

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Teubner, Gunther
Verfassungsfragmente

Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2028
978-3-518-29628-8

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2028

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 Machteenergien des Nationalstaats und zugleich um ihre wirksame rechtsstaatliche Begrenzung, so geht es nun darum, ganz andere gesellschaftliche Energien 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 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).

Gunther Teubner
Verfassungsfragmente

Gesellschaftlicher Konstitutionalismus
in der Globalisierung

Suhrkamp

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

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. Etatistischer Gesellschaftskonstitutionalismus	47
3. Politisierung gesellschaftlicher Teilbereiche	49
IV. Wirtschaftsverfassung als Gesellschaftsverfassung	56
1. Ordoliberaler 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

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. Pouvoir constituant/constitué	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	159
1. Reflexivität des Sozialsystems	159
2. Reflexivität des Rechtssystems	162
IV. Verfassungsstrukturen: Hybride Meta-Codes	169
1. Codierung und Meta-Codierung	169
2. Hybridität	172
V. Politik der Eigenverfassungen	175
1. La politique versus le politique	175
2. Im Schatten der Politik	179
3. Innere Politisierung gesellschaftlicher Teilsysteme	182

Fünftes Kapitel:

Transnationale Grundrechte – Horizontalwirkung

I. Grundrechte jenseits des Nationalstaats	189
1. Extraterritoriale Wirkung nationalstaatlicher Grundrechte?	191
2. Globaler <i>colère publique</i>	194
3. Regimespezifische Grundrechtsstandards	195
II. Grundrechtsbindung privater transnationaler Akteure .	199
1. Beyond State Action	199
2. Generalisierungsrichtung: Kommunikative Medien statt Wertordnung	201
3. Respezifizierung in unterschiedlichen Sozialkontexten ...	204
III. Inklusionäre Grundrechtswirkung: Zugangsrechte ...	207
IV. Exklusionäre Grundrechtswirkung	211
V. Die anonyme Matrix	215
VI. Justizialisierung?	219

Sechstes Kapitel:

Kollision und Vernetzung transnationaler Verfassungen

I. Das Fehlen einer Drittinanz	225
II. Inter-Regime-Kollisionen	231
1. Modifikationen des traditionellen Kollisionsrechts	232
2. Normative Vernetzungen	237
III. Interkulturelle Kollisionen	242
1. Kultureller Polyzentrismus	242
2. Re-entry des Fremden im Eigenen	248
3. Interkulturelle Kollisionsnormen	251
IV. Leitprinzipien unterschiedlicher Verfassungskollisionen	255
Bibliographie	259

Vorwort

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 und 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 respezifiziert 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 Frankfurter 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 Wissenschaftskolleg

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. Philipp Hölzing danke ich für die sorgfältige Lektorierung. Viele Anregungen erhielt ich aus den Diskussionen des Frankfurter 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 Machtenergien 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 starkem 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 Friedenstheorie*, Frankfurt/M. 2001, S. 237. Im Völkerrecht Jochen A. Frowein, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts«, in: Klaus Dike 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 Potential 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, 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 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-Marxist 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 Viellechner, »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 Potential 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; Gralf-Peter Callies 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: Graf-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; Graf-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, Angleichung gesellschaftlicher Entscheidungsprozesse an die der Politik oder eigenständige Politisierung gesellschaftlicher Institutionen?

Hier nun setzen die angesprochenen soziologischen 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 Teilverfas-

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.