DER STAAT 57 (2018), 1–24
Duncker & Humblot, 12165 Berlin

QUOD OMNES TANGIT: TRANSNATIONALE VERFASSUNGEN OHNE DEMOKRATIE?

Von Gunther Teubner, Frankfurt

I. Interesse an transnationaler Demokratie?

Was die zurzeit ablaufende Konstitutionalisierung transnationaler Regimes für deren Demokratisierung bedeutet, ist in der demokratietheoretischen Debatte heiß umstritten – und nicht nur dort. Nationale und internationale Gerichte, die Institutionen internationaler Politik und des Völkerrechts, soziale Bewegungen und NGOs, aber auch die transnationalen Regimes selbst müssen sich mit den gravierenden Folgeproblemen ihres Demokratiedefizits auseinandersetzen und sich auf die Suche nach neuartigen Lösungen begeben.

Den Gerichten stellt sich diese Frage, wenn sie darüber entscheiden müssen, ob sie die Verfassungen transnationaler Regimes als geltendes Recht anerkennen oder nicht, was insbesondere bei hybriden und privaten Regimes große Schwierigkeiten bereitet. Als Beispiel diene der Fall *Waite und Kennedy gegen Deutschland,* in dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Verfassung eines transnationalen Regimes – der Europäischen Raumfahrtbehörde – einer gerichtlichen Kontrolle unterzog.[1] Das Gericht stellte die folgende Regel auf: Sofern Normen einer Regimeverfassung gegen fundamentale Prinzipien demokratischer Legitimität, insbesondere gegen Grundrechte, verstoßen, wird das Gericht diese Normen für nichtig erklären.[2] Dies ist eine Art generalisiertes „Solange"-Prinzip der Regime-Demokratie, mit dem das Gericht die Anerkennung von Regimeverfassungen von ihrer demokratischen Legitimität abhängig macht. Solange Regimeverfassungen nicht selbst für ausreichende Legitimität, besonders für Grundrechtsschutz, sorgen, werden die von den Regimen gesetzten Normen nicht als geltendes Recht anerkannt. Sollte sich diese Gerichtspraxis verfestigen, dann wird die Justiz zu einer der Instanzen, die beträchtlichen externen Druck ausüben,

---

[1] EGMR, Urt. v. 18. 02. 1999, Beschw.-Nr. 26083/94 – *Waite und Kennedy ./. Germany*. Eine Grundsatzdiskussion findet sich bei *Christian Walter*, Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law: German Yearbook of International Law 44 (2001), S. 170 (187 ff.).

[2] Die fraglichen Normen verliehen der ESA Immunität von nationaler Jurisdiktion, worin das Gericht eine Verletzung des grundrechtlichen Prinzips des rechtlichen Gehörs sah.

damit die Regimes in eigener Verantwortung Verfahren interner Demokratie entwickeln.[3]

Für die internationale Politik konstatierte Andrew Moravcsik schon 2004: „Ist *global governance* […] demokratisch legitimiert, oder leidet sie unter einem ‚Demokratiedefizit'? Dies wird zu einer der zentralen Fragen – vielleicht zu der zentralen Frage in der heutigen Weltpolitik."[4] Seitdem haben sich, angesichts massiver Re-Nationalisierungstendenzen sowohl im rechten wie im linken politischen Spektrum, die Legitimitätsprobleme transnationaler Governance deutlich verschärft.[5] Dies stellt zivilgesellschaftliche Akteure, Protestbewegungen, NGOs, Gewerkschaften, Medien und die verschiedenen Stakeholder transnationaler Regimes vor die strategische Alternative: Sollen sie ihren politischen Einfluss dazu nutzen, die Legitimität transnationaler Regimes zu stärken oder sollen sie im Gegenteil zu deren Delegitimierung beitragen und ihre eigenen Aktivitäten stattdessen auf die nationalstaatliche Politik konzentrieren?

Schließlich liegt es im Eigeninteresse transnationaler Regimes selbst, dass sie ihr Legitimitätsdefizit energisch zu reduzieren suchen. Weil transnationale Regimes und ganz besonders die des Privatsektors auf freiwillige Kooperation ihrer Normadressaten angewiesen sind, müssen sie auf Akzeptanz achten, um ihre Policies und Regeln überhaupt implementieren zu können.[6] Und ihre Problemlösungsfähigkeiten sind unmittelbar von der Mitwirkungsbereitschaft ihrer Stakeholder abhängig.[7]

II. Kritik: Demokratieunfähigkeit transnationaler Regimes?

Doch bleibt demokratische Legitimität die Achillesferse transnationaler Regimes. Regimeverfassungen ohne Demokratie – so lautet die Fundamental-

---

3 Zum Zusammenspiel von externem Druck und interner Selbstkonstitutionalisierung *Lars Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 285 ff.; *ders.*, Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts, Der Staat 51 (2012), S. 559.

4 *Andrew Moravcsik*, Is there a „Democratic Deficit" in World Politics? A Framework for Analysis, Government and Opposition 39 (2004), S. 336.

5 Während für die politische Rechte nationalistische Tendenzen erwartbare Routine sind, bedeutet die Re-nationalisierung für die politische Linke eine eher kompromittierende Revision ihrer internationalistischen Prinzipien, *Wolfgang Streeck*, Gekaufte Zeit: Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus, 2013; *David Schneiderman*, Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law, Basingstoke 2013.

6 *Ingo Take*, Legitimacy in Global Governance: International, Transnational and Private Institutions Compared, Swiss Political Science Review 18 (2012), S. 220 (220).

7 *Jan-Aart Scholte*, Reinventing Global Democracy, European Journal of International Relations 20 (2014), S. 3.

kritik am transnationalen Konstitutionalismus.[8] Unter Stichworten wie „postdemokratischer Exekutivföderalismus", „imperialer Globalstaat im Werden" und „neuer Konstitutionalismus der globalen Ökonomie" wird die transnationale Konstitutionalisierung als schlecht kaschierte Eigeninteressenverfolgung politischer und ökonomischer Eliten[9] oder als Expansionstendenz dominanter Funktionssysteme[10] kritisiert. Verfassungen jenseits des Nationalstaats mögen zwar einigermaßen erfolgreich interne Entscheidungsprozeduren etablieren, vielleicht auch rechtsstaatliche Tendenzen stärken oder sogar Grundrechte institutionalisieren – aber gegenüber Anforderungen der Demokratie versagen sie auf ganzer Linie.

Die Kritik ist voll gerechtfertigt, soweit sie darauf insistiert, dass historisch entwickelte Legitimitätsprinzipien auch für transnationale Governance gelten müssen. Jedoch sind ungerechtfertigte Doppelstandards und Elemente von Selbstimmunisierung in dieser Kritik nicht zu übersehen. Beide blockieren effektiv, was Roberto Unger „institutional imagination" genannt hat.[11] Wenn Verfassungsrechtler und Politikwissenschaftler „private" transnationale Regimes kategorisch als illegitim bezeichnen, weil ihnen das Element des „Öffentlichen" fehlt, wenn sie aber zugleich die Legitimität von „öffentlichen" Regimes anerkennen, sofern sie sich nur formell von Institutionen der Staatenwelt ableiten lassen, dann ist dies ein klarer Fall von unberechtigten Doppelstandards.[12] Sie ignorieren schlicht zahlreiche empirische Studien, die demonstrieren, dass manche „private" Regimes wie die Internetgovernance ICANN oder die privatrechtlich verfassten Organisationen der Forest and Marine Stewardship Councils einen deutlich höheren Demokratisierungsgrad aufweisen als viele „öffentliche" Regimes.[13] Nach den Untersu-

---

8 Besonders prominent *Jürgen Habermas*, Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *ders.*, Zur Verfassung Europas: Ein Essay, 2011, S. 39; *ders.*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft, in: *ders.*, Philosophische Texte. 4. Politische Theorie, 2009, S. 402. Eine sorgfältige Ausarbeitung der Kritik bei *Kolja Möller*, A Critical Theory of Transnational Regimes: Creeping Managerialism and the Quest for a Destituent Power, in: Kerstin Blome/Andreas Fischer-Lescano/Hannah Franzki/Nora Markard (Hrsg.), Contested Collisions: Norm Fragmentation in World Society, Cambride 2016, S. 255.

9 *Ran Hirschl*, Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Cambridge (Mass.) 2004.

10 *Kolja Möller*, From Constituent to Destituent Power Beyond the State, Transnational Legal Theory 7 (2018) (i.E.).

11 *Roberto M. Unger*, Legal Analysis as Institutional Imagination: Modern Law Review (1996), S. 59.

12 Deutlich in der Polemik *Armin v. Bogdandy/Sergio Dellavalle*, Die Lex mercatoria der Systemtheorie: Verortung, Rekonstruktion und Kritik aus öffentlichrechtlicher Perspektive, in: FS Teubner, 2009, S. 645.

13 Zu ICANN *Lars Viellechner* (Fn. 3 – 2013), S. 134 ff.; zu Marine Stewardship Council: *Jaye Ellis*, Network Governance for High Seas Fisheries: The Role of the Marine Stewardship Council, SSRN eLibrary (2011); zu Forest Stewardship Council *Errol Meidinger*, Competitive Supra-Governmental Regulation: How Could It Be Democratic? Buffalo Legal Studies Research Paper Series No. 2007 – 007.

chungen von Take kann nicht eine einzige der empirischen Fallstudien belegen, dass die öffentlich-rechtliche „internationale Governance im Prinzip einen höheren Legitimationsgrad im Vergleich zu transnationalen oder privaten Formen der Governance beanspruchen kann".[14] Und in ihrer Kritik an transnationalen Regimes des „Privatsektors" zeigen sie sich blind gegenüber dem massiven demokratischen Defizit nationaler und internationaler öffentlicher Institutionen, deren „postdemokratischer" Charakter immer wieder aufgedeckt und kritisiert wurde.[15]

Hauke Brunkhorst, einer der profiliertesten Kritiker des transnationalen Konstitutionalismus im Namen der Demokratie, versteigt sich zu der fragwürdigen These, dass das demokratische Defizit dann bekämpft werden kann, wenn transnationale Regimes von politischen Institutionen der Europäischen Union autorisiert worden sind.[16] Wie kann man ernstlich auf eine solche Machtdelegation setzen, wenn man doch wissen kann, dass Delegation stets unkontrollierbare Autonomieräume eröffnet?[17] Würde das Legitimationsdefizit verschwinden oder auch nur geringer werden, wenn transnationale Regimes mit Hilfe formaler Delegationsmechanismen öffentlicher Gewalt etabliert und auf eine unendlich langen Legitimationskette zurückgeführt werden sollen, die von den einzelnen Staatsbürgern über deren politische Repräsentanten, über Verhandlungssysteme der Nationalstaaten – darunter viele autoritäre Regimes mit fragwürdiger demokratischer Glaubwürdigkeit – bis hin zu den luftigen Höhen der Machtdelegation an die Regimes reicht?[18]

Stärker theoretisch ambitionierte Autoren praktizieren eine Art Selbstimmunisierung, wenn sie implizit unterschiedliche Maßstäbe für politische Staatsverfassungen einerseits und für gesellschaftliche transnationale Regimeverfassungen andererseits verwenden. Einige bedienen sich sogar der begrifflichen Instrumente der Systemtheorie – nur leider hochselektiv.

---

14 *Take* (Fn. 6), „Conclusion" sub 1.

15 Vgl. nur *Colin Crouch*, Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus, 2011.

16 *Hauke Brunkhorst*, The Beheading of The Legislative Power: European Constitutionalisation Between Capitalism and Democracy, in: John Erik Fossum/Agustín José Menéndez (Hrsg.), The European Union in Crises Or The European Union as Crises?, University of Oslo, 2014, S. 585. Mit gewiss größerem Recht fordern andere Autoren, die Legitimationsbindungen transnationaler Regimes zu den Nationalstaaten zu stärken, *Ingeborg Maus*, Verfassung oder Vertrag: Zur Verrechtlichung globaler Politik, in: Peter Niesen/Benjamin Herborth (Hrsg.), Anarchie der kommunikativen Freiheit, 2007, S. 350 (381); *Moritz Renner*, Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, 2011, S. 244 f.

17 So deutlich *Poul Kjaer*, The Function of Justification in Transnational Governance: Discussion paper, Center for Global Constitutionalism, SP IV 2015 – 808 (2015), S. 17.

18 Zu einer Kritik der Versuche, die Legitimität transnationaler Institutionen auf die Nationalstaaten oder auf das Völkerrecht zu gründen *Johan Horst*, Lex Financiaria: Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), AVR 53 (2015), S. 461; ebenso *Rainer Forst*, Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie: Zur Überwindung von drei Dogmen der politischen Theorie, in: Peter Niesen (Hrsg.), Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie, 2012, S. 29 (44).

Denn sie behandeln die gewiss problematische Beziehung zwischen der Funktionslogik sozialer Systeme einerseits und ihrer demokratischen Legitimation andererseits höchst unterschiedlich, je nachdem ob diese Beziehung das Politiksystem oder das Wirtschaftssystem (oder andere Sozialsysteme) betrifft.[19] Für die Regimes des Politiksystems räumen sie zwar ein, dass die funktionalen Imperative der Machtapparate dazu tendieren, demokratische Legitimität zu instrumentalisieren, behandeln dies aber letztlich als eine lässliche Sünde im ewigen Konflikt zwischen *la politique* und *le politique*, die vergeben werden kann, wenn wir nur im Kampfe für die gerechte Sache ausreichend Buße tun. In anderen Sozialbereichen dagegen, vornehmlich in der kapitalistischen Ökonomie, habe Demokratie prinzipiell keine Chance. Auch nur der geringste Versuch, die Wirtschaft zu demokratisieren, werde von den ökonomischen Funktionsimperativen notwendig und zugleich total instrumentalisiert. Und sie lassen von dieser systemischen Version der *capture theory* auch nicht ab, wenn sie mit realexistierenden demokratischen Gegeninstitutionen in kapitalistischen Gesellschaften konfrontiert werden, mit Gewerkschaftsaktivitäten, Streiks und Boykotts, institutionalisierter Arbeitermitbestimmung, Protestbewegungen, Konsumentenprotesten, feministischen und ökologischen Bewegungen, mit den Aktivitäten des dritten Sektors, Kooperativen und den aktuellen Bewegungen der *commons*. Solche wirtschaftsdemokratischen Impulse innerhalb kapitalistischer Gesellschaften werden von den Kritikern durchweg als *window dressing* denunziert.

Wie kann man im Ernst behaupten, die Instrumentalisierung demokratischer Legitimität für Zwecke der Machtakkumulation in der Politik könne überwunden werden, und zugleich ihre Instrumentalisierung für die Profitlogik der Wirtschaft als schicksalshafte Notwendigkeit ansehen? Wie schon gesagt, ist diese Behauptung für transnationale Regimes in Politik und Wirtschaft empirisch schlicht falsch. Eine systematische Korrelation zwischen dem Typ des Governance-Arrangements (international, transnational, privat) und dem Grad demokratischer Akzeptanz ließ sich einfach nicht belegen. Müsste man dann nicht einräumen, dass es in sämtlichen Funktionssystemen historisch kontingent ist, ob und in welchem Grade demokratische Gegeninstitutionen die eindimensionale Selbstreproduktion der Machtlogik beziehungsweise der Profitlogik modifizieren? Im Falle der Ökonomie praktizieren die Kritiker in der Tat das, was sie sonst perhorreszieren – Verdinglichung. Indem sie die begrifflichen Mittel der Systemtheorie missbräuchlich einsetzen, verdinglichen sie die historisch variablen Ausprägungen sozialer Systeme – Funktionen, Programme, binäre Codes – und erklären sie zu unabänderlichen funktionalen Notwendigkeiten, die gegen historische Wandlungen immun sind. Und dies obwohl sie wissen könnten, dass Luhmann im Detail ge-

[19] *David Schneiderman*, Global Constitutionalism and International Economic Law: The Case of International Investment Law, in: Marc Bungenberg/Christoph Herrmann/Markus Krajewski/Philipp Jörg Terhechte (Hrsg.), European Yearbook of International Economic Law, Cham, 2016, S. 23 ff.; *Marco Goldoni*, The Politics of Global Legal Pluralism, Jura Gentium 11 (2014), S. 104; *Emilio A. Christodoulidis*, On the Politics of Societal Constitutionalism, Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), S. 629.

zeigt hat, dass nicht nur Programme, sondern sogar binäre Codes historischen Wandlungen unterliegen – etwa in der Wirtschaft, wo der Eigentumscode sich zum Geldcode transformiert hat.[20]

Diese Kombination von Doppelstandards und Selbstimmunisierung endet in einem Zynismus, den Bertolt Brecht gekonnt als Resultat einer überzogenen Kritik gekennzeichnet hat: „Der Anstrengung folgt die Erschöpfung, der vielleicht übertriebenen Hoffnung die vielleicht übertriebene Hoffnungslosigkeit."[21] Und damit stimmen die kritischen Autoren letztlich mit dem zynischen Realismus auf der politischen Rechten überein, für die Demokratie in internationalen Institutionen sowieso keinen Platz hat. Von dieser Position übertriebener Hoffnungslosigkeit werden die Kritiker für die im Folgenden diskutierten moderaten Vorschläge zur Demokratie in transnationalen Regimes nur Verachtung übrig haben. Sie erklären sie entweder als völlig unrealistisch oder, falls sie sich als erfolgreich herausstellen sollten, zum letzten Trick des Kapitalismus. Jedoch leiden sie am Mangel glaubwürdiger Alternativen, den sie hinter überzogener Kritik sorgfältig verbergen. Die angemessene Antwort darauf heißt: Kritik ohne Gegenvorschlag zählt nicht.

III. Neubestimmung von Demokratie unter transnationalen Bedingungen

Aber wo genau steckt die Übertreibung der Kritiker? Unkritisch wenden sie eine klassische Parömie auf transnationale Verhältnisse an: *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*. Was alle angeht, soll von allen beraten und entschieden werden. Die Identität von Autoren und Betroffenen der Normsetzung wird als zeitloses und unabänderliches Prinzip der Demokratie präsentiert.[22] Schaut man jedoch genauer auf die Geschichte des *Quod omnes tangit*, dann stellt sich die vermeintliche Universalität als extreme Partikularität heraus.[23] Im römischen Recht diente es nur dazu, ein technisches Problem des Zivilrechts zu lösen, das auftrat, wenn eine Mehrheit von jeweils vertretungsberechtigen Vormündern über die Emanzipation des gleichen Mündels zu entscheiden hatte. Demokratie? Im zwölften Jahrhundert wandten die Juristen des weltlichen und des kirchlichen Rechts das Prinzip auf den gänzlich neuen Kontext der *corporationes* an. Unter Bedingungen feudaler Stra-

20 *Niklas Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft,1988, S. 187 ff.

21 *Bertolt Brecht*, Vorwort zu Galileo Galilei, www.ddr-hoerspiele.net/3-lp/galileo-galilei.html. (1939).

22 Prominent *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: *ders*., Die Einbeziehung des Anderen: Studien zu politischen Theorie,1994, S. 293; *ders*., Faktizität und Geltung, 1992, S. 169 f.; *Klaus Günther*, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Lutz Wingert/Klaus Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, FS Habermas, 2001, S. 507.

23 Dazu *Niklas Luhmann*, Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory, in: Michel Rosenfeld/Andrew Arato (Hrsg.), Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges, Berkeley 1998, S. 157.

tifizierung wurde das Prinzip natürlich nicht auf alle Betroffenen angewendet, sondern immer nur dann eingeführt, wenn Mitglieder hohen Ranges ihre Vetomacht einsetzen wollten. Demokratie? Erst zu Beginn der Neuzeit wurde *Quod omnes tangit* zum Leitprinzip politischer Partizipation. Doch schon mit dem Aufstieg des großflächigen Nationalstaates wandelte es sich von der Teilnahme eines jeden in die Repräsentation durch wenige. Die Identität von Autoren und Betroffenen, so wird auch von den Befürwortern von *Quod omnes tangit* stillschweigend eingeräumt, lässt sich nicht mehr als realer Entscheidungsprozess realer Bürger aufrechterhalten, sondern nur noch für die hypothetische Situation eines idealen Diskurse unter gleichfalls hypothetischen Teilnehmern.[24]

Im heutigen Übergang von nationalen zu transnationalen Institutionen durchläuft *Quod omnes tangit* eine noch dramatischere Transformation. Denn bisher war das Demokratieprinzip trotz aller Variationen in der Lage, mehr oder weniger zufriedenstellend zwei einander widersprechende Tendenzen miteinander zu verbinden – identitären Konsensaufbau einerseits und die Institutionalisierung internen Dissenses andererseits. Beide Tendenzen zählen zu Recht als komplementäre Prinzipien der Demokratie. Ja, sie werden nicht nur in prekären Kompromissen miteinander kombiniert, sondern können unter bestimmten Bedingungen sogar ihrer wechselseitigen Steigerung dienen. Der demokratische Nationalstaat war der Höhepunkt, aber auch das Ende, dieser Symbiose. Da er die engen Grenzen kleinräumiger Gemeinschaften, die internen Dissens effektiv ausschlossen, überwunden hatte, verfügte der Nationalstaat über ausreichende Größe und Komplexität, um Fundamentaldissens in organisierter Opposition und politischen Pluralismus zu institutionalisieren, ohne dass er an Entscheidungsfähigkeit einbüßte. Dieser organisierte Dissens, der höhere Variabilität in den kollektiven Entscheidungen ermöglichte, resultierte zugleich in einer stärkeren Identifikation der Bürger mit dem Nationalstaat.

Doch ist diese demokratische Symbiose ein *Paradise lost*, wie zahlreiche Kritiker „postdemokratischer" Gesellschaft überzeugend argumentieren.[25] Während die wechselseitige Verstärkung der beiden widersprüchlichen Demokratietendenzen schon im Nationalstaat in Schwierigkeiten kommt, gerät in transnationalen Institutionen die Verbindung von Identifikationstendenzen und internen Konflikten zu einer Quadratur des Kreises.

Jedoch – nun die partizipativen und die identitären Elemente der Demokratie vollständig abzuschreiben und Demokratie ausschließlich auf die Produktion politischer Alternativen durch organisierte Opposition zu beschränken, wie es Niklas Luhmann fordert, dürfte, bei aller berechtigter Kritik an der Partizipationsromantik, ein Irrtum sein.[26] Stattdessen drängen die Größen- und Skaleneffekte transnationaler Institutionen dazu, eine neuartige Ar-

---

24 *Habermas* (Fn. 22); *Günther* (Fn. 22).

25 *Colin Crouch*, Postdemokratie, 2012.

26 *Niklas Luhmann*, Die Zukunft der Demokratie, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 4, 1987, S. 126 f.

beitsteilung zwischen unterschiedlichen demokratischen Verfahrensweisen in unterschiedlichen Kontexten zu etablieren. Die Demokratietheorie wäre gut beraten, eine Analogie zu Föderalismustheorien herzustellen, die unterschiedliche territoriale Ebenen mit unterschiedlichen Governance-Strukturen assoziieren. Identitäre Konsensbildung bleibt daher ein notwendiges Element der Demokratie, aber ihre Verwirklichungschancen sind begrenzt auf lokale Kontexte – und selbst im nationalen Kontext mag sie im Repräsentationsprinzip noch zu einem gewissen Grad wirksam sein. Hier liegen auch die relativen Verdienste neuerer Tendenzen zur Renationalisierung und Relokalisierung, die auf den beiden Extremen des politischen Spektrums heute wieder virulent werden. In der Tat bleibt hier heute ein erhebliches Potential ungenutzt, um Partizipation, Identifizierung und Gemeinschaftsbildung auf lokaler, regionaler und auch nationaler Ebene zu stärken. Sehr viel größer noch sind die Chancen identitärer Demokratie, wenn demokratische Verfahrensweisen über das politische System hinaus auch in zahlreichen „nicht-politischen" Institutionen in der Gesellschaft verwirklicht werden, in Wirtschaftsunternehmen, Universitäten, Verbänden, Stiftungen und besonders in den neuen Informationsmedien. Dass dies nicht bloße normative Utopien sind, zeigt die effektive Ausbreitung demokratischer Prinzipien auf lokaler Ebene in unterschiedlichen Gesellschaftsbereichen.

Im Gegensatz dazu sind transnationale Institutionen nur schwache Kandidaten für identitäre Demokratie. Die erwähnte Arbeitsteilung weist ihnen die Aufgabe zu, sich stattdessen umso mehr auf das zweite Element der Demokratie – Steigerung organisierten Dissenses – zu konzentrieren. Wenn transnationale Institutionen die Responsivität zu ihren sozialen, natürlichen und menschlichen Umwelten erhöhen sollen, dann kann ihre Demokratisierung sicherlich nicht als Garantie für die Identität von Autoren und Betroffenen verstanden werden. Wird sie aber als Garantie für organisierten Dissens verstanden, dann kann sie Entscheidungen der Machtinhaber herausfordern und die „Macht der Ohnmacht zur Geltung bringen".[27]

In diesem Sinne Demokratie als institutionalisierten Dissens zu definieren ist nicht allzu weit entfernt von epistemischen und deliberativen Demokratietheorien, welche die Problemlösungsfähigkeit demokratischer Institutionen betonen.[28] Doch besteht ein entscheidender Unterschied. Während deren Ziel die „Richtigkeit" politischer Entscheidungen auf der Basis guter Argumente ist, verhält sich eine Theorie institutionalisierten Dissenses eher skeptisch gegenüber Ansprüchen auf normative Wahrheit und besteht stattdessen

[27] *Luhmann* (Fn. 26), S. 127. Dies unterscheidet sich durchaus von dem Argument, dass in transnationalen Beziehungen Demokratie durch Rechtfertigung ersetzt wird, *Jürgen Neyer*, Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union, Journal of Common Market Studies 48 (2010), S. 903 ff. Ohne Druck in Richtung eines effektiv institutionalisierten Dissenses verkommt das Bestehen auf Rechtfertigung leicht zu einer ideologischen Selbstrechtfertigung.

[28] Epistemische Demokratietheorie: *David Estlund*, Introduction: Epistemic Approaches to Democracy: Episteme 5 (2008); deliberative Demokratietheorie: *Jon Elster*, Deliberative Democracy, Cambridge 1998.

auf einem „Recht auf Kontingenz", einem Recht, das alternative Weltkonstruktionen eröffnet.[29] Nicht die naive Hoffnung auf die *one best solution,* sondern die Konfrontation mit unterschiedlichen Weltsichten dürfte das Kraftzentrum demokratischer Kommunikation sein.[30]

Nun bedarf es beträchtlicher *institutional imagination*, wenn man eine neue und andersartige Beziehung wechselseitiger Steigerung zu verwirklichen sucht: Organisierter Dissens lässt sich nur dann verstärken, wenn hohe und zugleich lernbereite kollektive Entscheidungsfähigkeit gewährleistet ist. Und umgekehrt ist die Qualität kollektiver Entscheidung auf organisierten Dissens angewiesen. Im transnationalen Raum ist also Demokratie darauf auszurichten, dass effektiv funktionierende Entscheidungsprozeduren Raum schaffen für die „Möglichkeit von Dissens als Voraussetzung eigenständiger in der Gesellschaft verteilter Selektivität".[31] Und in der Gegenrichtung muss organisierter Dissens auf ein hohes Potential kollektiver Entscheidung stoßen können.

In seiner geschichtlichen Entwicklung wurde wie oben skizziert das Prinzip des *Quod omnes tangit* immer wieder aufs Neue rekontextualisiert, genauer durch zwei Operationen – Generalisierung aus einem konkreten Kontext und Respezifierung für eine neue historische Situation.[32] Und eine solche Rekontextualisierung ist in der heutigen Globalisierung, die bekanntlich nichts anderes bedeutet als die Ausdehnung funktionaler Differenzierung auf den ganzen Erdball, erneut gefragt.[33] Wenn transnationale Demokratie vor allem die Stärkung institutionalisierten Dissenses erfordert, wie können dann die klassischen Demokratieinstitutionen des Nationalstaats – Wahlen, Repräsentation, politischer Pluralismus, organisierte Opposition – generalisiert und für die hochgradig funktional spezifizierten transnationalen Globalregimes respezifiziert werden? Die Antwort besteht aus zwei Thesen:

Erste These – Generalisierung: Das nationalstaatliche Prinzip politischer Repräsentation, das sich immer noch als Ausdruck der traditionellen demokratischen Symbiose verstehen lässt, ist für transnationale Räume zu generalisieren und dort ausschließlich durch das Prinzip eines institutionalisierten

---

29 *Alexander Weiss*, Left After Luhmann? Emanzipatorische Potentiale in Luhmanns Systemtheorie und ihre Anwendung in der Demokratietheorie, in: Michael Haus/Sybille De La Rosa (Hrsg.), Politische Theorie und Gesellschaftstheorie, 2016, S. 169.

30 *Alexander Weiss*, Die Verdoppelung der Welt und das Recht auf Kontingenz, in: Kolja Möller/Jasmin Siri (Hrsg.), Systemtheorie und Gesellschaftskritik, 2016, S. 169 (182).

31 *Niklas Luhmann*, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, Der Staat 12 (1973), S. 1, 165 (178).

32 Zu Generalisierung und Respezifizierung im Unterschied zu einfachen Analogien *Talcott Parsons/Charles Ackerman*, The Concept of „Social System" as a Theoretical Device, in: Gordon J. DiRenzo (Hrsg.), Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences, New York 1966, S. 19.

33 So *Riccardo Prandini*, The Morphogenesis of Constitutionalism, in: Petra Dobner/Martin Loughlin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism? Oxford 2010, S. 309 (310).

Selbst-Widerspruchs zu ersetzen. Demokratischer Selbst-Widerspruch verlangt, dass transnationale Regimes ihre Irritationssensibilität gegenüber externen Anforderungen steigern und gleichzeitig internen Dissens institutionalisieren.

Zweite These – Respezifizierung: Institutionalisierter Selbst-Widerspruch kann nicht in allen transnationalen Regimes in gleicher Weise verwirklicht werden, sondern verlangt seine Verwirklichung in höchst unterschiedlichen Formen, welche die Diversität funktional spezialisierter Regimes widerspiegeln. Eine Orientierung für diese Variation dürfte das Leitprinzip „epistemischer Subsidiarität" bieten.

Institutionalisierter Selbst-Widerspruch und zugleich dessen unterschiedliche Kontextualisierung[34] – solch eine anspruchsvolle Doppelanforderung schafft freilich beträchtliche neue Schwierigkeiten, aber sie eröffnet auch realistische Verwirklichungschancen, da sie an realexistierende Institutionen des organisierten Dissenses anknüpfen kann, die sich jedenfalls rudimentär bereits heute in transnationalen Regimes finden.[35] So identifiziert Take empirisch in unterschiedlichen Regimes eine Vielfalt legitimer Governance-Institutionen, die in der Zukunft ein beträchtliches Entwicklungspotential haben dürften.[36] In diesem Sinne beobachtet auch Stewart, dass in der Realität Verfahren der Legitimation und der Verantwortungszuschreibung ganz unterschiedliche Formen annehmen, je nachdem ob sie im nationalen oder im transnationalen Raum verwirklicht werden.[37] Entsprechend sollte das alte Prinzip umformuliert werden: *Quod omnes tangit, ab omnibus* contestari *debet*. Nicht in der Identität von Autoren und Betroffenen kann sich transnationale Demokratie verwirklichen, sondern in kontextadäquaten Formen institutionalisierten Selbst-Widerspruchs.

---

[34] Einige Autoren kommen der zweiten Anforderung nahe, wenn sie kontextuelle Variationen von transnationaler Demokratie verlangen, *Poulf. Kjaer*, The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space, Wisconsin Law Review (2010), S. 489 (522); *Nico Krisch*, Pouvoir Constituant and Pouvoir Irritant in the Postnational Order, International Journal of Constitutional Law 14 (2016), S. 657.

[35] Dazu *Wil Martens*, Democracy for Transnational Regimes, in: ders./Bas Leijssenaar/Judith Martens/Evert Van der Zweerde (Hrsg.), Futures of Democracy, Nijmegen 2014, S. 113 (129).

[36] *Take* (Fn. 6) fasst seine Ergebnisse so zusammen: „The supposed correlation between (normative) acceptability and factual acceptance appears most clearly in the cases of the ILO (International Labour Organization) and the FSC (Forest Stewardship Council), and to a lesser degree ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). In addition, the findings about RugMark (RugMark-Initiative) and SAI (Social Accountability Initiative) support the aforementioned interrelation in the same way, namely, a medium degree of acceptability correlates with a medium degree of acceptance. As for the PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes) and ISO 14001 (International Standards Organization), a medium degree of acceptability correlates with a high degree of acceptance."

[37] *Richard Stewart*, The Normative Dimensions and Performance of Global Administrative Law, International Journal of Constitutional Law 13 (2015), S. 499.

Worin bestehen die kontextabhängigen Schwierigkeiten, denen die neue Version des Quod omnes tangit unter transnationalen Bedingungen ausgesetzt ist? Der Unterschied zu nationalstaatlichen Bedingungen kommt in jeder der drei Komponenten des Prinzips zum Tragen. (1) *Omnes:* Während der Nationalstaat in seinen territorialen Grenzen auf den einen und nur den einen *demos* als kollektives Subjekt von Konsens und von Dissens rekurrieren kann, können funktional spezifizierte transnationale Regime nicht auf ein wohldefiniertes Kollektiv zurückgreifen. Ihre Schwierigkeit besteht darin, Verfahren des Selbst-Widerspruchs in einem entterritorialisierten und zugleich extrem fluktuierenden Normadressatenkreis einzurichten. (2) *Quod:* Während die politischen Systeme der Nationalstaaten ihre Kollektiventscheidungen umfassend in praktisch allen Politikfeldern treffen, sind transnationale Regimes regelmäßig auf ein einziges Politikfeld spezialisiert. Resultat ist ein extrem verengter Tunnelblick, dessen Fixierung auf die eine *idée directrice* mögliche Verfahren des Selbst-Widerspruchs zu paralysieren droht. (3) *Tangit:* Während im Nationalstaat die demokratische Opposition exklusiv auf das Machtmedium des politischen Systems konzentriert ist, stehen transnationale Regimes, weil sie in höchst unterschiedlichen sozialen Kontexten der Finanzökonomie, Wissenschaft und Technik, Gesundheit, Erziehung, Kultur und den neuen digitalen Medien agieren, vor der Schwierigkeit, Verfahren des Selbst-Widerspruchs nicht nur gegenüber politischer Macht, sondern gegen eine Vielzahl von unterschiedlichen Autoritätsquellen entwickeln zu müssen.

IV. Erste Schwierigkeit: Fluktuierende Regime-Partizipanten

Quod *omnes* tangit: Wer ist der *demos* transnationaler *self-contained regimes*? Wie lassen sich die Normadressaten solch unterschiedlicher Regimes wie der WTO, der *lex mercatoria*, der *lex digitalis*, der transnationalen Unternehmen eindeutig bestimmen? Es war gewiss kein Zufall, dass der gutgemeinte Versuch der Internetgovernance ICANN weltweite Legitimität herstellen wollte, indem die Internetnutzer für jeden Kontinent Repräsentanten wählen sollten, im Desaster endete.

Es scheint, als lebe mit dem Auftauchen spezialisierter transnationaler Regimes ein beinahe vergessener politischer Konflikt wieder auf, der die politischen Leidenschaften des späten 19. und des frühen 20. Jahrhundert bewegte. Es ging um die Alternative eines zentralisierten politischen Systems einerseits und dezentraler Politik in thematisch spezialisierten Institutionen andererseits, die damals unter gänzlich anderen politischen Vorzeichen als Konflikt zwischen parlamentarischer Demokratie und Rätedemokratie ausgetragen wurde. Wo ist der legitime Sitz politischer Entscheidungen? In einem zentralisierten politischen System, in dem von allgemeinen Wahlen legitimierte professionelle Politiker alle relevanten gesellschaftliche Fragen entscheiden? Oder in einem dezentralisierten gesellschaftlichen Entscheidungssystem, in dem bereichsspezifische Fragen demokratisch legitimiert innerhalb der ge-

sellschaftlichen Sektoren selbst entschieden werden? Während die repressiven Praktiken des Faschismus und des realen Sozialismus sektorielle funktionale Repräsentationsformen fast vollständig diskreditiert haben, wurde die zentralisierte parlamentarische Repräsentation zum Standardmodell liberaler Demokratien. Allenfalls die sozialdemokratische Version von Sinzheimers Rätedemokratie findet heute noch ein Echo in den unterschiedlichen Korporatismen der nordeuropäischen Wohlfahrtsstaaten.[38]

Doch in den heutigen transnationalen Arenen hat sich die Balance zwischen zentralisierten umfassenden Politikformen und dezentraler Politik in spezialisierten gesellschaftlichen Regimes deutlich verschoben, nämlich zugunsten einer *sit venia verbo* „transnationalen Rätedemokratie". Die vieldiskutierte Transformation von nationalen *governments* zu transnationaler Governance bedeutet unter anderem, dass es im Weltmaßstab kein zentralisiertes politisches Repräsentativsystem gibt, das als Äquivalent der nationalen *governments* mit umfassender Kompetenz über sämtliche weltpolitischen Fragen entscheidet. Zwar existiert das politische System internationaler Beziehungen der Staatenwelt, doch ist dies nur ein globales Subsystem unter anderen und kann keinen Primat beanspruchen. Autonome transnationale Regimes sind zu Entscheidungszentren für hochspezialisierte gesellschaftliche Fragen geworden. Ihre Legitimität verleihenden Subjekte können nicht mehr als einheitliches Kollektiv – sei es die „internationale Gemeinschaft" der Staatenwelt, sei es die Gesamtbevölkerung des Globus – verstanden werden. Sie lassen sich nur innerhalb der vielfältigen symbolischen Grenzen der segmentierten Regimes lokalisieren oder in den Zwischenräumen ihrer Interaktion.[39] Der kompakte *demos* des Nationalstaats löst sich in eine Pluralität überlappender *demoi* und unterschiedliche Sphären der Öffentlichkeit.[40] Und was die Institutionalisierung demokratischen Selbst-Widerspruchs anbelangt, so ist der Stil dezentraler problemspezifischer Entscheidungsfindung der eigentliche Grund, warum etwa David Kennedy vielversprechende Chancen sieht für eine erfolgreiche Übertragung

> „des Versprechens der Demokratie, der individuellen Grundrechte, der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, des bürgerschaftlichen Engagements, der Ermächtigung gesellschaftlicher Gruppen und der Partizipation an Entscheidungen, die das Leben der Einzelnen betreffen – eine Übertragung an die Orte globaler und transnationaler Autorität, wie immer lokal diese ausgestaltet sein mag. Die Orte zu vervielfältigen, an denen Entscheidungen sichtbar werden und bestritten werden können, statt sie in einem Zentrum zu konzentrieren, das beruht auf der Hoffnung auf Heterogenität der Lösungen und Lösungsansätze und auf weite Felder des Experimentierens."[41]

---

38 Dazu *Gunther Teubner*, Wirtschaftsverfassung/Wirtschaftsdemokratie: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates, ZaöRV 74 (2014), S. 733.

39 *Forst* (Fn. 18), S. 44.

40 *Krisch* (Fn. 34); *Martens* (Fn. 35), S. 127.

41 *David Kennedy*, The Mystery of Global Governance, Ohio Northern University Law Review 34 (2008), S. 827 (859).

Wo lassen sich in transnationalen Regimes die Orte des Selbst-Widerspruchs identifizieren, die ein institutionelles Äquivalent für parlamentarische und außerparlamentarische Opposition im Nationalstaat abgeben können?[42]Analysen transnationaler Regimes unterscheiden zwischen drei *demoi*, zwischen drei Kategorien von Regime-Partizipanten: Mitglieder, Normadressaten, betroffene Außenseiter.[43] Diese drei Gruppen formen keinen stabilen *demos*, sie bilden vielmehr extrem fluktuierende Aggregationen von Regime-Partizipanten.[44] Häufig wechseln die einzelnen ihre Position von einer Kategorie zur anderen. Das ist mit dem Ausdruck „fuzzy citizenship" gemeint.[45] Deshalb können diese Kategorien auch gar nicht mit realen Menschen oder Organisationen identifiziert werden, vielmehr sind es die einzelnen Handlungen, welche die Zugehörigkeit zu einer dieser Kategorien bestimmen.

Warum ist es so wichtig, diese drei Handlungsbereiche zu unterscheiden: erstens das Regime-Zentrum, das häufig eine formale Organisation (oder ein Netzwerk von Organisationen) mit professionellen Kernkompetenzen ist, zweitens die Regime-Peripherie, die aus den Interaktionen des Zentrums mit den Normadressaten gebildet wird, drittens die Regime-Außenbeziehungen zu seinen relevanten Umweltsektoren? Antwort: Eine erfolgreiche Institutionalisierung des demokratischen Selbst-Widerspruchs hängt vorrangig von ihren Differenzen ab und vom Zusammenspiel dieser Differenzen. Die immanente Spannung zwischen diesen drei Arenen – der organisiert-professionellen Arena, der spontanen Arena der Normadressaten und der Arena der Externalitäten gegenüber Außenseitern – diese Spannung bildet das Kraftzentrum der Regimes für demokratischen Selbst-Widerspruch. Während die Regime-Policies im organisiert-professionellen Sektor entschieden und implementiert werden und die Akteure des spontanen Sektors verlangen, dass ihre Interessen berücksichtigt werden, sind die betroffenen Außenseiter die Quelle von stärkster Irritation, Widerstand und Protest.[46] Konsequenz ist, dass die Prozeduren des Selbst-Widerspruchs zwar in jeder der drei Kategorien verwirklicht werden müssen, aber das Entscheidende ist, dass dies in unterschiedlicher Weise geschieht, je nach der Rolle, die sie in diesem Konflikt spielen.

---

42 Dies ist die offene Frage des „Demos" transnationaler Institutionen, *Samantha Besson*, Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy, in: Jeffrey L. Dunoff/Joel P. Trachtman (Hrsg.), Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge 2009, S. 381 (393 ff.).

43 *Fabrizio Cafaggi*, New Foundations of Transnational Private Regulation, Journal of Law and Society 38 (2011), S. 20.

44 *Kjaer* (Fn. 17), S. 12 ff.

45 *Mathias Koenig-Archibugi*, Fuzzy Citizenship in Global Society, The Journal of Political Philosophy 20 (2012), S. 456 ff.; *Arah Abizadeh*, On the Demos and its Kin: Nationalism, Democracy, and the Boundary Problem, American Political Science Review 106 (2012), S. 867.

46 *Gunther Teubner*, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, S. 139 ff.

1. Der Bereich der Regime-Externalitäten

Der radikalste Selbst-Widerspruch stammt von den Außenseitern, die von den Regime-Entscheidungen negativ betroffen werden.[47] Eine Reihe von Autoren – James Tully, Antonio Negri, Gavin Anderson, Ugo Mattei – beobachten zu Recht, dass das eigentlich relevante demokratische Widerspruchspotential gerade nicht im Zentrum der transnationalen Regimes, sondern in sozialen Bewegungen zu finden ist, in der „multitudo", in verschiedenen Protestbewegungen, in NGOs und in transnationalen Segmenten politischer Öffentlichkeit.[48] Anderson identifiziert solch ein demokratisches Widerspruchspotential „from below" in den neuen „konstitutionellen Gewalten, die innerhalb und außerhalb der Strukturen repräsentativer Demokratie zu finden sind, zu den letzteren gehören besonders Dekolonisierungsbewegungen und internationalistische Bewegungen, alternative NGOs und Konfigurationen, die traditionellen Kategorien nicht erfassen wie das World Social Forum."[49] Diese Außenseiter repräsentieren ganz und gar nicht den *demos* im herkömmlichen Sinne, auf dessen Konsens transnationale Regimes gegründet werden können. Im Gegenteil, sie repräsentieren, was Nico Krisch als „pouvoir irritant" bezeichnet.[50] Wenn man unterschiedliche konstituierende Gewalten bestimmen will, dann ist dies keine Gründungsgewalt, sondern eine Widerspruchsgewalt.[51] Globale Protestbewegungen sind „Kräfte der Opposition gegen den Prozess ökonomischer Konstitutionalisierung, der von internationalen Wirtschaftsinstitutionen ausgelöst wird".[52] Zivilgesellschaftliche Gegeninstitutionen außerhalb der Regimes, spontaner Protest, Sozialbewegungen, NGOs, Gewerkschaften, Medien, Intellektuelle und politischer Öffentlichkeit verfügen über ein beträchtliches Irritationspotential, wenn sie massiven Außendruck auf die transnationalen Regimes ausüben, um sie zu internem Selbst-Widerspruch zu zwingen.[53]

---

47 Eine vertiefte Analyse solcher Regimeexternalitäten bietet *Horst* (Fn. 18, B II).

48 *James Tully*, The Imperialism of Modern Constitutional Democracy, in: Neil Walker/Martin Loughlin (Hrsg.), The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form, Oxford 2007, S. 315 (319, 323 ff.); *Michael Hardt/Antonio Negri*, Commonwealth, Harvard 2009; *Gavin W. Anderson*, Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below, Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), S. 881; *Saki Bailey/Ugo Mattei*, Social Movements as Constituent Power: The Italian struggle for the Commons, Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), S. 965.

49 *Anderson*, (Fn. 48), S. 902.

50 *Krisch* (Fn. 34). *Möller* (Fn. 8) identifiziert das Potential von Protestbewegungen nicht in ihrer konstituierenden, sondern in ihrer „destituierenden" Gewalt.

51 Zu unterschiedlichen Arten konstituierender Gewalt *Joel I. Colón-Riós*, Five Conceptions of Constituent Power, Law Quarterly Review 130 (2014), S. 306.

52 *Bailey* und *Mattei* (Fn. 48), S. 1012.

53 Zu global aktiven Sozialbewegungen *Donatella Della Porta* (Hrsg.), Global Justice Movement: Cross-National and Transnational Perspectives, 2016; *Chris Thornhill*, A Sociology of Transnational Constitutions, Cambridge 2016, S. 405.

Ein auffälliges Phänomen ist eine Richtungsänderung der Protestbewegungen, in der sich nach Meinung einiger Beobachter eine neue politische Qualität verwirklicht.[54]Die aktuellen Konflikte heißen: Brent Spar, World Social Forum, Gorleben, animal-rights-Proteste gegen Universitäten, company-namesucks, Stuttgart 21, Wikileaks, indignados, Occupy Wall Street, digitale Proteste gegen Google & Co. Ihnen ist gemeinsam, dass sich zivilgesellschaftliche Proteste zunehmend nicht (nur) gegen den Staat richten, sondern selektiv und gezielt gegen die organisiert-professionellen Instanzen der Wirtschaft und anderer Funktionssysteme, die für gravierende Fehlentwicklungen verantwortlich gemacht werden.

Offensichtlich ist jegliche Formalisierung ihrer Rolle als *pouvoir irritant* schwierig zu bewerkstelligen, wenn nicht sogar kontraproduktiv. Aber ihr Protest bedarf, wenn er wirkliche Effekte haben soll, der Abstützung durch zwei demokratische Institutionen, die ihrerseits vom Recht institutionalisiert ein müssen – durch Gegenrechte und durch Transparenz. Einige Autoren sprechen nicht nur von Gegenrechten[55], sondern von einem genuinen Widerstandsrecht, bekanntlich der ultimativen Waffe der Bürger gegen korrupte Staatsgewalt, die sie nun aber den Intrusionen der Ökonomie und anderer expansiver Sozialbereiche entgegensetzen.[56] Ein effektiver Schutz solcher Gegenrechte dürfte eine der wichtigsten Aufgaben für die Gerichte im Ausbau einer horizontalen Grundrechtswirkung sein. Es ist kein Zufall, dass diese Doktrin schon erfolgreich angewendet wurde in Fällen von Widerstand gegen unmenschliche Arbeitsbedingungen, von ökologischem Protest gegen umweltfeindliche Unternehmensstrategien und von Whistleblowing gegen organisierte Unverantwortlichkeit. Im Zeitalter der globalen Vernetzung werden solche wirtschaftlichen Grundrechte noch an Brisanz gewinnen und sie werden eines erhöhten Rechtsschutzes bedürfen.

Allerdings können solche Gegenrechte nur auf der Basis verfahrensrechtlicher Transparenz wirksam geltend gemacht werden. Empirische Studien zeigen, dass heute die meisten transnationalen Regimes nicht bereit sind, ihre Entscheidungsprozesse für Beobachter zu öffnen und sie für die Öffentlichkeit transparent zu machen.[57] Nur wenige Regimes haben eine kodifizierte Informationspolitik etabliert, die auch externe Beobachter einschließt und

---

54 *Crouch* (Fn. 15); *Robert O'Brien/Anne Marie Goetz/Jan A. Scholte/Marc Williams*, Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements, Cambridge 2002, S. 2.

55 Zu einer anspruchsvollen Konzeption von Gegenrechten *Christoph Menke*, Kritik der Rechte, 2015.

56 *Daniela Bifulco/Angelo Golia*, The Right of Resistance as a State Law Basis for Transnational Regimes Self-Contestation, Journal of Law and Society 45 (2018) (i.E.); *Angelo Golia*, La responsibilità delle imprese transnazionali in una prospettiva di diritto costituzionale, Seconda Università di Napoli 2017, S. 321 ff. *Möller* (Fn. 8) spricht von Tendenzen der Dekonstitutionalisierung, ähnlich *Pasquale Femia*, Infrasystemische Subversion, in: Marc Amstutz/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Kritische Systemtheorie, 2013, S. 305 (310 ff.).

57 *Take* (Fn. 6).

sicherstellt, dass Entscheidungen den verantwortlichen Personen zugeordnet werden können, was ihre Legitimität deutlich verstärkt hat. Für die Zukunft dürfte daher die „Transparenz der Strukturen und der Prozesse globaler Governance einen unverzichtbaren Indikator für legitime Governance darstellen."[58]

2. Der Spontanbereich der Regime-Adressaten

Eine weniger radikale Opposition, dafür aber ein eher effektiver zielorientierter Dissens lässt sich von den Spontansektoren innerhalb der Regimes erwarten. Diese werden durch die Handlungen der Normadressaten gebildet. Hier ist es eine formalisierte Stakeholder-Partizipation, die den Selbst-Widerspruch effektiv macht. Dafür gibt es in anderen Zusammenhängen genügend historische Belege: Arbeitermitbestimmung in Wirtschaftsunternehmen, Anhörungs- und Beteiligungsrechte in der öffentlichen Verwaltung und kollektive Klagrechte, *amicus curiae* und andere Formen der kollektiven Interessenartikulation in Gerichtsprozessen. Entsprechend bedarf es auch in transnationalen Regimes der „Artikulation von Organisationen direkt Betroffener, aber auch von Experten und von Organisationen, die advokatorisch für Betroffene agieren."[59] Als Alternative zur Repräsentation von Interessengruppen ist auch vorgeschlagen worden, verschiedene Wertorientierungen und politische Diskurse innerhalb der Entscheidungsprozeduren in den Regimes zu institutionalisieren.[60] In der Realität haben einige transnationale Regimes solche Stakeholder-Institutionen schon entwickelt, wenn auch nur in rudimentärer Form. Zum Beispiel ist der Sektor der Bankenregulierung für Kommentare aus der Zivilgesellschaft geöffnet worden.[61] Die EU ist dabei, Bürgerdialoge in verschiedenen Politikfeldern zu erproben.[62] Amicus-Curiae-Briefs gibt es in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit immer häufiger, mit beträchtlichen Effekten für die Wahrnehmung von Außenseiterinteressen.[63] Und die WTO hat Verfahren geschaffen, um die Beteiligung zivilgesellschaftlicher Akteure zu ermöglichen.[64] Doch geht dies alles nicht weit genug. Effektiver Selbst-Widerspruch würde bedeuten, dass die bisher konsentierten Strategien transnationaler Regimes, die globale kapitalistische Wirtschaftsordnung zu verteidigen und zu stärken, fundamental in Frage gestellt werden. Nach Colin Crouch müssen die globalen Wirtschaftsinsti-

58 *Take* (Fn. 6). S. 243; *Kjaer* (Fn. 17), S. 12 ff.

59 *Martens* (Fn. 35), S. 135.

60 *John Dryzek/Simon Niemeyer*, Reconciling Pluralism and Consensus as Political Ideals, American Journal of Political Science 50 (2006), S. 634.

61 *Michael S. Barr/Geoffrey P. Miller*, Global Administrative Law: The View From Basel, The European Journal of International Law 17 (2006), S. 15.

62 European Commission: European Governance – A White Paper, COM (2001) 428, Brussels 2001.

63 *Joseph Saei*, Amicus Curious: Structure and Play in Investment Arbitration, Transnational Legal Theory (2018), S. 247.

64 *Andrew Lang*, World Trade after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order, Oxford 2011, S. 88.

tutionen eine für sie neuartige Verantwortung für die gesamte Gesellschaftspolitik und für die effektive Umverteilung von Wohlstand übernehmen.[65] Die Herausforderung liegt darin, die globale Wirtschaft, die sich sozusagen im Stadium des Frühkapitalismus befindet, zu ihrer wohlfahrtsstaatlichen Transformation zu zwingen.[66]

3. Der organisiert-professionelle Regime-Bereich

An der Vorbereitung, Produktion und Implementation der Regeln im Entscheidungszentrum der Regimes sind im Wesentlichen die Vertreter von Unternehmen, technischen Standardisierungsorganisationen, Expertenstäben, Nationalstaaten und internationalen Organisationen beteiligt. Ihre Partizipation ist in der Regel freiwillig; sie verfolgen bei der Regulierung eigene Interessen;[67] ihre Handlungen bilden das Zentrum der Regime-Autorität. Für diese Beziehung formaler Mitgliedschaft im engen Sinne ist es durchaus sinnvoll, Repräsentationsprinzipien aus der nationalstaatlichen Tradition einzuführen.[68] Entscheidend dabei aber dürfte sein, neben Prinzipien adäquater Repräsentation strenge Rechtsregeln zu formulieren, welche die Verknüpfung mit den anderen beiden Sektoren, dem Spontansektor und dem Externalitätensektor herstellen und dadurch zur Dissenssteigerung beitragen. Die Regeln sind an kognitiver Offenheit gegenüber Umweltbelangen, an Interessen von Drittbetroffenen und am öffentlichen Interesse zu orientieren.[69] Dies ist der Ort, an dem Regime-Verfassungen Prinzipien eines kritischen Professionalismus, einer regime-internen Opposition und eines regime-internen Pluralismus positivieren müssten.[70] Und die bekannten Regeln des Global Administrative Law – *due process* der Regulierung, *notice-and-comment*-Regeln, Pflicht zur Konsultation von Experten, Prinzip der Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz – sind primäre Kandidaten für die Konstitutionalisierung der Regimes.[71]

---

65 *Colin Crouch*, Globale Institutionen müssen Sozialstaat verwirklichen: Konsequenz aus rechtem und linkem Protest, Die Welt 5. 5. 2017.

66 Zu den erforderlichen Transformationen der globalen Wirtschaftsverfassung am Beispiel der Unternehmensverfassung *Teubner* (Fn. 38), S. 21 ff.

67 *Cafaggi* (Fn. 43).

68 *Martens* (Fn. 35), S. 115.

69 *Phillip Paiement*, Paradox and Legitimacy in Transnational Legal Pluralism, Transnational Legal Theory 4 (2015), S. 197 (224 ff.).

70 *Martin Herberg*, Bringing Professions Back In: A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society, in: Christian Joerges/Josef Falke (Hrsg.), Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford 2011, S. 107.

71 Benedict Kingsbury und Nico Krisch (Hrsg.), Symposium: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, Symposium Issue of the European Journal of International Law 17 (2006); *Jens Steffek*, Sources of Legitimacy Beyond the State: A View from International Relations, in: Christian Joerges/Inger-Johanne Sand/Gunther Teubner (Hrsg.), Transnational Governance and Constitutionalism, Oxford 2004, S. 81 (82, 94 f.).

Entscheidend ist jedoch, dass diese für die drei Arenen unterschiedlichen demokratischen Prinzipien ein untrennbares Ganzes bilden. Keines der drei – weder lautstarker Protest der Außenseiter noch Stakeholder-Aktivitäten noch kritischer Professionalismus– kann alleine verstärkte Umweltresponsivität herstellen. Erst wenn Außenseiterprotest, Stakeholder-Interessenartikulation und interner organisierter Dissens zusammenspielen, kann ein extern induzierter Selbst-Widerspruch erfolgreich institutionalisiert werden.

V. Zweite Schwierigkeit: Tunnelblick transnationaler Regimes

Quod omnes tangit. Die zweite Schwierigkeit, die sich der Institutionalisierung von Selbst-Widerspruch stellt, hat mit den Besonderheiten der Regime-Entscheidungen, ihrer Qualität, ihren Inhalten, ihrer Reichweite im Unterschied zu ihren nationalstaatlichen Gegenstücken zu tun. Während die politischen Systeme der Nationalstaaten eine umfassende Regelungsgewalt für fast alle gesellschaftlich relevanten Fragen beanspruchen, spezialisieren sich transnationale Regimes auf ein einziges mehr oder weniger eng definiertes Politikfeld.

> „Durch Spezialisierung – das heißt durch die Etablierung spezieller Wissens- und Expertise-Regimes wie ‚Handelsrechte', ‚Menschenrechte', ‚Umweltrecht',
>
> ‚Sicherheitsrecht', ‚internationales Strafrecht', ‚Europarecht' usw., – wird die Welt der Rechtspraxis in unterschiedliche institutionelle Projekte aufgespalten, die sich an spezielle Interessenkreise mit speziellem Ethos wenden."[72]

Nationalstaatliche Verfassungen sind stets „holistische" Ordnungen, in denen selbst hochspezialisierte Regulierungen immer eingebettet sind in ein dichtes Normengewebe aus den unterschiedlichsten Lebensbereichen. Ein Tunnelblick kommt so gar nicht erst zustande, vielmehr müssen die Regulierungen sich in der Kollision der verschiedensten Normen, Prinzipien und Policies behaupten. Demgegenüber entwickeln transnationale Regimes ihre operativen Regeln im geschützten Raum eines einzigen Funktionssystems, was ihnen die konsequent monokontexturale Ausrichtung auf dessen Rationalitätskriterien ermöglicht. Das verleiht ihnen große Durchschlagskraft, macht sie aber zugleich solipsistisch und imperialistisch. Ihr funktionsspezifischer Tunnelblick hindert sie daran, ihre Normen am öffentlichen Interesse zu orientieren.[73]

Hieraus resultiert ein weiterer Unterschied: Nationale Verfassungen sind vornehmlich auf formale Prozeduren ausgerichtet und enthalten nur eine be-

---

72 *Martti Koskenniemi*, The Politics of International Law – 20 Years Later, European Journal of International Law 29 (2009), S. 7 (12 f.).

73 Im Vergleich nationaler und transnationaler Regimes kritisiert *Thomas Kleinlein*, Fragmentierungen im Öffentlichen Recht: Diskursvergleich im internationalen und im nationalen Recht, Deutsches Verwaltungsblatt 17 (2017), S. 1072 (1078), die „thematische Sektorialisierung" der Regimes als Gefährdungen der Demokratie.

grenzte Anzahl materieller Prinzipien und wenn dann eher abstrakter Art. In transnationalen Verfassungen lassen sich dagegen starke Tendenzen einer Materialisierung beobachten. Sie sind häufig auf eine einzige materielle *idée directrice* ausgerichtet: Freier Handel, Unternehmensprofit, Qualität der Arbeitsbeziehungen, Konsumgütersicherheit, Umweltschutz, Gesundheitsvorsorge, Wissenschaftsqualität. Resultat ist eine substantielle Überdeterminierung der Regime-Verfassungen.[74] Diese substantielle Fixierung wird von Koskenniemi vehement als „hegemonisches Projekt" kritisiert.[75] Wenn ein solches politisches Projekt selbst in die höherrangigen Normen ihrer Verfassungen eingeschrieben ist, dann ist dies deswegen problematisch, weil ihre „Teleologien als Formen funktionieren, welche die Selektionsvariationen einschneidend reduzieren, so dass ‚alternative Sprachen' systematisch marginalisiert werden."[76] In solchen Tendenzen zu einem Regime-Totalitarismus drohen die Narrative der Regimes zu Ideologien zu verkommen, also zur „Einführung einer Beschreibung des Systems in das System mit der Maßgabe, dass sie die einzig richtige und deshalb durchzusetzende sei."[77]

Ist an dieser Stelle ein Äquivalent für den Selbst-Widerspruch erkennbar, den der Nationalstaat mit Hilfe seiner internen Rationalitätenkollisionen institutionalisiert hat? Marten setzt seine Hoffnungen in die Interessenüberschneidungen der Regime-Mitglieder (als Konsumenten, Arbeitnehmer etc.), welche die einseitige Regime-Orientierung zugunsten eines breiten Spektrums konfligierenden Werte ablösen würden.[78] Doch nach allen Erfahrungen dürfte dies ein nur schwaches Gegengift gegen den Regime-Solipsismus darstellen.

Ein starkes Gegengift gegen Tunnelvisionen hochspezialisierter Sozialsphären entwickelte hingegen schon Georg Wilhelm Friedrich Hegel, das man in heutiger Terminologie als heterarchischen Selbst-Widerspruch kennzeichnen könnte. Gegenüber dem Dilemma, einerseits die historischen Errungenschaften monokontexturaler Institutionen beizubehalten, andererseits ihre offensichtlichen destruktiven Tendenzen zu konterkarieren, diagnostizierte er am Beispiel des Rechtssystems, dass die Pathologie nicht in der Konzentration auf nur einen Leitwert liege, sondern in ihrem Imperialismus, der darin besteht, ihre exklusive Wertorientierung anderen Sozialsphären aufzunötigen.[79] Die Heilung liegt in einem wohlgeordneten System unterschiedlicher Sphären ethischen Lebens. Resultat sind institutionalisierte

---

74 *Möller* (Fn. 8).

75 *Martti Koskenniemi*, Hegemonic Regimes, in: Margaret Young (Hrsg.), Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation, Cambridge 2012, S. 305.

76 *Kjaer* (Fn. 17), S. 7.

77 *Luhmann* (Fn. 26), S. 135.

78 *Martens* (Fn. 35), S. 128.

79 *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts 1986, S. 96; zu einer Diskussion dieser Lösung unter heutigen Bedingungen *Daniel Loick*, Juridification and Politics: From the Dilemma of Juridification to the Paradoxes of Rights, Philosophy and Social Criticism 40 (2014), S. 757 (764 ff.).

Kollisionen der verschiedenen Sphären, die sich wechselseitig in Schach halten.[80]

Ein solcher heterarchischer Selbst-Widerspruch funktioniert im Prinzip auf zwei verschiedenen Wegen: Entweder werden die konfligierenden Wertorientierungen in die Verfassungen der konfligierenden Regimes internalisiert oder sie werden in adversarischen Inter-Regime-Verhandlungen externalisiert. In den heutigen transnationalen Regimes werden, wenn auch in rudimentärer Form, beide Alternativen schon realisiert, auf der einen Seite im Fallrecht der Regime-Tribunale, auf der anderen in Verhandlungssystemen zwischen den Regimen. Ein Verfassungspluralismus der Regimes müsste sich zwischen beiden Formen eines „Meta-Konstitutionalismus" entscheiden, um die extremen Tunnel-Visionen zu korrigieren und den monokontexturalen Regimes andere Weltkonstruktionen aufzunötigen.

In beiden Fällen reagieren transnationale Regimes unterschiedlich auf Kollisionen. Im Falle der Internalisierung werden die Normen des fremden Regimes ganz analog zu den Kollisionsregeln des klassischen internationalen Privatrechts vor dem eigenen Forum rekonstruiert. Die Rechtsordnung der WTO etwa muss die eigenen regulatorischen Entscheidungen verwirklichen und zugleich andere transnationale Regimes respektieren, deren Regeln, Prinzipien und Institutionen sich an anderen Werten – Gesundheit, Arbeitsstandards, Umweltschutz oder Menschenrechten – orientieren.[81] Nachteil der Internalisierung ist freilich, dass sie die Fragmentierung der Regime-Rechtsordnungen noch weiter steigert.

Im zweiten Fall – der Externalisierung – werden die Konflikte in adversarischen Regime-Verhandlungen thematisiert, rekonstruiert und entschieden. Nicht unbedingt besteht eine Verpflichtung zur Entscheidung, aber die Chancen, alternative Weltkonstruktionen zu berücksichtigen, dürften deutlich steigen. Der Rolle des Rechts eröffnen sich hier andere Perspektiven, nämlich die Entscheidungsprämissen der Verhandlungssysteme vorzustrukturieren. Rechtsnormen können in dieser Weise zu außerrechtlichen Konfliktlösungen beitragen, indem sie die Konfrontation mit anderen Interessen und unterschiedlichen Rationalitäten absichern. Dunoff hat empirisch zeigen können, wie das große Kooperationspotential von transnationalen Regimes eine neue Balance zwischen unterschiedlichen Rationalitäten herstellen kann.[82] Freileich stellt sich hier akut das Problem von Machtasymmetrien.

---

80 *Kleinlein* (Fn. 73), S. 1078.

81 *Robert Howse* und *Kalypso Nicolaidis*, Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity, Governance 16 (2003), S. 73.

82 *Jeffrey L. Dunoff*, How to Avoid Regime Collisions, in: Kerstin Blome/Andreas Fischer-Lescano/Hannah Franzki/Nora Markard/Stefan Oeter (Hrsg.), Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society, Cambridge 2016, S. 49 (55 ff.); *ders.*, A New Approach to Regime Interaction, in: Margaret Young (Hrsg.), Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation, Cambridge 2011, S. 136.

Einige Autoren schlagen daher vor, die Verhandlungsmacht schwächerer Regimes, wie der Food and Agricultural Organization, zu verstärken.[83]

Bei beiden Konstellationen bleibt die Frage offen, ob bestimmte Gegeninstitutionen innerhalb gesellschaftlicher Regimes – Kollisionsregeln oder Verhandlungsverfahren – die Chancen erhöhen, die Regimes gegenüber marginalisierten Diskursen zu öffnen. Das Recht kann hier eine unterstützende Rolle spielen, wenn es bereit ist, zwei entgegengesetzte Prinzipien des Völkerrechts – wechselseitige Anerkennung von Staaten und die Orientierung an einem *ordre public transnational* – auf die Beziehung zwischen transnationalen Regimes zu übertragen. Das Prinzip wechselseitiger Anerkennung bedeutet nicht nur, dass transnationale Regimes sich gegenseitig tolerieren, wie es das Prinzip der „konstitutionellen Toleranz" verlangt,[84] sondern dass sie „konstitutionelle Responsivität" verwirklichen und materielle Normen entwickeln, die im Rahmen eines Kompromisses Verfassungskonflikte auflösen.[85]

VI. Dritte Schwierigkeit: Epistemische Idiosynkrasien

Quod omnes *tangit:* Die dritte Schwierigkeit wird von der extremen Variationsbreite regulatorischer Instrumente ausgelöst, denen die Regimes ihre Normadressaten aussetzen. Hier gilt es nun, ein tiefsitzendes Missverständnis auszuräumen, als dessen Folge nicht-adäquate Formen des demokratischen Selbst-Widerspruchs aktiviert werden. Das Missverständnis liegt darin, das Verhältnis transnationaler Regimes zu ihren Mitgliedern primär als eine Machtbeziehung zu sehen. Konsequent wird dann Demokratisierung exklusiv als Aktivierung des Widerstands gegen diese Macht verstanden. Wieder ist das politische System des Nationalstaats verantwortlich für dieses Missverständnis, dessen Prinzipien demokratischer Gegenmacht – Partizipation, Wahlen, Repräsentation, politische Parteien, Gruppenpluralismus, kollektive Entscheidungen, Gewaltenteilung, organisierte Opposition – sämtlich auf die Machtmechanismen nationalstaatlicher Politik zugeschnitten sind. Und für die Demokratisierung von transnationalen Regimes wird dann unkritisch auf diese Gegenmacht-Mechanismen zurückgegriffen. Jedoch löst in vielen Regimes solch eine fehlgeleitete Macht-Logik perverse Effekte aus. Falsche Politisierung wäre die fatale Folge für die idiosynkratische Episteme vieler transnationaler Regimes.[86]

---

83 *Matias E. Margulis*, The Regime Complex for Food Security: Implications for the Global Hunger Challenge, Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations 19 (2013), S. 53.

84 *Mattias Kumm*, Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called, American Journal of Comparative Law 54 (2006), S. 505 (528 ff.).

85 *Viellechner* (Fn. 3 – 2013).

86 „Because of diverse contexts, governance beyond the nation-state cannot refer to forms of decision making and mechanisms of enforcement established at the state level.

Statt ein derart vereinfachtes Modell politischer Macht durch komplexere Modelle pluraler Differenzierung zu ersetzen und dann die Verfahren demokratischen Selbstwiderspruchs an dieser Pluralität zu orientieren, werden die normativen Anforderungen an nationalstaatliche Demokratie schlicht auf alle transnationalen Institutionen übertragen.[87]

> „Der Unterschied zwischen themenspezialisieren transnationalen Regimes und den Nationalstaaten schließt die einfache Übertragung von für diese entwickelten Modelle aus. Ein funktional spezialisiertes Regime, das monokontextural in einem polykontexturalen sozialen Raum agiert, ist darauf angewiesen, neuartige Formen der (a) Repräsentation und (b) des öffentlichen Diskurses und der Entscheidungsprozesse zu entwickeln.“[88]

Kommunikationsmedien machen den Unterschied. Über ihr eigenes Kommunikationsmedium entwickeln transnationale Regimes je eine idiosynkratische Episteme, die auf eine entsprechende idiosynkratische Form des demokratischen Selbst-Widerspruchs angewiesen ist. Nur in „öffentlichen“ Regimes, also in Herrschaftsverbänden, ist es adäquat, demokratischen Selbst-Widerspruch gegen das Kommunikationsmedium politischer Macht zu richten, während in „gesellschaftlichen“ Regimes Widerstand gegen andere Kommunikationsmedien – gegen Geld, Wissen, Technologien, digitale Kalkulation – ganz anders entwickelt werden muss. Zum Beispiel dürfte demokratischer Selbst-Widerspruch in einem ökonomischen Regime unvollständig sein, wenn er sich auf Phänomene wirtschaftlicher Macht beschränkte. Vielmehr muss er an der monetären Kommunikation als solcher ansetzen, gleichgültig, ob diese – über Unternehmenshierarchien oder über Marktmonopole – in Machtkommunikation umgesetzt ist oder nicht. Ähnlich inadäquat ist es, transnationale Regimes, die im Bereich von Wissenschaft und Technologie, Medizin oder Erziehung aktiv sind, über Modelle politischer Gegenmacht demokratisieren zu wollen. Vielmehr kommt es darauf an, wirksame Formen von unterschiedlicher Gegenexpertise zu entwickeln, welche die dominanten Wissensformen in Frage stellen. Eine sorgfältige Respezifizierung des Selbst-Widerspruchs ist also bis in die Methoden, in die Verfahren, in die Institutionen innerhalb eines einzelnen Regimes hinein notwendig.[89] Unterschiedliche Formen von Gegen-Expertise statt bloßer Gegenmacht – dies dürfte die Richtungsangabe sein, den Selbst-Widerspruch sorgfältig auf die epistemischen Idiosynkrasien der einzelnen Regimes hin zu kalibrieren.

Deliberative Demokratiedemokratien kommen dem durchaus nahe. Sie betonen zu Recht die Rolle der Rechtfertigung, besonders unter transnationalen

---

Therefore, the criterion for legitimate global governance must be chosen with regard to the structural characteristics“, *Take* (Fn. 6), S. 221.

87 Einen ungebrochenen Optimismus in Bezug auf eine solche Transposition politischer Entscheidungsmodelle in politikferne Sozialbereiche offenbart *Jürgen Habermas*, Protestbewegung und Hochschulreform, 1969.

88 *Martens* (Fn. 35), S. 128.

89 *Martens* (Fn. 35), S. 133 ff.

Bedingungen, wenn die klassischen demokratischen Verfahren nicht mehr zufriedenstellen: Machtstrukturen müssten in Rechtfertigungsstrukturen transformiert werden.[90] Doch sind daran zwei Korrekturen anzubringen. Zum einen ist ihre dominante Konsensorientierung durch eine stärkere Dissensorientierung zu ersetzen. Zum anderen ist ihr Vertrauen in eine einheitliche diskursive Legitimierung auf Vertrauen in unterschiedliche epistemische Legitimierungen umzustellen.[91] Denn sie pflegen die Vielzahl idiosynkratischer Epistemen zu unterschätzen, an die sich unterschiedliche Rechtfertigungsweisen erst anpassen müssen.[92]

An dieser Stelle eröffnet das Prinzip der „epistemischen Subsidiarität" neue Perspektiven, unterschiedliche Verfahren des Selbst-Widerspruchs in unterschiedlichen transnationalen Regimes zu entwickeln.[93] Es beruht auf der Annahme, dass die Beziehung zwischen Wissenschaft und Politik nicht einfach dem Universalismus des Wissenschaftlichen folgt, sondern in vielfacher Weise von kulturellen Kontexten abhängig ist. Es konnte gezeigt werden, dass diese Beziehung in der europäischen Union anders ausfällt als im kulturellen Kontext der Nationalstaaten.[94] Der Grund dafür ist, dass epistemische Legitimität nicht einfach eine Sache des wissenschaftlichen Inputs ist, sondern immer auch auf den Wertorientierungen, Interessen und Präferenzen lokaler oder nationaler epistemischer Gemeinschaften beruht.[95] Aus diesem Grunde wurde das Prinzip epistemischer Subsidiarität als Verfassungsprinzip eingeführt, um die Beziehung zwischen Wissenschaft und Politik auf unterschiedlichen Ebenen und ihren je unterschiedlichen kulturellen Kontexten ausbalancieren zu können.

Nun ist dies Prinzip nicht nur auf der territorialen Ebene verschiedener Nationalstaaten anzuwenden, sondern zugleich auf die funktionale Ebene der transnationalen Regimes auszudehnen. Jedes Regime entwickelt seine eigenen kulturellen Legitimationsmodi in der Interaktion zwischen Expertise und Stakeholder-Interessen. Verfassungen können in dieser Passung von Expertise und Politik eine besonders herausgehobene Rolle spielen. Für Umweltregimes beschreibt Ellis solche Brückeninstitutionen folgendermaßen:

> „Ein Teil solcher Institutionen wären spezielle Rechtsnormen, die nicht-arbiträre Urteile über die Angemessenheit wissenschaftlicher Beweise für eine bestimmte Be-

---

90 *Forst* (Fn. 18), S. 46.

91 *Jaye Ellis*, Scientific Expertise and Transnational Standards: Authority, Legitimacy, Validity, Transnational Legal Theory 8 (2017), S. 181 (par. 2).

92 *Alexis Galán/Stephanie Law*, The Emergence of European Private Law and the Plurality of Authority, Transnational Legal Theory 7 (2016), S. 499.

93 *Sheila Jasanoff*, Epistemic Subsidiarity: Coexistence, Cosmopolitanism, Constitutionalism, European Journal of Risk Regulation 2 (2013), S. 133.

94 *Veso Paskalev*, May Science Be with You: Can Scientific Expertise Confer Legitimacy to Transnational Authority? Transnational Legal Theory 8 (2017), S. 202.

95 *Jaye Ellis*, (Fn. 91).

hauptung ermöglichen oder angesichts eines gegebenen Falles für die Angemessenheit der Anwendung eines hochtechnischen Nachhaltigkeitsstandards."[96]

An dieser Stelle können nicht im Detail die speziellen Einsatzbedingungen des Selbst-Widerspruchs für jeden Regime-Typ entwickelt werden. Stattdessen soll als Beispiel für epistemische Subsidiarität ein kurzer Blick auf transnationale Vertragsregimes genügen.[97] Ausgangspunkt ist, dass die Legitimationsprobleme von *private government* nicht mit den Mitteln öffentlich-rechtlicher Normsetzung angegangen werden können. Vielmehr heißt der Test, ob die Eigenheiten vertraglicher Mechanismen selbst genügend Potential für Selbst-Widerspruch bieten. Im Prinzip verfügen die vertraglichen Verhandlungsverfahren zwischen antagonistischen Interessen über ein beträchtliches Selbst-Widerspruchs-Potential, das die Formulierung ausreichenden Dissenses zwischen den Parteien und zugleich ausreichende Entscheidungsfähigkeit ermöglicht. Aber bekanntlich ist dies nur unter zwei Idealbedingungen möglich: Erstens dürfen keine Machtasymmetrien zwischen den Vertragsparteien bestehen und zweitens darf der Vertrag keine negativen Externalitäten für Dritte entwickeln. Sobald aber Machtasymmetrien oder negative Externalitäten auftreten, gelangt die traditionelle Vertragslegitimation an ihre Grenzen, weil die Freiheitsrechte der anderen privaten Akteure gefährdet sind. Die Legitimation lässt sich jedoch dadurch wiederherstellen, dass die horizontale Grundrechtswirkung kompensatorisch einspringt. Insofern dienen Grundrechte nicht nur individuellem Rechtsschutz, sondern werden selbst zu Elementen eines legitimatorischen Regimes.

Insgesamt bedarf es also, um in transnationalen Regimes demokratischen Selbst-Widerspruch zu ermöglichen, einer sorgfältigen Kalibrierung von Gegen-Institutionen, die auf einer experimentellen Basis, auf Hochrisiko-Trajektorien, auf breiter Interesseninformation und auf der Politik von Versuch und Irrtum beruhen.

96 *Ellis* (Fn. 91), par 4.

97 Dazu *Viellechner* (Fn. 3 – 2013), S. 222 ff.