

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2028

Gunther Teubner Verfassungsfragmente

Gesellschaftlicher Konstitutionalismus
in der Globalisierung

Nicht zuletzt durch eine Reihe von öffentlichen Skandalen wurde in den letzten Jahren die »Neue Verfassungsfrage« aufgeworfen. Menschenrechtsverletzungen durch multinationale Unternehmen, Korruption im Medizin- und Wissenschaftsbetrieb, Bedrohung der Meinungsfreiheit durch private Intermediäre im Internet, massive Eingriffe in die Privatsphäre durch Datensammlung privater Organisationen und mit besonderer Wucht die Entfesselung katastrophaler Risiken auf den weltweiten Kapitalmärkten – sie alle werfen Verfassungsprobleme im strengen Sinne auf. Ging es früher um die Freisetzung der politischen Machtenergien des Nationalstaats und zugleich um ihre wirksame rechtsstaatliche Begrenzung, so geht es nun darum, ganz andere gesellschaftliche Energien zu diskutieren und in ihren destruktiven Konsequenzen wirksam zu beschränken. Konstitutionalismus jenseits des Nationalstaats – das heißt zweierlei: Die Verfassungsprobleme stellen sich außerhalb der Grenzen des Nationalstaats in transnationalen Politikprozessen und zugleich außerhalb des institutionalisierten Politiksektors in den »privaten« Sektoren der Weltgesellschaft.

Gunther Teubner ist Professor für Privatrecht und Rechtssoziologie, Principal Investigator des Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen« an der Goethe-Universität Frankfurt/M. am Main sowie Professor am International University College in Turin.

Im Suhrkamp Verlag ist zuletzt erschienen: *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts* (stw 1803, zusammen mit Andreas Fischer-Lescano)

Inhalt

| | |
|---|----|
| Vorwort | 9 |
| Erstes Kapitel: Die Neue Verfassungsfrage | |
| I. Krise des neuzeitlichen Konstitutionalismus? | 11 |
| 1. Nationalstaatsverfassung versus Globalverfassung | 12 |
| 2. Verfassungssoziologische Impulse | 13 |
| II. Fragwürdige Prämissen | 18 |
| 1. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus als genuines Problem der Globalisierung? | 18 |
| 2. Die konstitutionelle Leere des Transnationalen? | 21 |
| 3. Begrenzung transnationaler Governance auf Politikprozesse? | 23 |
| 4. Reduktion grundrechtlicher Drittwirkung auf staatliche Schutzpflichten? | 27 |
| 5. Einheit einer kosmopolitischen Weltverfassung? | 29 |

Zweites Kapitel: Gesellschaftliche Teilverfassungen im Nationalstaat

| | |
|--|----|
| I. Gesellschaftliche Institutionen im liberalen Konstitutionalismus | 33 |
| 1. Verfassungsfreie Räume individueller Freiheit | 33 |
| 2. Autonome gesellschaftliche Ordnungen | 35 |
| II. Totalitäre Gesellschaftsverfassungen | 41 |
| III. Teilbereichsverfassungen im Sozialstaat | 45 |
| 1. Historische Lektionen | 45 |
| 2. Etatischer Gesellschaftskonstitutionalismus | 47 |
| 3. Politisierung gesellschaftlicher Teilbereiche | 49 |
| IV. Wirtschaftsverfassung als Gesellschaftsverfassung | 56 |
| 1. Ordoliberele Wirtschaftsverfassung | 56 |
| 2. Constitutional Economics | 60 |
| V. Konstitutioneller Pluralismus | 62 |
| 1. Neokorporatistische Arrangements | 64 |
| 2. Societal Constitutionalism | 67 |

Drittes Kapitel: Transnationale Verfassungssubjekte – Regimes, Organisationen, Netzwerke

| | |
|---------------------------------------|----|
| I. Eigenstrukturen des Globalen | 72 |
|---------------------------------------|----|

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2028

Erste Auflage 2012

© Suhrkamp Verlag Berlin 2012

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29628-8

1 2 3 4 5 6 – I 16 15 14 13 12

| | |
|---|-----|
| II. Gesellschaftliche Konstitutionalisierung durch die Staatenwelt? | 76 |
| 1. UN-Charta | 76 |
| 2. Soft Law der Staatenwelt | 78 |
| 3. Konstitutionalisierung durch Völkerrecht und Global Administrative Law | 82 |
| III. Eigenverfassungen globaler Institutionen | 85 |
| 1. Konstitutionelle Fragmentierung | 85 |
| 2. Verfassungen internationaler Organisationen | 90 |
| 3. Regime-Verfassungen | 94 |
| IV. Transnationale Regimes als Verfassungssubjekte? | 97 |
| 1. <i>Pouvoir constituant/constitué</i> | 100 |
| 2. Kollektive Identität | 109 |
| Viertes Kapitel: Transnationale Verfassungsnormen – Funktionen, Regelungsbereiche, Prozesse, Strukturen | |
| I. Verfassungsfunktionen: konstitutiv/limitativ | 120 |
| 1. Selbstkonstitution sozialer Systeme | 120 |
| 2. Konstitutionalisierung im dynamischen Ungleichgewicht | 124 |
| 3. Selbstbegrenzung von Wachstumszwängen | 129 |
| 4. »Kapillare Verfassungen« | 132 |
| 5. Teufel und Beelzebub | 136 |
| II. Verfassungsbereiche: Binnendifferenzierung in Sozialsystemen | 139 |
| 1. Spontanbereich | 140 |
| 2. Organisiert-professioneller Bereich | 145 |
| 3. Selbststeuerungsbereich des Kommunikationsmediums | 150 |
| III. Verfassungsprozesse: Doppelte Reflexivität | 158 |
| 1. Reflexivität des Sozialsystems | 159 |
| 2. Reflexivität des Rechtssystems | 162 |
| IV. Verfassungsstrukturen: Hybride Meta-Codes | 169 |
| 1. Codierung und Meta-Codierung | 169 |
| 2. Hybridität | 171 |
| V. Politik der Eigenverfassungen | 174 |
| 1. <i>La politique</i> versus <i>le politique</i> | 174 |
| 2. Im Schatten der Politik | 178 |
| 3. Innere Politisierung gesellschaftlicher Teilsysteme | 182 |

| | |
|---|-----|
| Fünftes Kapitel: | |
| Transnationale Grundrechte – Horizontalwirkung | |
| I. Grundrechte jenseits des Nationalstaats | 188 |
| 1. Extraterritoriale Wirkung nationalstaatlicher Grundrechte? | 190 |
| 2. Globaler <i>colère publique</i> | 193 |
| 3. Regimespezifische Grundrechtsstandards | 194 |
| II. Grundrechtsbindung privater transnationaler Akteure | 198 |
| 1. Beyond State Action | 198 |
| 2. Generalisierungsrichtung: kommunikative Medien statt Wertordnung | 200 |
| 3. Respezifizierung in unterschiedlichen Sozialkontexten | 203 |
| III. Inklusionäre Grundrechtswirkung: Zugangsrechte | 206 |
| IV. Exklusionäre Grundrechtswirkung | 210 |
| V. Die anonyme Matrix | 214 |
| VI. Justizialisierung? | 218 |
| Sechstes Kapitel: | |
| Kollision und Vernetzung transnationaler Verfassungen | |
| I. Das Fehlen einer Drittinanz | 223 |
| II. Inter-Regime-Kollisionen | 229 |
| 1. Modifikationen des traditionellen Kollisionsrechts | 230 |
| 2. Normative Vernetzungen | 235 |
| III. Interkulturelle Kollisionen | 240 |
| 1. Kultureller Polyzentrismus | 240 |
| 2. Re-entry des Fremden im Eigenen | 246 |
| 3. Interkulturelle Kollisionsnormen | 249 |
| IV. Leitprinzipien unterschiedlicher Verfassungskollisionen | 253 |
| Bibliographie | 257 |

Für Enrica

Die Idee zu diesem Buch entstand vor drei Jahren in den lebhaften Debatten der »Constitutionalists«, einer Diskussionsgruppe am Wissenschaftskolleg Berlin. Gegen die Möglichkeit eines Konstitutionalismus jenseits des Nationalstaates erhoben Petra Dobner, Dieter Grimm, Martin Loughlin, Fritz Scharpf and Alexander Sotomayor so viele und so schlagkräftige Argumente, dass mir klar wurde, es bedürfe einer Monographie, um nicht-staatliche Verfassungen in transnationalen Räumen aus sozial- und rechtswissenschaftlicher Perspektive einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Das Buch versucht, die juristische Debatte zu transnationalen Teilbereichsverfassungen systematisch mit sozialwissenschaftlichen Theorien der Globalisierung und des gesellschaftlichen Konstitutionalismus zu verbinden. Bei aller Interdisziplinarität aber ist das Buch primär aus der Sicht des Rechtssystems geschrieben: Welcher Verfassungsbegriff ist der neuen transnationalen Lage angemessen? Wie müssen verfassungsrechtliche Elemente, will man sie von der nationalen Politik auf globale Gesellschaftssektoren »übertragen«, generalisiert und spezifiziert werden? Ist das Koordinationsproblem, das ein konstitutioneller Pluralismus stellt, zu bewältigen?

Dies bedarf komplementärer Analysen aus der Sicht der jeweiligen gesellschaftlichen Teilsysteme, um deren Verfassung es geht. An dieser Stelle setzen die Arbeiten von Poul F. Kjaer ein, die anhand ausgewählter Fallkonstellationen die sozialen und institutionellen Bedingungen gesellschaftlicher Teilverfassungen in transnationalen Zusammenhängen untersuchen. Seine Monographie *The Structural Transformation of Democracy: Elements of a Theory of Transnational Constitutionalism* ist ebenso wie mein Buch in enger Zusammenarbeit vorbereitet und in je eigener Verantwortung, innerhalb eines der Forschungsprojekte des Frankfurt/M.er Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen«, verfasst worden. Beide Monographien verweisen aufeinander und verstehen sich als ein gemeinsamer Versuch, aus unterschiedlichen, aber komplementären Perspektiven zum Verständnis der Wechselbezüge zwischen Recht und sozialen Teilsystemen in der Weltgesellschaft beizutragen.

Institutionelle Unterstützung erhielt ich vom Wissenschaftskol-

leg Berlin, vom Exzellenzcluster »Normative Ordnungen«, Universität Frankfurt/M., vom Hague Institute for the Internationalisation of Law und vom International University College Turin.

Für wertvolle Hinweise danke ich Anna Beckers und Soo-Hyun Oh, die das Buchprojekt von Anfang an mit Rat und Tat begleiteten. Viele Anregungen erhielt ich aus den Diskussionen des Frankfurt/M.er privatrechtstheoretischen Seminars, das ich für viele Jahre zusammen mit Rudolf Wiethölter abhielt. Dessen Ideen zum »Rechtsverfassungsrecht« verdankt dies Buch mehr als der Text ausdrücken kann.

Gunther Teubner

Erstes Kapitel: Die Neue Verfassungsfrage

I. Krise des neuzeitlichen Konstitutionalismus?

Eine Reihe von öffentlichen Skandalen hat in den letzten Jahren die »Neue Verfassungsfrage« aufgeworfen.¹ Menschenrechtsverletzungen durch multinationale Unternehmen, umstrittene Entscheidungen der Welthandelsorganisation, die im Namen der globalen Handelsfreiheit den Schutz von Umwelt oder Gesundheit gefährdeten, Doping im Sport, Korruption im Medizin- und Wissenschaftsbetrieb, Bedrohung der Meinungsfreiheit durch private Intermediäre im Internet, massive Eingriffe in die Privatsphäre durch Datensammlung privater Organisationen und mit besonderer Wucht die Entfesselung katastrophaler Risiken auf den weltweiten Kapitalmärkten – sie alle werfen nicht nur politische und rechtliche Probleme der Regulierung auf, sondern Verfassungsprobleme im strengen Sinne. Im Hintergrund der Skandale geht es um die grundlegende Konstituierung gesellschaftlicher Dynamiken und nicht bloß um die Durchsetzung von Policies staatlicher Regulierung. Im Vergleich zur Verfassungsfrage des 18. und 19. Jahrhunderts stellen sich heute andersartige, aber nicht minder gravierende Probleme. Ging es damals um die Freisetzung der politischen Machtennergien des Nationalstaats und zugleich um ihre wirksame rechtsstaatliche Begrenzung, so geht es in der Neuen Verfassungsfrage darum, ganz andere gesellschaftliche Energien, besonders sichtbar in der Wirtschaft, aber auch in Wissenschaft und Technologie, in der Medizin und in den neuen Medien, freizusetzen und diese in ihren destruktiven Auswirkungen wirksam zu beschränken.² Heute entladen

¹ In welchem Ausmaß die »Demonstrationseffekte« solcher Skandale erst eine globale öffentliche Debatte und anschließend politische Reaktionen auslösen, analysieren Walter Mattli und Ngaire Woods, »In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics«, in: Walter Mattli, Ngaire Woods (Hg.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton 2009, S. 1-43.

² Philip Allott, »The Emerging Universal Legal System«, in: *International Law Forum du droit international* 3 (2001), S. 12-17, hier S. 16, geht so weit, die neue Verfassungsfrage als die »zentrale Herausforderung für internationale Philosophen im 21. Jahrhundert« zu bezeichnen.

sich diese Energien – produktiv und destruktiv – in Sozialräumen jenseits des Nationalstaats. Die oben angesprochenen Skandale überschreiten in doppelter Weise die Grenzen des Nationalstaats. Konstitutionalismus jenseits des Nationalstaats – das heißt zweierlei: Die Verfassungsprobleme stellen sich außerhalb der Grenzen des Nationalstaats in transnationalen Politikprozessen und zugleich außerhalb des institutionalisierten Politiksektors in den »privaten« Sektoren der Weltgesellschaft.

1. Nationalstaatsverfassung versus Globalverfassung

An diesen Skandalen entzündet sich heute eine Debatte, die eine Krise des neuzeitlichen Konstitutionalismus diagnostiziert und dafür die Transnationalisierung und die Privatisierung des Politischen verantwortlich macht. Man streitet um das Für und Wider eines transnationalen Konstitutionalismus, dessen Status – verfassungsrechtliche Doktrin, sozialwissenschaftliche Theorie, politisches Programm oder gesellschaftliche Utopie – ungeklärt ist. In grober Stilisierung verlaufen die Fronten der Debatte nach folgenden Linien. Die eine Seite konstatiert den Niedergang des neuzeitlichen Konstitutionalismus.³ Seine historisch voll entwickelte Form habe er in den politischen Verfassungen des Nationalstaats gefunden. Gegenwärtig aber erodierten seine Fundamente, verursacht durch die europäische Einigung und die Entstehung transnationaler Regimes einerseits und durch die Verlagerung politischer Machtprozesse hin zu privaten Kollektivakteuren andererseits. Ersatzformen für nationale Verfassungen seien in den transnationalen Räumen nicht ersichtlich. Angesichts der chronischen Defizite transnationaler Politik – angesichts der Nichtexistenz von Demos, kultureller Homogenität, politischen Gründungsmythen, Öffentlichkeit, politischen Parteien – seien sie sogar strukturell ausgeschlossen. Dieser doppelten Krise des Konstitutionalismus lasse sich, wenn

³ Prominent Dieter Grimm, »The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 3-22; Martin Loughlin, »What Is Constitutionalisation?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford 2010, S. 47-72, hier S. 63ff.; Charles Fried, »Constitutionalism, Privatization, and Globalization«, in: *Cardozo Law Review* 21 (2000), S. 1091-1094.

überhaupt, dann allenfalls über seine Re-Nationalisierung und Re-Politisierung, also dadurch begegnen, dass nationale und staatliche Verfassungsinstitutionen (nationale Verfassungsgerichte, Parlamente, Öffentlichkeit) wieder voll in ihre Rechte eingesetzt werden.

Einer solchen Verfallsgeschichte setzt die Gegenseite die Forderung entgegen, in kompensatorischer Absicht eine Verfassung für die gesamte Weltgesellschaft zu entwerfen.⁴ Für die Krise des Nationalstaats werden auch hier Globalisierung und Privatisierung verantwortlich gemacht und auch hier wird eine Schwächung nationaler Verfassungsinstitutionen konstatiert. Kompensatorisch aber könne ein neuer demokratischer Konstitutionalismus dann wirken, wenn er die ungezügelten Dynamiken des globalen Kapitalismus unter die domestizierende Gewalt weltweit verfasster Politikprozesse bringe. Ein anspruchsvoll konstitutionalisiertes Völkerrecht, eine deliberierende Weltöffentlichkeit, eine institutionalisierte Weltinnenpolitik, ein transnationales Verhandlungssystem zwischen globalen Kollektivakteuren, eine konstitutionelle Restriktion gesellschaftlicher Macht in globalen Politikprozessen eröffneten vielversprechende Perspektiven, demokratisch und rechtsstaatlich verfasste Institutionen in neuer Form in der Weltgesellschaft zu verwirklichen.

2. Verfassungssoziologische Impulse

Doch ist die Verfassung zu wichtig, um sie allein Verfassungsrechtlern und politischen Philosophen zu überlassen. Gegenüber beiden soll hier eine dritte Position markiert werden – durchaus keine vermittelnde Position. Sie stellt die Prämissen beider in Frage und

⁴ Prominent Jürgen Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, in: Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt/M. 2004, S. 113-193; Otfried Höffe, *»Königliche Völker«: Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedentheorie*, Frankfurt/M. 2001, S. 237. Im Völkerrecht Jochen A. Frowein, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts«, in: Klaus Dicke u. a. (Hg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg 2000, S. 427-447; Erika de Wet, »The International Constitutional Order«, in: *The International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 51-76; Anne Peters, »Compensatory Constitutionalism: The Function and Potenzial of Fundamental International Norms and Structures«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 579-610.

formuliert die Neue Verfassungsfrage entsprechend anders. Vordringlich dürfte sein, die obstinate Staats- und Politikzentrierung beider Positionen zu überwinden. Dazu kann eine soziologische Theorie des gesellschaftlichen Konstitutionalismus beitragen, die in der Verfassungsdebatte bisher ungehört geblieben ist. Sie stützt sich auf vier verschiedene Varianten soziologischer Theorie. In erster Linie zieht sie allgemeine Theorien der sozialen Differenzierung heran, welche die innere Verfassung gesellschaftlicher Teilsysteme zum zentralen Problem machen.⁵ Sie stützt sich weiter auf eine spezielle Soziologie – auf die sich neu etablierende Verfassungssoziologie⁶ –, auf die Theorie des Private Government⁷ und schließlich auf das Konzept des gesellschaftlichen Konstitutionalismus.⁸ Eine soziologische Verfassungstheorie verspricht darüber hinaus, historisch-empirische Analysen des Verfassungsphänomens mit normativen Perspektiven zu verknüpfen.⁹ »Mit ihrer Hilfe wird das Recht sensibel für die polyphone Artikulation gesellschaftlicher Autonomie, die es freilich nicht nur freizusetzen gilt, sondern auch zu konstitutionalisieren gilt, indem in den (System-)Autonomien selbst (Umwelt-)Verantwortlichkeiten gestiftet werden.«¹⁰

Was macht die Verfassungssoziologie anders? Sie wirft die Ver-

5 Allgemeine soziologische Theorien der sozialen Differenzierung in der Tradition von Emile Durkheim, Georg Simmel, Max Weber, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu und Niklas Luhmann geben der Frage, ob die Staatsverfassung als Verfassung der Gesamtgesellschaft dienen kann oder ob gesellschaftliche Teilbereiche über eigenständige Verfassungen verfügen, eine andere Richtung.

6 Programmatisch Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge 2011; vgl. auch Gert Verschraegen, »Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights«, in: Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (Hg.), *Towards a Sociology of Human Rights: New Theoretical and Empirical Contributions*. Oxford: Hart, Oxford 2012, im Erscheinen.

7 Die Theorie des Private Government wurde besonders von Philip Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, New York 1969 entwickelt.

8 Das Konzept eines Societal Constitutionalism (im Gegensatz zu einem engeren Political Constitutionalism) entwickelte David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxistic Critical Theory*, Cambridge 1992.

9 Chris Thornhill, »Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy«, in: *Theory and Society* 37 (2008), S. 161-197, S. 163 ff.

10 Dan Wielsch, »Iustitia Mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz«, in: Graf-Peter Calliess u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 395-414, hier S. 397.

fassungsfrage nicht nur im Verhältnis von Politik und Recht auf, sondern stellt sie für alle Bereiche der Gesellschaft:

Die These, dass heutige Gesellschaften eine informelle Verfassungsordnung kennen, die weder normativ noch faktisch auf den Staat fixiert ist und die multivalente und hierarchisch gegliederte Rechtsstrukturen aufweist, nimmt eine Schlüsselstellung im Vermächtnis des ursprünglichen soziologischen Projektes ein, nämlich eine komplexe, nicht-naturalistische und postontologische Konzeption der Gesellschaft und ihrer Normen zu entwickeln.¹¹

Damit verändert sie die Problemstellung grundlegend. Nicht nur für die Staatenwelt der internationalen Politik und für das Völkerrecht stellt sie die Frage ihrer Konstitutionalisierung, sondern gerade auch für andere autonome Teilsysteme der Weltgesellschaft, allen voran für die globale Wirtschaft, aber auch für Wissenschaft und Technologie, für das Erziehungssystem, die Neuen Medien, das Gesundheitswesen. Besitzt ein gesellschaftlicher Konstitutionalismus das Potenzial, über die Begrenzung der Expansionstendenzen des politischen Systems hinaus die heute nicht minder problematischen Expansionstendenzen zahlreicher gesellschaftlicher Teilsysteme, welche die individuelle und institutionelle Integrität gefährden, einzudämmen? Können Verfassungen zentrifugale Dynamiken der Teilsysteme in der Weltgesellschaft wirksam bekämpfen und dadurch zur gesellschaftlichen Integration – ganz anders als im klassischen Verständnis der Integration durch Verfassung – beitragen? Für diese Fragen, die sich angesichts der Globalisierungs- und Privatisierungstendenzen mit neuer Dringlichkeit stellen, können die genannten soziologischen Theorien Impulse geben.¹² Sie stellen grundlegende Annahmen der bisherigen Debatte

11 Chris Thornhill, »Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner«, in: *Social and Legal Studies* 19 (2011), S. 244-247, hier S. 244 (sofern nicht anders ausgewiesen, stammen alle Übersetzungen von G.T.).

12 Erste Schritte in Richtung eines globalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus, wonach im transnationalen Raum jenseits des Staates eine Vielzahl gesellschaftlicher Teilsysteme Eigenverfassungen entwickeln, bei Gunther Teubner, »Globale Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen der Weltgesellschaft«, in: Dieter Simon, Manfred Weiss (Hg.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden 2000, S. 437-453; Gunther Teubner, »Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

über transnationale Verfassungen in Frage, ersetzen sie durch andere Annahmen, identifizieren damit neuartige Problemstellungen und legen andersartige praktische Konsequenzen nahe.¹³

63 (2003), S. 1-28, hier S. 5 ff.; Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt/M. 2006, S. 53 ff.

- 13 Inzwischen gibt es eine Fülle von Untersuchungen, die (mit wichtigen Unterschieden im Einzelnen) solche Phänomene des transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus registrieren: Verschraegen, »Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights«; Gavin W. Anderson, »Counterhegemonic Constitutionalism Without the State«, in: *Social and Legal Studies* 20 (2011), im Erscheinen; Gavin W. Anderson, »Corporate Constitutionalism: From Above and Below (but mostly below)«, in: *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere? Paper presented at Copenhagen Business School, Copenhagen, September 17-18* (2009), S. 1-14; Hugh Collins, »Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens«, in: Stefan Grundmann u. a. (Hg.), *Contract Governance*, Amsterdam 2012, im Erscheinen; Pablo Holmes, »The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents: Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law«, in: *Utrecht Law Review* 7 (2011), S. 113-140, hier S. 121 ff.; Lars Vellechner, »The Constitution of Transnational Governance Arrangements: Karl Polanyi's Double Movement in the Transformation of Law«, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Oxford 2011, S. 436-464, hier S. 449 ff.; Fabian Steinhauer, »Medienverfassung«, in: *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung* 2 (2011), S. 157-171; Galf-Peter Calliess und Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford 2010, passim; Chris Thornhill, »Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions«, in: *Journal of Classical Sociology* 10 (2010), S. 1-23; Poul F. Kjaer, »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), S. 489-534, hier S. 532 f.; Hans Lindahl, »A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries«, in: *Modern Law Review* 73 (2010), S. 30-56, hier S. 33 ff.; Riccardo Prandini, »The Morphogenesis of Constitutionalism«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 309-326, hier S. 316 ff.; Ulrich K. Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Promising Concept?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 23-46, hier S. 40 ff.; Moritz Renner, *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden 2011, S. 229 ff.; Kaarlo Tuori, »The Many Constitutions of Europe«, in: Kaarlo Tuori, Sankari Suvi (Hg.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham 2010, S. 3-30; Larry Catá Backer (2009), *Transnational Corporate Constitutionalism?* (<http://lbackerblog.blogspot.com/2009/06/gunther-teubner-on-complications-of.html>); Christian Joerges und Florian

Welche sind die fragwürdigen Prämissen, die den Streit um den transnationalen Konstitutionalismus in eine falsche Richtung treiben? Durch welche Annahmen sind sie zu ersetzen?

Rödl, »Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der postnationalen Konstellation«, in: Galf-Peter Calliess u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 765-778, hier S. 767, 775 ff.; Ming-Sung Kuo, »Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism«, in: *San Diego International Law Journal* 10 (2009), S. 439-467, hier S. 456 ff.; Dan Wielsch, »Die epistemische Analyse des Rechts: Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft«, in: *Juristenzeitung* 64 (2009), S. 67-76, hier S. 69 ff.; Ruth Buchanan, »Reconceptualizing Law and Politics in the Transnational Constitutional and Legal Pluralist Approaches«, in: *Socio-Legal Review* 5 (2008), S. 21-39; David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge 2008; Marc Amstutz u. a., »Civil Society Constitutionalism: the Power of Contract Law«, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14 (2007), S. 235-258; Hans-Jürgen Bieling, »Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung«, in: Andreas Fischer-Lescano, Sonja Buckel (Hg.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang: Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis von Antonio Gramsci*, Baden-Baden 2007, S. 143-160; Hauke Brunkhorst, »Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft: Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit«, in: Mathias Albert, Rudolf Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, Wiesbaden 2007, S. 63-108, hier S. 68 ff.; Achilles Skordas, »Self-Determination of Peoples and Transnational Regimes: A Foundational Principle of Global Governance«, in: Nicholas Tsagourias (Hg.), *Transnational. Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge 2007, S. 207-268; James Tully, »The Imperialism of Modern Constitutional Democracy«, in: Neil Walker, Martin Loughlin (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2007, S. 315-338, hier S. 328 ff.; Vagios Karavas, *Digitale Grundrechte: Zur Drittwirkung der Grundrechte im Internet*, Baden-Baden 2006, passim; Galf-Peter Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen 2006, S. 226 ff., S. 335 ff.; Reinhart Koselleck, »Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung«, in: Reinhart Koselleck, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt/M. 2006, S. 365-401, hier S. 369 ff.; Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford 2005, S. 412 ff.; Christian Walter, »Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law«, in: *German Yearbook of International Law* 44 (2001), S. 170-201.

II. Fragwürdige Prämissen

1. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus als genuines Problem der Globalisierung?

Die unkontrollierbare Dynamik globaler Kapitalmärkte, die offensichtliche Macht transnationaler Unternehmen und die Dominanz nicht-legitimierter »Experten« in weitgehend rechtsfreien Epistemic Communities verleiten Anhänger wie Gegner eines transnationalen Konstitutionalismus zu der irrigen Annahme, dass das konstitutionelle Defizit transnationaler Institutionen im Wesentlichen auf die Globalisierung zurückzuführen sei.¹⁴ Man macht die typische Schwäche internationaler Politik für die zügellose Chaotik in den globalen Sozialräumen verantwortlich. Drei Phänomene stehen hierbei im Vordergrund: (1) Die De-Konstitutionalisierung des Nationalstaats wird dadurch ausgelöst, dass Regierungsfunktionen auf die transnationale Ebene verlagert werden und zugleich nicht-staatliche Akteure diese Funktionen teilweise übernehmen. (2) Extra-territoriale Effekte nationalstaatlichen Handelns lassen ein Recht ohne demokratische Legitimation entstehen. (3) Es gibt kein demokratisches Mandat für transnationale Governance.¹⁵ Zur Kompensation dieser Defizite werden verfassungspolitische Interventionen der transnationalen Politik diskutiert, deren Chancen dann aber diametral entgegengesetzt eingeschätzt werden.

In Wahrheit haben wir es nicht mit einem neuartigen Kompensationsproblem, sondern mit einem Grunddefizit des Konstitutionalismus der Neuzeit zu tun. Schon seit seinen nationalstaatlichen Anfängen steht der Konstitutionalismus vor der ungelösten Frage, ob und wie die Verfassung auch nichtstaatliche Gesellschaftsbereiche ergreifen soll. Sind die wirtschaftlichen, wissenschaftlichen, pädagogischen, medizinischen und sonstigen gesellschaftlichen Aktivitäten den normativen Vorgaben der staatlichen Verfassung zu unterwerfen? Oder sollen gesellschaftliche Institutionen autonom ihre Eigenverfassungen herausbilden? Seit ihrem Beginn oszilliert die moderne Verfassungspraxis zwischen diesen zwei Polen.

¹⁴ Repräsentativ der Sammelband von Jeffrey L. Dunoff, Joel Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge 2008.

¹⁵ Peters, »Compensatory Constitutionalism«, S. 591.

Zugleich stellte sich – in empirischen Analysen und in normativen Programmen – die Frage, worauf gesellschaftliche Teilverfassungen gerichtet sind: staatliche Regulierung gesellschaftlicher Teilbereiche, Sicherung ihrer Autonomie, eine Angleichung gesellschaftlicher Entscheidungsprozesse an die der Politik oder eine eigenständige Politisierung gesellschaftlicher Institutionen?

Hier nun setzen die angesprochenen soziologische Theorien ein und verorten den Ursprung der Verfassungsfrage in Prozessen gesellschaftlicher Differenzierung. Nicht erst die Globalisierung, sondern schon die Fragmentierung des gesellschaftlichen Ganzen und die Autonomisierung der Fragmente in der Hochzeit des Nationalstaats hat die Problematik des gesellschaftlichen Konstitutionalismus erzeugt, die dann in der heutigen Globalisierung noch einmal drastisch verschärft wurde. Warum aber im Nationalstaat die institutionellen Antworten in einem eigentümlichen Latenzzustand blieben, wird deutlich, wenn man unterschiedliche Konzepte des gesellschaftlichen Konstitutionalismus genauer betrachtet.¹⁶ Angesichts der Strahlkraft des Staates und seiner politischen Verfassung erschienen gesellschaftliche Eigenverfassungen stets in einem merkwürdigen Halbdunkel, wenn auch aus je unterschiedlichen Gründen. Staatsverfassungen des Liberalismus konnten die Frage noch im Schatten grundrechtlich geschützter Individualfreiheiten verbergen. Im scharfen Gegensatz dazu suchten die totalitären Politiksysteme des 20. Jahrhunderts die Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche gänzlich zu beseitigen und brachten die Frage eigenständiger gesellschaftlicher Verfassungen dadurch zum Verschwinden, dass sie sämtliche Sozialbereiche dem staatlichen Herrschaftsanspruch unterwarfen. Die Sozialstaaten des späten 20. Jahrhunderts wiederum erkannten aufgrund ihres politischen Gestaltungsanspruchs autonome gesellschaftliche Teilverfassungen offiziell nie an. Zugleich aber etablierten sie eine eigenartige Balance zwischen einem staatlichen Konstitutionalismus, der die Vorgaben der politischen Verfassung zunehmend auf gesellschaftliche Bereiche ausdehnte und einem konstitutionellen Pluralismus, in dem der Staat gesellschaftliche Eigenverfassungen faktisch respektierte.

Das Problem eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus hat also nicht erst die Globalisierung geschaffen. Doch verändert sie

¹⁶ Dies ist Thema des zweiten Kapitels.

es einschneidend. Sie zerstört seine Latenz. Angesichts der im Vergleich zum Nationalstaat sehr viel geringeren Strahlkraft transnationaler Politik erscheinen nun die akuten Verfassungsprobleme der anderen weltgesellschaftlichen Sektoren in einem grellen Licht. Verantwortlich für die neue konstitutionelle Problematik sind die Fragmentierung der Weltgesellschaft und die Deformalisierung ihrer Rechtsstrukturen ebenso wie die neuen Formen weltgesellschaftlicher Steuerung und die fragwürdige Legitimität der neuartigen Global Governance.¹⁷ Auf welcher Legitimationsbasis regulieren transnationale Regimes ganze gesellschaftliche Lebensbereiche bis in die Einzelheiten des täglichen Lebens hinein? Wo liegen die Grenzen der globalen Kapitalmärkte in ihrer Expansion in die Realökonomie und in andere Bereiche der Gesellschaft? Können die Grund- und Menschenrechte auch in staatsfreien Räumen der Weltgesellschaft, und dort besonders gegenüber transnationalen Organisationen, Geltung beanspruchen? Anders als es die aktuelle Debatte voraussetzt, ist es also durchaus nicht so, dass mit dem Entstehen der Weltgesellschaft eine gänzlich neuartige Verfassungsproblematik auftaucht. Vielmehr steht der seit langem in den Nationalstaaten real existierende gesellschaftliche Konstitutionalismus heute vor der Frage, ob und wie er sich unter Bedingungen der Globalität transformieren muss. Die Kontinuität der Problemstellung hängt mit der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft zusammen, die in der Transnationalisierung auf die ganze Welt ausgeweitet wurde. Ihre Diskontinuität dagegen ist darauf zurückzuführen, dass die Weltgesellschaft Eigenstrukturen herausgebildet und Wachstumstendenzen beschleunigt hat, die der Nationalstaat noch nicht kannte.

Die normative Frage heißt dann nicht mehr, wie es einer die Defizienzen nationaler Verfassungen kompensierenden Rechtspolitik erscheint: Sind die verfassungsfreien gesellschaftlichen Sektoren der Weltgesellschaft zu konstitutionalisieren? Sondern: Wie sind die Erfahrungen, die der Nationalstaat mit Institutionen des gesellschaftlichen Konstitutionalismus gemacht hat, unter den andersartigen Bedingungen der Globalität umzusetzen? Insbesondere: Wie ist dann die Rolle der Politik für transnationale Teilverfassungen im

17 Ignacio de la Rasilla del Moral, »At King Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times«, in: *International Journal of Constitutional Law* 8 (2011), S. 580-610, hier S. 601 ff.

magischen Dreieck von Politik, Recht und autonomen Sozialbereich zu bestimmen? Abdankung? Steuerung? Supervision? Komplementarität? Ablösung von *la politique* durch *le politique*?¹⁸

2. Die konstitutionelle Leere des Transnationalen?

Auch in anderer Hinsicht wird die heutige Debatte von falschen Tabula-rasa-Vorstellungen geprägt. Nicht nur im Nationalstaat, sondern auch im transnationalen Raum gäbe es keinerlei Verfassungsnormen in gesellschaftlichen Teilbereichen. Während sich der neuzeitliche Konstitutionalismus inzwischen in fast allen Nationalstaaten etablieren konnte, werde er, so wird gesagt, dadurch geschwächt, dass zunehmend Staatsaufgaben vom Nationalstaat auf neue transnationale Organisationen, Regimes und Netzwerken übertragen werde. Dort aber herrsche eine konstitutionelle Leere. Und erst vor diesem Hintergrund eines angeblich verfassungsfreien Raums der Globalität beginnt der Streit, ob der Konstitutionalismus am Ende ist oder eine Renaissance erlebt.

Dass die konstitutionelle Leere des Transnationalen eine Fehlvorstellung ist, lässt sich empirisch erhärten. Sozialwissenschaftliche Analysen eines »Neuen Konstitutionalismus« ebenso wie die von Ökonomen und Wirtschaftsrechtlern schon lange angestellten Untersuchungen von emergierenden Institutionen einer Weltwirtschaftsverfassung, aber auch völkerrechtliche Studien zur wachsenden Bedeutung von verfassungsrechtlichen Normen im transnationalen Raum belegen das genaue Gegenteil einer konstitutionellen Leere. Bereits heute haben sich im transnationalen Raum Verfassungsinstitutionen von einer erstaunlichen Dichte etabliert.¹⁹ Dass die Europäische Union – trotz des gescheiterten Verfassungsreferendums – über eigenständige Verfassungsstrukturen verfügt, wird

18 Dies wird besonders im vierten Kapitel unter dem Titel »Politik der Eigenverfassung« diskutiert.

19 Zum real existierenden globalen Konstitutionalismus aus der Sicht des Völkerrechts etwa Jan Klabbers, »Setting the Scene«, in: Jan Klabbers u. a. (Hg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009, S. 1-44, hier S. 3; zum »Neuen Konstitutionalismus«, Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization*, S. 328 ff. Zur Weltwirtschaftsverfassung aus ordoliberaler Sicht: Peter Behrens, »Weltwirtschaftsverfassung«, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 19 (2000), S. 5-27.

heute nur noch von wenigen gezeugt.²⁰ Aber auch internationale Organisationen, transnationale Regimes und deren Vernetzungen sind nicht nur inzwischen stark juridifiziert, sondern befinden sich in einem Prozess der Konstitutionalisierung. Sie sind Teile einer weltweiten – wenn auch durchgehend fragmentierten – Verfassungsordnung geworden, wobei ohne weiteres einzuräumen ist, dass diese nicht die Dichte nationaler Verfassungen erreicht. Die globalen Institutionen, die aus den Vertragswerken der vierziger Jahre – Havanna Charta, GATT, Bretton Woods – hervorgegangen sind, die neuen Einrichtungen des Washington Consensus – IMF, Weltbank, WTO – und die neu aufgebrochene öffentliche Debatte über eine »globale Finanzmarktverfassung« sprechen die Sprache einer real existierenden weltweiten Gesellschaftsverfassung im Umbruch.

Damit muss die Neue Verfassungsfrage ein zweites Mal reformuliert werden. Nicht nur haben, wie im nächsten Kapitel näher besprochen wird, gesellschaftliche Teilbereiche bereits in den Nationalstaaten Eigenverfassungen herausgebildet, sondern auch im transnationalen Bereich bestehen, wie das dritte Kapitel erörtern wird, längst genuine konstitutionelle Ordnungen. Damit steht auch in dieser Hinsicht nicht der Aufbau ab ovo einer neuen Verfassung in einer verfassungsfreien Globalität auf dem Spiel, sondern der grundlegende Umbau einer bereits bestehenden transnationalen Verfassungsordnung. Die neue Verfassungswirklichkeit wird nur dadurch verdeckt, dass ein Äquivalent für das Verfassungssubjekt Nationalstaat auf der transnationalen Ebene nicht ohne weiteres erkennbar ist. Ein Weltstaat als neues Verfassungssubjekt ist eine Utopie – und eine schlechte dazu. Das wusste schon Immanuel Kant. Welche sind aber dann die neuen Verfassungssubjekte unter

den Bedingungen der Globalität?²¹ Das System der internationalen Politik? Das Völkerrecht? Internationale Organisationen? Transnationale Regimes? Globale Netzwerke? Neuartige Assemblages, Konfigurationen oder Ensembles? Die verfassungsrechtlich relevante Frage ist, ob solche Konfigurationen überhaupt verfassungsfähig sind. Die Antwort hängt davon ab, 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.

3. Begrenzung transnationaler Governance auf Politikprozesse?

Zusätzlich zu diesen zwei verbreiteten Irrtümern – dass die Nationalstaaten keine zivilgesellschaftlichen Teilverfassungen kannten und dass in transnationalen Räumen eine konstitutionelle Leere herrscht –, gibt es eine weitere Fehlvorstellung, mit der die derzeitige Debatte die Radikalität einer gesellschaftlichen Konstitutionalisierung unterschätzt. Ein Verfassungsbedarf wird im Prinzip nur darauf zurückgeführt, dass sich in der Weltgesellschaft eigentümliche Formen von politischer »governance« herausgebildet haben, die sich von »government«, also von traditionellen nationalstaatlichen Regierungspraktiken, unterscheiden. »Governance« wird als das Resultat von sozial-politisch-administrativen Interventionen angesehen, in denen öffentliche und private Akteure gesellschaftliche Probleme lösen.²² Die Vernetzung spezialisierter Bürokratien verschiedener Nationalstaaten mit weltgesellschaftlichen Akteuren, transnationalen Unternehmen, Wirtschaftsverbänden, Nicht-Regierungsorganisationen und hybriden Regimes wird als die neuartige Problematik globaler Governance wahrgenommen, die nun von Verfassungsinstitutionen bewältigt werden müsste.²³ Im

²⁰ Zu dieser kaum noch überschaubaren Debatte Neil Walker, »Post-Constituent Constitutionalism: The Case of the European Union«, in: Martin Loughlin, Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2008, S. 247-268; Joseph H. Weiler, Marlene Wind (Hg.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge 2003. Hier soll auf diese Debatte nicht eingegangen werden, denn in gewisser Hinsicht verlängert die Verfassung Europas nur die Verfassung der Nationalstaaten. Das eigentlich Neue geschieht im globalen Raum, in dem nicht mehr territoriale Einheiten als Verfassungssubjekte auftauchen, sondern eigentümlich funktionale Gebilde. Dazu genauer im dritten Kapitel.

²¹ Das ist die Fragestellung des dritten Kapitels.

²² Jan Kooiman, »Societal Governance: Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction«, in: Jon Pierre (Hg.), *Debating Governance*, Oxford 2000, S. 138-163, hier S. 139 f.

²³ Ein gut durchdachter Begriff von governance bei Edgar Grande u. a., »Politische Transnationalisierung: Die Zukunft des Nationalstaats – Transnationale Politikregime im Vergleich«, in: Stefan Schirm (Hg.), *Globalisierung. Forschungsstand*

Vordergrund steht damit die konstitutionelle Begrenzung von politischer Macht, deren Besonderheit darin besteht, dass sie partiell vergesellschaftet ist.

Zweifellos trifft diese Vergesellschaftung politischer Herrschaft eines der zentralen Elemente globaler Governance, aber dennoch greift die Analyse zu kurz. Man verharmlost das Problem, wenn man nur daran denkt, die neuartigen, private Akteure einbeziehenden Machtkonstellationen globaler Governance mit Verfassungsnormen zu begrenzen. Hier macht sich wieder die Blickverengung politisch-rechtlicher Verfassungstheorien bemerkbar, die auch in transnationalen Verhältnissen nur Phänomene der Politik (im engeren Sinne einer institutionalisierten Politik) fokussieren. In soziologischer Sicht wird dagegen deutlich, dass die Konstituierung eigenständiger weltgesellschaftlicher Handlungsräume – gerade außerhalb der internationalen Politik – das eigentliche Problem ist und die Rolle von verfassungsrechtlichen Normen in diesem Prozess thematisiert werden muss.²⁴ Erst wenn man über transnationale Politikprozesse im engeren Sinne hinausgeht und deutlich macht, dass gesellschaftliche Akteure nicht nur an politischen Machtprozessen der globalen Governance teilnehmen, sondern dass sie selbst eigenständige globale Regimes außerhalb der institutionalisierten Politik etablieren (die dann freilich ihrerseits zu politischen Akteuren werden können und auf die Politik zurückwirken), werden die Probleme eines im strengen Sinne gesellschaftlichen Konstitutionalismus in der Weltgesellschaft sichtbar.

Damit treten die Unterschiede zwischen gesellschaftlichen

und Perspektiven, Baden-Baden 2006, S. 119-145; Jürgen Neyer, *Postnationale politische Herrschaft: Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates*, Baden-Baden 2004.

- 24 Das Umstellen von einer bloß auf das politische System bezogenen Sicht auf autonome gesellschaftliche Regimes wird in Rosenaus klug konzipierten Typologien globaler Governance deutlich. In seiner ersten Typologie werden die gesellschaftliche Akteure – Multinationale Unternehmen, NGOs, Märkte, informelle Elitegruppen, Teilöffentlichkeiten – noch auf ihre Teilnahme an politischer Herrschaft reduziert, James Rosenau, »Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space«, in: Jon Pierre (Hg.), *Debating Governance*, Oxford 2000, S. 167-200. In seiner zweiten Typologie erscheinen dann an prominenter Stelle eigenständige gesellschaftliche Ordnungen, James Rosenau, »Strong Demand, Huge Supply: Governance in an Emerging Epoch«, in: Ian Bache, Matthew Flinders (Hg.), *Multilevel Governance*, Oxford 2004, S. 31-48, hier S. 41.

Bereichsverfassungen und der politischen Verfassung in den Vordergrund. Denn Konstitutionalisierung von Global Governance versteht sich immer noch als die Verfassung transnationaler Politikprozesse im engeren Sinne. Demgegenüber steht die soziologische Analyse der globalen Teilsysteme Wirtschaft, Wissenschaft, Kultur und Massenmedien vor viel schwierigeren Fragen: Entfalten die globalen Teilsysteme heute eine Dynamik unkontrollierten Wachstums, die konstitutionellen Beschränkungen unterworfen werden muss? Gibt es in diesem Sektoren Analogien zur Selbstbeschränkung solcher expansiven Dynamiken, insbesondere zur politischen Gewaltenteilung? Grundsätzlicher noch heißt die Frage: Wie weit muss man die Prinzipien politischer Verfassungen generalisieren, um den Fallstricken des methodologischen Nationalismus zu entgehen? Und wie muss man sie für die Besonderheiten einer gesellschaftlichen Institution in der Globalität spezifizieren?²⁵

Eine solche soziologische Methode der Generalisierung und Respezifizierung wird der Frage nachgehen müssen: Lässt sich in transnationalen Teilbereichen ein Äquivalent zu den Nationalstaatsverfassungen in Bezug auf Funktionen, Arenen, Prozessen und Strukturen identifizieren?²⁶

Transnationale Teilbereichsverfassungen streben nicht nach einem stabilen Gleichgewicht, sondern folgen eher dem chaotischen Muster eines »dynamischen Ungleichgewichts« zwischen gegenläufigen Entwicklungen – zwischen Autonomisierung und Limitierung der Funktionslogik von Teilsystemen.²⁷ Die neuen globalen

25 Zum Zusammenhang von Generalisierung und Respezifizierung (im Gegensatz zur Analogie, die entweder mit vagen Ähnlichkeitsrelationen arbeitet oder auf eine Analogiebasis hin generalisiert, dann aber nicht mehr ausreichend spezifiziert) Talcott Parsons und Charles Ackerman, »The Concept of 'Social System': as a Theoretical Device«, in: Gordon J. DiRenzo (Hg.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York 1966, S. 19-40. Zur Respezifizierung von politischen Grundrechten in Wirtschaftsorganisationen: Jens Schierbeck, »Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations«, in: Asbjorn Eide u. a. (Hg.), *Human Rights and the Oil Industry* Antwerpen 2000, S. 161-177, hier S. 168.

26 Mit dieser Frage beschäftigt sich das vierte Kapitel.

27 Die historische »Doppelbewegung« zwischen Expansion von Märkten und ihrer Beschränkung analysiert Karl Polanyi, *The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Frankfurt/M. 1995 [1944], S. 106 ff., S. 182 ff. In generalisierter Form – nicht nur für die Wirtschaft, sondern für verschiedene Sozialbereiche – erscheint das Argument als

Verfassungsordnungen haben bisher im Wesentlichen nur die *konstitutiven Regeln* etabliert, welche die Freisetzung unterschiedlicher Systemrationalitäten im globalen Rahmen normativ abstützten. Heute aber wird die Notwendigkeit einer Umorientierung deutlich. Nach längeren historischen Erfahrungen mit den Expansionstendenzen globalisierter funktionaler Teilsysteme und nach den Schocks endogener Krisen setzen Gegenbewegungen ein, die – nach heftigen Sozialkonflikten – *limitative Regeln* formulieren, um selbstdestruktiven Tendenzen entgegenzuarbeiten und Schädigungen ihrer gesellschaftlichen, menschlichen und natürlichen Umwelten einzudämmen. Zwar war schon von Anfang der Globalisierung an das »vertikale« Verfassungsproblem, wie im Verhältnis zu den Nationalstaaten den neuen globalen Regimes Grenzen auferlegt werden müssen, politisch umkämpft. Aber das gravierendere »horizontale« Verfassungsproblem ist damit noch gar nicht in den Blick geraten: »ob nicht die Autonomie der Funktionssysteme zu wechselseitigen Belastungen führen können bis hin zu Grenzen der strukturellen Anpassungsfähigkeit der Funktionssysteme an ihre Differenzierung selbst.«²⁸

Diese Blindheit gegenüber den negativen Externalitäten expandierender Systeme wie gegenüber ihren selbstdestruktiven Potenzialen zeigte sich in der Kapitalmarktkrise. Die zuvor geltende globale Kapitalmarktverfassung war nicht einfach das Ergebnis eines blinden evolutionären Prozesses, in dem sich Märkte selbstständig globalisierten. Vielmehr geschah dies mit aktiver Beteiligung der Politik und des Rechts. Über den Abbau von nationalen Schranken, über eine explizite Politik der De-Regulierung wurde eine politisch gewollte und rechtlich stabilisierte globale Finanzmarktverfassung etabliert, die unkontrollierte Dynamiken freisetzte. Aber als Ersatz für nationale Regulierungen zugleich limitative Regeln zu normieren, stand nicht auf der politischen Agenda, ja wurde

Verhältnis von Autonomiefreisetzung und Rechtsverboten nach negativen Erfahrungen bei Rudolf Wiethölter, »Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts«, in: Christian Joerges, Gunther Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 1-21, hier S. 20.

28 Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1997, S. 1087. Ausführlicher zu den wechselseitigen Belastungen transnationaler Regimes und zu politisch-rechtlichen Reaktionen Fischer-Lescano und Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 25 ff., S. 57 ff.

jahrelang als kontraproduktiv bekämpft. Erst heute aufgrund der Erfahrung mit der Beinahe-Katastrophe scheinen kollektive Lernprozesse anzulaufen, die für die Zukunft auf der globalen Ebene finanzverfassungsrechtliche Limitierungen suchen. Wolfgang Streeck argumentiert, das sei ohne jede Chance, da staatliche oder internationale Regeln immer wieder effektiv umgangen werden und angesichts der Umgehungsenergien keine ex-ante-Regulierungen möglich seien.²⁹ Doch ist solch zwanghafter Pessimismus nicht viel besser als sein Gegenstück, ein zwanghafter Optimismus. Eher sollte man versuchen, der hier wirkenden evolutionären Dynamik der Beinahe-Katastrophen auf die Spur zu kommen. Politisch-rechtliche Regulierung evolviert in der Tat nach dem Muster: »fatta la legge, trovato l'inganno«, aber ebenso gilt: »fatto l'inganno, trovata la legge«. Das Gesetz produziert seine Umgehung, ebenso wie die Gesetzesumgehung neue Gesetze produziert. Hier wirkt ein evolutionärer Lernprozess, der in beide Richtungen arbeitet, der aber stets nur post factum wirkt. Dabei scheinen sich die wechselseitigen Anpassungen weniger nach dem Modell eines vernunftgeleiteten Lernprozesses zu vollziehen als nach dem aus der Drogenzene bekannten Muster »hitting the bottom«.³⁰

Damit verändert sich auch in diesem Zusammenhang die Agenda eines transnationalen Konstitutionalismus: Es geht nicht um Neuaufbau, sondern um den grundlegenden Umbau einer bereits bestehenden konstitutionellen Ordnung. Besonders dringlich ist, die (auch) durch politisch-rechtliche Verfassungsregeln entfesselten gesellschaftlichen Dynamiken in ihren negativen Externalitäten zu beschränken. Und hier geraten besonders die globale Finanzverfassung und die Verfassungen transnationaler Unternehmen in das Zentrum konstitutioneller Aufmerksamkeit.

4. Reduktion grundrechtlicher Drittwirkung auf staatliche Schutzpflichten?

Nicht nur die Debatte über Global Governance, auch die über die Wirkung von Grundrechten innerhalb gesellschaftlicher Räume der Globalität leidet darunter, dass sie zwar schon Vergesellschaft-

29 Wolfgang Streeck, *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford 2009, S. 236 ff.

30 Dazu ausführlich im vierten Kapitel I.3.

tungstendenzen thematisiert, dennoch aber staatsfixiert bleibt. Die eingangs geschilderten Skandale von Menschenrechtsverletzungen durch transnationale Unternehmen werden üblicherweise als ein Problem der »Drittwirkung« staatlicher Grundrechte diskutiert. Ursprünglich gegen den Staat gerichtete Grundrechtsgarantien werden auch bei Grundrechtsverletzungen durch »Dritte« – durch private transnationale Akteure – in der Weise wirksam, dass, so die heute herrschende Lehre, der internationalen Staatengemeinschaft Schutzpflichten auferlegt werden.³¹

Diese Denkweise verfehlt in mehrfacher Weise die Grundrechtsproblematik in gesellschaftlichen Kontexten. In ihrer Staatsfixierung zäumt sie sozusagen das Pferd vom Schwanz auf. Nicht den transnationalen privaten Akteuren, die Grundrechte verletzen, legt sie Pflichten auf, sondern verpflichtet allein die Staatengemeinschaft dazu, vor den Grundrechtsverletzungen dieser Akteure zu schützen. Damit wird die heikle Frage, ob die privaten Akteure selbst an Grundrechte gebunden sind, bewusst ausgeblendet. Und es wird so getan, als ob es eine Frage der politischen Definitionsgewalt der Staaten sei, ob überhaupt Grundrechte im gesellschaftlichen Raume gelten und wie sie zu schützen sind. Die folgenreichste Fehlvorstellung der Staatszentrierung besteht jedoch darin, dass man die horizontale Grundrechtswirkung ausschliesslich als ein Problem gesellschaftlicher Macht ansieht und damit ihre eigentliche Aufgabe verfehlt: die nicht nur über das Machtmedium laufenden Expansionstendenzen gesellschaftlicher Teilsysteme mit Mitteln des Rechts zu begrenzen.

Löst man sich von der Staatsfixierung, wird die eigentliche Schwierigkeit von Grundrechten im gesellschaftlichen Raum sichtbar. Wenn die Aufgabe heißt, in der Eigenlogik gesellschaftlicher Subsysteme angelegte Expansionstendenzen mit konstitutionellen Mitteln zu begrenzen, dann kann man weder die Staatsgerich-

theit der Grundrechte, noch ihre Zurechnung auf individuelle Akteure, noch ihre ausschliessliche Fokussierung auf gesellschaftliche Machtphänomene, noch ihre Ausformung als durch subjektive Rechte geschützte Autonomieräume aufrechterhalten. Lässt sich hier eine Perspektive entwickeln, wonach Grundrechte gegen die gesellschaftlichen Kommunikationsmedien selbst statt gegen gesellschaftliche Akteure wirken können? Geht es dann um den Schutz nicht nur der Grundrechte von Individuen, sondern der von gesellschaftlichen Institutionen gegenüber expansiven gesellschaftlichen Medien? Muss dann die gesellschaftliche Wirkung der Grundrechte durch Organisation und Verfahren umgesetzt werden statt durch subjektive Rechte?

Doch darf sich auch im transnationalen Raume die Drittwirkungsdebatte nicht auf die Abwehrfunktion der Grundrechte – nun gegenüber gesellschaftlichen Zwängen – beschränken. Sie muss auch die aktivbürgerliche Rolle von Grundrechten bedenken, deren Ausformung sich in den Staatsverfassungen als individuelle Mitwirkungsrechte bei Machtbildungsprozessen niedergeschlagen hat, die aber in gesellschaftlichen Teilbereichen noch mehr oder weniger unbekannt ist. Eine soziologisch orientierte Drittwirkungstheorie kann diesen Fragen nicht ausweichen und muss Grundrechte als strukturelle Komponenten ganz unterschiedlicher gesellschaftlicher Teilsysteme in den Blick nehmen. Sie steht dabei vor der Herausforderung, Aktivbürgerrechte nicht nur im Machtmedium der Politik, sondern in den kommunikativen Medien anderer Sozialsysteme zu konturieren.³²

5. Einheit einer kosmopolitischen Weltverfassung?

Ein letztes Problem des Verfassungsstreites betrifft den unitaristischen Bias des Verfassungsbegriffs, der auch in seiner Wendung auf die Weltgesellschaft weiterwirkt. Im Völkerrecht wie in der politischen Philosophie pflegt man die fragwürdige Vorstellung, dass die Konstitutionalisierung des Völkerrechts in der Lage sei, eine kosmopolitische Verfassungsordnung, eine einheitliche Verfassung für die ganze Weltgesellschaft herzustellen.³³ Zwar lehnt man einen

³² Das diskutiert das fünfte Kapitel unter III.

³³ Bardo Fassbender, »We the Peoples of the United Nations: Constituent Power and Constitutional Form in International Law«, in: Neil Walker, Martin Lough-

³¹ Zum Beispiel UN Human Rights Committee, General Comment No.31 Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26. Mai 2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, paras 6-8; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006, 241 ff.; Robert McCorquodale und Penelope C. Simons, »State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law«, in: *Modern Law Review* 70 (2006), S. 598-625.; Gavin W. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford 2005, S. 126 ff.

Weltstaat als Substrat einer einheitlichen Verfassung als unrealistisch ab; stattdessen aber wird die »internationale Gemeinschaft« zum Bezugspunkt eines emergierenden Weltverfassungsrechts erhoben, die nicht mehr wie im traditionellen Völkerrecht bloß als Gemeinschaft souveräner Staaten, sondern als Ensemble von politischen und gesellschaftlichen Akteuren und als Rechtsgemeinschaft der Individuen gefasst wird.³⁴ Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts wird so weit wie möglich in Parallele zum nationalstaatlichen Verfassungsrechts gedacht: Hierarchie von Verfassungsnormen gegenüber einfachen Rechtsnormen, der gesamte Erdball als einheitlicher Geltungsbereich, Erstreckung über sämtliche nationalen, kulturellen und sozialen Bereiche.³⁵

Demgegenüber betonen soziologische Analysen auch hier wieder die tief greifende Fragmentierung der Weltgesellschaft, die einen solchen unitaristischen Konstitutionalismus in akute Schwierigkeiten bringt. Die Fragmentierung wird aber in der laufenden Debatte, wenn überhaupt, allenfalls als ein zu beseitigendes Defizit gesehen, nicht als Herausforderung, die Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft anders zu definieren und neue Lösungswege zu eröffnen. Die Alternative dazu heißt: Wenn die weltgesellschaftliche Fragmentierung prinzipiell nicht zu beseitigen ist, dann kann man nicht an der Vorstellung einer einheitlichen Globalverfassung festhalten. Die Aufmerksamkeit wird sich stattdessen auf fundamentale Konflikte zwischen den Verfassungsfragmenten konzentrieren. Dann aber kann ein übergreifendes Verfassungsrecht, wenn überhaupt, nicht als Einheitsrecht, sondern nur als globales Kollisionsverfassungsrecht fungieren.³⁶ Die sozialen Voraussetzungen, die es dem Nationalstaat noch ermöglichten, die Einheit seiner Verfassung herzustellen, sind im transnationalen Raum prinzipiell nicht vorhanden.

lin (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2007, S. 269-290, hier S. 281 ff.; Otfried Höffe, »Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung«, in: Dieter Ruloff u. a. (Hg.), *Welche Weltordnung?*, Zürich 2005, S. 33-53.

34 Eine gründliche Analyse unterschiedlicher Varianten einer kosmopolitischen Weltverfassung bietet Rasilla del Moral, »At King Agramant's Camp«.

35 Eingehende Kritik solcher »Verfassungssillusionen« einer Weltstaatsverfassung bei Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist 2005, S. 247 ff.

36 Erste Schritte in diese Richtung Fischer-Lescano und Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 57 ff.

Darüber hinaus wird sich ein transnationaler Konstitutionalismus den Bedingungen einer *doppelt fragmentierten* Weltgesellschaft fügen müssen.³⁷ Hierbei ist nicht nur entscheidend, dass in der einen Fragmentierung der Welt die autonom agierenden weltgesellschaftlichen Sektoren der Moderne auf ihren Eigenverfassungen, die mit den Verfassungen der Nationalstaaten konkurrieren, hartnäckig insistieren. Vielmehr macht die zweite Fragmentierung der Welt in unterschiedliche Regionalkulturen, die auf prinzipiell unterschiedlichen gesellschaftlichen Organisationsprinzipien beruhen, die einheitlichen Standards einer Weltverfassung gänzlich illusorisch. Wenn man überhaupt an der Vorstellung einer »Weltverfassung« festhalten will, dann kann die Formel nur heißen: Eigenverfassungen der globalen Fragmente – der Nationen, der transnationalen Regimes, der Regionalkulturen – in einem Verfassungskollisionsrecht miteinander zu vernetzen.³⁸

37 Zur Reaktion des transnationalen Rechts auf die doppelte Fragmentierung der Weltgesellschaft Gunther Teubner und Peter Korth, »Zwei Arten des Rechtsppluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft«, in: Matthias Köter, Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Normative Pluralität ordnen: Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden 2009, S. 137-168.

38 Dies ist die Thematik des sechsten Kapitels.