschriebene »Neutralität, Objektivität und Rationalität«⁹². Es führt Unentscheidbarkeiten mit. Sie ziehen sich vom interpretationsbedürftigen Text des Rechts, der sprachliche Differenzen enthält, über den normativen Anspruch des modernen Rechts, sowohl Individuum als auch die Gesellschaft als Ganze zu schützen, bis hin zur Konstruktionsleistung von Fällen und Relevanzen, die das Rechtssystem aktiv herstellt. Regelmäßig sind hier Politiken des Rechts im Recht am Werk. Sie versuchen die Paradoxien des Rechts in Bestimmtheit zu überführen. Den Politiken der juristischen Intellektuellen muss es gelingen, ihre Positionen als unausweichlich darzustellen. Sie verbergen die Rechtsparadoxien.⁹³

90 | Zu den *critical legal studies*: Kennedy, Duncan: *A Critique of Adjudication*, Cambridge/London: Harvard University Press 1997, und Frankenberg, Günter: »Partisanen der Rechtskritik. Critical Legal Studies etc.«, in: Sonja Buckel/Andreas Fischer-Lescano/Ralph Christensen (Hg.), *Neuere Theorien des Rechts*, Stuttgart: Lucius & Lucius 2006, S. 97-116; vgl. auch den Überblicksband zum Verhältnis der *crits* und der deutschen Rechtskritik: Joerges, Christian/Trubek, David M. (Hg.): *Critical Legal Thought. An American-German Debate*, Baden-Baden: Nomos 1989.

91 | Vgl. Koskeniemi, Martti: »Hierarchy in International Law. A Sketch«, in: *European Journal of International Law* 8/4 (1997), S. 566-582, hier S. 571.

92 | Vgl. Kennedy, Duncan: »Comment on Rudolf Wiethölter's »Materialization and Proceduralization in Modern Law«, and »Proceduralization of the Category of Law« (1989), in: *German Law Journal* 12/1 (2011), S. 474-487, hier S. 483.

93 | Teubner kritisiert die Unbestimmtheitsthese dafür, zu oberflächlich im Überbau der dogmatischen Rechtsarbeit anzusetzen, vielmehr müsse von einer »Realparadoxie« in der Grundstruktur des Rechts ausgegangen werden, siehe ders.: »And God laughed ...« Indeterminacy, Self-Reference and the Paradox in Law« (1989), in: *German Law Journal* 12/1 (2011), S. 376-406, hier S. 386.

Das Ziel dieser kritischen Rechtsbetrachtung besteht also ausdrücklich nicht in einem *anything goes*; vielmehr soll gezeigt werden, wie die Systematizität des Rechts auf einem prekären Terrain entsteht, das von unterschiedlichen Rechtspolitiken durchdrungen ist.⁹⁴

Dies führt ausdrücklich nicht zu der Annahme, dass das moderne Recht nichts anderes darstellt als willfährigen Dezisionismus des Richterstandes.⁹⁵ Die Politik des Rechts im Recht muss im Umfeld des juristischen Formalismus operieren. Damit formt das Recht die Dezision und bürdet ihr auf, Anschluss an bestehende Systematizität zu gewinnen oder neue Begründungszusammenhänge zu etablieren.⁹⁶ Um es nochmals zu betonen: Das Recht ist nicht nur Instrument der Herrschaftsausübung, sondern formt die Herrschaftsausübung. Dies führt dazu, dass in diesem Prozess der »Formung« selbst (rechts-)politisch gerungen wird.

Damit wird aber eine Betrachtung möglich, die danach fragt, welche Verfassungspolitiken hier wirksam sind, wie juristische Hegemonieverhältnisse entstehen und wie man sie befragen kann. Die Diskursgeschichte des Völkerrechts, die Martti Koskeniemi vorgelegt hat, kann erste Anhaltspunkte für eine solche Betrachtung bieten.⁹⁷ Seine Kernthese geht von einer widersprüchlichen Grundstruktur des Völkerrechts aus. Demnach weist der internationale Rechtsdiskurs eine interne Struktur auf, die zwischen apologetischem Realismus und utopischen Idealvorstellungen oszilliert.⁹⁸ Koskeniemi macht im Völkerrecht ein strukturbildendes Motiv aus, das seine Wurzeln in den liberalen Vertragstheorien hat: Sie wollen die Herrschaft von den subjektiven Rechten des Individuums her legitimieren, schlagen aber in der Regel ebenso eine Theorie vor, die es ermöglicht, subjektive Rechte einzuschränken oder aufzuheben.⁹⁹ Einerseits stehen subjektive Rechte im Zentrum moderner Herrschaftslegitimation. Das Recht soll die Individuen schützen, damit sie ihre Freiheit ausüben können. Andererseits entdeckt Koskeniemi in den klassischen Ver-

94 | So lautet die eindeutige Zurückweisung der *Anything-goes*-Kritik an den *crits* bei Kennedy, Duncan: »A Left Phenomenological Critique of the Hart/ Kelsen Theory of Legal Interpretation«, in: Kritische Justiz 40/3 (2007), S. 296-305, inbes. S. 300 ff.

95 | Die »Struktur des Rechts sichert die Möglichkeit der Dekonstruktion«, Derrida, Jacques: Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autorität, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 30.

96 | Vgl. Buckel, Sonja: Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, Weilerswist: Velbrück 2007, S. 126 ff.

97 | Koskeniemi, Martti: »The Politics of International Law«, in: European Journal of International Law 1/1 (1990), S. 4-32, und ders.: From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

98 | Vgl. ebenda, S. 67 ff.

99 | Vgl. ebenda, S. 84.

tragstheorien immer wieder Mechanismen für den Fall, dass subjektive Rechte im Hinblick auf das Allgemeinwohl auszusetzen sind.¹⁰⁰ Er zeigt, dass diese paradoxe Zielvorstellung wie ein Alp auf dem internationalen Rechtsdiskurs lastet. Schlagen die liberalen Lehren vom Gesellschaftsvertrag vor, subjektive Rechte gleichzeitig zu gewährleisten und auszusetzen, so soll das internationale Recht sowohl die Souveränität der Staaten als auch die internationale Gemeinschaft als Ganze, mithin normative Güter wie Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden schützen. Der internationale Rechtsdiskurs vollzieht die paradoxen Grundannahmen der liberalen Vertragslehren nach: Er gleitet zwischen Apologie und Utopie.

Als über den Wandel gesellschaftlicher Umstände erhaben erweisen sich zwei typische Argumentationsmuster. Sie verfolgen jeweils einen stark universalisierenden Anspruch, den sie von unterschiedlichen Seiten zu erhärten suchen. Das erste typische Argumentationsmuster ist idealistisch bestimmt. Die Idealisten plädieren für den internationalen Schutz normativer Güter. Aus diesem verhältnismäßig abstrakten Anspruch nehmen sie eine absteigende politische Konkretisierung vor. Sie müssen auf die Frage antworten, was es bedeutet, den Frieden zu sichern oder die Menschenrechte durchzusetzen. Demgegenüber argumentieren die Realisten von einer anderen Seite her. Sie beziehen sich nicht auf höchste normative Güter. Eher wählen sie die empirischen Realitäten der Staatenwelt und die Souveränität der Einzelstaaten zum Ausgangspunkt ihrer Rechtsauffassung.¹⁰¹

Die Pointe der Diskursgeschichte des internationalen Rechts, die Koskeniemi vorschlägt, ist im Zusammenspiel der paradoxen Strukturmerkmale des internationalen Rechts und den jeweiligen Reflexionstheorien angelegt. Da das Völkerrecht nicht auf festem Grund ruht, erscheint das Wechselspiel zwischen Idealisten und Realisten als schlichter Ausdruck der widersprüchlichen Prämissen des internationalen Rechts. Die Politisierung des internationalen Rechts ist kein Privileg der Realisten. Beide typischen Argumentationsmuster politisieren das internationale Recht auf ihre Weise und beide werden den Dezisionismus nicht vollständig los. Dies ist bei der idealistischen Seite der Fall, wenn es um die höchsten Güter geht: Soll etwa im Hinblick auf den Erhalt der Menschenrechte bestehendes Friedensvölkerrecht außer Kraft gesetzt werden? Demgegenüber argumentieren die Realisten aufsteigend. Sie wollen die Akzeptanz des internationalen Rechts als Souveränitätsschutz dadurch erhalten, dass es ausgesetzt oder bestehenden politischen Problemlagen angepasst wird. Man muss den rechtlichen Formalismus nicht gering schätzen, um zu zeigen, dass die Rechtsbindung allein noch kein befriedigendes Programm zur Zivilisierung der Welt abgibt. Das Plädoyer für eine »formale Rechtsherr-

100 | Vgl. ebenda, S. 71 ff.

101 | Vgl. ebenda, S. 59.

schaft« wird zunehmend »unbefriedigend«: »Arguments from legal principles are countered with arguments from equally legal counter-principles. Rules are countered with exceptions, sovereignty with sovereignty.«¹⁰²

Es gilt, den rechtlichen Formalismus dahingehend ernst zu nehmen, dass er die Herrschaftsausübung formt und nicht nur einseitig begrenzt. Aus dieser Perspektive, die von der kritischen Diskursgeschichte des internationalen Rechts geprägt ist, kann die Diskussion um die Verfassungsbildung jenseits des Staates gerade nicht einfach in die Gegenüberstellung von Recht und Nicht-recht eingeordnet werden. Die jüngeren Versuche, so etwas wie eine Globalverfassung auszuweisen, reproduzieren nur eine transnationale Verfassungsparadoxie, wenn sie zwischen Rechtsbindung und politischem Dezisionismus hin- und herlavieren.¹⁰³

Das Programm einer herrschaftsbegrenzenden Konstitutionalisierung hält bisher keine Antwort für den Umstand bereit, dass das paradoxe Verhältnis von Politisierung und Rechtszustand in die limitativen Ambitionen liberaler Verfassungsbildung eingeschrieben ist. Die Bindung an ein höherrangiges Recht allein wird der Herausforderung nicht gerecht. Sie ist nur eine Seite der Paradoxie und damit Teil eines iterativen Spiels, das Rechtsbindung gegen Dezision ausspielt und umgekehrt. Der liberale Konstitutionalismus wird den Dezisionismus nicht los, auch wenn er ihn in eine neue Form überführt, die vollkommen ungebundenes Entscheiden erschwert. Diese Einsichten führen zu einer wesentlich defensiveren oder wenigstens anderen Einschätzung der normativen Potentiale einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts.¹⁰⁴

In Koskeniemi's neueren Überlegungen wird das politische Moment des internationalen Rechts leicht verschoben. Es taucht vor allem dort auf, wo unterschiedliche, funktional spezifizierte Rechtsregime dabei sind, auf bestehende Herausforderungen zu reagieren oder selbst neue Problemlagen ins Spiel zu bringen. Die Folge ist eine umstrittene »Politik der Definition«, die im Umfeld eines fragmentierten Völkerrechts zum zentralen Auseinandersetzungsfeld avanciert.¹⁰⁵ Der Zugriff auf die Normativität des Rechts ist hier allerdings ein schwacher. Die Rechtsform übernimmt die Rolle eines *gentle civilizer*, der unterschiedlichen Interessenlagen und politischen Projekten ein Terrain zur

102 | Ebenda, S. 543.

103 | Für die Kreuzung von Kant und Schmitt vgl. das Plädoyer, den Afghanistaneinsatz dafür zu nutzen, eine freiheitliche Globalverfassung zu definieren, bei Slaughter, Anne-Marie/Burke-White, William: »An International Constitutional Moment«, in: Harvard International Law Journal 43/1 (2002), S. 1-22.

104 | Siehe Koskeniemi's Plädoyer für die Spielräume einer praktischen Urteilskraft der *international lawyers* im rechtlichen Formalismus, ders., »Constitutionalism as Mindset«.

105 | Vgl. ders., »The Politics of International Law – 20 years later«, S. 11.

Verfügung stellt.¹⁰⁶ Das internationale Recht selbst ist allerdings im Hinblick auf seine Befragung auf ein Supplement verwiesen, etwas Drittes, das hinzu-stößt, um die hegemoniale Konkretisierung des Rechts zurückzudrängen. Erforderlich erscheint eine alternative Politisierung des Rechts zu sein, die sich nicht im Verweis auf die Allgemeinheit des internationalen Rechts und eine immanente List der Rechtsvernunft erschöpft.

3. Menschenrechte

Bisher hat sich der Argumentationsgang auf die beiden ersten Strukturmerkmale der Verfassung, auf die höherrangige Verknüpfung von Recht und Politik sowie auf die Regierungsart, bezogen. In einem letzten Schritt soll das dritte Strukturmerkmal näher beleuchtet werden, nämlich die Rolle von Menschenrechten. Hier profiliert die Konstitutionalisierungsthese eine kosmopolitische Rekonstruktion der Menschenrechte. Sie geht davon aus, dass die Menschenrechte nicht nur die Lücken füllen sollen, die entstehen, wenn sich Menschen nicht mehr auf dem Territorium ihres Staates befinden und der staatsbürgerlichen Rechte entbehren. Ihr Bedeutungsgewinn nach dem Zweiten Weltkrieg und ihre Ausweitung auf immer neue Gegenstandsbereiche werden so interpretiert, dass sie zu individuellen Weltbürgerrechten werden.¹⁰⁷ Sie sind als eine Art Grundrechtsteil der Globalverfassung wirksam. Die internationale Gemeinschaft soll sie gewährleisten und im Zweifel durch militärische Intervention durchsetzen. Tatsächlich stellt sich die Frage, inwieweit die Menschenrechte nicht doch einen allgemeinen Bezugspunkt darstellen, der über die Fragmentierung des internationalen Rechts erhaben ist. So könnten sich wenigstens Spielräume für eine Ächtung der größten Rechtsverletzungen ergeben.

Auch an dieser Stelle ist die Frage nach dem Formwandel aufgeworfen. Fraglos durchzieht die Verbreitung der Menschenrechte nach dem Zweiten Weltkrieg eine kosmopolitische Ambition. Sie reicht von den Menschenrechts-erklärungen und der Kritik an den Exzessen staatlicher Gewalt bis hin zur Stärkung sozialer Rechte. Aber spätestens mit dem Zusammenbruch des realexistierenden Sozialismus tritt eine Komponente globaler Menschenrechtspolitik hinzu. Die Menschenrechte avancieren zu einer verbreiteten und damit kosmopolitischen Sprache, die in einer Vielzahl von politischen Projekten der Weltgesellschaft ihren Niederschlag findet. Der Ausbau des Menschenrechts-

106 | Vgl. ders., *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

107 | Vgl. Benhabib, Seyla: *Another Cosmopolitanism*, New York: Oxford University Press 2006, S. 27 ff.; vgl. für eine Diskussion internationaler Bürgerschaft Colliot-Thélène, Catherine: *La Démocratie sans »demos«*, Paris: Presses Universitaires de France 2011, S. 163 ff.

schutzes in den Vereinten Nationen, der Versuch westlicher Staaten, ihre militärischen Interventionen mit dem Kampf für die Menschenrechte zu begründen, und der Menschenrechtsaktivismus neuer sozialer Bewegungen sind nur einige Beispiele für ihre allgegenwärtige Rolle. Einerseits ist eine Ausweitung der Menschenrechte auf immer neue Sphären zu beobachten. Sie übersteigt schon längst die klassischen Zugriff, wonach Menschenrechte vor allem negative Abwehrrechte gegen staatliche Willkür bereithalten. Inzwischen gewinnen soziale Rechte, Umweltrechte oder die Rechte indigener Völker zunehmend an Bedeutung.¹⁰⁸ Um diese neuen Felder entsteht sogar ein starker politischer Aktivismus.¹⁰⁹ Auf der anderen Seite hat im Zuge einer liberalen Revolution im Völkerrecht seit den 1990er Jahren eine ausufernde Instrumentalisierung stattgefunden, um Hegemonialprojekte des Westens zu rechtfertigen.¹¹⁰ Die herrschaftsbegrenzenden Dimensionen der Menschenrechte und ihr kritischer Fluchtpunkt schwinden zu Gunsten einer Legitimationsideologie für die weltweite Durchsetzung des westlichen Entwicklungsmodells.¹¹¹ Sie sind nicht einfach der »Rahmen des Widersprechens«, mit dem die Entrechteten der Welt ihre Unrechtserfahrungen sichtbar machen, sondern ein »Dispositiv für weltpolitische Vorgänge«.¹¹² Längst hat sich die Gute Policy der Globalisierung der Menschenrechte bemächtigt, um ihre Ordnungsvorstellungen zu verallgemeinern. Hier wird das Verhältnis von Menschenrechten und kollektiver Selbstbestimmung durchtrennt. Sie schlagen in repressive Toleranz um (I.3.a, ab S. 144). Die Menschenrechte bleiben allerdings auch ein Mittel der Kritik: Sie können durchaus als Anknüpfungspunkt dienen, um die bestehenden Mechanismen der Konstitutionalisierung zu befragen. Dann übernehmen sie die Rolle eines vorläufigen Platzhalters für die Frage, wer welchen Anteil, wer überhaupt ein Recht auf Rechte in der Weltgesellschaft hat. Dies ist jedoch eine Folge ihrer politischen Aneignung, nicht der Menschenrechte selbst (I.3.b, ab S. 147).

a. Repressive Toleranz

Dass Menschen- und Grundrechte in eine repressive Toleranz übergehen können, ist keine neue Beobachtung. Schon die klassische Menschenrechtskritik

108 | Vgl. zu den Menschenrechten der »dritten Generation« etwa Riedel, Eibe: »Menschenrechte der dritten Generation«, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 16 (1989), S. 9-21.

109 | Vgl. Rajagopal, Balakrishnan: *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

110 | Eine Genealogie dieser liberalen Revolution zeichnet S. Marks, *The Riddle of all Constitutions*, S. 30 ff., nach.

111 | Vgl. Douzinas, Costas: *The End of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2000, S. 380.

112 | Siehe C. Vismann, »Das Recht erklären«, S. 325 u. S. 335.

setzt hier an: Werden die Grund- und Menschenrechte nur in einem liberal-naturrechtlichen Sinne verstanden, der zentrale gesellschaftliche Institutionen, wie das Privateigentum, die Erziehung oder die Geschlechterverhältnisse, vor staatlichem Eingriff schützen soll, geht dies in der Regel mit einer Reifizierung einher. Die gesellschaftlichen Institutionen erhalten einen vorpolitischen, unbefragbaren Charakter. Sie sind der gesellschaftlichen Neuverhandlung entzogen. Dieser Zug bringt einen verkehrenden Nebeneffekt hervor: Wenn die Menschenrechte als vorpolitische Rechte verstanden werden, die schon bestehende gesellschaftliche Institutionen schützen sollen, entsteht so eine Programmformel für das Handeln der staatlichen Exekutive. Da letztere sowohl an den Gesetzgebungsprozess als auch an den Schutz der Menschenrechte gebunden ist, eröffnen sich Spielräume dafür, das eigenmächtige Handeln mit einer Legitimationsgrundlage zu versehen. Die Exekutive kann stets in Anschlag bringen, die Menschenrechte zu verteidigen, wenn es darum geht, staatliche Politik mit zwingend durchzusetzenden Werten in Verbindung zu bringen. Dadurch verkehrt sich das auf den ersten Blick staatskritische Anliegen der naturrechtlich-liberalen Konzeption in eine Vorlage für die Verselbstständigung staatlicher Exekutivorgane, für eine Verstaatlichung der Menschenrechte.

Dies führte schon im Bereich der Rechtskataloge auf nationalstaatlicher Ebene zur Beobachtung, dass Grundrechte zu »repressiven gesellschaftlichen Formen«¹¹³ werden können. Hier tritt die verkehrende Bewegung ein weiteres Mal auf. Demnach schützt die Judikative nicht demokratieermöglichende Autonomien, wenn sie die Grundrechte konkretisiert; vielmehr stützt sie die Ordnungssubstanz der kapitalistischen Gesellschaft, indem sie einen Wertekatalog definiert, den der politische Prozess nicht antasten darf.¹¹⁴ Sie zurrut die gesellschaftlichen Verkehrsverhältnisse rechtlich fest. Dabei erleben die Grundrechte eine Transformation. Durch den Verlust an Unbestimmtheit, durch ihre Füllung mit der Ordnungssubstanz der jeweiligen Gesellschaftsordnung wird »Freiheit als Repression«¹¹⁵ institutionalisiert. Diese repressive Toleranz führt ihren freiheitsverbürgenden Gehalt ad absurdum.¹¹⁶

113 | Preuss, Ulrich K.: »Zum Strukturwandel politischer Herrschaft im bürgerlichen Verfassungsstaat«, in: Claudio Pozzoli (Hg.), Rahmenbedingungen und Schranken staatlichen Handelns. Zehn Thesen, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1976, S. 71-88, hier S. 82.

114 | Siehe ders.: Legalität und Pluralismus. Beiträge zum Verfassungsrecht der BRD, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1973, S. 17 ff.

115 | Ders., »Zum Strukturwandel politischer Herrschaft im bürgerlichen Verfassungsstaat«, S. 80.

116 | Zur repressiven Toleranz: Marcuse, Herbert: »Repressive Toleranz«, in: Robert Paul Wolff/Barrington Moore/ders., Kritik der reinen Toleranz, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1966, S. 91-128.

»An die Stelle des Verhältnisses von grundrechtlich gesicherter staatsbürgerlicher Freiheit zur legalitär gebundenen staatlichen Herrschaft und deren demokratische Verfügbarmachung durch demokratische Teilnahmerechte tritt das synallagmatische Verhältnis von Schutz und Gehorsam, von Fürsorge und Treue.«¹¹⁷

In diesem Phänomenbereich steht in der BRD die Idee der freiheitlich-demokratischen Grundordnung als »Superlegalität«¹¹⁸ im Mittelpunkt des Interesses. Hier hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Kerne der Gesellschaftsverfassung festgesetzt, die dem demokratischen Prozess vor- und übergeordnet sind.

Die Kritik an der Euphorie für die Menschenrechtsdurchsetzung in der Weltgesellschaft verläuft ähnlich. Die hegemonialen Apparate der Weltgesellschaft schließen die Menschenrechte mit dem westlichen Entwicklungsmodell kurz. Damit – so lauten skeptische Befunde – sei ein »Ende der Menschenrechte«, zumindest ihres kritischen Gehalts, eingeläutet.¹¹⁹ Sie dienen nicht mehr zur Kritik oder gar zum Widerstand, sondern sind längst in die hegemonialen Sprachspiele eingemeindet. Eine ganze Reihe von Analysen zeigt beispielsweise, wie stark die Rede von den Menschenrechten auf die Rahmung von sozialen Konflikten einwirkt.¹²⁰ So werden etwa Bürgerkriegs- und Gewaltszenarien zunehmend als humanitäre Katastrophen thematisiert, die tieferliegenden Ursachen sowie der Umstand, dass sich selbst solche Bürgerkriegsszenarien oft nicht mit humanitärer Hilfe beheben lassen, bleiben jedoch im blinden Fleck. Die Folge ist also nicht nur eine stärkere moralische Sensibilisierung für Vorgänge in anderen Teilen der Welt, sondern auch eine folgenreiche Viktimisierung. Der Völkerrechtler Makau Mutua entdeckt einen paradigmatischen Zirkel, in dem immer wieder Einzelpersonen oder soziale Gruppen als »Opfer« dargestellt werden, deren Leben dann durch die externe Intervention meist westlicher Befreier gerettet werden müsse. Er nennt diesen Zirkel »Savages – Victims – Saviors«, den er als Narrativ in den neueren humanitären Interventionen entdeckt: »Wilde« begehen Menschenrechtsverletzungen an Opfern, die

117 | U. K. Preuss, »Zum Strukturwandel politischer Herrschaft im bürgerlichen Verfassungsstaat«, S. 81.

118 | Ders., Legalität und Pluralismus, S. 17 ff.

119 | Vgl. C. Douzinas, *The End of Human Rights*; siehe auch Vismanns Problembe-schreibung, dass es »zu einer Verrechtlichung der Menschenrechte gekommen ist, die von der [...] Anlage der Menschenrechte nicht viel übrig lässt«, dies., »Das Recht erklären«, S. 331. Für die Autorin steht der Schließungseffekt einer Institutionalisierung gegenüber der widerständigen Redeform der Menschenrechte im Mittelpunkt.

120 | Zur Übersicht: Kennedy, David: »The International Human Rights Movement: Part of the Problem?«, in: *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002), S. 101-125.

sodann von westlichen Befreiern gerettet werden sollen.¹²¹ Hier, so lautet die Kritik, übernehmen die Menschenrechte eine geradezu passivierende Funktion, indem sie die handelnden Akteure immer nur in die Rolle eines hilfebedürftigen Opfers drängen (und gerade nicht als Weltbürger betrachten). Damit mystifizieren sie die Konfliktlagen und ihnen entgehen die analytischen Ressourcen, um tatsächlich Hilfe leisten zu können. Alles läuft auf die tragische Tendenz zu einer »wertzerstörenden Wertverwirklichung« hinaus.¹²²

b. Platzhalterfunktion

Dies führt zu der Einsicht, »dass das Wort Menschenrechte mit einem immensen symbolischen Kapital, von einer Vielzahl relativ unabhängiger Diskurse, Praktiken, Institutionen und Kampagnen kooptiert wurde«¹²³. Die aufscheinende Offenheit der Menschenrechte als populäre Form, die das Rechtssystem »über seine Grenzen hinaus popularisiert«¹²⁴, eröffnet vielleicht doch noch Spielräume, die nicht zwangsläufig auf die repressive Toleranz festgelegt sind. Der Haupteinwand richtete sich bisher vor allem gegen Erklärungsansätze, die das widersprüchliche Schwanken der transnationalen Menschenrechte zwischen Emanzipation und Policey nicht hinreichend berücksichtigen. In der Unterscheidung Menschenrechtsgewährleistung/Menschenrechtsverletzung verschwindet der Umstand, dass beide Seiten umkämpfte Begriffe sind, die von unterschiedlichen, teils gegenläufigen Politisierungskreisläufen umspielt werden. Die Hoffnung auf eine Zivilisierung der Konfliktlagen, die sich aus der Durchsetzung menschenrechtlicher Standards speist, kann ebenso in eine Intensivierung des Konfliktgeschehens übergehen. Das Geschehen wird moralisiert und gegen ein »böses« Außen abgegrenzt, das die zivilisatorischen Standards unterläuft. Schon in diesem Sinne sind die Menschenrechte ein hochpolitischer Begriff.

Was ist nun aber mit der revolutionären Dimension der Menschenrechte, mit ihrer Verbindung zur Idee gleicher Freiheit oder zur Demokratie? Hängt am Ende nicht doch viel davon ab, ob man die Menschenrechte als naturrechtlich-liberale Kategorie betrachtet oder ob man sie im Sinne eines demokratischen Republikanismus als revolutionäre Errungenschaft deutet? Schließlich stand am Beginn der bürgerlichen Revolutionsepoche die Gleichursprünglich-

121 | Vgl. Mutua, Makua: »Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights«, in: Harvard International Law Journal 41/1 (2001), S. 201-245, insbes. S. 227 ff.

122 | Um diese Formulierung gegen die sogenannte Wert-Philosophie aufzugreifen, vgl. Schmitt, Carl: Die Tyrannei der Werte (1967), Berlin: Duncker & Humblot 2011, S. 45.

123 | Douzinas, Costas: »The Paradoxes of Human Rights«, in: Constellations 20/1 (2013), S. 51-67, hier S. 52 – Übers. d. Verf.

124 | S. Opitz, An der Grenze des Rechts, S. 186.

keit von Demokratie und Menschenrechten. Schon in der Französischen Revolution zeichnete sich ein alternatives Modell der Menschenrechte ab, das in einem Widerspruch zum naturrechtlich-liberalen Erbe steht. Hier standen Demokratie und Menschenrechte in einem zwingenden Zusammenhang. Erst wenn demokratische Verfahren existieren, in denen die Menschen als Bürger kollektive Selbstbestimmung ausüben, wird die Rechtskonkretisierung der Exekutive und Judikative entrisen. Sie wird dem demokratischen Prozess über-eignet. Demnach kann

»die Funktion der Menschenrechte nicht mehr so verstanden werden, dass sie in einer moralischen Begrenzung des politischen Prozesses von außen besteht. Vielmehr ist ebenso die menschenrechtliche Verfassung selbst demokratisch (und nicht moralisch oder naturrechtlich) wie der revolutionäre Begriff der Demokratie selbst menschenrechtlich (und nicht Herrschaft eines unterdrückenden Ganzen).«¹²⁵

Für eine solche radikaldemokratische Interpretation der Menschenrechte stellt sich im Hinblick auf die Weltgesellschaft die Frage nach denjenigen politischen Räumen, in denen die Anbindung an demokratische Verfahren stattfinden könnte. Bisher sind die demokratischen Formen jenseits des Nationalstaates schwach ausgeprägt. Die einzige Möglichkeit besteht darin, die halbierte Menschenrechtsentwicklung doch als einen unvollständigen Platzhalter zu verstehen, als einen Vorgriff, der so mit demokratischen Ansprüchen und Projekten zu überfluten wäre, dass er als Beginn für weitergehende Demokratisierungsschritte gelten kann. Im Schatten der Menschenrechte könnte sich ein politischer Aktivismus entfalten, der schließlich auch auf die erforderlichen politischen Strukturbildungen drängt oder sie selbst ausbildet. Als »Platzhalter demokratischer Autonomie« hielten die so politisierten Menschenrechte »den kategorischen Imperativ der Volkssouveränität: Es soll keine Herrschaft sein!«¹²⁶, präsent. So entsteht eine Aufladung der Menschenrechte, die sich von den mäßigend-zivilisierenden Aspirationen abhebt. Schließlich soll hier der Verkehr von Staaten und Privatleuten in der Weltgesellschaft nicht nur einzelnen moralischen Erfordernissen unterworfen werden, die zu berücksichtigen sind;¹²⁷ vielmehr ist ein revolutionäres Verständnis der Menschenrechte angesprochen. Demnach adressieren die Menschenrechte grundlegende Fragen der

125 | Menke, Christoph: »Einleitung«, in: ders./Francesca Raimondi (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*, Berlin: Suhrkamp 2011, S. 247-252, hier S. 249.

126 | Brunkhorst, Hauke: *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2002, S. 107.

127 | Das wäre etwa vergleichbar mit dem Vorbild der Horizontalwirkung der Grundrechte im Nationalstaat.

Machtverteilung und übersteigen dabei gleichzeitig jede Form politischer Institutionalisierung. Sie setzen eine dauernde Befragung in Gang.

Eine solche revolutionäre Politik der Menschenrechte ist als eine Politik *zweiter Ordnung*, eine Politik der Politik zu verstehen: Indem sie die Rechte des Menschen einklagt, definiert sie, wer und wie rechtmäßige Anteile an der Weltgesellschaft hat.¹²⁸ Dann adressiert sie indirekt die demokratische Frage: Wie sind die Anteile in einem politischen Gemeinwesen verteilt, wenn eigentlich niemand wirklich herrschen darf, weil alle über alle unter Bedingungen gleicher Freiheit das Gleiche beschließen sollen? In diesen Ausführungen scheint schon auf, dass eine Zusatzinnovation erforderlich ist. Denn alles hängt davon ab, inwieweit es gelingt, die Menschenrechte auch entsprechend aufzuladen und so gegen die naturrechtlich-liberale Traditionslinie in Stellung zu bringen. Erst aneignende Politiken sind in der Lage, die Verteilung der bisherigen Anteile zu erschüttern. Nicht die Menschenrechte sind das »Subjekt« der Menschenrechte, sondern diejenigen, die sie sich aneignen, sie einklagen und politisieren und paradoxerweise »noch gar nicht haben«¹²⁹. Für die Platzhalterthese verschiebt sich das Problem auf die Menschenrechtspolitik. Das ruft eine Problemlage auf. Sie steht in direktem Zusammenhang mit der Politik zweiter Ordnung. So revolutionär diese Interpretation auf den ersten Blick scheinen mag, es ist fraglich, wie sie zu einer praktischen, materiellen Gewalt werden kann. In der Regel sattelt eine solche Politik zweiter Ordnung auf einer Politik erster Ordnung auf: Spezifische politische Ziele transportieren eine Dimension zweiter Ordnung mit (oder hegemonietheoretisch formuliert: Teilen gelingt es, das Ganze zu thematisieren): Der Unmut über globale Armut und Ungleichheiten führt dazu, die Legitimation der G7 oder G20 in Frage zu stellen; der Protest gegen die aktuellen Praktiken des *land grabbing* führt zur Kritik des transnationalen Eigentumsrechts; die Angst vor gentechnisch manipulierten Lebensmitteln im Supermarkt mündet in die Kritik des Welthandelsrechts. So kleinteilig die genannten Beispiele erscheinen, so sehr wird bei einer Betrachtung der transnationalen Konfliktlagen deutlich, dass eine Politik zweiter Ordnung nur als Bestandteil eines umfassenderen Politisierungskreislaufs verstanden werden kann. Insofern kann die Politik zweiter Ordnung grundlegenden Paradoxien des Politischen nicht vollständig entkommen. Ab einem bestimmten Zeitpunkt stellt sich die Frage nach institutionellen Bezügen oder spezifischen Engführungen des jeweils in Rede stehenden Menschen der Menschenrechte. Dies spricht nicht gegen ein revolutionäres Potential der Menschenrechte, wohl aber dafür, dass sie es nur im Kontext einer Politik ausspielen können.

128 | Vgl. Balibar, Etienne: »On the Politics of Human Rights«, in: *Constellations* 20/1 (2013), S. 18-26, hier S. 20.

129 | Rancière, Jacques: »Who is the Subject of the Rights of Man?«, in: *South Atlantic Quarterly* 103/2, 3 (2004), S. 297-310, hier S. 298 – Übers. d. Verf.

Jacques Rancière gibt eine mögliche Antwort, wenn er unterstreicht, dass die Menschenrechte als »Gleichheitseinschreibungen« nur wirksam werden, wenn sie vom Standpunkt der Anteillosen angeeignet und in politischen Konflikten »verifiziert« werden.¹³⁰ Dies ruft nicht zuerst die Frage nach den individuellen Rechten der Weltbürgermonaden vor den Gerichtsbarkeiten der Welt auf. Es verweist auf eine Politik, die vom Standpunkt der Anteillosen ausgeht.¹³¹ In dem Moment, wo sich die Anteillosen die Gleichheitseinschreibungen der Weltgesellschaft aneignen, verbinden sie die Menschenrechte mit dem universalen Standpunkt der Anteillosigkeit, der immer wieder eingenommen werden kann, um die Zuweisung der Anteile zu befragen.¹³² Erst wenn die Menschenrechte die Bühne des Dissenses zwischen Anteiligen und Anteillosen betreten, entfalten sie ihr emanzipatorisches Potential. Dann verweisen sie auf den Standpunkt der Anteillosigkeit, der vom *demos* eingenommen wird: »The Rights of Man are the rights of the demos, conceived as the generic name of the political subjects who enact – in specific scenes of dissensus – the paradoxical qualification of this supplement.«¹³³ In der Verknüpfung mit sozialen Selbstorganisierungen und politischen Handlungsformen können die Menschenrechte eine provisorische Funktion übernehmen. Dafür braucht es nicht nur die Menschenrechte. Hinzutreten muss ein von ihnen unterscheidbares Supplement, um eine demokratische Politisierung zu bewirken: eine Politik der Menschenrechte, die den Standpunkt des *demos* vorläufig einnimmt.¹³⁴ Diese Betrachtungsweise führt zu einem Zugriff, der die Menschenrechte nicht nur als strategisches Instrument betrachtet. Sie sind revolutionär und auch normativ bedeutsam. Sie sind jedoch von sich aus nicht dagegen immunisiert, in mora-

130 | Ebenda, S. 303 f.

131 | Zu diesem Verständnis des Politischen, das die Anordnung der Anteile eines Gemeinwesens vom Standpunkt der Anteillosigkeit her durchkreuzt, vgl. ders.: Das Unvernehmen. Politik und Philosophie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2002, S. 24.

132 | Rancière identifiziert diesen Anteil der Anteillosigkeit schließlich mit der Demokratie. Der *demos* ist weder die umfängslogische Mehrheit noch sind das einfach die »Armen«, sondern der Standpunkt derjenigen, die »keine Qualifikation zur Herrschaftsausübung« haben, die Anteillosen, siehe ders., »Who is the Subject of the Rights of Men?«, S. 304; zur Doppelbedeutung des Volks als umfängslogische Menge aller Staatsbürger und der Herrschaftsunterworfenen vgl. den vierten Teil, ab S. 179.

133 | Ebenda, S. 305.

134 | Rancière kümmert sich leider zu wenig um den Umstand, dass der Standpunkt des *demos* auch aktualisiert werden muss, um überhaupt die Bühne der Geschichte zu betreten. Das Lob des »spontanen Aufstands« (so hinsichtlich des Rancière'schen Paradigmas Žižek, Slavoj: Die Tücke des Subjekts, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2001, S. 234) interessiert sich leider zu wenig für die Frage, wie der Anteil der Anteillosen überhaupt dauerhaft erscheint und nicht sofort niedergeschlagen wird.

lische »gute Policy« überzugehen und sich in repressive Toleranz zu verkehren.¹³⁵

Insofern läuft alles darauf zu, dass die Menschenrechte als Teil des transnationalen Konstitutionalismus zu begreifen sind. Sie durchlaufen jedoch ebenso einen Formwandel und arbeiten die Konfliktverhältnisse der Weltgesellschaft um. Ihr genuin demokratisches Potential ist dabei begrenzt: Sie erscheinen als Medium der mäßigenden Zivilisierung, können jedoch ebenso in eine massive Re-Antagonisierung umschlagen, indem sie bestehende Institutionen menschenrechtlich aufladen und gegen ein (absolut) böses Außen positionieren. Sie können eine provisorische Funktion für demokratische Ansprüche übernehmen, wenn sie als Teil eines entsprechenden Politisierungskreislaufs auftreten.

4. Dr. Jekyll and Mr. Hyde

Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts ist eine nicht mehr abzuweisende Realität. Im Staatensystem entsteht ein höherrangiges Recht mit konstitutionellen Dynamiken. Transnationale Legitimationsfragen sind aufgeworfen und die Menschenrechtsentwicklung schreitet in immer neuen Gegenstandsbereichen voran. Die Schwäche der Konstitutionalisierungsthese ist vor allem dort anzusiedeln, wo die vorgeschlagene Diagnose zu den Regimen ihren Einsatz hatte: Dass nämlich ein Formwandel des Konstitutionalismus stattfindet, der durch hybride Arrangements, policyliche Dominanz und rückwirkende Effekte im Nationalstaat gekennzeichnet ist. Die Hoffnungen auf eine Verfassungsbildung im Völkerrecht halten keine Antwort dafür bereit, wie mit den policylichen Anteilen sowie der Unbestimmtheit des internationalen Rechts und dem Gleiten zwischen Formalismus und Politisierung umzugehen ist.

Erstens gehen ja gerade von denjenigen Regimen effektive Gefährdungen für die Weltgesellschaft aus, die schon in hohem Maße konstitutionalisiert sind. Sie weisen in der Regel einen hohen Grad der Verrechtlichung auf und sind oft an das Staatensystem angebunden. *Zweitens* verliert die Konstitutionalisierungsthese die zentralen politökonomischen Verfassungsfragen der Weltgesellschaft aus dem Blickfeld. Im Zuge einer marktliberalen Substantialisierung erfährt der demokratische Rechtsstaat eine rückwirkende Transformation. Man kann nicht mehr vom nationalstaatlichen Konstitutionalismus der Nachkriegszeit mit seinen demokratiekonstitutiven Autonomiesphären und sozialen Rechten ausgehen.

135 | Dies gilt auch für die revolutionäre Menschenrechtstradition. Ein gutes Beispiel ist die haitianische Revolution 1791 ff.: Die Sklaven Haitis mussten die französischen Truppen an den universalistischen Gehalt der französischen Revolution erinnern, indem sie ihnen die Marseillaise vorsangen, vgl. Buck-Morss, Susan: Hegel und Haiti. Für eine neue Universalgeschichte, Berlin: Suhrkamp 2011, S. 58 ff.

Drittens muss das Projekt einer globalen Menschenrechtsgeltung auf seine Teilung zwischen Policy und politischem Aktivismus hin befragt werden. Die kosmopolitische Wendung zu Weltbürgerrechten ist janusköpfig. »Gute Policy« und soziale Bewegungen nutzen teilweise die Sprache der Menschenrechte, um ihre Anliegen zu artikulieren. Die Menschenrechte können freilich als Signifikant mit demokratischen Verweisungszusammenhängen überflutet werden und so die Idee der demokratischen Verfassung in ihrem Fahrwasser mitführen. Dies ist alles andere als voraussetzungslos und embryonal im »Recht« an und für sich enthalten. Die demokratische Politisierung der Menschenrechte ist auf ein hinzutretendes Supplement verwiesen, das den Zusammenhang von Menschenrechten und dem universellen Standpunkt der Anteillosen politisch herstellt.¹³⁶

Man sollte mit der These einer offenen Konvertierbarkeit rechtlicher Institutionen gerade dann vorsichtig sein, wenn sie – wie es jenseits des Staates der Fall ist – auf policeyliche Ordnungsmuster festgelegt sind. Das Gleiten des internationalen Rechts zwischen »managerial« und »kantian mindset« ist kein vollkommen symmetrischer Prozess, in dem immerzu beide Optionen vorliegen, weil es sich um Verrechtlichung handelt. Die Analogie zur Robert Louis Stevensons Novelle über Dr. Jekyll und Mr. Hyde liegt auf der Hand.¹³⁷ Sie endet tragisch. Nach einem langen Wechselspiel der Verwandlungen gelingt es Mr. Hyde nicht mehr, sich in Dr. Jekyll zurückzusetzen:

»Ich fing an Gefahr zu wittern – die Gefahr, dass, wenn dies länger fortgesetzt würde, das Gleichgewicht meines Wesens für die Dauer verlorengehen, die Macht freiwilliger Verwandlung verwirkt und der Charakter von Edward Hyde unwiderruflich der meinige werden könnte.«¹³⁸

In der fragmentierten Hegemoniekonstellation singen die Sirenen nicht ausschließlich aus dem Arkanum politischer Willkür. Dies macht es erforderlich alle drei Ebenen der Verfassungsfrage (Höherrangigkeit, Regierungsart, Grundrechte) vom Staatensystem auf die Weltgesellschaft zu entgrenzen. Es würde nicht nur um die Verfassung der internationalen Staatengemeinschaft gehen. Die Legitimationsfrage würde vom Staatensystem gelöst und auf die

136 | Vgl. Chantal Mouffes Position, dass die Verbindung von Rechtsstaat und Volkssouveränität nicht notwendig, sondern als politisch hergestellte Paradoxie der bürgerlichen Revolutionsepoche zu verstehen ist, dies.: *The Democratic Paradox*, London/New York: Verso 2000, S. 20.

137 | Vgl. Brunkhorst, Hauke: *Das doppelte Gesicht Europas. Zwischen Kapitalismus und Demokratie*. Berlin: Suhrkamp 2014.

138 | Stevenson, Robert Louis: *Dr. Jekyll & Mr. Hyde*, Frankfurt a. M./Leipzig: Insel-Verlag, S. 117.

fragmentierte Hegemoniekonstellation bezogen, um funktionale Äquivalente zur Tradition des Konstitutionalismus auszumachen. Dies ist der Leitfaden, dem der gesellschaftliche Konstitutionalismus folgt. Wie wir sehen werden, berücksichtigt er den Formwandel der Verfassung, scheitert aber daran, den Widerspruch zwischen demokratischer und herrschaftlicher Verfassung präsent zu halten.

II. ZWISCHEN VERSELBSTSTÄNDIGUNG UND EMANZIPATION: TRANSNATIONALER GESELLSCHAFTLICHER KONSTITUTIONALISMUS

Nachdem sich gezeigt hatte, dass die Konstitutionalisierungsthese den Formwandel nicht hinreichend berücksichtigt, wendet sich der Argumentationsgang der Theorie des transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus zu. Schon einleitend sind im Hinblick auf die Regime einige Überlegungen dieses Entwurfs eingeflossen. Die These vom Formwandel der Verfassung hat maßgebliche Inspirationen aus denjenigen Vorschlägen erhalten, die mit postmodernem Register versuchen, eine neuartige Perspektive auf die rechtlich-politischen Strukturbildungen der Weltgesellschaft zu gewinnen. Um nochmals den Ausgangspunkt zu rekapitulieren: Es wird davon ausgegangen, dass die transnationalen Sozialregime neuartige Mechanismen der Koppelung von Recht und Politik hervorbringen. Demnach sind in den spontanen Rechtsbildungsprozessen des transnationalen Wirtschaftsrechts, der Finanzmärkte oder des Cyberspace sogar schon transnationale Verfassungsinstitutionen (»Zivilverfassungen«) auszumachen:

»Die These heißt: Emergenz einer Vielzahl von Zivilverfassungen. Die Verfassung der Weltgesellschaft verwirklicht sich nicht exklusiv in den Stellvertreter-Institutionen der internationalen Politik, sie kann aber auch nicht in einer alle gesellschaftlichen Bereiche übergreifenden Globalverfassung stattfinden, sondern sie entsteht inkrementell in der Konstitutionalisierung einer Vielheit von autonomen weltgesellschaftlichen Teilsystemen. Die im Internet tobenden Kämpfe um cyberanarchy, staatliche Regulierung und Kommerzialisierung sind verfassungspolitische Konflikte ersten Ranges, in deren chaotischem Verlauf nichts anderes als das Organisationsrecht einer Digitalverfassung allmählich Konturen gewinnt.«¹³⁹

Zunächst wird der Verfassungsbegriff von seinem staatlich-holistischen Anspruch distanziert. Die Regime selbst bringen höherrangige und reflexive Normierungen hervor, die es plausibel machen, hier Verfassungsinstitutionen

zu verorten. Diese Umstellung setzt sodann in doppelter Hinsicht an: Einerseits ist mit dem zivilen Verfassungsbegriff eine viel weiter gehende Diagnose zu den Gefährdungslagen der Weltgesellschaft verbunden. Sie bestehen nicht ausschließlich in der Willkür staatlicher Machtausübung. Da jedes Regime zu einer problematischen Eigenrationalitätsmaximierung neigt, bildet es eigene, regimespezifische Dominanzverhältnisse aus, die sich zerstörerisch auf die sozialen Umwelten auswirken können.¹⁴⁰ An die Stelle zentralisierter Verfassungsbildung tritt eine pluralistische Normproduktion, die jedoch in die Eigenrationalitätsmaximierung verstrickt ist. Andererseits wird so die Normativität der Verfassung rehabilitiert. Die Zivilverfassungen erscheinen als Hoffnungsträger, um dem Expansionsdrang zähmend zu begegnen: Die herrschaftsbegrenzende Leistung der Staatsverfassung ist auf die Sozialregime im transnationalen Raum zu erweitern.¹⁴¹

Genau an dieser Überschneidung von Beschreibung und normativem Programm lauern Fallstricke. Im Hinblick auf die erste, leitende Fragestellung nach dem Formwandel wird zwar deutlich, dass die Theorie ziviler Konstitutionalisierung starke Potentiale bereithält. Das Problem besteht jedoch darin, dass sie bisher an der zweiten Fragestellung scheitert: Es gelingt nur unzureichend, den Widerspruch zwischen herrschaftlicher und demokratischer Konstitutionalisierung, den Konflikt der Verfassung mit sich selbst, der eingangs in Anlehnung an die Marx'sche »Kritik des Hegelschen Staatsrechts« eingeführt wurde, angemessen zu artikulieren. Die Potentiale der beobachtbaren zivilen Verfassungsinstitutionen erscheinen in einem eigentümlichen Zwielficht. Ununterscheidbar wird, wo sie den Expansionsdrang der Sozialregime abstützen und wo sie ihren normativen Funktionen nachkommen.

Dies ist zunächst in der Verfassungskonzeption nachzuzeichnen (II.1, ab S.155). Die fehlende Konfliktdimension, wie sie im ersten Teil als Logik der Antagonisierung entwickelt wurde, führt dazu, dass das demokratische Defizit der Zivilverfassungen unterschätzt bleibt. Folglich bleibt das Desiderat einer zivilgesellschaftlichen Demokratisierung, die direkt an den transnationalen Regimen ansetzt, allzu beschränkt (II.2, ab S.166). Indem sie in umweltbezogene Responsivität, Reflexion oder Politisierung überführt wird, ist offen, wie eine effektive Herrschaftsbegrenzung möglich sein soll. Ein ähnlicher Zusammenhang wird anhand von Grund- und Menschenrechten deutlich. Zwar versucht ihre transsubjektive Reformulierung die systemischen Gefährdungslagen zu berücksichtigen, sie changiert aber zwischen einer eher defensiv-liberalen und einer radikaldemokratischen Variante (II.3, ab S.174). Im

140 | Vgl. A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen, S. 28 ff.; zu einer Verbindung dieser systemtheoretischen Diagnose mit hegemonietheoretischen Überlegungen vgl. den zweiten Teil, ab S. 33.

141 | Vgl. G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 89.

Durchgang durch die drei Ebenen wird gezeigt, dass der Formwandel des Konstitutionalismus aussichtsreich aufgenommen wird, ohne die radikalen Gehalte des Demokratieprinzips zu aktualisieren.

1. Zivile Verfassungstheorie

Am Anfang steht ein Pluralisierungs- und Entstaatlichungsbefund. Der Übergang zur Weltgesellschaft bringt eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Sozialregime hervor, die je eigene Formen der Normproduktion ausbilden. Dies führt zu einem Paradigmenwechsel. An die Stelle des internationalen Rechts tritt ein plurales Weltrecht. Als Beispiele für diesen Pluralisierungsbefund dienen beispielsweise das staatsferne Recht der Weltwirtschaft, die *lex mercatoria* oder die emergierende *lex digitalis* des Cyberspace.¹⁴² Das Recht wird vom Staat gelöst, aber die Rechtskommunikation setzt sich fort. In gewisser Weise wird sie sogar intensiviert. In der Vielzahl von internationalen Gerichten, Spezialnormen (*lex specialis*), Rechtsquellen und Streitschlichtungsinstitutionen kann abgelesen werden, dass der Code legal/illegal längst in die Weltgesellschaft dissemiiniert. Die »globale Bukowina« – so hat Gunther Teubner die Konstellation bezeichnet¹⁴³ – unterläuft eine zentralisierte Rechtshierarchie genauso wie die Hoffnungen auf ein Superrecht der Weltgesellschaft.

Nun reicht diese globale Bukowina allerdings über einen bloßen Rechtspluralismus hinaus. Die These lautet, dass sogar schon anspruchsvoll strukturierte Verfassungsinstitutionen beobachtbar sind. Eine systemtheoretische Generalisierung und Respezifizierung des Verfassungsbegriffs soll das Blickfeld dafür öffnen, dass der Konstitutionalismus weder zwingend an staatliche Institutionen noch an das politische System im engeren Sinne gebunden ist.

Zunächst hatte Niklas Luhmann die moderne Verfassungsevolution von ihren revolutionären Gründungsmythen und normativen Überschüssen distanziert. Der »politische Eifer«¹⁴⁴ der bürgerlichen Revolutionsperiode ist für Luhmann nur die eine, letztlich ideologische Seite des Verfassungswesens; vielmehr reagiere die moderne Verfassung »auf die Ausdifferenzierung von Recht und Politik und deren Verknüpfungsbedarf«¹⁴⁵, indem sie eine strukturelle Koppelung von Rechts- und Politiksystem gewährleistet. Gunther Teubner knüpft mit seiner Verfassungssoziologie an diesen Befund an, distanziert sie jedoch wesentlich stärker als Luhmann vom Zusammenspiel von Recht und Poli-

142 | Siehe u. a. die Beispiele bei A. Fischer-Lescano / G. Teubner, Regime-Kollisionen, S. 66 ff.

143 | Teubner, Gunther: »Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus«, in: Rechtshistorisches Journal 15 (1996), S. 253-255.

144 | N. Luhmann, »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«, S. 183.

145 | Ebenda, S. 180.

tik. Der Vorschlag besteht darin, den Begriff der Verfassung nochmals wesentlich komplexer anzusetzen. Er unterscheidet zwischen Verfassungsfunktionen, Verfassungsbereichen, Verfassungsprozessen und Verfassungsstrukturen.¹⁴⁶

Unter *Verfassungsfunktionen* versteht Teubner die Selbstkonstitution der sozialen Teilbereiche. Verfassungen stützen die unterschiedlichen Teilbereiche ab, indem sie die »Abstraktion eines einheitlichen kommunikativen Mediums – Macht, Geld, Recht, Wissen – als ein autonomes soziales Konstrukt innerhalb eines weltweit konstituierten Funktionssystems«¹⁴⁷ regulieren. Dabei werden »Organisationsregeln, Verfahren, Kompetenzen und subjektive Rechte«¹⁴⁸ voneinander abgegrenzt. Verfassungen haben konstitutive Funktionen. Sie schaffen die institutionellen Voraussetzungen für die kommunikativen Anschlüsse in den sozialen Teilbereichen. Diese konstitutiven Funktionen werden um limitative Funktionen ergänzt. Verfassungsnormen sollen die Steuerungszwänge einhegen.

Zu den Verfassungsfunktionen tritt ein spezifisches Verhältnis von *Verfassungsbereichen* hinzu. Teubner geht davon aus, dass stets ein Zusammenspiel zwischen einem formalisierten Organisationsbereich und einem Spontanbereich stattfindet. Dies ist in den jeweiligen Funktionssystemen unterschiedlich angeordnet: in der Wirtschaft etwa im Verhältnis der Unternehmen zu den Verbrauchern, im politischen System von Institutionen zur öffentlichen Meinung. Der Spontanbereich sichert die nötigen Irritationen des Organisationsbereichs ab. Während der Organisationsbereich entscheidet, ist mit den Spontanbereichen die Möglichkeit eröffnet, dass Entscheidungen ex post angefochten werden können. Von diesem Ex-post-Mechanismus hängt unter anderem die »demokratische Qualität des jeweiligen Gesellschaftssektors ab«¹⁴⁹.

Verfassungsprozesse identifiziert Teubner in Phänomenen doppelter Reflexivität. Hier werden sowohl die Rechtsprozesse als auch die Sozialprozesse in den jeweiligen Regimen in dem Sinne verdoppelt, dass sich über »normale« Rechts- und Sozialprozesse nochmals höherrangige, sekundäre Prozesse errichten. Im Rechtssystem sind dies sekundäre Normierungen, die als reflexive Rechtsprozesse die Normierungen der Normierungen regeln. Sind diese sekundären Normierungen dauerhaft mit reflexiven Sozialprozessen verkoppelt, kann von einer Verfassungsbildung gesprochen werden.

In einem letzten Schritt kommen mit den *Verfassungsstrukturen* klassische Vorstellungen eines höherrangigen Rechts ins Spiel. Verfassungsstrukturen bilden sich, wenn ein dauerhafter Metacode vom Typ verfassungsgemäß/verfassungswidrig beobachtbar ist, der sowohl dem Rechtscode (Recht/Nicht-

146 | Vgl. G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 120 ff.

147 | Ebenda, S. 121.

148 | Ebenda, S. 121 f.

149 | Ebenda, S. 141.

recht) als auch der teilbereichsspezifischen Reflexion der Sozialregime übergeordnet ist.¹⁵⁰

Dieser Durchgang durch Bereiche, Funktionen, Prozesse und Strukturen versucht, den Verfassungsbegriff so auszubauen, dass er auch jenseits des Staates seine Anwendung finden kann. Dabei wird die Verfassungsfrage nicht auf den Vorrang des internationalen Rechts reduziert. Sie ist als gesellschaftliches Problem zu reformulieren. Das Recht ist hier immer nur die eine Seite. Auf der anderen Seite stehen die Rationalitäten der jeweiligen Sozialbereiche. Nicht nur das Recht wird reflexiv, auch die Sozialbereiche müssen ein bestimmtes Maß an Reflexivität gewährleisten, um eine strukturelle Koppelung mit den Rechtsprozessen einzugehen. Ferner richtet dieser theoretische Entwurf sein Augenmerk auch auf den Umstand, dass Verfassungsbildungsprozesse nicht notwendig am Modell der politischen Konstitution orientiert sein müssen. Da die Sozialbereiche von unterschiedlichen Rationalitäten durchzogen sind, können unterschiedliche Spielarten der strukturellen Koppelung auftauchen.¹⁵¹ Dabei wechselt die Darstellung zwischen einem skeptischen Blick einerseits, der die destruktiven Tendenzen in der Weltgesellschaft herausstellt (und der deutlich macht, dass auch die Zivilverfassungen in die Steigerungszwänge verstrickt sind), und der normativen Hoffnung auf eine Konstitutionalisierung andererseits, die den Gefährdungslagen begegnet.¹⁵² Die Verfassung erscheint in einem eigentümlichen Zwielficht zwischen Verselbstständigung und Emanzipation. Der Unterschied zwischen einer bloß abstützenden und einer demokratischen Verfassungsbildung verschwimmt. Dies folgt, wie im Folgenden ausgearbeitet werden soll, aus der mangelnden hegemonietheoretischen Perspektive. Die Verbindung mit der postmarxistischen Hegemonietheorie, die im ersten Teil der Arbeit entwickelt wurde, führt auch in normativer Hinsicht zu einer Revision.

a. Gesellschaftsverfassung im Nationalstaat

Zunächst ist auf die Erzählung zurückzukommen, aus der sich die Theorie des gesellschaftlichen Konstitutionalismus speist. Sie schlägt vor, die Entwicklung im Nationalstaat so zu lesen, dass hier eine gesellschaftliche Verfassungsbildung wirksam war. Dies gilt vor allem im Hinblick auf den Ausbau des Wohlfahrtsstaats, der spätestens seit den 1920er Jahren das Terrain der Verfassung

150 | Vgl. ebenda, S. 171.

151 | Vgl. Teubner, Gunther: »Exogene Selbstbindung: Die Konstitutionalisierung von Gründungsparadoxien gesellschaftlicher Teilsysteme«, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 35 (2015), S. 1-21.

152 | Siehe nur den Kontrast zwischen der scharfen Kritik an der Weltwirtschaftsverfassung bei: ders., A Constitutional Moment?, und der Hoffnung auf eine zivilgesellschaftliche Konstitutionalisierung bei: ders., »Privatregimes«, S. 450.

betreten hatte.¹⁵³ Nicht nur, dass in dieser Zeit bereits von einer gesellschaftlichen Gesamtverfassung die Rede war; vielmehr sind schon dort Verfassungsbildungsprozesse, insbesondere im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsverfassung, zu beobachten. Durch die Einführung von Mechanismen betrieblicher Mitbestimmung, Tarifautonomie und einer institutionalisierten Koalitionsfreiheit soll die Arbeitswelt der Weimarer Republik eine Konstitutionalisierung erfahren.¹⁵⁴ Zentrale Entscheidungen sind den Tarifpartnern übereignet und nicht in der staatlichen Politik monopolisiert.

Die Staatszentrierung der Verfassungsdiskussion, so die Annahme, reicht deshalb direkt in den Erkenntnisprozess hinein. Sie führt zu einer Verengung, indem sie diese bedeutsamen Muster der Verfassungsbildung nicht angemessen präsent hält. Da sie eine Identität von Staat und Konstitution unterstellt, überdeckt sie die historisch gewachsene Vielfalt des Verfassungsphänomens. Zwar ist der konstitutiv-limitative Doppelcharakter der Verfassung idealtypisch im Bereich politischer Machtausübung ablesbar, aber schon in der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft des Wohlfahrtsstaats hat sich die Verfassungsfrage ebenso in den gesellschaftlichen Teilbereichen gestellt. Der Wohlfahrtsstaat habe

»viele Funktionsregime in Eigenregie: Bildung, Wissenschaft, Gesundheitswesen, Rundfunk und Fernsehen verfasst, denen der Staat begrenzte Autonomie einräumt. Zum anderen belässt der Wohlfahrtsstaat andere Subsysteme, besonders die Wirtschaft, in ihrer gesellschaftlichen Autonomie, übernimmt dann aber selbst die Aufgabe gesamtgesellschaftlicher Koordination.«¹⁵⁵

Der gesellschaftliche Konstitutionalismus ist also kein vollkommen neues Phänomen. Als unterschwelliger Movens spielt er schon immer in die soziale Evolution hinein, auch wenn er häufig eine verdrängte Rolle einnimmt. Die Annahme besteht hier darin, dass die funktionale Differenzierung eigenständige Dynamiken hervorbringt, die einer Verstaatlichung entzogen bleiben. Aus dieser Perspektive neigt die Verfassung des Wohlfahrtsstaats freilich immer wieder dazu, sie dem staatlichen Steuerungsanspruch unterzuordnen. Grosso modo ist es jedoch exemplarisch gelungen, gesellschaftlichen Autonomieräumen eine halbwegs kontextsensible Eigenverfassung zu ermöglichen.

In dieser Erzählung schwingen durchaus normative Überschüsse mit. Die funktionale Differenzierung erscheint nicht nur als unhintergebar Sündenfall, sondern genauso als Bedingung einer freiheitlichen Gesamtverfassung der Gesellschaft. Eine Gesellschaft ohne Spitze und Zentrum bringt Autonomie-

153 | Ders., Verfassungsfragmente, S. 45 ff.

154 | Vgl. Sinzheimer, Hugo: Grundzüge des Arbeitsrechts, Jena: Gustav Fischer 1927.

155 | G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 45.

sphären und Mechanismen sozialer Selbstorganisation hervor. Die normative Pointe ist dort zu suchen, wo erst einmal jede dieser Autonomiesphären, auf das richtige Maß begrenzt, als evolutionäre Errungenschaft zu begreifen und mit vernünftigen Entwicklungspotentialen ausgestattet ist. Die Verfassung schützt die Ausdifferenzierung vor Rückschlägen, Entdifferenzierung und totalitärer Selbstanmaßung politischer Macht. So scheint ein hegelianisierender Modus durch, der in den Autonomiesphären der ausdifferenzierten Gesellschaft neben funktionaler Selbstreferenz auch Freiheitspotentiale identifiziert.¹⁵⁶

Ist damit ein normativer Standpunkt gewonnen, so ruft die Erzählung im nächsten Schritt gefährdende Bedrohungsszenarien herbei, die das Verfassungsprojekt untergraben. Die *erste Bedrohung* für die Freiheitspotentiale besteht im imperialen Übergriff der funktionalen Selbstreferenz auf andere soziale Teilbereiche. Dies ist der Fall, wenn Kommunikationsmedien entfesselt, aber unzureichend begrenzt werden. Beispielhaft entwickelt der gesellschaftliche Konstitutionalismus diesen Befund an der Wirtschaftsverfassung. Er übernimmt von Theorien der Wirtschaftsverfassung die Notwendigkeit, den Verfassungsbegriff auf die wirtschaftliche Sphäre auszudehnen. Scharf kritisiert er sodann eine Eindimensionalität, die jede gesellschaftliche Frage in ein Problem der Wirtschaft verwandelt. Die Wirtschaftsverfassung gebärde sich »imperialistisch«¹⁵⁷. Daraus resultiert die Forderung nach einer Begrenzung der Verfassungsreichweite: Die funktionale Differenzierung muss vor dem zerstörerischen Alleinvertretungsanspruch eines Teilbereichs über die anderen geschützt werden.

So ist ein Hinweis auf die *andere, zweite Bedrohung* gegeben. Die Staatsverfassung verfolgt den Anspruch, das gesellschaftliche Leben als Ganzes normativ zu durchdringen. Die Logik des politischen Konstitutionalismus läuft Gefahr, die Orientierung am Machtcode blind auf andere soziale Teilbereiche anzuwenden, ohne deren Eigenrationalität zu berücksichtigen. Die »Entscheidungsmuster der Politik werden ungeprüft auf gesellschaftliche Teilbereiche übertragen«¹⁵⁸. Als Beispiel dafür dient die Verfassung der Wissenschaft. Sie muss anderen Kriterien folgen (Wahrheit) als einer aus der Staatsverfassung entlehnten Parlamentarisierung.¹⁵⁹ Ansonsten kolonisiert der Machtcode andere soziale Teilbereiche. Es droht eine autoritäre Zentralsteuerung, die bestehende Mechanismen sozialer Selbstorganisation ignoriert oder gar unterbindet. Die Errungenschaften der funktionalen Differenzierung sind schützenswert.

156 | Kritisch gegen den gesellschaftlichen Konstitutionalismus gewendet bei Hirsch, Michael: Die zwei Seiten der Ent-Politisierung. Zur politischen Theorie der Gegenwart, Stuttgart: Steiner-Verlag 2007, S. 128 ff.

157 | G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 60.

158 | Ebenda, S. 53.

159 | Emphatisch: ders., »Privatregimes, S. 450.

Sie können nur um den Preis massiver Freiheitseinschränkungen voluntaristisch zurückgebaut werden.

Man mag fragen, ob die Erzählung einer Ausdifferenzierung der Teilbereiche, die nur richtig verstanden und von zentralen Steuerungsambitionen frei zu halten ist, nicht wichtige Aspekte der modernen Verfassungsevolution ignoriert. Was ins Hintertreffen gerät, sind im Grunde zwei Aspekte: Der erste bezieht sich auf den Prozess der Ausdifferenzierung. Die Konstitution der Sozialregime auf transnationalem Terrain folgt (wie die moderne Verfassungsevolution insgesamt) einem antagonistischen Modus. Am Beginn steht ein konstitutives Außen, gegen das sich die jeweilige Verfassung überhaupt erstmal behaupten muss (II.1.b, ab S. 160).¹⁶⁰ Der zweite Aspekt bezieht sich auf die Rechtsgeschichte. Eine Geschichte des Konstitutionalismus muss die revolutionär-voluntaristische Komponente in der sozialen Evolution berücksichtigen (II.1.c, ab S. 165).

b. Antagonismus

In seinem frühen Aufsatz »Naturrecht und Revolution« hatte Jürgen Habermas eine folgenreiche Unterscheidung zwischen den Revolutionen in Frankreich und Nordamerika eingeführt.¹⁶¹ Während die amerikanische Verfassungsrevolution bestehende gesellschaftliche Verkehrsverhältnisse konstitutionalisiert, ist mit der Umwälzung in Frankreich und Europa eine andere Ausgangslage verbunden. Im Mittelpunkt der Französischen Revolution steht nicht nur der Steuerungsanspruch, das gesamte gesellschaftliche Leben von der demokratischen Selbstbestimmung der Nation her auszugestalten, sondern erst einmal die negative Seite der Volkssouveränität. Sie muss sich gegen die bestehende Souveränität des Ancien Régime in sozialen Auseinandersetzungen behaupten. Während die amerikanische *Bill of Rights* versucht, »der überlieferten Rechtsmaterie eine andere Legitimationsgrundlage zu verschaffen«, bringt die französische Menschenrechtsdeklaration »prinzipiell neues Recht positiv erst zur Geltung«.¹⁶² Demnach sei, so folgert Habermas, »der revolutionäre Sinn der Deklaration [...] die Begründung einer neuen Verfassung, in Amerika aber die der Unabhängigkeit, in deren Folge allerdings eine neue Verfassung nötig wird«¹⁶³.

160 | Es geht also um darum, dass sich die Unterscheidung Regime/konstitutives Außen vor die Regime/Umwelt-Unterscheidung drängt, vgl. den zweiten Teil, ab S. 33.

161 | Habermas, Jürgen: »Naturrecht und Revolution« (1963), in ders., Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1972, S. 89-127.

162 | Ebenda, S. 94.

163 | Ebenda.

Deshalb geht die revolutionäre Verfassungsdiskussion in Frankreich andere Wege.¹⁶⁴ Die Volkssouveränität bezieht sich nicht nur auf die radikaldemokratische Gestaltung einer möglichen Zukunft der Nation; sie ist auch das Mittel, um den antagonistischen Sozialkonflikt mit dem Ancien Régime zu symbolisieren. Das Volk ist alles, der König ist nichts. Die radikaldemokratische Besetzung des Verfassungsbegriffs, die in dieser Zeit stattfindet, wird so lesbar. Mit Artikel 16 der Menschen- und Bürgerrechtserklärung aus dem Revolutionsjahr 1789 (»Eine Gesellschaft, in der die Gewährleistung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung«) wird es dem Ancien Régime schlicht abgesprochen, die Gesellschaft legitim zu verfassten. Die Nation eignet sich die verfassungsgebende Gewalt an.¹⁶⁵

Erst jüngst hat Hauke Brunkhorst in einer ausführlichen Studie zur »kritischen Theorie von Rechtsrevolutionen« diesen Konflikttyp verallgemeinert.¹⁶⁶ Demzufolge erwächst der moderne Konstitutionalismus aus revolutionären Umbrüchen, die als Teil der sozialen Evolution (und nicht als schematischer Gegenpart) zu verstehen sind. Was bei Habermas angeklungen ist, verfolgt die Studie bis zum Investiturstreit des Mittelalters im 11. und 12. Jahrhundert zurück: Dort hat eine tiefgreifende Revolution stattgefunden, die ein neues Rechtsverständnis in die Welt brachte, aus dessen Schatten keiner der revolutionären Umbrüche der letzten Jahrhunderte vollständig getreten ist. Dieses Rechtsverständnis wurde freilich vollkommen unversöhnlich gegen die bestehenden Zustände positioniert. Die Kirche verbündete sich mit den Armen, den *pauperes*, und der Spitzname des Papstes Gregor VII. (*Höllensbrand*) deutet freilich auf eine totalisierende Dynamik des Umbruchs hin, der dann im Nachgang in die Entstehung eines funktional ausdifferenzierten Rechtssystems mündete.¹⁶⁷ Besonders prägnant wird diese revolutionäre Konstellation, in der Verfassung gegen Verfassung steht, mit der protestantischen Reformationsbewegung. Brunkhorst identifiziert hier eine »De-Konstitutionalisierung«¹⁶⁸. Die Orientierung des Protestantismus an Text und individuellem Glauben wird als politische Strategie lesbar. Sie kommt zur Anwendung, um die Verfassung der katholischen Kirche zu attackieren, sie zu de-konstitutionalisieren. Gerade vor dem Hintergrund der hegemonietheoretischen Erweiterung erscheint es na-

164 | Vgl. ebenda, S. 110 f.

165 | Daraus erwächst ein vertikaler Modus der Gewaltenteilung, der nicht als Souveränitätsteilung zu verstehen ist, vgl. Eberl, Oliver: »Die Gewaltentrennung. Sieyes' Begründung eines »französischen Modells« der vertikalen Gewaltenteilung«, in: Ulrich Thiele (Hg.), Volkssouveränität und Freiheitsrechte. Emmanuel Joseph Sieyes' Staatsverständnis, Baden-Baden: Nomos 2009, S. 191-210.

166 | H. Brunkhorst, Critical Theory of Legal Revolutions.

167 | Vgl. ebenda, S. 126.

168 | Ebenda, S. 149.

heliegend, diesen Gedankengang weiterzuverfolgen. Die Dynamiken sozialer Selbstorganisation und funktionaler Differenzierung bilden sich zuallererst in Abgrenzung zu einem konstitutiven Außen heraus.

Was sich für die modernen politischen Verfassungen explizieren lässt, kehrt auch in den sozialen Teilbereichen wieder. Als paradigmatisches Beispiel kann die Arbeits- und Sozialverfassung der 1920er Jahre in der Weimarer Republik herangezogen werden. Sie sollte einen dritten Weg gegen die sozialistische Räteverfassung sowie gegen den Konkurrenzkapitalismus bereithalten. Ihre Durchsetzung verdankt sie dieser doppelten Frontstellung:

»Gelang es der Arbeiterschaft nicht, durch den Vorstoß der Revolution die bestehende Wirtschafts- und Gesellschaftsverfassung grundlegend zu verändern, so war sie doch in der Lage, gewisse Ansätze zu einer Umbildung der Staats- und Gesellschaftsordnung, die die Revolution zuwege gebracht hatte, in das sozialpolitisch-arbeitsrechtliche Fahrwasser abzulenken und hier festzuhalten. Charakteristisch ist die Entwicklung der Räteverfassung, die von dem politischen auf das wirtschaftlich-soziale Gebiet umgeschaltet wurde, wirtschaftspolitisch scheiterte, sich jedoch sozialpolitisch in Gestalt der Betriebsräte wenigstens teilweise erhielt.«¹⁶⁹

Die Teilbereichsverfassung, die progressive Juristen und Staatsrechtler »im Bereich der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung als einheitliche politische Entscheidung des zweiten Teils der Weimarer Verfassung«¹⁷⁰ konturiert haben, erhält ihre Konstitutionsbedingungen aus antagonistischen Konfliktverhältnissen, nicht aus der funktionalen Differenzierung allein. Eine ähnliche, negative Seite ist für die ordoliberalen Wirtschaftsverfassung und die soziale Marktwirtschaft in der jungen BRD festzuhalten. Sie gewinnt ihr Selbstverständnis aus der Abgrenzung von planwirtschaftlichen und wirtschaftsdemokratischen Bestrebungen. So konnte sie zum Gründungsmythos und zum politischen Mastersignifikanten der BRD werden.¹⁷¹

Am Beginn jeder Verfassungsbildung steht der Konflikt. Staats- und Sozialverfassungen bilden ihre prägenden Strukturmerkmale gegen eine bestehende oder drohende Verfassung eines konstitutiven Außen heraus. Damit sind Teilbereichsverfassungen gerade nicht Ausdruck von tendenziell unschuldigen Eigennormativitäten. Im Gegenteil haben sie immer schon bestehende Ord-

169 | Fraenkel, Ernst: »Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts« (1932), in: ders.: Reformismus und Pluralismus, Hamburg: Hoffmann und Campe 1973, S. 60-72, hier S. 65 f.

170 | F. L. Neumann, »Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung«, S. 60.

171 | Vgl. Nonhoff, Martin: Politischer Diskurs und Hegemonie. Das Projekt »Soziale Marktwirtschaft«, Bielefeld: transcript 2006, S. 127 ff.

nungsmuster verdrängt. Die Autonomieräume mussten sich in Konflikten gegen bestehende Mechanismen sozialer Selbstorganisation durchsetzen. Diese Einsicht unterläuft die schematische Gegenüberstellung zwischen einer freiheitlichen Ausdifferenzierung und einer politisch-voluntaristischen Entdifferenzierung. Am Beginn steht stets ein Moment der Entdifferenzierung mit all seinen politisierten Begleiterscheinungen, messianischen Heilserwartungen und anderen alteuropäischen Versatzstücken. Die funktional ausdifferenzierte Gesellschaft ist nicht von konstituierenden Selbstanmaßungen – sei es der Staatsverfassung oder der jeweiligen Teilbereichsverfassungen – zu trennen, die darauf zielen, einen bestehenden Zustand zu überwinden, und sich dabei die allseitige Problemlösungskompetenz zuweisen. Dass Theorien der sozialen Teilbereichsverfassung oft nur ihre originäre Spezialsicht, etwa der Wirtschaft, der Arbeit, der Wissenschaft etc., auf die Gesellschaft übertragen wollen, hängt deshalb nicht nur mit Differenzierungsvergessenheit zusammen, sondern schlicht mit einer konfliktiven Logik.

Dann kann der Formwandel nicht auf Entstaatlichung und Pluralismus beschränkt werden. Ihm entspricht gleichsam die Verdrängung der wohlfahrtsstaatlichen Verfassung im atlantischen Raum und den damit zusammenhängenden Systemen internationaler Kooperation. Wie im Laufe des Argumentationsgangs hervorgetreten ist, sind soziale Konflikte maßgeblicher Teil der Konstellation, in der die transnationalen Regimeverfassungen ihre Charakteristika annehmen. Sie haben sich gegen die fordistische Wirtschaftsverfassung des Nachkriegskapitalismus durchgesetzt und eine neoliberale Doktrin (nicht einfach: Wirtschaftsrationalität) verallgemeinert. Die Regimeverfassungen haben nicht schlicht das Kommunikationsmedium Geld entfesselt. Sie haben spezifische Programme zum Kern der Sozialregime erhoben. Sie entziehen sie durch höherrangige Konstitutionalisierung weitgehend der Kritik (Substantialisierung). Hier wird die Unterscheidung von limitativer und konstitutiver Funktion der Verfassung problematisch. Begrenzende Spielräume entstehen erst dann, wenn man den Kern der Verfassung – ihre konstituierende Dimension – überhaupt befragbar macht.

Die hier vorgenommene Umschrift der Regime/Umwelt-Unterscheidung auf eine Regime/konstitutives-Außen-Unterscheidung legt eine veränderte Diagnose nahe. Die Verfassungsevolution der westlichen Industriegesellschaften hat im 20. Jahrhundert soziale Teilbereichsverfassungen ermöglicht, indem sie das Demokratieprinzip in Form des allgemeinen Wahlrechts realisiert und die Ausweitung der Demokratie auf andere soziale Teilbereiche zumindest in Ansätzen verwirklicht hat. In diesem Rahmen hat sie antagonistische Sozialkonflikte zunehmend bearbeitbar gemacht.¹⁷² Die verhältnismäßige Stabilität des wohlfahrtsstaatlichen Konstitutionalismus liegt in der Institutionalisierung des

172 | Vgl. C. Mouffe, Über das Politische, S. 30.

sozialen Konflikts begründet. Dass insbesondere die Arbeiterbewegung ihre Interessen vertreten konnte und zumindest formal die Möglichkeit aufschien, »die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zur Disposition demokratischer Willensbildung«¹⁷³ zu stellen, hat auch über die Staatsverfassung hinaus eine Tendenz befördert, antagonistische Sozialkonflikte in agonistische Verhältnisse der Gegnerschaft zu überführen.

Der Übergang zur Weltgesellschaft kann nicht auf einen postmodernen Pluralismus begrenzt werden; vielmehr ist davon auszugehen, dass gleichermaßen eine folgenreiche Re-Antagonisierung stattfindet. Die agonistische Leistung des wohlfahrtsstaatlichen Konstitutionalismus wird gerade nicht in die Weltgesellschaft verlängert. Im Gegenteil scheinen die Regimeverfassungen nicht in der Lage zu sein, antagonistische Sozialkonflikte zu bearbeiten. Unter weitgehender Abwesenheit solcher Kompromisse schaffen sich die Regime und die dort dominanten Eliten einen Konstitutionalismus nach ihrem Bild.¹⁷⁴ Die innerste Substanz der jeweiligen Regime, also: um was es dort eigentlich geht, wird der Diskussion durch höherrangige Konstitutionalisierung weitgehend entzogen und letztlich – an dieser Stelle ist das sozialwissenschaftliche Modewort tatsächlich angebracht – als Verfassungsnorm essentialisiert.

Die Konstitutionalisierung verweist die Konfliktlagen ins Außen der Regime, indem sie das, um was es in den Regimes »eigentlich« geht, als konstituierende Programme höherrangig zum Kern der Verfassung erhebt. Vor diesem Hintergrund wird die Unterscheidung in limitative und konstitutive Verfassungsfunktionen zunehmend porös. Jede Begrenzung wird schnell dazu führen, die Frage nach den konstituierenden Programmen aufzuwerfen. Denn Öffnungen der jeweiligen Bereichsrationalität sind im Grunde nur möglich, wenn man die zentralen Verfassungssessenzen umgeht. Wer die Expansionstendenzen der Weltwirtschaft begrenzen will, gelangt schnell zur Erkenntnis, dass die konstitutive Entbindung einer Freihandelsrationalität erst einmal in Frage stehen können muss. *Um das Demokratieprinzip überhaupt noch präsent zu halten, müsste ein normativ gehaltvolles Verfassungsprojekt vor allem destituierend ansetzen: Indem es die konstituierenden Programme aus ihrem höherrangigen Status verdrängt, werden limitative Dynamiken erst denkbar.*¹⁷⁵

173 | W. Abendroth, »Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland«, S. 346.

174 | Vgl. Maus, Ingeborg: »Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer ›Emergenz‹ supranationaler und transnationaler Verfassungen«, in: Regina Kreide/Andreas Niederberger (Hg.), Staatliche Souveränität und transnationales Recht, München: Mering: Hampf 2010, S. 27-70, hier S. 49.

175 | Vgl. auch die Schlussfolgerung bei Christodoulidis, Emiliós: »Of Boundaries and ›Tipping Points‹: A Response to Gunther Teubner«, in: Social & Legal Studies 20/2 (2011), S. 238-243.

c. Evolution und Revolution

Daraus folgt eine weitere Korrektur. Sie betrifft das Verhältnis von Evolution und Revolution. Am Beginn der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft stehen revolutionäre Umwälzungen in Kultur, Religion, Politik und Ökonomie:

»[G]roße verfassungsrechtliche Innovationen der modernen Gesellschaft [sind] nicht die Folge allmählicher Anpassungen, sondern plötzlicher Umwälzungen [...] Vor allem in den großen Rechtsrevolutionen haben sich normative Lernprozesse, die durch strukturelle Klassenkonflikte [...] ausgelöst worden [sind,] zu umfassenden Gesellschaftsreformen verdichtet.«¹⁷⁶

Jedenfalls kann die Erzählung nicht auf die evolutorische Ausdifferenzierung, auf die »untergründigen evolutionären Prozessen von langer Dauer, [...] in denen sich im Zuge der Verrechtlichung von Gesellschaftssektoren auch konstitutionelle Normen inkrementell entwickeln«, reduziert werden.¹⁷⁷ Nicht zuletzt Harold J. Berman hat in seiner berühmten Studie zur Herausbildung der westlichen Rechtstradition auf die bedeutende Rolle von Revolutionen hingewiesen. Demnach ist der moderne Konstitutionalismus auf die päpstliche Revolution des 11. und 12. Jahrhunderts zurückzuverfolgen: eine »transnationale Revolution«, die »in ganz Europa für die Geistlichkeit, unter dem Papst gegen kaiserliche, königliche und feudale Beherrschung« eintrat.¹⁷⁸ Erst die Kämpfe zwischen Papst und weltlicher Herrschaft, die sich gewaltsam über mehrere Jahrzehnte erstreckten, verhalfen dem kanonischen Kirchenrecht zum Durchbruch, das die Grundlagen des modernen Rechtsverständnisses embryonal in der Kirchenverfassung enthält.¹⁷⁹ Berman zeigt, dass mit der protestantischen Reformation, der englischen, französischen, amerikanischen und der russischen Revolution Umwälzungen einhergehen, die der sozialen Evolution eine andere Richtung geben, dabei aber nach dem revolutionären Furor stets wieder auf die westliche Rechtstradition zurückkommen.¹⁸⁰ Die Revolution ist nicht

176 | Brunkhorst, Hauke: »Legitimationsverhältnisse. Replik auf Ingeborg Maus«, in: Oliver Eberl (Hg.): Transnationalisierung der Volkssouveränität. Radikale Demokratie diesseits und jenseits des Staates, Stuttgart: Steiner-Verlag 2011, S. 317-348, hier S. 322 f.; siehe auch für einen systemtheoretischen Versuch, die Revolution wieder in den Horizont der Bemühungen einzuordnen, Opitz, Sven: »Gibt es einen normativen Eigensinn der (R)Evolution? Über Streit und Ästhetik in der Soziologie des Politischen«, in: Soziale Welt 63/3 (2012), S. 283-292, insbes. S. 284 ff.

177 | G. Teubner, »Globale Zivilverfassungen«, S. 15.

178 | Berman, Harold J.: Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition. Frankfurt am a. M.: Suhrkamp 1991, S. 50.

179 | Vgl. ebenda, S. 341.

180 | Vgl. ebenda, S. 43.

der Gegenbegriff zur Evolution. Revolutionäre Umwälzungen sind ein integraler Bestandteil der sozialen Evolution selbst: »Alles ist Evolution, aber die Evolution ist nicht alles.«¹⁸¹

Wiederum wird dieser Zusammenhang am Beispiel des wohlfahrtsstaatlichen Konstitutionalismus besonders deutlich. Wenn dort wenigstens Keimformen einer Verfassung gesellschaftlicher Teilbereiche entstanden sind, kann dies nicht einseitig auf die evolutionäre Ausdifferenzierung zurückgeführt werden. Nicht nur die hintergründige List der funktionalen Differenzierung hat sich im Wohlfahrtsstaat niedergeschlagen. Der sozial-demokratische Konstitutionalismus ist aus einer Epoche der Bürgerkriege und Revolutionen hervorgegangen. Entscheidende Fortschritte in den Teilbereichsverfassungen sind unter dem Eindruck drohender sozialer Umwälzungen mit all ihren entdifferenzierend-voluntaristischen, nichtkomplexitätsadäquaten und oft politikzentrierten Begleiterscheinungen entstanden. Paradoxerweise hat die funktional ausdifferenzierte Industriegesellschaft ihre identitäre Nichtidentität aus der drohenden Umwälzung gewonnen, die seit dem Ende des Ersten Weltkriegs zu einer realen Option wurde. Die Verfassung als Klassenkompromiss, industrielle Demokratie, Sozial- und Arbeitsverfassung – diese evolutionären Errungenschaften sind nicht von der *Furcht vor der Revolution* zu trennen. Wer die Position vertritt, dass die transnationale Verfassungsevolution korrekturbedürftig ist, wird Wege suchen müssen, um die Dialektik von evolutionärer und revolutionärer Konstitutionalisierung in der Weltgesellschaft zu erneuern.

2. Soziale Demokratie

Hatte der bisherige Argumentationsgang versucht aufzuklären, welche Folgen es hat, wenn die Zentralstellung der Regime/Umwelt-Unterscheidung durch eine Unterscheidung Regime/konstitutives Außen ersetzt wird, wendet er sich nun der Frage nach der Regierungsart zu. Gelingt es dem gesellschaftlichen Konstitutionalismus, die zwei Seiten der Verfassungsevolution, die konkurrierenden Momente der Herrschaftsausübung und der Herrschaftskritik, präsent zu halten? Die Forderung nach demokratischer Legitimation folgt hier einem vollkommen anderen Impuls, als er üblicherweise die Diskussion um die Legitimation der transnationalen Governance beherrscht. Im Mittelpunkt steht nicht das klassische Legitimationsverfahren durch Zustimmung eines umfangslogisch gedachten Volks. Nicht mehr Staaten, Bürger und internationale Organisationen sind die privilegierten Orte der Demokratie. Die verselbstständigen Logiken der Teilbereiche sollen eine Anbindung an Allgemeinwohlforde-

181 | Brunkhorst, Hauke: »Machbarkeitsillusionen, feierliche Erklärungen und Gesänge – Zum Verhältnis von Evolution und Revolution im Recht«, in: Calliess et al., Soziologische Jurisprudenz (2009), S. 447-464, hier S. 450.

rungen erfahren. Dabei ist das Verhältnis der Regime zu ihren sozialen Umwelten entscheidend. Es rückt ins Zentrum der demokratischen Herausforderung.

Folglich gehen staatszentrierte Demokratiemodelle schlicht an den neuartigen Gefährdungslagen vorbei. Sie halten weder die normativen noch die praktischen Ressourcen bereit, um den Bereichslogiken des Transnationalen adäquat zu begegnen. Solche Modelle handeln noch von Staaten, Bürgern und Völkern, wo doch die Hauptgefährdungslagen vom Esperanto der Sozialregime ausgehen. Das alteuropäische Demokratieverständnis kann vor diesem Hintergrund kaum noch auf die neuartige Konstellation reagieren. Indem es die Selbstbestimmung eines souveränen und territorial gebundenen Staatsvolks zum Ausgangspunkt nimmt, fällt es hinter den Stand der sozialen Evolution zurück. Deshalb beginnt die Suche nach funktionalen Äquivalenten, nach Formen der Mitbestimmung, Allgemeinwohlorientierung und Responsivität, die auch in der Weltgesellschaft diejenigen Effekte erzielen, die das Demokratieprinzip im Nationalstaat mehr oder weniger erfolgreich erreicht hatte.¹⁸² Da sich gesellschaftliche Teilbereiche verselbstständigen, erscheint eine zivilgesellschaftliche Demokratisierung als die passende Antwort, um die Normbildung für die sozialen Umwelten zu öffnen. Responsivitätspflichten, Reflexionspotentiale und Politisierungschancen sollen einen Gegenkreislauf in Gang setzen. Man setzt auf Verbraucher, die nach der Herkunft und Herstellung der Produkte fragen; auf Berufsverbände, die ihre Aktivitäten dahingehend prüfen, wie sie sich auf die soziale Umwelt ihres Sozialbereichs auswirken; auf den Schutz von gegenhegemonialen Kommunikationsstrukturen durch Grund- und Menschenrechte. Die zivilgesellschaftliche Demokratisierung zielt weder auf die Weltgesellschaft als Ganze noch setzt sie auf umfassende Steuerungsprogramme. Sie setzt inkrementell in den Regimen an. Es geht darum,

»ob solche nicht-staatlichen Institutionen tragfähige Analogien zum nationalstaatlichen *pouvoir constituant*, zur Selbstkonstituierung eines Kollektivs, zur demokratischen Entscheidungsfindung und zum Organisationsteil einer im engeren Sinne politischen Verfassung aufweisen«¹⁸³.

In einem Durchgang durch unterschiedliche funktionale Äquivalente zum Demokratieprinzip (Responsivität, Reflexivität und das Politische) ist der Befund absehbar, der eingangs angedeutet wurde: Die Vorschläge erfüllen den Anspruch einer zivilgesellschaftlichen Mitbestimmung, scheitern jedoch am

182 | Siehe zu den funktionalen Äquivalenten auch Kjaer, Poul F.: »The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space«, in: *Wisconsin Law Review* 2010/2 (2010), S. 489-534, hier S. 522 ff.

183 | G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, S. 23.

Maßstab einer demokratischen Konstitutionalisierung. Jedes der vorgeschlagenen Äquivalente stellt die Regime und ihre Rationalitäten nie vollständig zur Disposition. Systemkritik kann nur domestiziert erscheinen.

a. Responsivität

Die Forderung nach Responsivität bringt die Forderung nach demokratischer Legitimation in eine neue Form. Weil die Ausdifferenzierung nicht zurückzunehmen ist, erscheint eine nachträgliche Ex-post-Responsivierung der Regime als aussichtsreich, um der Verselbstständigung entgegenzuwirken. Man kann auf die Differenz der Regime und der sozialen Umwelten »nicht mit Inklusion, sondern allenfalls mit Responsivität«¹⁸⁴ reagieren.

Die Forderung nach Responsivität lässt das vertikale Verhältnis Staat/Bürger hinter sich und überschreibt es mit der horizontalen Unterscheidung Regime/soziale Umwelt. Hier werden die Überwältigungen thematisierbar, hier können Gegenmächte doch noch Eingang ins System finden. Man mag fragen, wie es dazu kommt. Eigentlich hat der gesellschaftliche Konstitutionalismus gezeigt, dass sich die Regime abschotten. Mit ihrer Ausdifferenzierung ist aber genauso – gewissermaßen gleichursprünglich – die Möglichkeit eines *re-entry* gegeben.¹⁸⁵ Das Unterschiedene (System/Umwelt) wird nochmal im System als Wiedereintritt der Unterscheidung sichtbar. Dann reflektiert das Regime auf seine eigene Leitdifferenz und die Ent-Paradoxierung misslingt kurzweilig. So ist der Spielraum dafür, dass Umweltrationalitäten im System repräsentiert werden, auf einmal da.

Die Möglichkeit des *re-entry* führt zur Forderung nach einer »hybriden Konstitutionalisierung«¹⁸⁶. Die funktional ausdifferenzierten Ordnungen werden nicht der Gestaltungsmacht der Politik unterworfen. Sie werden von innen her konstitutionalisiert, indem zivilgesellschaftliche Gegenmächte dauerhaft einziehen. Die allgemeine Unterscheidung Regime/Umwelt tritt als Koppelung des Teilbereichs mit einem spezifischen Gegenmachtkreislauf auf:

»Eine ›hybride Konstitutionalisierung‹ ist in dem Sinne gefragt, dass externe gesellschaftliche Kräfte, also neben staatlichen Machtmitteln, rechtliche Normierungen und ›zivilgesellschaftliche‹ Gegenmacht aus anderen Kontexten – Protestbewegungen, NGOs, Gewerkschaften – in der Weise so massiven Druck auf die expansionistischen

184 | Hier im Hinblick auf die Differenz Mensch/Institution: G. Teubner, »Die anonyme Matrix«, S. 169.

185 | Dies ist auch das Einfallstor für die kritische Systemtheorie, vgl. den zweiten Teil, III, ab S. 62.

186 | Ders., A Constitutional Moment?, S. 13.

Funktionssysteme ausüben, dass es innere Selbstbeschränkungen aufbaut, die tatsächlich greifen.«¹⁸⁷

Demnach ist unter hybrider Konstitutionalisierung eine Koppelung zwischen dem jeweiligen Teilbereich und zivilgesellschaftlicher Gegenmacht zu verstehen. Die Gegenkreisläufe weisen das entscheidende Potential auf, um den Expansionsdrang der Teilsysteme von innen her zu bändigen. Damit erhalten Irritationen aus der Peripherie der sozialen Teilbereiche direkte Bedeutung für die Konstitutionalisierungsprozesse. Nicht in den verfestigten Organisationsbereichen ist nach funktionalen Äquivalenten zu suchen, sondern in den irritationsanfälligen Spontanbereichen.

Diese Sympathie für die Irritation leuchtet aus systemtheoretischer Sicht direkt ein. Handelt es sich um verselbstständigte Selbstreferenzen, die sich abschotten, sind Irritationen notwendig, um den Steigerungszwang überhaupt zu unterbrechen. Das Leitbild besteht in einer »dualen Verfassung zivilgesellschaftlicher Freiheit« als »interne Differenzierung in einen Spontanbereich und einen Organisationsbereich«¹⁸⁸. Während der Organisationsbereich entscheidet, hat der Spontanbereich die Aufgabe, die nötige Responsivität herzustellen, Irritationen zu produzieren, Legitimationsfragen zu stellen und mit Protesten die Allgemeinwohlanforderungen zu thematisieren. Beispiele dafür sind zivilgesellschaftliche Protestbewegungen genauso wie NGOs und kritische Berufsverbände, die in ihren jeweiligen Bereichen aktiv sind. Überall dort – so die sehr optimistische Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus – zeichnen sich Gegenmachtkreisläufe ab, die schließlich auf ein funktionales Äquivalent zum Demokratieprinzip hinauslaufen können. Sie schaffen den Spielraum dafür, den systemischen Imperialismus einzuhegen und »eine Dissipation der Macht und damit eine Demokratisierung der Gesellschaft«¹⁸⁹ zu befördern.

Diese Vorschläge stehen wieder in einem eigentümlichen Zwielficht. Sie versuchen, eine demokratische Konstitutionalisierung denkbar zu machen, die an den weltgesellschaftlichen Realitäten ansetzt. Es wird allerdings nicht recht deutlich, ob dieses Modell die Anforderungen an eine gelingende Konstitutionalisierung absenkt oder im Gegenteil sehr hoch ansetzt. Genügen reflexive Sozialprozesse und Governancemechanismen, die eine schwache Responsivität sicherstellen? Oder läuft alles auf starke Mechanismen der Gegenmacht hinaus? Bleibt es bei der Berücksichtigungspflicht, wie sie das Bundesverfas-

187 | Ebenda.

188 | Ders., »Privatregimes«, S. 448.

189 | A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen, S. 64.

sungsgericht schon heute in seinen Urteilen entwirft?¹⁹⁰ Oder sind NGOs und Öffentlichkeiten in den Gegenmachtkeisläufen mit starken Vetomöglichkeiten ausgestattet?

Genau genommen werden zwei unterschiedliche Problemkreise miteinander kurzgeschlossen. Die gewünschte Öffnung soll negative Externalitäten der funktionalen Selbstreferenz abfedern. Sie soll die destruktiven Potentiale der funktionalen Differenzierung einhegen, um ihren Produktivkräften zur Geltung zu verhelfen. Demgegenüber reicht die anklingende Gegenmachfrage freilich weiter. Sie besteht darin, inwieweit das konstitutive Außen eine Chance hat, im System zu erscheinen, und ob die Verfassung es ermöglicht, antagonistische Konflikte in agonistische Verhältnisse der Gegnerschaft umzuarbeiten. Die Zentralfrage ist, ob das konstitutive Außen im System repräsentiert werden kann, ob Systemkritik ein *re-entry* im System findet und ob das System seine demokratische Ab- und Ent-Setzung institutionalisiert? Damit übersteigt die Forderung nach einer demokratischen Konstitutionalisierung eine korrigierende Ex-post-Responsivität. Erst wenn auch der Kern der Regime zumindest zeitweise zur Disposition stehen kann, findet eine hybride Verfassungsbildung überhaupt ihre Haltepunkte.¹⁹¹

b. Reflexivität

Das so aufgemachte Problem wiederholt sich auf einer weiteren Ebene, die dazu geeignet scheint, funktionale Äquivalente zum Demokratieprinzip beizubehalten. Für die Verfassungsbildung ist die Koppelung von reflexiven Mechanismen im Recht und im jeweiligen Sozialbereich ein entscheidendes Kriterium. Dauerhafte Institutionen müssen absichern, dass eine höherrangige, reflexive Strukturbildung greift, welche die Anwendung des Rechtscodes einer Zweitbeobachtung vom Typ verfassungsgemäß/verfassungswidrig aussetzt.¹⁹² Auf diese Weise arbeitet der gesellschaftliche Konstitutionalismus einen demokratischen Selbstbezug systemtheoretisch um. Das, was rückwirkend konstitutionellen Gründungsakten zugeschrieben wird, erlebt einen Wiedereintritt. Während die demokratische Verfassungstheorie im Gründungsakt den konsti-

190 | Zuletzt ausführlich Viellechner, Lars: »Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel. Zu den innerstaatlichen Wirkungen von völkerrechtlichen Verträgen und Entscheidungen internationaler Gerichte, insbesondere bei der Auslegung und Anwendung von Grundrechten«, in: Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, Berlin u. a.: Springer 2012, S. 109-160.

191 | Vgl. den Versuch bei Pasquale Femia, eine »infrasystemische Subversion« denkbar zu machen, ders.: »Infrasystemische Subversion«, in: Amstutz/Fischer-Lescano, Kritische Systemtheorie (2013), S. 305-326, hier S. 310 ff.

192 | Vgl. G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 159.

tuierenden Selbstbezug eines Kollektivs ausmacht, durchläuft er hier eine kommunikationstheoretische Wende.¹⁹³ Der Selbstbezug wird von Akten der politischen Gründung gelöst. In den Regimen findet keine emphatische Gründung statt, sondern nur eine Ex-post-Reflexion. Sie bezieht sich auf die Regime-/Umwelt-Unterscheidung sowie auf die Dissipation des jeweiligen Kommunikationsmediums. Es handelt sich also um zwei Umstellungen. *Erstens* tritt der konstitutionelle Moment nur nachträglich als reflexiver Selbstbezug der Regime auf. Zu dieser Nachträglichkeit tritt *zweitens* eine diskursive Einschränkung solcher Reflexionen hinzu, die sich auf die Eigenverfassung des jeweiligen Regimes beziehen. Die Reflexion kann sich nur auf die spezifische Koppelung zwischen dem sozialen Teilbereich und dem Recht beziehen. Dies wiederum unterscheidet sich je nach Sozialregime bzw. Funktionssystem: Wissenschaftliche Reflexion bezieht sich auf das Kommunikationsmedium »Wahrheit«, politische Reflexion über das Kommunikationsmedium »Macht«, wirtschaftliche Reflexion über das Kommunikationsmedium »Geld«.¹⁹⁴ Das funktionale Äquivalent der konstituierenden Verfassungsgebung besteht in regimespezifischen Reflexionskreisläufen, in denen Selbst- und Fremdbegegnungen der jeweiligen Rationalitäten beobachtbar sind. Hier »geschieht die sinnhafte Begegnung von verschiedenartigen Reflexionsprozessen [...] – der Identitätsreflexion des Individuums und der Identitätsreflexion von sozialen Systemen«¹⁹⁵. Dies sichert Anschlüsse an alteritätsorientierte Verständnisse von Demokratie, Recht und Gerechtigkeit.¹⁹⁶ Über den Begriff der Reflexivität werden Momente der demokratischen Verfassungsbildung in die kommunikativen *strange loops* der Weltgesellschaft überführt. Gründungsmythen, feierliche Erklärungen und voluntaristische Selbststeuerungssillusionen spielen dabei keine Rolle mehr.

Damit geht eine Beschränkung der Reflexionsprozesse einher. Die Regimerationalität und ihr Kommunikationsmedium dürfen und können nie fundamental zur Disposition stehen. Sie können nicht zur Disposition stehen, da der Sündenfall der funktionalen Differenzierung nicht zurückzunehmen ist. Und sie dürfen nicht zur Disposition stehen. Schließlich droht so eine totalisierende Bewegung, die das Leitbild zivilgesellschaftlicher Freiheit unterläuft.

Besonders deutlich wird diese Perspektive im Hinblick auf die Weltwirtschaftsverfassung. Hier wird argumentiert, dass sowohl eine Entdifferenzierung durch die Unterordnung der Wirtschaft unter die staatliche Politik problematisch erscheint als auch eine vollständige Unterbindung des Steige-

193 | Vgl. ebenda, S. 102.

194 | Vgl. ebenda, S. 159.

195 | Ebenda, S. 103.

196 | Etwa Parallelen zur Dekonstruktionsphilosophie: ders.: »Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?«, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29/1 (2008), S. 9-36.

rungszwangs. Kritisch werden einzig »selbstdestruktive Wachstumsexzesse« betrachtet, da »eine funktionierende Geldwirtschaft auf Wachstumszwang angewiesen«¹⁹⁷ sei. Dies führt zu einer Begrenzung solcher Befragungen, die möglich und normativ überhaupt wünschenswert sind. Nicht nur, dass auf diese Weise die radikalen Dimensionen der demokratischen Verfassung aus der gesellschaftlichen Verfassungsfrage verschwinden. Es war schließlich ein Impuls der konstituierenden Macht des Volkes, jede Form der Herrschaftsausübung unter den Vorbehalt zu stellen, dass eine Rücknahme in herrschaftskritische Gedankenschleifen droht.

Insgesamt ist fraglich, ob eine solche Selbstbeschränkung überhaupt greifen kann, wenn sie auf innere Reflexion beschränkt bleibt. In der Weltgesellschaft machen gerade die Regime enormen Gebrauch von Reflexionsprozessen und internen Öffnungen für Umweltrationalitäten. Nicht zuletzt die sozialwissenschaftliche Diskussion hat mit dem Konzept der Governancesteuerung und Stakeholderpartizipation versucht, diese Prozesse auszuleuchten.¹⁹⁸ Oft entfalten diese Mechanismen keine begrenzenden, sondern legitimationsbeschaffende Funktionen. Bei der Unterscheidung zwischen einem alteuropäischen Selbstbezug der demokratischen Verfassung und einer postmodernen Reflexivität der transnationalen Regime geht der Unterschied zwischen einer demokratischen und einer legitimistischen Variante verloren, die Mechanismen der Öffnung inszeniert, um die Expansion abzusichern. Zu unterscheiden wären korrupte Mechanismen einer selbstversorgenden Autolegitimation von demokratischer Reflexivität in den einzelnen Sozialregimen, die jeweils auch auf die Codeebene durchschlagen kann. Sie muss sich nicht konstruktiv auf die ausdifferenzierten Ordnungen und ihre Kommunikationsmedien beziehen. Sie kann negativ bleiben.

c. Das Politische

Das dritte Moment, das funktionale Äquivalenzen zum Demokratieprinzip absichern soll, ist die innere Politisierung gesellschaftlicher Teilsysteme.¹⁹⁹ Hier erlebt der Politikbegriff eine Aufspaltung. Es wird zwischen der staatlichen Politik, der Politik des politischen Systems (die Politik) auf der einen und dem Politischen in jeder sozialen Ordnungsbildung auf der anderen Seite unterschieden.²⁰⁰ Da die Systemdifferenzierung auf Unentscheidbarkeiten und Paradoxien aufruft, taucht das Politische schon auf, wenn diese Kontingenzen

197 | Ders., Verfassungsfragmente, S. 153.

198 | Zum Überblick: M. Behrens, »Global Governance«.

199 | Vgl. G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 182.

200 | Zu den neueren Diskussionen um diese Unterscheidung siehe Bröckling, Ulrich/Feustel, Robert (Hg.): Das Politische denken. Zeitgenössische Positionen, Bielefeld: transcript 2010.

sichtbar werden und die Umstrittenheit der jeweiligen Ordnungsbildung zu Tage tritt. Wurde die Unterordnung der sozialen Teilbereiche unter das politische System zurückgewiesen, ist so doch noch eine politische Möglichkeit gewonnen. Der Fluchtpunkt besteht in einer inkrementellen Politisierung, in der nach »der Sozialverantwortung von dezentralen Kollektivakteuren«²⁰¹ gefragt wird. Aufgabe der Teilbereichsverfassungen ist es, solche Mechanismen der Politisierung auf Dauer zu stellen. Die Ent-Paradoxierungsmechanismen der Regime sollen durch Re-Paradoxierungschancen politisiert werden. Als Träger treten wiederum Berufsverbände, Verbraucherorganisationen und NGOs auf, die eine Reflexionspolitik in Gang setzen sollen.²⁰² Das Politische versucht, Momente der Unentscheidbarkeit zu nutzen oder aktiv hervorzurufen.

Im gleichen Atemzug findet hier eine Eingrenzung statt. In der Unterscheidung Regime/Umwelt bleibt es mit einem ökologischen Allgemeinwohl kurzgeschlossen. Parasitär sattelt das Politische auf und soll rückwirkend korrigieren. Die fundamentale Rücknahme darf seine Sache nicht sein. Was so unbearbeitet bleibt, ist freilich die gründende Ursprungsparadoxie der Funktionssysteme. An dieser Stellen kann man die Unterscheidung zwischen Gründungs- und Anwendungsparadoxie nochmals fruchtbar machen: Das Politische wird aufs Entscheiden bezogen und nicht auf die Paradoxie der Form selbst.²⁰³ Zur Disposition steht, ob eine rechtliche Entscheidung gerecht ist, eine politische Entscheidung dem Allgemeinwohl entspricht, ein ökonomisches Programm auch das Knappheitspostulat berücksichtigt. Die jeweiligen Kontingenzformeln sind das Einfallstor des Politischen. Ist dieses Nadelöhr genommen, stehen die Form und der Code selbst nicht mehr zur Disposition. Die Form kann nicht unterbrochen oder zumindest kurzzeitig in die Gesellschaft zurückgenommen werden. Der Begriff des Politischen ist auf der Programmebene und der Anwendungsparadoxie angesiedelt, nicht auf der Ebene des Codes und der Gründungsparadoxie. Dieser Umstand führt dazu, dass über den Begriff des Politischen die Systemkritik im System nur sehr begrenzt zu erscheinen vermag. Von dieser Kritik bleibt der emanzipatorische Impuls des gesellschaftlichen Konstitutionalismus, nämlich eine Vergesellschaftung des Politischen denkbar zu machen und dem politischen System das Politikmonopol zu rauben, freilich unberührt; er bleibt allerdings durch seine Engführung über die Entscheidungsparadoxie allzu beschränkt.

201 | G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 186.

202 | Vgl. ders.: »Societal Constitutionalism without Politics? A Rejoinder«, in: Social & Legal Studies 20/2 (2011), S. 248-252, insbes. S. 250.

203 | Vgl. J. Horst, »Politiken der Entparadoxierung«.

3. Grund- und Menschenrechte

Schließlich wird eine eigene, systemtheoretische Rekonstruktion der Grund- und Menschenrechte vorgeschlagen. Hier ist der Umschlagplatz der Menschenrechtsentwicklung nicht das monadisch zu begreifende Individuum, das willkürlicher Herrschaft des Staates gegenübersteht. Die Entwicklung der Grund- und Menschenrechte entsteht vielmehr an der Schnittstelle systemischer Kommunikation zu ihren sozialen Umwelten. Niklas Luhmann hatte für die Grundrechte des Nationalstaats gezeigt, wie sie

»als eine unter vielen funktional äquivalenten Institutionen der industriell-bürokratischen Sozialordnung dazu [dienen], das Kommunikationswesen so zu ordnen, dass es im großen und ganzen für Differenzierung offen bleibt. Die Garantie von Freiheit ist nichts anderes als eine Garantie von Kommunikationschancen.«²⁰⁴

Die Grundrechte schaffen diejenigen Autonomieräume, die solche Kommunikationschancen überhaupt erst ermöglichen. Jedem Grundrecht entsprechen folglich auch kollektive Institutionalisierungen. Beispielsweise besteht die Meinungs- und Pressefreiheit nicht nur in der Freiheit, Flugblätter zu drucken. Sie ist auch als Institution zu verstehen, die im öffentlich-rechtlichen Rundfunk ihren Ausdruck findet. Die Religionsfreiheit ist nicht nur eine Frage des individuellen Glaubens, sie ist auch mit institutionell abgesicherter Kommunikation verbunden. Die Grundrechte haben so einerseits eine negative Dimension, da sie diese Autonomieräume gegenüber staatlichen Eingriffen schützen. Andererseits haben sie eine positive, ermöglichende Funktion, da sie die angesprochenen Institutionalisierungen bewirken oder schützen.

Aber wie steht es um den Übergang in die Weltgesellschaft? Wie kann diese Herangehensweise auf den transnationalen Raum übertragen werden? Hier erhalten die Grund- und Menschenrechte nun einen bedeutenden, im Vergleich zum Nationalstaat gewachsenen Status:

»Grundrechte, wie sie hier vorgeschlagen werden, unterscheiden sich von den ›subjektiven Rechten‹ des Privatrechts dadurch, dass sie gerade nicht die wechselseitige Gefährdung von Individuen durch Individuen, also intersubjektive Beziehungen betreffen, sondern die Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices (Institutionen, Diskursen, Systemen) für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen.«²⁰⁵

204 | N. Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 23.

205 | G. Teubner, Verfassungsfragmente, S. 215.

Demnach sind Grundrechte als »Gegeninstitutionen zu den Expansionstendenzen der Sozialsysteme«²⁰⁶ zu begreifen.

Die Weichenstellung besteht also in einer Ökologisierung. Die Annahme ist, dass sich die Kommunikationsnetzwerke verselbstständigen und gegenüber ihren sozialen Umwelten destruktive Effekte erzielen. Dies ist auch deshalb folgenreich, da Gesellschaft und Bewusstsein/Körper kommunikativ nicht für einander erreichbar sind. Insofern haben die Grund- und Menschenrechte eine wichtige Funktion. Sie sind das Medium, mit dem die sozialen Umwelten und die psychischen Systeme ihre Blessuren skandalisieren und den anonymen Matrices Kommunikationschancen abtrotzen können. Die Menschenrechte weisen eine Dimension »jenseits der positivierten Menschenrechte und jenseits des Naturrechts«²⁰⁷ auf. Sie sollen vor den »negativen Externalitäten der Kommunikation, [...] ihrem lebens- und bewusstseinsbedrohenden Potential«²⁰⁸ schützen. Deshalb greift die Forderung nach einem globalen Grundrechtskatalog zu kurz.²⁰⁹ Erforderlich ist die Respezifizierung der Rechte auf die Sozialregime. Sie werden nicht von internationalen Zentralagenturen gewährleistet. Als gesellschaftliche Gegenrechte zu den verselbstständigten Kommunikationsnetzwerken nisten sie sich in die unterschiedlichen Kontexte ein. Ihr Movens ist keine übergeordnete Werteordnung der internationalen Gemeinschaft. Proteste und Skandalisierungen von bestehendem Unrecht sind vielmehr der Anknüpfungspunkt. Sie können sich in die Rechtsevolution einschreiben und Rechten der Individuen gegen die Eigenrationalitätsmaximierer zur Geltung verhelfen.²¹⁰ Dort adressieren sie nicht ausschließlich politische Institutionen; sie binden auch private Akteure, etwa Unternehmen und hybride Akteurskonstellationen.

Zu dieser Sozialisierungskomponente der Grund- und Menschenrechte, die der juristische Diskurs als sogenannte Horizontalwirkung thematisiert, kommt ein Umbau negativer Abwehrrechte hinzu. Sie schützen das Individuum in dem Sinne, dass sie ihm als psychisches System Chancen einer gelingenden Selbstkonstituierung einräumen. Nimmt man diesen Gedankengang auf, enthalten die negativen Abwehrrechte mit dem Schwerpunkt auf psychische und körperliche Integrität eine zutiefst soziale, in Teilen auch materielle Dimension. Die Selbstkonstitution als psychisches System zu ermöglichen

206 | Ebenda.

207 | So Prien, Thore: Fragmentierte Volkssouveränität. Recht, Gerechtigkeit und der demokratische Einspruch in der Weltgesellschaft, Baden-Baden: Nomos 2010, S. 100, in seiner Rekonstruktion.

208 | G. Teubner, »Die anonyme Matrix«, S. 171.

209 | Vgl. etwa B. Fassbender, The United Nations Charta as the Constitution of the International community.

210 | Vgl. A. Fischer-Lescano, Globalverfassung, S. 277.

fordert zwangsläufig auch Teilhaberechte und materielle Sicherungsmechanismen. Nur sie gewährleisten eine gelingende Selbstkonstitution des psychischen Systems.

Diese Umarbeitung der Menschenrechtsentwicklung erfährt sodann eine transsubjektive Ausweitung.²¹¹ Die Menschenrechte werden vom konkreten Menschen gelöst. Der Mensch der Menschenrechte erscheint als Form, die eine gelingende individuelle und kollektive Selbstkonstitution eröffnen soll. Ökologisierung wäre so auch im Alltagssprachlichen Sinne wörtlich zu nehmen. Die sozialen Umwelten, die der Schauplatz der Selbstkonstituierung sind, haben eine natürliche Komponente. Die Selbstkonstitution sozialer Systeme entscheidet sich unter anderem daran, ob ökologische Systeme überhaupt funktionieren oder von den Expansionstendenzen wirtschaftlicher Regime zerstört werden. Umweltfragen erhalten in diesem Sinne hohe Bedeutung für die Menschenrechtsentwicklung und können auch begründen, wieso schon heute eine Ausweitung der Menschenrechtsentwicklung auf den Umweltbereich beobachtbar ist.²¹²

Über diese Schritte wird ein Zugang ausgearbeitet, der direkt an den expansionsaffinen Sozialregimen ansetzt. Dabei gehen allerdings die demokratischen Verweisungszusammenhänge der Menschenrechtsentwicklung zunehmend verloren. Was stattfindet, ist eine systemtheoretische Übersetzung der liberalen Grund- und Menschenrechtstheorie.²¹³ In vielerlei Hinsicht bleibt man so dem negativen Verständnis der Grund- und Menschenrechte treu. »Partizipationsromantik« darf die ökologische Grundrechtstheorie auch nicht nähren.²¹⁴ Mechanismen der psychischen Selbstkonstitution, körperliche Integrität und introspektive Potentiale stehen im Mittelpunkt.

Weitergehende Überlegungen bauen diese Perspektive auf die Möglichkeit demokratischer Partizipation und auf die abgesicherte Entfaltung gesellschaftlicher Kräfte hin aus.²¹⁵ Hier erfahren die Rechte doch noch eine Anbindung ans Demokratieprinzip. Sie übersteigen die individuelle Selbstkonstitution als Integrität und ermöglichen kollektive Selbstbestimmung. Diese Anbindung ist insofern folgenreich, als dass ihre Ausübung nicht darauf reduziert werden kann, die Kommunikationsnetzwerke zu begrenzen und mit Alteritätsanforde-

211 | Zur Transsubjektivierung: ders., *Kritische Systemtheorie* Frankfurter Schule, S. 52 ff.

212 | Siehe etwa Kreck, Lena: »Möglichkeiten und Grenzen des rechtlichen Schutzes für Umweltflüchtlinge«, in: *Kritische Justiz* 44/2 (2011), S. 178-184.

213 | Die analytische Pointe dieses Zugriffs besteht bei Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, allerdings vor allem darin, wie die Verbreitung subjektiver Rechte die Konsolidierung politischer Macht durch Begrenzung ermöglicht.

214 | G. Teubner, »Die anonyme Matrix«, S. 186.

215 | Vgl. Fischer-Lescano, Andreas: *Rechtskraft*, Berlin: August-Verlag 2013.

rungen zu konfrontieren. Die Menschenrechte beinhalten auch die Möglichkeit, die Kommunikationsnetzwerke effektiv zu unterbrechen und zumindest zeitweise zurückzunehmen.²¹⁶

4. Systemkritik im System

Über alle drei Ebenen – Verfassung, Demokratie und Menschenrechte – löst sich das systemtheoretisch inspirierte Modell von der Staatsverfassung. Es versucht, die Errungenschaften der Verfassungsevolution in einer funktional ausdifferenzierten Weltgesellschaft nochmals fruchtbar zu machen. Die überaus leistungsfähige Reflexionstheorie berücksichtigt allerdings diejenigen antagonistischen Sozialkonflikte zu wenig, die im ersten Teil des Buches als prägend für die fragmentierte Hegemoniekonstellation hervorgehoben wurden. Der demokratisch-subversive Moment der Verfassungsevolution gerät aus dem Blickfeld und bleibt nur noch domestiziert, als Ex-post-Responsivierung präsent. Es bleibt bei einer »Konstruktion der Rücksicht«.²¹⁷

Hatte der demokratische Konstitutionalismus des Nationalstaats es als Ergebnis sozialer Kämpfe zumindest ansatzweise ermöglicht, Systemkritik im System zu repräsentieren und antagonistische Sozialkonflikte in Verhältnisse agonistischer Gegnerschaft umzuformen, erbringen die hegemonialen Regime diese Leistung nicht mehr. Hier verschwimmen Codierungen und Programme zu einem substantiellen Amalgam, das es nicht mehr zulässt, das Regime als Ganzes zu befragen. Diesen Zug berücksichtigt der gesellschaftliche Konstitutionalismus nicht hinreichend. Er entwirft normative Vorstellungen davon, wie mögliche Abmilderungen der verselbstständigten Selbstreferenz greifen können. So sinnvoll dies im Einzelnen sein mag, die Frage bleibt, was eine im starken Sinne demokratische Konstitutionalisierung der Sozialregime bedeuten könnte, wenn die Diagnose lautet: *nation-state paradigm lost*. Zwar wird hier das Demokratieprinzip in eine Ex-post-Responsivierung sowie in Formen gesellschaftlicher Mitbestimmung überführt. Aber, so hat die Argumentation zu zeigen versucht, damit wird das Demokratieprinzip seiner konstituierenden Macht beraubt. Dies ist kein antitotalitärer Fortschritt. Schließlich führt die Unmöglichkeit, Systemkritik im System zu repräsentieren, unter anderem

216 | Siehe dazu Fischer-Lescano, Andreas/Buckel, Sonja: »Democrazia operaia? Hegemonietheoretische Überlegungen für ein aktualisiertes Recht auf politischen Streik«, in: Jochen Bung/Brian Valerius/Sascha Ziemann (Hg.): Normativität und Rechtskritik (=Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 114), Stuttgart: Steiner-Verlag 2007, S. 238-256.

217 | So sah sie Marx in der Hegel'schen Ständeverfassung angelegt, mitsamt ihrer »sehr diplomatischen« Konstruktion der gesetzgebenden Gewalt, siehe ders., »Kritik des Hegelschen Staatsrechts«, S. 288.

dazu, dass die Kommunikationsnetzwerke selbst ihre Totalisierungsansprüche ungehemmt verfolgen können.

Ob die Regime nicht nur verfasst sind, ob sie auch eine demokratische Verfassung aufweisen, hängt davon ab, ob ihre Ausdifferenzierung unter dem Vorbehalt steht, zumindest kurzweilig in die Weltgesellschaft zurückgenommen zu werden. Es geht somit nicht nur um rückwirkende Korrekturmechanismen. Die Systemkritik in das System einzuschreiben, ein *re-entry* der Systemkritik ins System – das wäre die radikaldemokratische Variante des gesellschaftlichen Konstitutionalismus. Bisher ist die Weltgesellschaft weit von einer Verfasstheit entfernt, die dies ermöglicht. Insofern wird das Projekt einer demokratischen Verfassungsbildung in der Weltgesellschaft negativ und destituierend, das heißt ab- und ent-setzend orientiert sein müssen, um die Sozialregime von ihrer hegemonialen Füllung zu befreien und eine mögliche Leere der Verfassung als Form wieder denkbar zu machen. Im Folgenden wird diese Überlegung weiterverfolgt und mit den Überlegungen Claude Leforts verknüpft, dessen Theorie radikaler Demokratie in den gesellschaftlichen Konstitutionalismus hineinkopiert werden soll, um eine gleichermaßen postwestfälische wie radikaldemokratische Perspektive auf die Konstitutionalisierung der Weltgesellschaft zu gewinnen.