suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2028

29628 Teubner 1. Lauf.indd 1 09.01.2012 08:44:31

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

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

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

Gunther Teubner
Verfassungsfragmente

Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung

Suhrkamp

29628 Teubner 1. Lauf.indd 2-3 09.01.2012 08:44:31

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

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2028
Erste Auflage 2012
© Suhrkamp Verlag Berlin 2012
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.
Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.
Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt
Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim
Printed in Germany
ISBN 978-3-518-29628-8

1 2 3 4 5 6 – 1 16 15 14 13 12

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. Ordoliberale 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

29628 Teubner 1. Lauf.indd 4-5 09.01.2012 08:44:31

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 ... 158
1. Reflexivität des Sozialsystems ... 159
2. Reflexivität des Rechtssystems ... 162
IV. Verfassungsstrukturen: Hybride Meta-Codes ... 169
1. Codierung und Meta-Codierung ... 169
2. Hybridität ... 171
V. Politik der Eigenverfassungen ... 174
1. *La politique* versus *le politique* ... 174
2. Im Schatten der Politik ... 178
3. Innere Politisierung gesellschaftlicher Teilsysteme ... 182

Fünftes Kapitel:
Transnationale Grundrechte – Horizontalwirkung
I. Grundrechte jenseits des Nationalstaats ... 188
1. Extraterritoriale Wirkung nationalstaatlicher Grundrechte? ... 190
2. Globaler *colère publique* ... 193
3. Regimespezifische Grundrechtsstandards ... 194
II. Grundrechtsbindung privater transnationaler Akteure ... 198
1. Beyond State Action ... 198
2. Generalisierungsrichtung: kommunikative Medien statt Wertordnung ... 200
3. Respezifizierung in unterschiedlichen Sozialkontexten ... 203
III. Inklusionäre Grundrechtswirkung: Zugangsrechte ... 206
IV. Exklusionäre Grundrechtswirkung ... 210
V. Die anonyme Matrix ... 214
VI. Justizialisierung? ... 218

Sechstes Kapitel:
Kollision und Vernetzung transnationaler Verfassungen
I. Das Fehlen einer Drittinstanz ... 223
II. Inter-Regime-Kollisionen ... 229
1. Modifikationen des traditionellen Kollisionsrechts ... 230
2. Normative Vernetzungen ... 235
III. Interkulturelle Kollisionen ... 240
1. Kultureller Polyzentrismus ... 240
2. Re-entry des Fremden im Eigenen ... 246
3. Interkulturelle Kollisionsnormen ... 249
IV. Leitprinzipien unterschiedlicher Verfassungskollisionen 253

Bibliographie ... 257

29628 Teubner 1. Lauf.indd 6-7 09.01.2012 08:44:31

Für Enrica

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 and Alexander Somek 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 unternziehen. 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 Frankfurt/M.er Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen«, verfasst worden. Beide Monographien verweisen aufeinander und verstehen sich als ein gemeinsamer Versuch, aus unterschiedlichen, aber komplementären Perspektiven zum Verständnis der Wechselbezüge zwischen Recht und sozialen Teilsystemen in der Weltgesellschaft beizutragen.

Institutionelle Unterstützung erhielt ich vom Wissenschaftskol-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 8-9 09.01.2012 08:44:31

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

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

Gunther Teubner

Erstes Kapitel: Die Neue Verfassungsfrage

I. Krise des neuzeitlichen Konstitutionalismus?

Eine Reihe von öffentlichen Skandalen hat in den letzten Jahren die »Neue Verfassungsfrage« aufgeworfen.[1] Menschenrechtsverletzungen durch multinationale Unternehmen, umstrittene Entscheidungen der Welthandelsorganisation, die im Namen der globalen Handelsfreiheit den Schutz von Umwelt oder Gesundheit gefährdeten, Doping im Sport, Korruption im Medizin- und Wissenschaftsbetrieb, Bedrohung der Meinungsfreiheit durch private Intermediäre im Internet, massive Eingriffe in die Privatsphäre durch Datensammlung privater Organisationen und mit besonderer Wucht die Entfesselung katastrophaler Risiken auf den weltweiten Kapitalmärkten – sie alle werfen nicht nur politische und rechtliche Probleme der Regulierung auf, sondern Verfassungsprobleme im strengen Sinne. Im Hintergrund der Skandale geht es um die grundlegende Konstituierung gesellschaftlicher Dynamiken und nicht bloß um die Durchsetzung von Policies staatlicher Regulierung. Im Vergleich zur Verfassungsfrage des 18. und 19. Jahrhunderts stellen sich heute andersartige, aber nicht minder gravierende Probleme. Ging es damals um die Freisetzung der politischen 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 welch 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.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 10-11 09.01.2012 08:44:31

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. 63 ff.; 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 Dicke u. a. (Hg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg 2000, S. 427-447; Erika de Wet, »The International Constitutional Order«, in: *The International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 51-76; Anne Peters, »Compensatory Constitutionalism: The Function and Potenzial of Fundamental International Norms and Structures«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 579-610.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 12-13 09.01.2012 08:44:31

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 Verfassungssoziologie[6] –, auf die Theorie des Private Government[7] und schließlich auf das Konzept des gesellschaftlichen Konstitutionalismus.[8] Eine soziologische Verfassungstheorie verspricht darüber hinaus, historisch-empirische Analysen des Verfassungsphänomens mit normativen Perspektiven zu verknüpfen.[9] »Mit ihrer Hilfe wird das Recht sensibel für die polyphone Artikulation gesellschaftlicher Autonomie, die es freilich nicht nur freizusetzen gilt, sondern auch zu konstitutionalisieren gilt, indem in den (System-)Autonomien selbst (Umwelt-) Verantwortlichkeiten gestiftet werden.«[10]

Was macht die Verfassungssoziologie anders? Sie wirft die Verfassungsfrage 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

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

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

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

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

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

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

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*

29628 Teubner 1. Lauf.indd 14-15 09.01.2012 08:44:31

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 Potenzial of Law in Transnational Markets*, Oxford 2011, S. 436-464, hier S. 449 ff.; Fabian Steinhauer, »Medienverfassung«, in: *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung* 2 (2011), S. 157-171; Gralf-Peter Calliess und Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford 2010, passim; Chris Thornhill, »Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions«, in: *Journal of Classical Sociology* 10 (2010), S. 1-23; Poul F. Kjaer, »The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space«, in: *Wisconsin Law Review* (2010), S. 489-534, hier S. 532 f.; Hans Lindahl, »A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries«, in: *Modern Law Review* 73 (2010), S. 30-56, hier S. 33 ff.; Riccardo Prandini, »The Morphogenesis of Constitutionalism«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 309-326, hier S. 316 ff.; Ulrich K. Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Promising Concept?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 23-46, hier S. 40 ff.; Moritz Renner, *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden 2011, S. 229 ff.; Kaarlo Tuori, »The Many Constitutions of Europe«, in: Kaarlo Tuori, Sankari Suvi (Hg.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham 2010, S. 3-30; Larry Catá Backer (2009), *Transnational Corporate Constitutionalism?* ⟨http://lcbackerblog.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: Gralf-Peter Callies 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; Gralf-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 Semantk 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.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 16-17 09.01.2012 08:44:31

II. Fragwürdige Prämissen

1. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus als genuines Problem der Globalisierung?

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

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

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

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

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

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

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

16 Dies ist Thema des zweiten Kapitels.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 18-19 09.01.2012 08:44:32

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

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

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

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

2. Die konstitutionelle Leere des Transnationalen?

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

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

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

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

29628 Teubner 1. Lauf.indd 20-21 09.01.2012 08:44:32

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

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

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

den Bedingungen der Globalität?[21] Das System der internationalen Politik? Das Völkerrecht? Internationale Organisationen? Transnationale Regimes? Globale Netzwerke? Neuartige Assemblages, Konfigurationen oder Ensembles? Die verfassungsrechtlich relevante Frage ist, ob solche Konfigurationen überhaupt verfassungsfähig sind. Die Antwort hängt davon ab, ob solche nicht-staatlichen Institutionen tragfähige Analogien zum nationalstaatlichen *pouvoir constituant*, zur Selbstkonstituierung eines Kollektivs, zur demokratischen Entscheidungsfindung und zum Organisationsteil einer im engeren Sinne politischen Verfassung aufweisen.

3. Begrenzung transnationaler Governance auf Politikprozesse?

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

21 Das ist die Fragestellung des dritten Kapitels.

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

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

29628 Teubner 1. Lauf.indd 22-23 09.01.2012 08:44:32

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

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

Damit treten die Unterschiede zwischen gesellschaftlichen

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

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

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

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

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

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

26 Mit dieser Frage beschäftigt sich das vierte Kapitel.

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

29628 Teubner 1. Lauf.indd 24-25 09.01.2012 08:44:32

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

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

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

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

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

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

4. Reduktion grundrechtlicher Drittwirkung auf staatliche Schutzpflichten?

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

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

30 Dazu ausführlich im vierten Kapitel I.3.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 26-27 09.01.2012 08:44:32

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

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

Löst man sich von der Staatsfixierung, wird die eigentliche Schwierigkeit von Grundrechten im gesellschaftlichen Raum sichtbar. Wenn die Aufgabe heißt, in der Eigenlogik gesellschaftlicher Subsysteme angelegte Expansionstendenzen mit konstitutionellen Mitteln zu begrenzen, dann kann man weder die Staatsgerichtetheit der Grundrechte, noch ihre Zurechnung auf individuelle Akteure, noch ihre ausschliessliche Fokussierung auf gesellschaftliche Machtphänomene, noch ihre Ausformung als durch subjektive Rechte geschützte Autonomieräume aufrechterhalten. Lässt sich hier eine Perspektive entwickeln, wonach Grundrechte gegen die gesellschaftlichen Kommunikationsmedien selbst statt gegen gesellschaftliche Akteure wirken können? Geht es dann um den Schutz nicht nur der Grundrechte von Individuen, sondern der von gesellschaftlichen Institutionen gegenüber expansiven gesellschaftlichen Medien? Muss dann die gesellschaftliche Wirkung der Grundrechte durch Organisation und Verfahren umgesetzt werden statt durch subjektive Rechte?

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

5. Einheit einer kosmopolitischen Weltverfassung?

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

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

32 Das diskutiert das fünfte Kapitel unter III.

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

29628 Teubner 1. Lauf.indd 28-29 09.01.2012 08:44:32

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

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

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

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

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

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

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

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

38 Dies ist die Thematik des sechsten Kapitels.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 30-31 09.01.2012 08:44:32

Zweites Kapitel: Gesellschaftliche Teilverfassungen im Nationalstaat

Die Verfassung gesellschaftlicher Teilbereiche ist, wie im vorigen Kapitel angedeutet, eine Problematik, die sich nicht erst mit der Ausweitung der funktionalen Differenzierung auf den gesamten Erdball stellt, sondern die bereits in der Zeit des Nationalstaats virulent wurde. Sie gewinnt allerdings heute unter transnationalen Bedingungen eine neuartige dramatische Aktualität. Wird die Konstitutionalisierung sozial- und umweltschädliche Expansionstendenzen autonom gewordener globaler Teilsysteme wirksam begrenzen können? Damit stellt sich zugleich die Frage, welche Rolle die internationale Politik bei der Konstitutionalisierung weltgesellschaftlicher Institutionen spielen soll: Verfassungsgeber für die anderen Sektoren der Weltgesellschaft oder teilnehmender Beobachter autonomer gesellschaftlicher Konstitutionalisierungsprozesse? Koordinator auseinanderstrebender Systemlogiken? Oder Reparaturbetrieb der funktionalen Differenzierung?

Um hier Klarheit zu gewinnen, sollen im Folgenden die Konzeptionen gesellschaftlicher Teilverfassungen, die im Zeitalter des Nationalstaats einflussreich geworden sind, diskutiert werden. Erst vor dem Hintergrund historischer Optionen lässt sich näher bestimmen, in welcher Weise die Globalisierung die Problemsituation verändert hat und welche neuartige Rolle gesellschaftliche Teilverfassungen in der transnationalen Konstellation von Politik, Recht und sozialem Teilsystem übernehmen. Davon sind Richtungsangaben zu erwarten, wie sich der nationale zu einem globalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus transformieren kann.

I. Gesellschaftliche Institutionen im liberalen Konstitutionalismus

1. Verfassungsfreie Räume individueller Freiheit

»Verfassung« der Zivilgesellschaft durch ihre staatliche Nicht-Verfassung – dieses Paradox kennzeichnet den liberalen Konstitutionalismus.[1] Er konzentriert die Verfassung auf den Staat und erstreckt sie bewusst nicht auf die gesellschaftlichen Teilordnungen. Liberale Verfassungen werden ausdrücklich auf die im engeren Sinne politischen Institutionen begrenzt. Gesellschaftliche Aktivitäten sollen staatsfrei bleiben und nicht den Normen der staatlichen Verfassung unterworfen werden. In dieser Abstinenz verwirklicht sich die konstitutionelle Dimension der Trennung von Staat und Gesellschaft. Dem dient zugleich das Verständnis der Grundrechte als Freiheitsräume der Individuen, die durch Abwehrrechte gegenüber staatlichen Interventionen, auch verfassungsrechtlicher Art, geschützt werden. Gesellschaftliche Aktivitäten werden nicht sozialen Institutionen zugerechnet, sondern den handelnden Individuen selbst, die ihre Freiheitsbereiche ohne die Staatsverfassung ordnen.

In einem einflussreichen Aufsatz hat der Historiker Reinhart Koselleck heftige Kritik daran geübt, dass sich Verfassungstheorie und Verfassungsrecht auch heute noch auf dieses Programm einlassen und ihre Aufmerksamkeit ausschließlich der staatlichen Verfassung widmen.[2] Schon für das Zeitalter des Nationalstaats müsse die historische Realität anerkannt werden, dass nicht bloß eine Staatsverfassung, sondern eine umfassendere Gesellschaftsverfassung existiert hat, die nicht nur die staatlich-politischen Aktivitäten, sondern auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Institutionen verfassungsrechtlichen Anforderungen unterwirft. Fragen der Sozi-

1 Zur Frage der Nicht-Verfassung gesellschaftlicher Teilbereiche im liberalen Konstitutionalismus Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1987, S. 11 ff., S. 192 ff.; Dieter Grimm, »Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus«, in: Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt/M. 1991, S. 31-66, hier S. 45 ff. Prominent heute für die Beschränkung der Verfassung (Basisinstitutionen der Gesellschaft) auf politische Prozesse im engeren Sinn John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 1975.

2 Koselleck, »Begriffsgeschichtliche Probleme«. Die folgenden Zitate finden sich auf S. 369 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 32-33 09.01.2012 08:44:32

al-, Kirchen-, Wirtschafts- oder Finanzordnung dürften nicht mehr bloß als Probleme der einfachen Gesetzgebung behandelt werden, sondern als Probleme einer genuinen »Sozialverfassung«. Koselleck fordert, den Verfassungsbegriff aus seiner Staatsverengung zu lösen und auf alle Institutionen der Gesellschaft auszudehnen. Für ein realistisches Verständnis hält er es für unerlässlich, dass im Verfassungsbegriff »alle rechtlich geregelten Institutionen und ihre Organisationsweisen einbegriffen werden sollen, ohne die eine politische Handlungsgemeinschaft nicht politisch aktionsfähig ist.« Dann müssten die Realprobleme eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus verfassungspolitisch als gleichrangig mit den Staatsverfassungsfragen im engeren Sinne behandelt werden.

Koselleck weist zugleich nachdrücklich auf die neuartige Problematik des transnationalen Konstitutionalismus hin. Die Staatszentrierung des herkömmlichen Verfassungsbegriffes mache es unmöglich, »die nachstaatlichen, in gewisser Weise überstaatlichen Phänomene unserer Gegenwart mit zu thematisieren.« Insbesondere interessiere die Frage nach der Rolle transnationaler Wirtschaftsunternehmen im Rahmen der Gesamtverfassung.

Damit eröffnet Koselleck weitreichende Perspektiven. Er stellt für die nicht-staatlichen Institutionen der Gesellschaft explizit die Verfassungsfrage. Freilich wirft er damit zugleich neue Fragen auf, die er selbst nicht mehr beantwortet: Was unterscheidet denn die Frage einer »Sozialverfassung« von der der »Gesetzgebung«? Oder anders formuliert: Was unterscheidet genuine Konstitutionalisierung gesellschaftlicher Institutionen von ihrer bloßen Juridifizierung? Weitere Frage: Existiert eine einheitliche »Sozialverfassung«, die die Gesamtgesellschaft unter ihre Anforderungen stellt, oder gibt es unterschiedliche Teilbereichsverfassungen? Schließlich: Geben sich gesellschaftliche Institutionen ihre Verfassungen autonom, wie es etwa das Vereinsrecht in Form nur minimaler Vorgaben des politischen Gesetzgebers vorsieht oder ist die Politik der legitime Verfassungsgeber? Diese Fragen lassen sich erst in einer breiteren sozialtheoretischen Sicht klären, die in den folgenden Kapiteln im jeweiligen Problemzusammenhang entwickelt wird. Um die eigentümliche Blindheit des liberalen Konstitutionalismus gegenüber gesellschaftlichen Teilbereichsverfassungen verständlich zu machen, soll im jetzigen Zusammenhang nur eine grobe Skizze gegeben werden.

Staatsverfassungen des Liberalismus reklamieren bekanntlich für sich eine doppelte Funktion: die Konstituierung politischer Macht und ihre rechtsstaatliche Begrenzung. Konstituierung bedeutet nicht nur, dass Organisationsregeln für den Politikbetrieb normiert werden, sondern dass die politische Macht sich gegenüber gesellschaftlichen Machtquellen verselbständigt. Sie beruht nicht mehr unmittelbar auf militärischer Stärke, wirtschaftlichem Reichtum und religiöser Autorität, vielmehr verschafft sie sich selbst ihre autonomen Machtquellen. Aufbau von Macht und Konsens zur Herstellung kollektiver Entscheidungen – das kennzeichnet die Autonomie der Politik der Moderne.[3] Die Eigenständigkeit des politischen Machtbildungsprozesse und seine nur indirekte Abhängigkeit von außerpolitischen Machtquellen wird durch die Reflexivität von Machtprozessen hergestellt, in der im Verhältnis von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* Macht auf Macht angewendet wird und in diesem Prozess sich ein eigenständiges politisches Kollektiv herausbildet. Dies ist »Konstituierung« der politischen Macht im engeren Sinne. Sie benötigt dann aber zu ihrer Stabilisierung das Medium des Rechts, das sie von Machtschwankungen relativ unabhängig macht und die Reflexion der Macht auf Dauer stellt. Dies notwendige Zusammenspiel macht erst die »Konstitutionalisierung« der Politik (im Unterschied zu ihrer Selbstkonstituierung) im strengen Sinne aus. Begrenzung politischer Macht – damit ist die Herstellung der Grenzen der Politik zu ihren gesellschaftlichen Umwelten gemeint. Im Wesentlichen verläuft dieser Grenzziehungsprozess über die Garantie von politischen Grundrechten, in der die Politik sich gegenüber den Individuen Selbstbeschränkungen auferlegt.[4]

2. Autonome gesellschaftliche Ordnungen

In soziologischer Sicht wird deutlich, dass sich diese Verfassungsfunktionen nicht auf die Politik beschränken lassen.[5] Parallel zur

3 Max Weber, »Politik als Beruf«, in: Max Weber, *Gesammelte politische Schriften*, Tübingen 1958 [1919], S. 505-560.

4 Eine vorzügliche systemtheoretisch inspirierte Interpretation historischer Staatsverfassungsprozesse in England und Frankreich bei Thornhill, »Towards a Historical Sociology«.

5 So mit Rekurs die Klassiker der Sozialtheorie Prandini, »Morphogenesis of Con-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 34-35 09.01.2012 08:44:32

Politik konstituieren sich andere autonome gesellschaftliche Ordnungen, die zu ihrer Stabilisierung auf Verfassungsrecht angewiesen sind. Auch ihnen gegenüber gibt es in der funktionalen Differenzierung keine unmittelbar wirksamen gesamtgesellschaftlichen Vorgaben mehr. Dann ergibt sich auch hier die Forderung nach ihrer Konstitutionalisierung.[6] Ob dies die Notwendigkeit gesetzter und geschriebener Verfassungen einschließt, ist eine andere Frage. Die Wirtschaft verselbständigt sich über das Geldmedium, macht sich von anderen gesellschaftlichen Ordnungen unabhängig und schafft sich über reflexive Prozesse eigenständige wirtschaftliche Institutionen.[7] Diese Selbstkonstituierung wird von fundamentalen Rechtsinstitutionen – Eigentum, Vertrag, Geldwesen – abgestützt. Und es stellt sich die Grenzproblematik: Durch welche grundrechtsäquivalenten Einrichtungen wird sichergestellt, dass nicht das Geldmedium die gesamte Gesellschaft dominiert? Ähnliches gilt für die Wissenschaft und die Autonomisierung des Wahrheitsmediums über die Herausbildung von Epistemologien als den reflexiven Mechanismen der Wissenschaft. Für die Religion stellen sich die entsprechenden Verfassungsfragen. Konstituierung von autonomen Ordnungen und ihre Selbstbegrenzung – dies ist die Doppelfunktion von Verfassungen, die im Modernisierungsprozess für eine Vielheit von Institutionen erfüllt werden muss.[8] Hier wird man die Antwort auf die von Koselleck offen gelassene Frage suchen müssen. Im Unterschied zur bloßen Juridifizierung

stitutionalism«; ebenso Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, 532 ff., der eine historische Ko-Evolution von Sozialstrukturen und Verfassungsstrukturen beobachtet und entsprechend die Reduktion der Verfassung auf Staatsverfassung kritisiert. Ähnlich mit Rekurs auf die institutionalisierte Trennung von Politik und Wirtschaft und dem daraus folgenden Bedarf für eine Wirtschaftsverfassung Anderson, »Corporate Constitutionalism«.

6 Dies ist Luhmanns Begründung des Bedarfs von politischen Verfassungen in der Moderne. Sie muss entsprechend auf alle Teilsysteme generalisiert werden, Niklas Luhmann, »Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems«, in: *Der Staat* 12 (1973), S. 1-22, 165-182, hier S. 171.

7 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1988, S. 302 ff.

8 Dazu eingehend im 4. Kapitel I. Luhmann wirft diese beiden Fragen – Selbstkonstituierung und Selbstbegrenzung – durchaus nicht nur für die Politik, sondern für sämtliche Funktionssysteme der Moderne auf, ohne aber die Terminologie des Konstitutionalismus explizit zu verwenden. Er diskutiert diese Fragen unter verschiedenen Titeln, besonders der Reflexion der Teilsysteme und der Integration der Gesellschaft. Vgl. Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 601 ff.

gesellschaftlicher Teilbereiche darf erst dann von ihrer Konstitutionalisierung gesprochen werden, wenn Rechtsnormen diese Doppelfunktion übernehmen.[9]

Warum aber stellt sich der liberale Konstitutionalismus gegenüber dieser Verfassungsproblematik, die sich nicht nur der Politik, sondern allen gesellschaftlichen Institutionen stellt, blind? Die Antwort liegt in der Selbstbeschreibung der neuen bürgerlichen Gesellschaft begründet.

> Die Französische Revolution hatte […] das schon lange brüchige Selbstverständnis einer hierarchischen Gesellschaftsordnung hinweggefegt. Sie hatte jedoch kein Alternativkonzept der modernen Gesellschaft vorgesehen. Ihre Verfassungsvorstellungen beschränkten sich auf das politische System, und im übrigen gab es nur die Freisetzung der Individuen für eine selbstbestimmte Lebensführung – eine Idee, die schnell im Sinne des »enrichissez vous« aufgefasst werden konnte.[10]

Nach ihrem Selbstbild hat die bürgerliche Revolution die feudalen Ordnungen erfolgreich beseitigt, intermediäre Ordnungen endgültig zerstört und zwischen Gemeinwesen und Bürgern ein Immediatverhältnis hergestellt. In ihrer Selbstbeschreibung ist kein Platz für autonome gesellschaftliche Ordnungen neben dem politischen Gemeinwesen.[11] Rousseau sah dies in aller Klarheit: »Il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'état«.[12] Eigenständige soziale Institutionen würden dieses Selbstbild nur stören. Sie würden die Frage nach Legitimität und Grenzen gesellschaftlicher Macht aufwerfen und damit die Verfassungsfrage für sie selbst stellen. Sie brauchen

9 Zu diesem Verhältnis von Konstituierung, Juridifizierung und Konstitutionalisierung gesellschaftlicher Teilbereiche am Beispiel des Internet Teubner, »Globale Zivilverfassungen«. Genaueres dazu im 4. Kap.

10 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 1083.

11 Wie sehr diese Sichtweise auch in der heutigen politischen Theorie weiterwirkt, wird selbst bei Habermas deutlich, der in seinem Frühwerk (Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied 1962; Jürgen Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*, Frankfurt/M. 1969) vehement eine demokratische Konstitutionalisierung sozialer Räume forderte, in seinen späteren Schriften zur Verfassung der Weltgesellschaft aber zu einer ausschließlich politikzentrierten Sichtweise zurückkehrt, (Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«).

12 Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris 1762, 59.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 36-37 09.01.2012 08:44:32

aber nicht thematisiert zu werden, da nach der bürgerlichen Revolution sämtliche intermediären Gewalten – Stände, Kirchen, Korporationen – ignoriert, in den privaten Raum verwiesen oder politisch unterdrückt werden. Das Immediatverhältnis von Bürger und Gemeinwesen ersetzt – oder besser: es verstellt die Sicht auf – die Vielfalt neu entstehender gesellschaftlicher Institutionen, deren eigene Verfassungsproblematik damit still gestellt und in die Latenz verwiesen wird.

Gesellschaftliche Freiheit wird zwar explizit garantiert, aber sie wird ausschließlich als Selbstentfaltung von Individuen verstanden und nicht auf überindividuelle, kollektive und institutionelle Prozesse und Strukturen außerhalb der Politik bezogen. Freilich ist der Aufbau komplexer gesellschaftlicher Ordnungen unübersehbar, aber er wird nur als das Resultat individueller Freiheitsausübung gesehen.[13] Das subjektive Recht wird in dieser Zeit noch nicht als Rechtsmacht im privaten Interesse oder gar als bloße Verleihung des Klagerechts verstanden. Viel grundsätzlicher geht es um den Anspruch des Individuums, Rechtsquelle eigenen Rechts zu sein. Das subjektive Recht wird selbst zur eigenständigen Rechtsquelle, erst zu einer Facultas, später zu einer Freiheit, die den Rechtssubjekten erlaubt, Recht zu setzen und intersubjektive Ordnungen aufzubauen – aber eben nur den Individuen und nicht etwa gesellschaftlichen Institutionen.[14] Das Privatrecht stützt diese individuell-privatautonome Konstituierung gesellschaftlicher Ordnungen über Vertrag und Delikt ab. Auch hier gilt mit Selbstverständlichkeit eine ausschließliche Individualorientierung: »Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen.«[15] Selbst gesellschaftsrechtliche Normen,

13 So deutlich Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft.*

14 Der Bezug des subjektiven Rechts ausschließlich auf den Menschen bei Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Frankfurt/M. 2008 [1785], S. 345.: »[…] dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht.«

15 Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts. Band 2*, Berlin 1840, S. 2. Die Sicht auf juristische Personen als Fiktionen des Staates macht deutlich, dass soziale Ordnung nicht von den Institutionen her, sondern vom Gegensatz des staatlichen Normbefehls und der Willensmacht der Individuen her gedacht wird, dazu Franz Wieacker, »Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts«, in: Ernst Forsthoff (Hg.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Göttingen 1973, S. 339-383, hier S. 361 ff.

die in der Sache private Kollektivinstitutionen aufbauen, werden in dieser Zeit als Resultat vertraglicher Aktivitäten von Individuen verstanden.[16] Wie der berühmte Streit um das Wesen der juristischen Person zeigt, werden gesellschaftliche Kollektive entweder zu Fiktionen des Staates degradiert oder in individuelle Vertragsbeziehungen aufgelöst. Eine »Unternehmensverfassung« oder genereller eine »Organisationsverfassung« als Konstituierung und Limitierung von kollektiver Autonomie ist in diesem Schema undenkbar.

Komplementär dazu setzt das staatliche Verfassungsrecht Grundrechte ein – sie garantieren Freiheitsräume von Individuen und nicht etwa von gesellschaftlichen Einrichtungen. Die Verfasstheit gesellschaftlicher Teilbereiche wird also in gewisser Weise thematisiert, aber nur als Produkt privatrechtlich garantierter Individualfreiheit definiert und damit in die Latenz abgeschoben. In der Sache ist dies eine bloße »Übergangssemantik« der Selbstbeschreibung der Gesellschaft. Sie sieht, dass die alten ständischen Strukturen zerstört sind, aber sie erkennt noch nicht die neuen Funktionssysteme und formalen Organisationen in ihrer Eigenständigkeit und schreibt deshalb allein den Individuen den Aufbau gesellschaftlicher Ordnungen zu.[17] Damit ignoriert sie freilich die Dauerproblematik eigenständiger gesellschaftlicher Institutionen und ihrer Verfassungen: wie ihre Autonomie zu garantieren ist, wie ihre expansiven Tendenzen zu beschränken sind und wie entgegen ihren zentrifugalen Tendenzen gesellschaftliche Integration noch möglich ist.

Dass die neue gesellschaftliche Ordnung komplexer ist als das bloße Immediatverhältnis eines Gemeinwesens zu seinen mit subjektiven Rechten ausgestatteten Bürgern, wird seit Hegel explizit registriert. Er nimmt eine Pluralität gesellschaftlicher Ordnungen – Familie, Zivilgesellschaft, Staat – wahr und lässt diese auch in seine Verfassungstheorie eingehen.[18] Hegel befürwortet ein Zweikammersystem, in dem die zweite Kammer sich aus der »beweglichen

16 Dagegen die bekannte Polemik Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1863, 141 ff.

17 Niklas Luhmann, »Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft«, in: Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 2*, Frankfurt/M. 1981, S. 45-104, hier S. 80 ff.

18 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt/M. 2008 [1821].

29628 Teubner 1. Lauf.indd 38-39 09.01.2012 08:44:33

Seite der bürgerlichen Gesellschaft« zusammensetzt, deren Mitglieder Repräsentanten bestimmter »Sphären« der bürgerlichen Gesellschaft sind, die von ihren Korporationen ernannt werden. Eine solche korporatistische politische Verfassung spiegelt im Ansatz die funktionale Differenzierung der Gesellschaft wider. Während die Aufklärung die Gesellschaft immer nur im Gegensatz Bürger-Gemeinwesen fasste und entsprechend für Demokratie und allgemeines Wahlrecht eintrat, erkennt Hegel die bürgerliche Gesellschaft als Zwischensphäre zwischen Familie und Staat an und entwirft ein Gesellschaftskonzept, das sich als funktionale Differenzierung mit hierarchischer Struktur kennzeichnen lässt. Konstitutionelle Konsequenz ist nicht eine »ständische« Verfassung, wie sie irreführend als Rückgriff auf die alte Gesellschaft bezeichnet wird, sondern eine Repräsentation der differenzierten Gesellschaft in der Politik. Die Integration zentrifugaler Tendenzen im System der Bedürfnisse wird jedoch ausschließlich dem Staat zugewiesen.

Später sollen dann institutionalistische Theorien und besonders die neue Disziplin der Soziologie die gesellschaftliche Selbstbeschreibung auf komplexere Grundlagen stellen, die Vielheit außerstaatlicher gesellschaftlicher Ordnungen auch und gerade in der Moderne identifizieren und damit zumindest implizit die Verfassungsfrage für sie aufwerfen.[19] Im Privatrecht und im Verfassungsrecht werden erst sehr viel später Selbstbeschreibungen wirksam, die gesellschaftliche Ordnungen nicht mehr als bloße Produkte privatautonom agierender Individuen sehen, sondern als Institutionen mit unterschiedlichen Eigenlogiken, deren kollektive Selbstkonstituierung, Selbstbegrenzung und Integration in die Gesellschaft auch als Verfassungsprobleme bewusst werden.[20] Damit ist die Thematik des gesellschaftlichen Konstitutionalismus im eigentlichen Sinne aufgeworfen. Ob das politische System bei der Konstitutionalisierung gesellschaftlicher Teilbereiche die entscheidende Rolle spielt oder diese sich autonom verfassen, sollte sich zu einer der Schicksalsfragen des 20. Jahrhunderts entwickeln.

19 Besonders Emile Durkheim, Über die Teilung der sozialen Arbeit, Frankfurt/M. 2004 [1883], S. 39 ff., S. 163 ff.; Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Florenz 1918; Maurice Hauriou, »La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social«, in: Maurice Hauriou, *Aux sources du droit*, Caen 1986 [1933], S. 89-128. Einen Überblick über soziologische Verfassungstheorien bietet Thornhill, »Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions«, S. 2 ff.; speziell zu den Verfassungen gesellschaftlicher Teilbereiche Verschraegen, »Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights«.

20 Für das Privatrecht besonders Ludwig Raiser, »Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht«, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Hg.), *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 145-167. Für das Verfassungsrecht Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg 1983.

II. Totalitäre Gesellschaftsverfassungen

Die radikalste Antwort auf die zentrifugalen Tendenzen moderner Gesellschaft gaben die politischen Totalitarismen des 20. Jahrhunderts. Hatte der liberale Konstitutionalismus die verschiedenen gesellschaftlichen Ordnungen in die verfassungsrechtliche Latenz abgeschoben, so rücken sie in den totalitären Konzepten in das Zentrum des staatlichen Kontrollanspruchs. Der totalitäre Staat zeichnet sich bekanntlich dadurch aus, dass er sämtliche gesellschaftlichen Institutionen seiner politischen Verfassung zu unterwerfen sucht. Und dies geschieht in Form einer durchgängigen Regulierung aller Gesellschaftsbereiche. Nicht etwa werden den Gesellschaftsbereichen nur Vorgaben in Form einer allgemeinen Teilbereichsverfassung oder auch nur in Form allgemeiner Gesetze gemacht, sondern es dominiert der unmittelbare politische Durchgriff. Auch hier verbleibt die Frage eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus in der Latenz, nicht aber, weil die gesellschaftlichen Teilbereiche ignoriert werden, sondern weil sie dem staatlich-politischen Totalitätsanspruch unterworfen werden. Dem dient primär die politische Einheitspartei, die sich als Parallelbürokratie über sämtliche gesellschaftlichen Aktivitäten legt und diese politisch kontrolliert.[21]

Bemerkenswert und häufig übersehen ist jedoch sowohl an sozialistischen wie an faschistischen Regimes, dass sie trotz des poli-

21 Zu den Verfassungen des Faschismus, Ernst Nolte, *Der Faschismus in seiner Epoche: Action Francaise, Italienischer Faschismus, Nationalsozialismus*, München 2008; Stanley Payne, *Geschichte des Faschismus: Aufstieg und Fall einer europäischen Bewegung*, Berlin 2001. Zur Verfassung der Rätedemokratie im Sozialismus Ralf Burnicki, *Anarchismus und Konsens: Gegen Repräsentation und Mehrheitsprinzip: Strukturen einer nichthierarchischen Demokratie*, Frankfurt/M. 2002.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 40-41 09.01.2012 08:44:33

tischen Totalitätsanspruchs nicht etwa eine durchgängige Entdifferenzierung des gesamten gesellschaftlichen Lebens vollziehen. Vielmehr ist das Programm, die Eigengesetzlichkeit gesellschaftlicher Sektoren aufrechtzuerhalten, sich der Unterstützung ihrer Eliten durch den Einbezug »privater« Institutionen in die Politik zu versichern, diese dann aber politisch zu instrumentalisieren. Sie konzentrieren geradezu ihre Aufmerksamkeit auf die in der funktionalen Differenzierung entstandenen gesellschaftlichen Autonomiebereiche, um ihnen Unterstützung und Höchstleistungen für Zwecke der Politik abverlangen zu können. Die dafür erforderliche politische »Gleichschaltung« der unterschiedlichen Sektoren suchen sie mit einer raffinierten Doppelstrategie zu erreichen. Die totalitären Gesellschaftsverfassungen werden also missverstanden, wenn man sie als eine regressive Aufhebung der funktionalen Differenzierung zugunsten der Logik des Politischen versteht.[22] Vielmehr trägt der totale Staat der funktionalen Differenzierung der modernen Gesellschaft dadurch Rechnung, dass er nicht die Pluralität von gesellschaftlichen Ordnungen aufgibt, sondern diese Ordnungen beibehält, sich von ihren Institutionen unterstützen lässt, sie aber als formale, hierarchische Organisationen verfasst und damit seiner Kontrolle zu unterwerfen sucht.

Während die erste Strategie auf eine Totalisierung der formalen Organisation hinausläuft, zielt die zweite Strategie auf eine Totalisierung der Politik. Sie sucht die politische Zwangsintegration der weiterbestehenden Pluralität formal organisierter Gesellschaftsbereiche dadurch zu erreichen, dass die Einheitspartei sie in strikte Kopplung mit dem politischen System versetzt (und nicht etwa durchgehend politisiert – der Unterschied ist entscheidend). Das Rätesystem der Sowjets schafft den bürgerlichen Parlamentarismus ab und sucht die gesamte Gesellschaft in der Weise politisch zu

22 Eine systemtheoretische Analyse des sowjetischen Gesellschaftssystem und seinem ambivalenten Verhältnis zur funktionalen Differenzierung bietet Nicolas Hayoz, *L'étreinte soviétique: aspects sociologiques de l'effondrement programmé de l'URSS*, Genf 1997. Für die Gesellschaftsverfassung der DDR wird diese Ambivalenz – Förderung der Differenzierung und der gleichzeitige Versuch der »Homogenisierung« ausdifferenzierter Teilsysteme – bestätigt von Detlef Pollack, »Das Ende einer Organisationsgesellschaft – Systemtheoretische Überlegungen zum gesellschaftlichen Umbruch in der DDR«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 19 (1991), S. 292-307, hier S. 293 f. Zu systemtheoretischen Analysen der faschistischen und nationalsozialistischen Regimes Thornhill, »Towards a Historical Sociology«.

organisieren, dass die unterschiedlichen Produktionsbereiche hierarchisch verfasst werden und die Einheitspartei die politische Kontrolle der unterschiedlichen Gesellschaftsbereiche übernimmt. Die »neue Wirtschafts- und Sozialverfassung« faschistischer Staaten wiederum ist von einer weitgehenden Substitution von Markrationalität durch Planrationalität bei gleichzeitiger Beibehaltung marktwirtschaftlicher Basisinstitutionen gekennzeichnet.[23] Unter dem eigentlich irreführenden Titel einer ständestaatlichen Restauration werden unterschiedliche Gesellschaftssektoren in ihrer Eigenlogik beibehalten, dann aber formal organisiert und von der Parallelorganisation der faschistischen Partei unter politische Kontrolle gebracht. »Staatskorporatismus« oder autoritärer Korporatismus bezeichnet die Form staatlicher Verfassung gesellschaftlicher Organisationen, in der die zahlenmäßige Begrenzung, das Vertretungsmonopol und der Zwangscharakter gesellschaftlicher Kollektive durch gezielte staatliche Restriktionen, politische Ausschaltung von Pluralismus und durch Regulierung mit rechtlichen Zwangsmitteln erreicht wird.[24] Autoritäre »Organisationsgesellschaften« versuchen also die Integration auseinanderstrebender autonomer Gesellschaftsbereiche dadurch zu erreichen, dass sie sie als formale Organisationen zwangsverfassen, dass sie ihre Unterstützung durch formale Einbeziehung in die Politik sichern und dass sie sie durch über dichte politische Kontrolle disziplinieren.[25]

Wegen ihrer Repressivität sind totalitäre Gesellschaftsverfassungen heute endgültig diskreditiert. Für ihren historischen Misserfolg

23 Eindringlich zum Zusammenhang von staatlich etablierten Teilbereichsverfassungen und den zugrundliegenden Sozialstrukturen im Nationalsozialismus Gert Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Band 2: Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, Frankfurt/M. 1979, S. 25 ff., S. 35 ff.

24 Zur Kennzeichnung des Staatskorporatismus Philippe C. Schmitter, »Still the Century of Corporatism?«, in: Fredrick B. Pike, Thomas Stritch (Hg.), *The New Corporatism. Social-Political Structures in the Iberian World*, London 1974, S. 85-131.

25 Eine ausführliche vergleichende Analyse der Verfassungen eines autoritären Korporatismus in Italien, Spanien, Portugal und Deutschland findet sich bei Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, S. 310 ff. Der große Unterschied zwischen realsozialistischen und faschistischen Gesellschaftsverfassungen besteht darin, dass die sozialistische Verfassung die Einbeziehung gesellschaftlicher Gruppen über einen autoritären Korporatismus strikt vermeidet und stattdessen die Kontrolle der Gesellschaft durch die politische Partei intensiviert, ebd. S. 327 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 42-43 09.01.2012 08:44:33

sind zwei schwerwiegende Irrtümer verantwortlich, die ihnen in Bezug auf die Strukturen der modernen Gesellschaft unterliefen. Gerade ihre Doppelstrategie, über das Rätesystem beziehungsweise über die berufsständische Organisation der Gesellschaft die Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche aufrechtzuerhalten und für politische Zwecke auszunutzen, erstickte letztlich die Dynamik der funktionalen Differenzierung.[26]

Der erste Irrtum steckt in der Organisationsstrategie. Sie muss ihr Ziel verfehlen, weil sie sich von der Leistungsfähigkeit der formalen Großorganisation, in der die Energien der Professionen und die ihrer constituencies gebündelt werden, zu sehr faszinieren lässt. Indem sie jedes der großen Funktionssysteme der Gesellschaft als eine hierarchische formale Organisation verfasst, wird das Wechselspiel von professionell-organisatorischem Kern eines Funktionssystems mit dem ihm zugeordneten Spontanbereich – also das Wechselspiel von Regierungsorganisationen und Öffentlichkeit, von Wirtschaftsunternehmen und Markt, von Gerichten und Rechtsunterworfenen, von Medienunternehmen und Publikum – außer Kraft gesetzt. Die Organisationsstrategie verkennt das Betriebsgeheimnis der funktionalen Differenzierung, das sich gerade den Spontanbereich in seinen kreativen Kräften nutzbar macht.[27] Das gesellschaftliche Reflexionspotential ist keinesfalls in den formalen Organisationen, in Wirtschaftsunternehmen, Wissenschaftsorganisationen, Gerichten, Medienunternehmen konzentriert, sondern gleichzeitig in den gesellschaftlichen Spontanbereichen wirksam. Die Strategie, ganze Funktionsbereiche als formale Organisationen zu verfassen, verfehlt die »Einsicht, dass kein einziges Funktionssystem seine eigene Einheit als Organisation gewinnen kann.«[28]

Der zweite Irrtum steckt in der typischen Integrationsstrategie totalitärer Verfassungen mit Hilfe der politischen Einheitspartei.

26 Hayoz beschreibt die Wirkung beider Strategien als »Behinderung oder Blockierung von funktionaler Differenzierung auf einer regionalen Ebene«, Nicolas Hayoz, »Regionale organisierte Gesellschaften und ihre Schwierigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung«, in: *Soziale Systeme* 13 (2007), S. 160-172. Zu den parallelen Blockaden im Faschismus Thornhill, »Towards a Historical Sociology«.

27 Zum Zusammenspiel von Organisationsbereich und Spontanbereich innerhalb von gesellschaftlichen Teilsystemen Teubner, »Globale Privatregimes«.

28 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 841 ff., S. 1084 ff.; Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen 2000, S. 384 f.

Sie verfehlt ihr Ziel, weil sie die Sozialsektoren dermaßen strikt an die Politik koppelt, dass deren Vorgaben und nachträglichen Kontrollen die Eigendynamik der anderen Funktionssysteme zwar nicht aufheben, aber doch in unerträglicher Weise lähmen.[29] Zwar erreichen die angestrebte formale Organisation der Funktionssysteme und ihre durchgängige Politisierung durch die Einheitspartei kurzfristig eine ungeahnte Mobilisierung gesellschaftlicher Kräfte. Langfristig aber wird diese Konzentration sozialer Energien mit zunehmender Rigidität, fehlender Anpassungsfähigkeit und geringerer gesellschaftlicher Kreativität bezahlt.[30]

III. Teilbereichsverfassungen im Sozialstaat

1. Historische Lektionen

Die Sozialstaatskonzepte des späten 20. Jahrhunderts haben diese historischen Erfahrungen gründlich aufgearbeitet, die Erfahrung, wie der liberale Konstitutionalismus gesellschaftliche Ordnungen ignorierte und die Erfahrung, wie totalitäre Regimes diese völlig vereinnahmten. Als deren Folge haben sie eine recht ambivalente Einstellung zur Frage gefunden, ob und wie gesellschaftliche Teilbereiche zu verfassen sind. Die Lektion aus den Totalitarismen haben sie gelernt. Die sozialstaatlichen Verfassungen nach 1945 können als Reaktion gegen die »hoch interpenetrative, quasi-korporatistischen Verfassungsprogramme der Zwanzigerjahre und gegen die Prozesse einer gesellschaftlichen Kolonisierung durch autoritäre Regimes der Dreißigerjahre« gelesen werden.[31] Sie respektieren die Autonomie und Leistungsfähigkeit gesellschaftlicher Subsysteme und hüten sich davor, ihre Grundstrukturen im direkten politischen Durch-

29 Hayoz, »Regionale organisierte Gesellschaften«, S. 165 f.; Pollack, »Ende einer Organisationsgesellschaft«, S. 297 ff.; Thornhill, »Towards a Historical Sociology«.

30 Zum Staatsversagen faschistischer Regimes Tim W. Mason, *Social Policy in the Third Reich: The Working Class and the ›National Community‹*, Oxford 1993, besonders S. 107.

31 Chris Thornhill, »State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms: Outline for a Sociology of Constitutions«, in: Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (Hg.), *Towards a Sociology of Human Rights: New Theoretical and Empirical Contributions*, Oxford 2012, im Erscheinen, Manuskript S. 20 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 44-45 09.01.2012 08:44:33

griff festzulegen. Deshalb ziehen sich die Sozialstaaten darauf zurück, ihnen nur maßvolle verfassungsrechtliche Rahmenvorgaben zu machen. Damit haben sie zugleich die Lektion aus der liberalkonstitutionellen Abstinenz gelernt. Die kollektive Eigendynamik gesellschaftlicher Subsysteme ist, gerade in ihren negativen Externalitäten als auch in ihren zentrifugalen Tendenzen, so stark ins öffentliche Bewusstsein getreten, dass es nicht mehr plausibel ist, sie in die Latenz individuell-privatautonomer Gestaltung abzuschieben.

Die Reaktion ist zweifach. Zum einen organisiert der Wohlfahrtsstaat viele gesellschaftliche Funktionsregimes in Eigenregie: Bildung, Wissenschaft, Gesundheitswesen, Rundfunk und Fernsehen sind als halbstaatliche Institutionen verfasst, denen der Staat eine begrenzte Autonomie einräumt. Zum anderen belässt der Wohlfahrtsstaat andere Subsysteme, besonders die Wirtschaft, in ihrer gesellschaftlichen Autonomie, übernimmt dann aber selbst die Aufgabe gesamtgesellschaftlicher Koordination.[32] Mit dieser Zielrichtung verfolgt die Politik des Wohlfahrtsstaats den Anspruch, über die bloße Regulierung der Gesellschaft hinaus auch die innere Verfassung der autonomen gesellschaftlichen Teilbereiche zu normieren. Prototyp ist die Unternehmensverfassung, die mittels staatlicher Gesetzgebung Mitbestimmungsrechte gesellschaftlicher Gruppen einführte, dann aber die Resultate der Autonomie der gesellschaftlichen Akteure überlässt. Das Problem der sozialstaatlichen Gestaltung der Gesellschaft ist: Wie kann man die Autonomie der Teilsysteme fördern und zugleich verhindern, dass sie nicht mit ihren zentrifugalen und expansionistischen Tendenzen gesellschaftlichen Schaden anrichten? Eines der brisantesten Probleme der funktionalen Differenzierung übersetzt sie damit in eine Frage der staatlichen Konstitutionalisierungspolitik: Wie viel »Expansion nach innen« erzeugt die Gesellschaft, wie viel Monetarisierung, Verwissenschaftlichung, Medikalisierung, Massenmedialisierung kann sie verkraften?[33] Entsprechend suchen die unterschiedlichen Gesellschaftsverfassungskonzepte des Sozialstaats eine prekäre Balance zwischen staatlicher

32 Zu beiden Erscheinungsformen Thomas Vesting, »Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne«, in: Stefan Korioth, Thomas Vesting (Hg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen 2012, im Erscheinen, Manuskript S. 4 ff.

33 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 757.

Verfassungsintervention in die gesellschaftlichen Teilordnungen einerseits und dem Respekt des staatlichen Verfassungsgebers vor ihrer Eigenverfassung andererseits herzustellen.[34] Aber wie kann diese Balance erreicht werden?

2. Etatistischer Gesellschaftskonstitutionalismus

Ein etatistisch ansetzender Gesellschaftskonstitutionalismus, wie er im Verfassungsrecht vertreten wird, wirkt angesichts dieser Problemlage verfehlt.[35] Die staatliche Verfassung sehe nicht nur Organisationsnormen für die drei staatlichen Gewalten vor, sondern zugleich »gesellschaftsverfassungsrechtliche« Normen, also elaborierte Verfassungsnormen für nicht-staatliche gesellschaftliche Institutionen. Im Grundgesetz fänden sich – besonders im Grundrechtsteil und in der Regelung gesetzgeberischer Kompetenzen – zumindest Elemente einer Wirtschaftsverfassung, einer Kulturverfassung, einer Medienverfassung, einer Militärverfassung, einer Umweltverfassung, welche die vorgegebenen Grundstrukturen dieser gesellschaftlichen Teilbereiche staatlich normierten. Als objektivrechtliche Rechtsgrundätze »organisierten« die Grundrechte funktionale Subsysteme. Es sei die Aufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft und der Verfassungsgerichtsbarkeit, diese Elemente zu einer kohärenten Systematik staatlich organisierter gesellschaftlicher Teilverfassungen auszuarbeiten.

Immerhin muss man dem Konzept zugute halten, dass es sich explizit der Frage stellt, ob und wie auch gesellschaftliche Institutionen zu konstitutionalisieren sind. Sein Problem aber ist die etatistische Antwort. Die Kritik daran greift noch zu kurz, wenn sie hier eine unzulässige Hypostasierung einzelner Grundgesetznormen zu einem Gesamtsystem sieht. Auch das Argument, dass die Wirtschaftsverfassung und die anderen gesellschaftlichen Teilbereiche nicht vom Grundgesetz geregelt sind, sondern gemäß dem

34 Wie prekär diese Balance ist, zeigt sich in der ambivalenten Haltung der Verfassungsdogmatik zu der Frage, inwieweit das Grundgesetz nicht nur »Staatsverfassung«, sondern auch »Gesellschaftsverfassung« ist, etwa Herzog/Grzeszick in: Maunz/Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, Rn 50 ff.

35 Hauptvertreter Rupert Scholz, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, München 1971, S. 154 ff., 158 ff.; Rupert Scholz, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Berlin 1978.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 46-47 09.01.2012 08:44:33

»Offenheitspostulat« des Grundgesetzes der Gestaltungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers überlassen sind, trifft nicht den Kern, da es hier nur ein Problem der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung sieht.[36] Die eigentliche Problematik liegt darin, wie weit der staatliche Verfassungsanspruch, der sich nicht mehr auf die Politikprozesse im engeren Sinne beschränkt, die Sozial- und Wirtschaftsordnung durchnormieren soll. Die aufschlussreiche Formulierung, dass staatliche Verfassungsnormen »freiheitlich-autonome Handlungs- und Funktionssysteme der Gesellschaft« selbst »organisieren«,[37] ist eine typische Überschätzung staatlicher Regulierungsmacht gegenüber dem evolutionären Eigensinn gesellschaftlicher Differenzierung. Daran wird deutlich, dass der etatistische Gesellschaftskonstitutionalismus gerade in seiner verfassungsrechtsdogmatischen Einkleidung bedenkliche Tendenzen in Richtung Selbstblockierung aufweist. Auch wohlfahrtsstaatlich organisierte Gesellschaften kennen diese »effets pervers«, wenn sie Gesellschaft als quasi-staatliche Veranstaltung verstehen, wenn »ein berufsgruppenspezifischer Korporatismus und staatlicher Dirigismus eine ziemlich starre und sehr stratifizierte Organisationsgesellschaft geschaffen haben«.[38] In der Tendenz führt dies zu einer Selbstüberforderung des Staates, zu einer falschen Etatisierung der Gesellschaft und zu einer verfassungsrechtichen Festschreibung etablierter Machtpositionen innerhalb gesellschaftlicher Teilbereiche.[39]

36 Zur Kritik Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Karlsruhe 1998, Rn. 104; Rainer Wahl, »Der Vorrang der Verfassung«, in: *Der Staat* 20 (1982), S. 485-516, hier S. 508 ff.; Herbert Krüger, »Subkonstitutionelle Verfassungen«, in: *Die Öffentliche Verwaltung* (1976), S. 613-624.

37 Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, S. 131. Der Versuch, den darin angelegten Etatismus mit dem Konzept einer »distanzierenden« Gesellschaftsverfassung zu relativieren, führt nicht sehr weit: »Im Gegensatz zum allgegenwärtigen Ordnungsmandat der intervenierenden Verfassung begrenzt die distanzierende Verfassung ihre disziplinierende Aufgabe auf den konkreten gesellschaftlichen Verhaltensprozess«, S. 157.

38 Hayoz, »Regionale organisierte Gesellschaften«, S. 163; sehr kritisch gegenüber beiden Tendenzen in Frankreich Yann Algan und Pierre Cahuc, *La société de défiance: Comment le modèle social francais s'autodétruit*, Paris 2007.

39 Besonders deutlich wird dies bei Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, S. 188 ff., der »innere Pressefreiheit« im Sinne einer quasi-paritätischen Mitbestimmung der Redakteure aus »kommunikationsverfassungsrechtlichen« Gründen für verfassungswidrig hält.

3. Politisierung gesellschaftlicher Teilbereiche

Diesen Grundfehler etatistischer Lösungen suchen die im engeren Sinn sozialstaatlichen Varianten eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus zu vermeiden. Sie sehen deutlich die totalitären Gefahren, wenn gesellschaftliche Teilbereichsverfassungen unter staatliche Kuratel gestellt werden, und fordern daher bei aller Neigung zur staatlich organisierten Gesellschaftskonstitutionalisierung, dass verfassungspolitische Interventionen immer die Besonderheiten der gesellschaftlichen Beziehungen mitbedenken müssten.[40] Für sie ist die politische Verfassung kein bloßes Staatsinstrument, sondern eine »normative Direktive«, die für die gesamte Gesellschaft demokratische Teilhabe und Grundrechtsschutz einfordert. Die Prinzipien der politischen Verfassung, besonders die Grundrechte, sind nicht nur für die Verfassung des politischen Willensbildungsprozess formuliert: »sie verkörpern normative Prinzipien, zu denen sich die Gesellschaft selbst verpflichtet und die alle sozialen Beziehungen durchdringen sollen«.[41] Im Unterschied zu einer staatlichen Direktkontrolle gesellschaftlicher Prozesse setzen sie aber darauf, dass der Staat sich darauf beschränkt, gesellschaftlichen Institutionen aufzuerlegen, dass sie ihre internen Entscheidungsprozesse nach dem Muster staatlicher Politikprozesse einrichten. Die Konstitutionalisierung der Gesellschaft ist entsprechend eine politische Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, der die normativen Vorgaben der politischen Verfassung in einzelnen Gesellschaftsbereichen umsetzt. Solche staatlichen Verfassungsinterventionen in die Gesellschaft müssten aber die Eigenheiten des Gesellschaftlichen, die im Wesentlichen im Gegensatz zu vertikalen Beziehun-

40 »After all, only constitutional states draw a clear distinction between and establish an institutional separation of the spheres of public authority and of civil society both of which operate according to distinct societal and, consequently, legal logics.« Ulrich K. Preuss, »The Guarantee of Rights: Horizontal Rights«, in: Michel Troper, Dominique Chagnollaud (Hg.), *Traité International de Droit Constitutionnel, Tome III*, Paris 2012, im Erscheinen, sub II.; Ulrich K. Preuss, »The German *Drittwirkung* Doctrine and Its Socio-Political Background«, in: Andras Sajo, Renáta Uitz (Hg.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht 2005, S. 23-32.

41 Preuss, »The Guarantee of Rights«, sub III 2 c.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 48-49 09.01.2012 08:44:33

gen des Öffentlichen in den horizontalen Beziehungen des Privaten gesehen werden, respektieren.[42]

Hier hat die soziologische Theorie des Private Government Pionierarbeit geleistet, insofern sie Wirtschaftsunternehmen und andere private Organisationen als politische Herrschaftsverbände analysierte und entsprechend eine Übertragung politischer Prinzipien auf private Organisationen forderte. Ihr Verdienst ist es, privatwirtschaftliche Unternehmen zugleich als para-politische Unternehmen identifiziert zu haben, als Systeme mit der Funktion des Aufbaus von organisatorischer Macht zur Herstellung von organisationsweit kollektiv bindenden Entscheidungen.[43] Innerhalb von angeblich ausschließlich auf Effizienz am Markt ausgerichteten wirtschaftlichen Organisationen konnte sie genuin politische Machtprozesse identifizieren und damit Analogien zu den großen politischen Systemen ziehen. Entsprechend geht es rechtspolitisch um Machtkritik und Machtabbau, jedenfalls aber um Legitimation und Begrenzung – eben Konstitutionalisierung wirtschaftlicher Macht. Analog zur Verfassung staatlich-politischer Herrschaft müssten Private Governments durch eine explizit politische Ausgestaltung ihrer Organisationsregeln Legitimität herstellen und Freiheitsräume der Mitglieder durch Grundrechtsäquivalente sichern. Gesellschaftliche Machtverhältnisse sind durch eine vom parlamentarischen Gesetzgeber zu verantwortende Konstitutionalisierung, insbesondere durch Grundrechte, zu beschränken.

Freilich ist die Theorie des Private Government zu eng auf formale Organisationen oder gar nur auf Wirtschaftsunternehmen bezogen. Dass der Konstitutionalisierungsanspruch auf den gesamten Wirtschaftsprozess und zugleich auf andere Gesellschaftsprozesse ausgeweitet werden muss, fordern dementsprechend breiter angelegte Theorien einer sozialstaatlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsverfassung. Ausgangspunkt war die politische »Idee der Arbeitsverfassung«, das heißt »derjenigen Ordnung, die die Arbeitnehmer auf den durch Gesetz oder Vereinbarung bestimmten Gebieten zur Mitausübung der früher den Arbeitgebern ausschließlich zustehenden Verfügungsrechte beruft«.[44] Später wird diese Idee noch stärker verallgemeinert. Die politische Verfassung wird als »gesellschaftliche Gesamtverfassung« verstanden mit der Konsequenz, dass demokratische Mitbestimmung und Garantie von Grundrechten vom dazu allein legitimierten Gesetzgeber auf alle gesellschaftlich relevanten Organisationen ausgedehnt werden sollen.[45] Das Programm heißt Disziplinierung der kapitalistischen Gesellschaftsordnung durch Interventionen staatlicher Politik. Diese Interventionen setzen zu einem großen Teil direkt mit rechtlichen Regulierungen der Gesellschaft an. Zu einem nicht minder großen Teil aber setzen sie indirekt an, indem sie gesellschaftlichen Teilsystemen Verfassungen nach dem Muster demokratischer Politik auferlegen. Sozialtheoretischer Hintergrund sind Konzepte der Gesellschaftstransformation wie die von Polanyi, welche die unaufhaltsame Ökonomisierung der Gesellschaft konstatieren, zugleich aber soziale Gegenbewegungen identifizieren, die den »Schutzmantel der kulturspezifischen Institutionen« gegen eine totale Ökonomisierung der Gesellschaft zu rekonstruieren suchen.[46]

42 Eine Variante dazu stellt das Konzept der »totalen Verfassung« dar, das nicht so sehr die Rolle der staatlichen Politik bei der Konstitutionalisierung gesellschaftlicher Teilbereiche in den Blick nimmt, als vielmehr die des staatlichen Rechts, insbesondere die der Verfassungsgerichtsbarkeit und der juristischen Eliten. Dazu Mattias Kumm, »Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law«, in: *German Law Journal* 7 (2006), S. 341-369; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambrigde (Mass.) 2004. Doch dürfte die »totale Verfassung« den Beitrag der Selbstverfassung sozialer Systeme zugunsten des Einflusses des Rechts drastisch unterschätzen.

43 Schlüsseltexte Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*; Robert A. Dahl, *After the Revolution? Authority in a Good Society*, New Haven 1990, S. 80 ff., S. 100 ff.

44 Hugo Sinzheimer, »Das Wesen des Arbeitsrechts«, in: Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Frankfurt/M. 1976 [1927], S. 108-114, hier S. 108 ff.

45 Programmatisch Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975, S. 47 ff.; Helmut Ridder, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat*, Stuttgart 1960, S. 18; Preuss, »The Guarantee of Rights«. Rechtsvergleichend Anderson, *Constitutional Rights*; Gavin W. Anderson, »Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism«, in: *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 17 (2004), S. 31-59. Zu einer Übertragung des Programms auf die EU Florian Rödl, »Constitutional Integration of Labour Constitutions«, in: Erik Eriksen u. a. (Hg.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, London 2009, S. 152-171.

46 Polanyi, *Great Transformation*, S. 106 ff., S. 182 ff. In der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Diskussion knüpfen explizit an Polanyis Ideen an: Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden 2001, S. 6 ff.; Christian Joerges, »The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form«,

29628 Teubner 1. Lauf.indd 50-51 09.01.2012 08:44:33

Solche sozialstaatlichen Verfassungsinterventionen in die Gesellschaft unterschätzen allerdings systematisch, auch wenn sie deren Autonomie achten wollen, das Eigenverfassungspotential gesellschaftlicher Institutionen. Zugleich überschätzen sie die kognitiven und machtmäßigen Kapazitäten des parlamentarischen Verfassungsgebers. Es ist eine Illusion zu glauben, die politische Gesetzgebung definiere autonom kraft ihrer demokratischen Legitimation die grundlegenden Normen der Wirtschaft, der Wissenschaft, der Kunst, des Gesundheitswesens, der Massenmedien und setze sie mit Mitteln des Verfassungsrechts durch. Schon Friedrich Schiller wusste zur inneren Verfassung von Kunst und Wissenschaft: »[…] beide erfreuen sich einer absoluten Immunität von der Willkür des Menschen. Der politische Gesetzgeber kann ihr Gebiet sperren, darin herrschen kann er nicht«[47] – auch dann nicht, wenn er auf Detailregelungen verzichtet und sich darauf beschränkt, ihnen eine Teilbereichsverfassung zu oktroyieren. Die politische Verfassung ist kein »normativer Plan, nach dem die Gesellschaft zu entwickeln wäre«; sie ist kein »Entwurf einer guten Gesellschaft, einer Zukunft, die es zu wählen gilt«.[48] Hinsichtlich gesellschaftlicher Teilverfassungen ist deshalb die direkte »Politisierung von Problemen […] der beste Weg zur Zerstörung der komplexen, nicht sichtbaren Selbstorganisationsprozesse in einer Gesellschaft«.[49] Die funktionale Differenzierung der Gesellschaft ist keine Frage einer politischen Grundentscheidung, sondern ein komplizierter evolutionärer Prozess, in dem sich fundamentale Leitunterscheidungen allmählich herauskristallisieren und spezialisierte Institutionen nach ihrer Eigenlogik bilden. In diesem Prozess bestimmen die Funktionssysteme ihre eigene Identität selbst über elaborierte Semantiken der Selbstsinngebung, der Reflexion, der Autonomie. Die Verfassungspolitik kann an solchen Entwicklungen allenfalls

in: Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford 2010, S. 491-528.

47 Friedrich Schiller, Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen, Frankfurt/M. 2009 [1879], Neunter Brief.

48 Luhmann, »Politische Verfassungen im Kontext«, S. 21.

49 Karl-Heinz Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000, S. 185. Politisierung ist hier verstanden als Problemlösung durch die institutionalisierte Politik, nicht im Sinne einer Politisierung im Teilsystem selbst. Dazu 4. Kap. V.

anknüpfen und in gewissem Umfang korrigierend eingreifen, aber nicht sie als solche spezifisch normieren.[50]

Erschwerend kommt hinzu, dass die sozialstaatliche Gesellschaftskonstitutionalisierung regelmäßig einen folgenreichen Kategorienfehler begeht: Entscheidungsmuster der Politik werden ungeprüft auf gesellschaftliche Teilbereiche übertragen. Dahinter steht die Hoffnung, dass die als bedenklich angesehenen Verselbständigungstendenzen gesellschaftlicher Teilsysteme dann eingedämmt werden können, wenn innerhalb der Teilsysteme politische Prozesse der Macht- und Konsensbildung – Wahlen, Repräsentation, organisierte Opposition, gruppenpluralistische Interessenvertretung, Aushandlung, kollektive Entscheidungsfindung – institutionalisiert werden. Dass damit eine vom Parteienproporz geleitete falsche Politisierung gesellschaftlicher Institutionen gefördert wird, ist zwar nicht unbedingt das Motiv, wird aber als Nebeneffekt hingenommen. Die politikgeleitete Integration auseinanderstrebender Systemdynamiken dadurch zu erreichen, dass man ihnen eine innere »politische« Verfassung auferlegt, ist das eigentliche Ziel sozialstaatlicher Konstitutionalisierung. In diesem Sinne wird die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes so verstanden, dass sie auch gesellschaftliche Institutionen auf mit staatlich-politischen Entscheidungsprozessen homogene Strukturen verpflichtet.[51] Die Hochschulreform der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts liefert Anschauungsmaterial für solche kurzschlüssigen Transpositionen, in denen Legitimations- und Kontrollmechanismen, die im politischen Bereich ihren Sinn haben, ohne weiteres auf gesellschaftliche Institutionen übertragen werden.[52] Das verbreitete Leiden an der Demobürokratisierung der Universitäten ist ein Symptom dafür, dass eine solche Mimikry politischer Institutionen in anderen Bereichen kontraintuitive Effekte auslösen. Nicht umsonst ist es um diese Art der Konstitutionalisierung von Hochschulen still geworden. Zugleich wurde damit eine tiefer ansetzende Debatte um die Wissenschaftsverfassung diskreditiert.

50 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 745.

51 Ridder, *Soziale Ordnung des Grundgesetzes*; Ridder, *Verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften*.

52 Den ungebrochenen Optimismus einer solchen Transposition politischer Entscheidungsmuster in politikferne Bereiche spiegelt Habermas, *Protestbewegung und Hochschulreform*, wider.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 52-53 09.01.2012 08:44:33

Der Grundfehler eines sozialstaatlichen Gesellschaftskonstitutionalismus liegt darin, dass er zwar zu Recht die liberale Trennung von Staat und Gesellschaft, den Dualismus des Öffentlichen und des Privaten und die verfassungsrechtliche Ignorierung gesellschaftlicher Teilbereiche kritisiert, aber aus der Kritik die falsche Konsequenz zieht. Die Unterscheidung privat/öffentlich zu dekonstruieren, ist heute schon zum Ritual geworden, aber die für sozialstaatliche Denkmuster typische Konsequenz, sie durch eine gesellschaftsweite Fusion des Öffentlichen und des Privaten zu ersetzen, ist schlicht irreführend.[53] Sozialwissenschaftler haben immer wieder den Fall der Mauer zwischen Staat und Gesellschaft registriert, aber an ihrer Stelle können sie nichts als eine Politisierung der gesamten Gesellschaft sehen.[54] Ebenso ist die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht von Rechtswissenschaftlern immer wieder aufs Neue als nicht mehr zeitgemäß angegriffen worden, aber ersetzt werden soll sie dann nur durch die vage Annahme, dass das Privatrecht durch und durch politisch sei.[55] Statt den überholten Dualismus durch komplexere Modelle einer pluralen Differenzierung zu ersetzen und dann gesellschaftliche Teilverfassungen strikt an deren Differenzen zu orientieren, behaupten Sozialstaatskonzepte eine durchgehende Politisierung der Gesellschaft und suchen diese dadurch zu gestalten, dass sie die normativen Ansprüche, die die politische Verfassung an die Organisation des Staates stellt, auf die verschiedensten gesellschaftlichen Institutionen ausdehnen. Die Folge ist, dass fundamentale Unterschiede zwischen der Eigenlogik der Politik und der autonomer Sozialbereiche unzulässig eingeebnet werden.[56] In der Tat entwickelt das Sozialstaatskonzept gesellschaftlicher Verfassungen

ein reichlich naives Verständnis der Staat-Gesellschaft-Beziehung, so als könne der Staat die Gesellschaftsstruktur diktieren, es missversteht die engen Beziehungen des Staates zu anderen gesellschaftlichen Funktionsbereichen (besonders zum Recht und zur Wirtschaft) als Beleg für eine strukturelle Dominanz des Staatlichen und es scheitert daran, die Interdependenzen von Staat und anderen Funktionsbereichen (besonders Recht und Wirtschaft) auf ihre zugrundeliegenden Motive hin zu analysieren.[57]

Im Gegensatz dazu ginge es darum, den gesellschaftlichen Autonomiebereichen durch verfassungsrechtliche Normen ihr Eigenrecht zu belassen und eine prekäre Balance zwischen ihrer konstitutionellen Autonomie und den politischen Verfassungsinterventionen herzustellen.[58] Wie schon gesagt, wird dies durchaus in sozialstaatlichen Konzeptionen angestrebt. Aber die Integration der auseinanderstrebenden Eigendynamiken lässt sich nicht dadurch erreichen, dass man die gesellschaftlichen Subsysteme als (para-)politische Systeme versteht und entsprechend organisiert. Bloße Appelle an den Gesetzgeber, dabei auch die Besonderheiten der horizontalen Beziehungen zwischen Privaten zu berücksichtigen, sind als Korrektiv wenig geeignet. Was den sozialstaatlichen Konzepten fehlt, ist der unbedingte Respekt vor der Eigenrationalität und Eigennormativität gesellschaftlicher Funktionssysteme, der sich in Eigenverfassungen gesellschaftlicher Bereiche verwirklicht.

53 Wichtige Beiträge von Morton J. Horwitz, »The History of the Public/Private Distinction«, in: *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), S. 1423-1428; Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, S. 192 ff. Skeptisch dagegen Klaus F. Röhl und Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln 2008, S. 412 ff.

54 Inzwischen locus classicus Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, S. 97 ff.; zu einer differenzierteren Sicht Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992, S. 435 ff.

55 David Kennedy, »Background Noise? The Underlying Politics of Global Governance«, in: *Harvard International Review* 3 (1999), S. 52-57; Karen Engle, »After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights«, in: Dorinda G. Dallmeyer (Hg.), *Reconceiving Reality: Women and International Law*, Washington 1993, S. 143-155.

56 Dies ist der berechtigte Kern von Ladeurs pointierter Polemik gegenüber überzogenen Expansionstendenzen politischer Gestaltungsansprüche, Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen 2006, besonders S. 119 ff.

57 Thornhill, »State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms«, Manuskript S. 5 f.

58 In diese Richtung argumentiert auch Jens Steffek, »The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach«, in: *European Journal of International Relations* 9 (2003), S. 249-275, hier S. 258, wenn er betont, dass unterschiedliche Formen von governance unterschiedliche Prinzipien und Verfahren der Legitimation benötigen.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 54-55 09.01.2012 08:44:33

IV. Wirtschaftsverfassung als Gesellschaftsverfassung

1. Ordoliberale Wirtschaftsverfassung

Unbedingter Respekt der Politik vor der Eigenverfassung von Wirtschaft – das kennzeichnet die ökonomische Gegenposition zur sozialstaatlichen Konstitutionalisierung der Gesellschaft. Sie besteht auf einer gegenüber der Politik autonomen Wirtschaftsverfassung. Ihr zukunftsträchtiges Potenzial könnte darin stecken, in der Wirtschaftsverfassung das Paradigma für eine Vielzahl autonomer Teilverfassungen zu sehen. Doch verspielt sie dieses Potenzial durch fragwürdige ökonomistische Begriffsverengungen, am fatalsten dadurch, dass sie Gesellschaftsverfassung auf Wirtschaftsverfassung reduziert. Ganz parallel zum Irrtum einer Integration der Gesellschaft durch interne Politisierung ihrer Teilbereiche, dem sozialstaatliche Verfassungskonzepte aufsitzen, begeht sie den Irrtum, eine Integration der Gesellschaft dadurch erreichen zu wollen, dass sie Marktmechanismen und Wettbewerbslogik in allen Gesellschaftsbereichen zu institutionalisieren sucht.

Eigentum, Vertrag, Wettbewerb, Währungsinstitutionen – diese Fundamentalinstitutionen bilden im Ordoliberalismus die eigenständige Wirtschaftsverfassung, die sich nicht in den Normen des staatlichen Verfassungsrechts erschöpft, sondern sich aus einem Zusammenspiel wirtschaftlicher Selbstregulierung, Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften und rechtlich-politischer Normierung ergibt. Die Legitimität wirtschaftsverfassungsrechtlicher Institutionen leitet sich nicht aus politischen Entscheidungen der Legislative her, sondern primär aus der Eigengesetzlichkeit wirtschaftlichen Handelns. Staatlich-rechtliche Interventionen sind nur in einem einzigen Fall gerechtfertigt, dann aber auch notwendig. Sofern die Wirtschaft selbstdestruktive Dynamiken, insbesondere Wettbewerbsbeschränkungen durch Kartelle und Monopole, auslöst, muss der Staat dies verhindern. Solche Interventionen aber dürfen sich nicht in der Form diskretionärer politischer Machtakte abspielen, sondern allein aufgrund allgemeiner Rechtsgesetze.[59]

59 Locus classicus: Franz Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin 1933; heute führender Vertreter: Ernst Joachim Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2003.

Eigentlich könnte dies, wie gesagt, ein anregendes Denkmodell für eine Vielzahl gesellschaftlicher Eigenverfassungen abgeben, doch leidet es unter einem unerträglich verengten Ökonomismus. Insbesondere fokussiert es ausschließlich auf den Verfassungskonflikt zwischen Wirtschaft und Politik, den es einseitig zugunsten eines Primats der Wirtschaft auflöst. Dagegen werden die nicht minder starken Verfassungskonflikte zwischen der Wirtschaft und anderen gesellschaftlichen Teilsystemen schlicht ausgeblendet. Das zeigt sich deutlich in der ordoliberalen Theorie der wirtschaftlichen Grundrechte. Diese werden ausschließlich in den Rechten der Wirtschaftsbürger gegenüber den Expansionstendenzen des Staats identifiziert. Nie aber sucht diese Theorie nach den eigentlichen Äquivalenten politischer Grundrechte in der Wirtschaft, also nach verfassungsrechtlichen Schutzmechanismen gegenüber den nicht weniger problematischen Expansionstendenzen der Wirtschaft in andere gesellschaftliche Autonomiebereiche.[60] Nähme man das Konzept einer Wirtschaftsverfassung ernst, dann müsste diese neben den Fundamentalregeln zur Konstituierung auch Regeln zur Limitierung wirtschaftlicher Expansionsdynamiken enthalten. Während der Ordoliberalismus die Begrenzung staatlich-politischer Expansion emphatisch einfordert, so stellt er sich blind bei der Limitierung ökonomischer Expansionstendenzen. Gewiss, er thematisiert die Frage, wie wirtschaftliche Macht in Kartellen und Monopolen beschränkt werden kann, beschränkt dies aber auf deren innerwirtschaftliche Auswirkungen auf Märkte und Marktbürger. Ausgeblendet bleiben die womöglich dramatischeren Wirkungen wirtschaftlicher Expansion auf gesellschaftliche Autonomiebereiche, deren Integrität grundrechtlich zu schützen ist, sei es die Integrität der Handlungsbereiche der Individuen, sei es die gesellschaftlicher Institutionen. Ein echtes Äquivalent zu den politischen Grundrechten, die bekanntlich den Interventionen der Politik in die Gesellschaft mit politischen Mitteln Grenzen ziehen, wären Regeln gegen die Expansion wirtschaftlicher Rationalität in Wissenschaft, Kunst, Medizin, Kultur, und Erziehung. Und es wären Normen gegen die Verletzung individueller Integrität durch

60 Vorbildlich wird dies in seinen Verfassungsdimensionen aber als »ius supra iura« herausgearbeitet von Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, S. 11 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 56-57 09.01.2012 08:44:34

wirtschaftliches Handeln. Der Ordoliberalismus stellt zwar durchaus die Forderung auf, wirtschaftliche Macht durch Rechtsnormen zu reduzieren oder jedenfalls zu begrenzen, etwa durch Normen des Kontrahierungszwanges oder des Diskriminierungsverbots für marktbeherrschende Unternehmen. Aber er hat keine Antwort auf das eigentliche Grundrechtsproblem einer Wirtschaftsverfassung, ja thematisiert es nicht einmal: die Bedrohung individueller und institutioneller Integrität durch wirtschaftliche Rationalität und dies auch in Situationen ohne wirtschaftliche Macht, also gerade in Situationen des normalen Funktionierens von Markt, Wettbewerb, Geldmedium, Preismechanismus, Profitprinzip.

Ein aktueller Anlass dafür wären neuere Privatisierungstendenzen, in denen vormals staatliche Aktivitäten nunmehr marktmäßig organisiert werden. Für eine Wirtschaftsverfassung, die ihren Namen verdiente, wären sie eine Dauerprovokation, weil jetzt Grundrechtsgefährdungen nicht mehr von staatlichen Instanzen, sondern von privatisierten Aktivitäten ausgehen. Im Falle privatisierter Universitäten etwa stellten sich folgende wirtschaftsverfassungsrechtliche Fragen: Wäre ein Weisungsrecht des Geschäftsführers einer Uni-GmbH an Wissenschaftler in Forschungsfragen verfassungswidrig? Sind die in USA und Großbritannien üblichen Sonderregeln für Kinder von Alumni und reichen Spendern zulässig? Darf eine private Universität Grundlagenforschung mangels Profitabilität reduzieren? Die Freiheit der Wissenschaft und die Bildungsorientierung der Erziehung sind, wenn sie der ökonomischen statt der politischen Rationalität untergeordnet werden, nicht minder gefährdet.

Doch steckt in der verfehlten Sicht auf wirtschaftliche Grundrechte nicht die einzige ökonomistische Verkürzung. Ähnlich problematisch ist es, die Autonomie der Wirtschaftsverfassung auf die Autorität der Wirtschaftswissenschaften gründen zu wollen, wie es vornehmlich Mestmäcker tut – und dies vor und nach der Finanzkrise. Die Legitimität wirtschaftlicher Institutionen beruhe auf ihrer wissenschaftlich fundierten Eigengesetzlichkeit, nicht auf politischen Wahlentscheidungen. Der Wahrheitsanspruch der Wirtschaftswissenschaften verleihe der Wirtschaftsverfassung ihre Eigenständigkeit gegenüber dem Machtanspruch der staatlich-politischen Verfassung, auch wenn diese sich auf demokratische Legitimation berufen kann. Wie grotesk eine solche neo-naturrechtliche Konzeption ist, mögen folgende einfache Fragen plausibel machen: Stellt eine kognitive Theorie, die Kausalerklärungen und Prognosen anbietet, wie sie die Wirtschaftswissenschaft produziert, schon normative Legitimität her? Bedarf es nicht im weiten Sinne »politischer« Auseinandersetzungen und Entscheidungen, um den Sprung vom Kognitiven ins Normative zu vollziehen? Wie stabil ist eine auf Wissenschaft gegründete Verfassung, wenn sie mit nicht lösbaren Kontroversen innerhalb der Wissenschaft konfrontiert ist? Die Wissenschaft braucht sie nicht zu entscheiden, da sie nicht unter Entscheidungszwang steht. Wirtschaftsverfassungsrecht aber muss entscheiden. Handelt es sich also bei der wirtschaftswissenschaftlichen Fundierung des Ordoliberalismus um eine verdeckte politische Entscheidung?

Eine autonome Wirtschaftsverfassung lässt sich schlechthin nicht über den Technokratismus des ökonomischen Sachzwangs legitimieren. Wie jede politische oder gesellschaftliche Teilverfassung ist sie ein Produkt von unzähligen Entscheidungen unter Ungewissheit über Alternativen. Darin steckt ein irreduzibles »politisches« Element. Trägt sie dem nicht Rechnung, dann leidet jede Wirtschaftsverfassung an einem Legitimationsdefizit, dem weder wissenschaftliche Einsicht noch Professionalismus noch Wettbewerbsmechanismen abhelfen können. Freilich muss man sich davor hüten, dieses politische Element vorschnell mit einer Anbindung an staatliche Politik gleichzusetzen. Vielmehr gilt es hier, die oben angesprochenen Einsichten der Theorie des Private Government zu generalisieren, dass nämlich politische Entscheidungen im weiteren Sinne, also Entscheidungen mit Gemeinwohlbezug, nicht nur in der institutionalisierten Politik, sondern an vielen Orten in der Gesellschaft, insbesondere in der Wirtschaft getroffen werden. Hier steckt das Potenzial gesellschaftlicher Eigenverfassungen, die solchen politischen Prozessen außerhalb der institutionalisierten Politik eine Grundlage verschaffen. Deren Autonomie ist nicht auf Wissenschaft, nicht auf Markt und Wettbewerbsmechanismen, sondern auf politische Konstitutionalisierungsprozesse innerhalb der Wirtschaft zu gründen. Dazu später mehr.[61]

61 Eingehend im vierten Kapitel unter V.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 58-59 09.01.2012 08:44:34

2. Constitutional Economics

Innerhalb der Ökonomie hat sich inzwischen eine eigenständige Verfassungstheorie herausgebildet – Constitutional Economics.[62] Sie beschränkt sich ausdrücklich nicht auf die Verfassung der Wirtschaft im engeren Sinne, sondern besteht darauf, dass sich jede gesellschaftliche Gruppierung und jede soziale Institution auf eigene konstitutionelle Regeln stützt, welche die Grundlage für operative Regeln abgeben. Das ist gegenüber den Verengungen der Gesellschaftsverfassung auf Wirtschaftsverfassung ein interessanter Fortschritt, der den Blick über die Wirtschaftsverfassung hinaus auf zahlreiche andere Teilverfassungen in der Gesellschaft eröffnet. Doch wird dieser Fortschritt durch eine andere Blickverengung wieder rückgängig gemacht: Die Regeln solcher Verfassungen sollen sich ausschließlich nach den Prinzipien der Rational Choice richten. Eine solche Theorie aber kann keine gesamtgesellschaftliche Perspektive entwickeln, keine Sicht auf destruktive Effekte der Ökonomie auf ihre Umwelten eröffnen.

Letztlich ist hier ein ökonomischer Imperialismus am Werke, der die ordoliberale Wirtschaftsverfassung wie auch die Gruppenverfassungen der Constitutional Economics antreibt. Imperialistisch gebärden sich die Theorien ebenso wie die Praxis. Die Theorien behaupten, mit ihren Modellen jegliches Sozialverhalten, auch das Verhalten außerhalb monetärer Transaktionen, erklären zu können. Die Theorie der Rational Choice erklärt sich für allzuständig, auch für die innere Verfassung von Liebe, Wissenschaft, Gesundheit, Politik. Dem proprium internum anderer Rationalitäten gegenüber bleibt sie blind. Selbst die neueren Theorien der Behavioral Economics, die gegen die Universalherrschaft von Rational Choice im Namen von Realitätsnähe argumentieren, bleiben dem ökonomischen Paradigma verhaftet und bieten nur empirisch fundierte Korrekturen des Modells an. Die ökonomische Praxis ist ähnlich imperialistisch. Als soziale Koordinationsformen kennt sie nur Markt, Profit, Wettbewerb und dehnt sie mit allen Mitteln – selbst mit konstruktivistischen Politikinterventionen – auch und gerade auf Bereiche außerhalb monetärer Transaktionen aus.

Ökonomischer Konstitutionalismus, Transaktionskostentheorie, Theorie der Eigentumsrechte, Public Choice, Institutionenökonomik und Rechtsökonomik sind verschiedene Strömungen einer Bewegung, die die angeblich ausgelaugten Begriffe von Gemeinwohl, Gerechtigkeit und Solidarität durch das Ideal ökonomischer Effizienz ersetzen will. Die Bewegung spricht mit dem Pathos eines Naturrechts, zugleich im Namen der »Natur« und im Namen der »Vernunft«. Die inneren Gesetzmäßigkeiten von Markt und Organisation sollen die Natur der modernen Gesellschaft sein, die auch die Rechtsverfassung von Wirtschaft und Gesellschaft widerspiegeln muss. Und die Philosophie der »rational choice« arbeitet die Vernunftprinzipien dieser Ordnung aus, die sowohl für politische wie für gesellschaftliche Verfassungsordnungen Geltung beanspruchen.[63] Sie stilisiert sich als Ergebnis eines Paradigmenwechsels, der ältere moralisch-politische Orientierungen vollständig ablöst und in seinem Ausschließlichkeitsanspruch keine anderen Paradigmata neben sich duldet.[64] Sie beruft sich hierfür besonders auf ihren historischen Sieg in modernen Sozialordnungen, auf die gesellschaftsweite, heute geradezu weltweite Institutionalisierung ökonomischer Rationalität. Darin liegt gewiss ihre große Stärke. Denn wer kann sich dem Argument entziehen, dass die moderne Gesellschaft Wirtschaftsgesellschaft ist und dass ein modernes Verfassungsrecht marktadäquate, wirtschaftsadäquate Rechtsformen zu entwickeln hat?

Zugleich aber liegt in dem imperialistischen Anspruch ihre große Schwäche. In ihrer eigenen Optik gefangen kann sie gesellschaftliche Wandlungen nur als Ablösung eines moralisch-politischen

62 Als Begründer gilt James M. Buchanan, *Constitutional Economics*, Oxford 1991; James M. Buchanan, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor 1994. Zur neueren Diskussion Walter E. Block, »A Critical Look at The Calculus of Consent«, in: *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 8 (2010), S. 433-450; Viktor Vanberg, »Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy«, in: *Journal of Institutional Economics* 1 (2005), S. 23-49; Stefan Okruch, »Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive«, in: Klaus Beckmann u. a. (Hg.), *Eine Verfassung für Europa*, Tübingen 2004, S. 91-115. Speziell für die Privatrechtsverfassung Wolfgang Kerber und Viktor Vanberg, »Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits: The Perspective of Constitutional Economics«, in: Stefan Grundmann u. a. (Hg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin 2001, S. 49-79.

63 Brian Barry, *Theories of Justice: A Treatise on Social Justice I*, London 1989.

64 Zum Beispiel George L. Priest, »The New Legal Structure of Risk Control«, in: *Daedalus* 119 (1990), S. 207-227.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 60-61 09.01.2012 08:44:34

durch einen ökonomischen Monokontexturalismus wahrnehmen. In einer gesamtgesellschaftlichen Optik wird dagegen sichtbar, dass sich die eine Rationalität der Vernunftmoderne zu einem spätmodernen Polykontexturalismus gewandelt hat, zu einem Pluralismus der Partialrationalitäten, der es dem Recht staatlicher und gesellschaftlicher Verfassungen verbietet, mit der bloßen Inkorporierung ökonomischer Rationalität zu reagieren. Neben der Wirtschaft sind es vor allem Politik, Wissenschaft und Technologie, das Gesundheitswesen, das Mediensystem, das Recht selbst und eine Vielzahl von formalen Organisationen, die je für sich eigensinnigen Rationalitäten und Normativitäten folgen und entsprechend eigenständige Verfassungsordnungen herausbilden. Der Versuch, diese auseinanderstrebenden Dynamiken über ihre forcierte Ökonomisierung zu beherrschen ist nicht minder fragwürdig als der Versuch ihrer Politisierung durch sozialstaatliche Konstitutionalisierung.

V. Konstitutioneller Pluralismus

Ein Zwischenergebnis dieser Durchsicht unterschiedlicher Varianten eines Gesellschaftskonstitutionalismus lässt sich festhalten: Als heute diskreditiert darf die Tendenz des liberalen Konstitutionalismus gelten, gesellschaftliche Teilbereiche verfassungsrechtlich zu ignorieren. Erst recht diskreditiert ist dessen totalitäres Gegenmodell, das den durchgängigen Regelungsanspruch des Staats auf alle Sektoren der Gesellschaft erstreckte. Dagegen heben aktuelle sozialstaatliche Konzepte zu Recht hervor, dass der Staat Verfassungen gesellschaftlicher Teilbereiche normieren soll, dass dies aber nur dann legitim ist, wenn er zugleich deren Autonomie respektiert. Jedoch verfehlen sie die Dynamik der Eigenverfassung sozialer Systeme, wenn sie den Gestaltungsanspruch des demokratisch legitimierten politischen Verfassungsgebers betonen und ihm dabei nur die wenig wirksame Beschränkung auferlegen, die Eigenheiten der Gesellschaftsbereiche tunlichst mitzuberücksichtigen. Die durchgehende Injektion uniformer politischer Macht- und Konsensprozeduren in die unterschiedlichsten gesellschaftlichen Teilbereiche wirkt kontraproduktiv. Demgegenüber setzen ökonomische Theorien zu Recht auf die Autonomie der wirtschaftlichen Teilverfassung. Doch verspielen sie ihre Glaubwürdigkeit dadurch, dass sie ausschließlich auf die Partialrationalität des Ökonomischen setzen, alle anderen Teilrationalitäten als irrational abwehren und auf eine Integration der Gesamtgesellschaft durch Markt- und Wettbewerbsmechanismen setzen.

Es gilt also, zwischen der Scylla sozialstaatlicher Gesellschaftsverfassungen und der Charybdis einer nur ökonomischen Konstitutionalisierung hindurchzunavigieren. Den Kompass bietet ein »Rechtsverfassungsrecht« im Sinne Wiethölters, in dem gesellschaftliche Teilverfassungen autonom sind und nur im Krisenfall auf Interventionen der politischen Verfassung angewiesen sind:

> Autonomie ernst zu nehmen bedeutet, sich auf die Selbstbestimmung zu verlassen und gleichzeitig auf die unvermeidliche Externalisierung (Kontrolle von außen), die nicht als Fremdbestimmung verstanden werden darf, sondern als eine mögliche Unterstützung von außen in Situationen, in denen Selbsthilfe unmöglich ist. Sie wäre vergleichbar mit therapeutischer Hilfe und mit unterstützenden Strukturen außerhalb des Rechts.[65]

Diesen schwierigen Kurs versuchen in der Tat verschiedene Varianten eines konstitutionellen Pluralismus zu steuern.[66] In einigen westeuropäischen Ländern experimentieren sie mit einer Vielzahl eigenständiger gesellschaftlicher Teilverfassungen und räumen dabei der politischen Verfassung allenfalls den Status eines Primus inter Pares ein. Verfassungspolitik und Verfassungsrecht spielen sich danach nicht nur in den staatlichen Institutionen ab, sondern überall in der Gesellschaft. Nicht nur »Ubi societas, ibi ius«, sondern »Ubi societas, ibi constitutio«. An zahlreichen Orten der Gesellschaft bilden sich selbstkonstituierende Ordnungen heraus, die in unterschiedlichem Grade durch rechtliche Verfassungsnormen stabilisiert werden. Das Recht muss entsprechend einen »multilateralen Konstitutionalismus« herausbilden, der gesellschaftliche Teilordnungen weder einseitig an die Verfassung des Staates noch

65 Rudolf Wiethölter, »Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers«, in: *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3 (1988), S. 1-28, hier S. 27 f. Zum Programm eines »Rechtsverfassungsrechts« Wiethölter, »Recht-fertigungen eines Gesellschafts-Rechts«.

66 Die bisher beste Ausarbeitung eines konstitutionellen Pluralismus bietet Neil Walker, »The Idea of Constitutional Pluralism«, in: *Modern Law Review* 65 (2002), S. 317-359.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 62-63 09.01.2012 08:44:34

an die der Wirtschaft bindet, sondern spezifische Verfassungen modelliert, die den Eigenheiten der unterschiedlichen Ordnungen gerecht werden.[67]

1. Neokorporatistische Arrangements

Als praktisch und theoretisch besonders einflussreich stellte sich der Neokorporatismus heraus, der besonders im Nachkriegsdeutschland eine Vielzahl von gesellschaftlichen Teilverfassungen hervorbrachte.[68] Obwohl hier offiziell die Kontroverse zwischen dem neoliberalen und staatsinterventionistischen Lager dominierte, war die gesellschaftliche Praxis von neokorporatistischen Arrangements beherrscht. Die Eigenheiten des neokorporatistischen Regimes haben besonders deutlich die politökonomischen Theorien der »varieties of capitalism« herausgearbeitet.[69] Die Theorie einer solchen gesellschaftlichen Verfassung, in der organisierte Interessen quasi-öffentliche Funktionen ausüben, war in den siebziger Jahren besonders einflussreich, ehe sie von der einsetzenden Liberalisierungswelle der achtziger zurückgedrängt wurde.[70] Erst nach der großen Finanzkrise wird ihr wieder erhöhte Aufmerksamkeit zuteil.[71]

67 Am Beispiel der Zugangsrechte zu Informationen entwickelt Wielsch das Konzept eines »multilateralen Konstitutionalismus«, das die Rechtsverfassung der Wissensteilung nicht einseitig an den Funktionsanforderungen der Wirtschaft, sondern zugleich an denen anderer Systeme, besonders Wissenschaft und Kunst, orientiert, Wielsch, »Epistemische Analyse des Rechts«, S. 70; Dan Wielsch, *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen 2008, S. 31 ff.

68 Dazu vorzüglich Wolfgang Streeck und Lane Kenworthy, »Theories and Practices of Neocorporatism«, in: Thomas Janoski u. a. (Hg.), *The Handbook of Political Sociology*, Cambridge 2005, S. 441-460.

69 Ausländische Beobachter sahen sie sehr viel deutlicher als deutsche, die von der ideologischen Großkontroverse zwischen liberalen und sozialstaatlichen Konzepten geblendet, die Unterschiede zwischen der verbandsgesteuerten Wirtschaft in Kontinentaleuropa und ihrem marktgesteuerten Gegenpart in der anglo-amerikanischen Welt nicht ausreichend wahrnahmen. Zu den »varieties of capitalism« die Referenzquelle Peter A. Hall, David Soskice (Hg.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford 2005.

70 Führende Vertreter Wolfgang Streeck, »Korporatismus«, in: Stefan Gosepath u. a. (Hg.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 1*, Berlin 2008, S. 655-658; Wolfgang Streeck und Philippe C. Schmitter, *Private Interest Government: Beyond Market and State*, London 1985; Schmitter, »Still the Century of Corporatism?«.

71 »Neben den beiden Extremen Kommunismus und Kapitalismus gibt es noch

Der weitreichende Einfluss von Interessenverbänden in der Politik, der von Lobbyismus über Anhörungsrechte bis hin zu öffentlichen Funktionen von Verbänden reicht, die Institutionalisierung der gewerkschaftlichen Mitbestimmung in Unternehmen, die Steuerung von Märkten durch die Selbstverwaltung der Wirtschaft, die starke Rolle von Verbandsorganisationen in nahezu allen anderen gesellschaftlichen Sektoren, in Gesundheitswesen, Sport, Kultur, Wissenschaft, Erziehung, die duale Verfassung der Massenmedien – all diesen neokorporatistischen Arrangements, in denen die Repräsentation unterschiedlicher gesellschaftlicher Interessen institutionalisiert ist, liegen jeweils reale Verfassungen gesellschaftlicher Teilbereiche zugrunde, welche die konstitutiven Regeln für eine nicht-staatliche gesellschaftliche Regulierung bereithalten und zugleich ermöglichen, dass die Teilbereiche als Teilnehmer eines politischen Koordinationsprozesses fungieren können.

Bemerkenswert ist der Realismus, mit dem neokorporatistische Konzepte die Konkurrenz von staatlicher Regulierung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Konstitutionalisierungsprozess einschätzen. Gegenüber den Rigiditäten des autoritären Staatskorporatismus der dreißiger Jahre können sie erfolgreich darauf verweisen, dass nur frei gebildete gesellschaftliche Gruppen ohne Zwangsmitgliedschaft das Zusammenspiel von spontanen und organisierten Elementen in gesellschaftlichen Subsystemen produktiv zu nutzen in der Lage sind. Gegenüber sozialstaatlichen Allmachtsphantasien wiederum machen sie deutlich, dass die Mitbestimmung zwar durch staatliche Gesetzgebung institutionalisiert wurde, dass sie aber ohne die gesellschaftliche Selbstverfasstheit der Gewerkschaften und der Unternehmen weder politisch noch wirt-

Alternativen, zum Beispiel den skandinavischen oder den deutschen Weg. Das chinesische System hat der Bevölkerung durchaus Wohlstand gebracht, allerdings um den Preis grober Verstöße gegen die Menschenrechte. Das deutsche Sozialstaatsmodell hingegen hat sehr gut funktioniert. Es könnte auch ein Vorbild für die neue US-Regierung sein.« Joseph Stiglitz, »Deutschland muss mehr tun«, *Spiegel-Online* 02. April 2009. Ähnlich äußert sich schon vor der Finanzkrise aus wirtschaftshistorischer Sicht Werner Abelshauser, *Kulturkampf: Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlin 2003, S. 177 ff. Dagegen haben sich die Prophezeiungen, dass der Neokorporatismus in Zeiten der Globalisierung an sein Ende gekommen ist, so besonders Streeck, *Re-Forming Capitalism*, S. 230 ff., angesichts der schnellen Erholung der deutschen Wirtschaft nach der Finanzkrise als voreilig erwiesen.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 64-65 09.01.2012 08:44:34

schaftlich funktionieren kann. Gegenüber der etatistischen Kritik über die Herrschaft der Verbände schließlich heben sie die autokonstitutionellen Elemente einer Interessenmediation hervor, die im politischen System die funktionale Differenzierung der Gesellschaft zur Geltung bringt.[72]

Zugleich halten sie Distanz zur Konstitutionsökonomik. Wie diese betonen auch sie die Selbstkonstituierung gesellschaftlicher Institutionen, lassen sich aber nicht auf die künstlichen Annahmen der Rational Choice im Verfassungsprozess ein. Zudem heben sie hervor, dass der Einfluss gesellschaftlicher Selbststeuerung in hohem Maße von ihrer staatlich-rechtlichen Verfasstheit abhängt. Ebenso deutlich machen sie, dass die spontane Organisation von Arbeitnehmerinteressen erst durch das Mitbestimmungsrecht so auf Dauer gestellt wurde, dass ihr Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen relativ unabhängig von Markt- und Machtschwankungen stabilisiert werden konnte.

Die »trianguläre Konstitutionalisierung« gesellschaftlicher Teilsysteme, also die Arbeitsteilung zwischen Selbstkonstituierung in der Gesellschaft, Verfassungsinterventionen des Staates und Stabilisierung solcher Arrangements durch das Recht – das darf als der wichtige praktische und theoretische Beitrag des Neokorporatismus gelten. Das intrikate Zusammenspiel von gesellschaftlicher Eigenverfassung und ihrer Fremdverfassung durch Politik und Recht wird paradigmatisch in der Unternehmensmitbestimmung deutlich, in der die staatliche Steuerung durch Mitbestimmungs- und Betriebsverfassungsgesetz mit der gesellschaftlichen Selbstorganisation in Unternehmen und Gewerkschaften aufs engste aufeinander abgestimmt werden und die Gerichte die Balance immer wieder nachjustieren.

Die Achillesferse des Neokorporatismus war freilich stets die interne Verfassung der gesellschaftlichen Großorganisationen, deren Mangel an Repräsentativität und demokratischer Verfasstheit immer wieder Anlass zur Kritik bot.[73] Genau an dieser Stelle setzen komplementär dazu Theorien der »deliberative-participatory polyarchy« ein, die nicht nur die politische Relevanz zivilgesellschaftlicher Institutionen betonen, sondern ihr demokratisches Potenzial aufzudecken suchen und eine Programmatik ihrer Partizipationssteigerung entwerfen.[74] Parallel dazu haben Theorien der Zivilgesellschaft ein Verfassungsprogramm für die moderne Organisationsgesellschaft entworfen, wonach »die beschränkte Staatsgewalt wiederzuherstellen ist und die Detailsteuerung auf die Zivilgesellschaft zu übertragen, deren Organisationen zu politisieren und in konstitutionalisierte, demokratisch selbstverwaltende Gemeinschaften zu verwandeln sind.«[75]

72 Einen eingehenden Vergleich des autoritären und des gesellschaftlichen Korporatismus bietet Peter J. Williamson, *Varieties of Corporatism: A Conceptual Discussion*, Cambridge 1985, S. 137 ff.

73 Dazu ausführlich Gunther Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen 1978.

2. Societal Constitutionalism

Auf eine weitere Schwachstelle des Neokorporatismus konzentriert sich die soziologische Theorie des Societal Constitutionalism, wie sie von David Sciulli entwickelt wurde.[76] Der Neokorporatismus ist allzu stark dem Dualismus von Politik und Wirtschaft verpflichtet und blendet andere Gesellschaftssektoren und gesamtgesellschaftliche Zusammenhänge weitgehend aus. Wie schon der immer wieder verwendete Begriff der »Interessenmediation« nahelegt, versteht er sich allzu eng als Vermittlungsarrangement zwischen der institutionalisierten Politik und der Wirtschaft. In seinem Selbstverständnis geht es um die Ausdehnung der Politik auf Wirtschaftsverbände und Gewerkschaften, um deren institutionalisierte Interessenmediation zu den politischen Entscheidungen hin. Ein solches allzu politiknah gedachtes Konzept unterschätzt die Autonomie gesellschaftlicher Teilsysteme und deren Selbstorganisation in relativer Distanz zur institutionalisierten Politik. Zugleich ist das Konzept zu wirtschaftsnah gedacht, zu stark auf Wirtschaftsverbände, Unternehmen und Gewerkschaften bezogen. Hier wäre es notwendig,

74 Michael C. Dorf und Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Cambridge (Mass.) 2003.

75 Paul Hirst, »Democracy and Governance«, in: Jon Pierre (Hg.), *Debating Governance*, Oxford 2000, S. 13-35, hier S. 28. Vgl. auch Julia Black, »Constitutionalising Self-Regulation«, in: *Modern Law Review* 59 (1996), S. 24-55.

76 Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*; David Sciulli, »The Critical Potenzial of the Common Law Tradition: Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory«, in: *Columbia Law Review* 94 (1994), S. 1076-1123; David Sciulli, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York 2001.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 66-67 09.01.2012 08:44:34

in Richtung auf andere gesellschaftliche Eigenlogiken zu respezifizieren. Dieses Defizit korrigiert in der Tat die Theorie des Societal Constitutionalism, weil sie von vornherein auf die Gesamtgesellschaft in ihren unterschiedlichsten Teilbereichen und nicht bloß auf Politik und Wirtschaft abzielt.

Ausgehend von dem von Max Weber eindringlich analysierten Dilemma der verschiedenen Rationalisierungsprozesse der Moderne stellt Sciulli die Frage nach existierenden Gegenkräften zu einem massiven evolutionären Drift in Richtung eines zunehmenden Autoritarismus, der sich in vier Schüben manifestiert:

(1) Fragmentierung der Handlungslogiken mit den Folgen hochgetriebener Differenzierung, Pluralisierung und wechselseitige Abschottung separierter Sinnsphären: Jeder gesellschaftliche Handlungsbereich entwickelt seine eigenwillige formale Rationalität, die in einem unauflöslichen Konflikt mit den Rationalitäten anderer Bereiche befindet.

(2) Dominanz instrumenteller Kalkulation als der einzigen Rationalität, die bereichsübergreifend Anerkennung findet: Angesichts der Rationalitätenkollision der Moderne setzt sich hauptsächlich in Wirtschaft und Politik, aber zunehmend auch in den anderen Handlungssektoren allein die Logik des instrumentellen Kalkulierens durch.

(3) Umfassende Ablösung informeller Koordination durch bürokratische Organisation: In allen Lebensbereichen verbreiten sich zunehmend formale hierarchisch strukturierte und mit Expertenwissen ausgestattete Organisationen als Träger der formalen Rationalität aus.

(4) Zunehmende Einschließung in die »Gehäuse der Hörigkeit der Zukunft«: Besonders außerhalb der Politik nimmt in den gesellschaftlichen Bereichen die formale Organisierung des Handelns zu, dessen Auswirkungen zu einer umfassenden Regelorientierung des Individuums führen.

Dieser Drift endet gesellschaftsweit unausweichlich in einer Situation intensiver Konkurrenz um Machtpositionen und sozialen Einfluss, hochformalisierter sozialer Kontrolle und politischem und sozialem Autoritarismus. Die einzige gesellschaftliche Dynamik, die diesem evolutionärem Drift in der Vergangenheit effektiv entgegengearbeitet hat und in Zukunft Widerstand leisten kann, ist nach Sciulli in den Institutionen eines Societal Constitutionalism zu finden. Entscheidend sei die soziale Institutionalisierung der Prozeduren von (im Sinne der Rational Choice) nicht-rationalen Normierungen, die sich empirisch in »collegial formations«, das heißt in den spezifischen Organisationsformen der Professionen und anderer normproduzierender und deliberativer Institutionen identifizieren lassen und sich

> typischerweise nicht nur in öffentlichen und privaten Forschungsinstituten, künstlerischen und intellektuellen Netzwerken und Universitäten finden, sondern auch in parlamentarischen Gremien, Gerichten, Kommissionen, Berufsverbänden, ebenso wie in den Forschungsabteilungen privater und öffentlicher Unternehmen, ja sogar in den Vorständen und Aufsichtsräten öffentlicher und privater Unternehmen.[77]

Normative Konsequenz ist, die Autonomie solcher »collegial formations« öffentlich zu legitimieren, politisch zu garantieren und rechtlich abzusichern. Über die historisch verwirklichten Autonomiegarantien für religiöse Sphären, Tarifpartner, freie Vereinigungen hinaus sollen diese Garantien auch gelten für »Reflexionszentren innerhalb moderner Zivilgesellschaft, für Berufsverbände und für die Zentren professioneller Praxis in Unternehmen, Universitäten, Krankenhäusern, Künstlergruppen und anderswo.«[78]

Was all diese Varianten eines konstitutionellen Pluralismus von ihren sozialstaatlichen und ökonomischen Rivalen grundsätzlich unterscheidet, ist, welche Rolle sie der staatlichen Politik im Prozess der gesellschaftlichen Konstitutionalisierung zuweisen. Anders als in der Konstitutionsökonomik ist der Staat nicht darauf beschränkt, die minimalen Voraussetzungen einer autonomen Wirtschaftsverfassung zu normieren und sich Korrekturen nur im Falle selbstdestruktiver Tendenzen vorzubehalten. Aber der konstitutionelle Pluralismus identifiziert sich auch nicht mit der Verwirklichung politischer Gestaltungsziele überall in der Gesellschaft, wie es sozialstaatlichen Konzepten vorschwebt. Vielmehr konzentriert er die Rolle der Politik darauf, Verfassungsvorgaben für gesellschaftliche Teilbereiche in der Weise festzulegen, dass eine enge Kooperation von staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren die zentrifugalen Tendenzen der funktionalen Differenzierung im Zaum halten kann. Den politischen Institutionen des Nationalstaats wird die

77 Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, S. 80.
78 Ebda., S. 208.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 68-69 09.01.2012 08:44:34

Aufgabe der Integration konfligierender Subsysteme zugewiesen, jedoch nicht dadurch, dass sie kollektiv-verbindliche Sachentscheidungen treffen, sondern dadurch, dass sie die Kooperation gesellschaftlicher und politischer Organisationen koordinieren.[79]

Nach ernüchternden Erfahrungen, die man bisher mit einer durchgängigen politischen Steuerung gesellschaftlicher Prozesse gemacht hat, erscheint dies als eine durchaus realistische und zugleich anspruchsvolle Reduktion der Staatsfunktionen. Dies bedarf dann aber institutioneller Vorkehrungen, welche die autonomen Teilsysteme zur Kooperation mit der staatlichen Politik in die Lage versetzen oder sie zu dieser Kooperation nötigen. Das erfordert »eine Konstitutionalisierung der Beziehungen zwischen den organisierten gesellschaftlichen Akteuren, um ihre Autonomie zu schützen und ihre Gemeinverträglichkeit zu sichern.«[80] Die innere Konstitutionalisierung der Teilsysteme zielt also primär darauf, dass diese politikfähig, verhandlungsfähig, kompromissfähig und damit für die Koordinationsanstrengungen der Politik zu geeigneten Partnern werden.

In dieser Kooperationsorientierung wird zudem deutlich, wie sich die verschiedenen Konzepte eines konstitutionellen Pluralismus wechselseitig ergänzen. Für neokorporatistische Strategien, welche die kollektive Handlungsfähigkeit der Gesellschaftsbereiche herstellen müssen, damit diese als Ansprechpartner für die Politik fungieren, stellt die Differenz von Funktionssystem und formaler Organisation ein höchst prekäres Problem dar. Denn die Funktionssysteme selbst sind nicht handlungsfähig, nicht kommunikationsfähig, nicht verhandlungsfähig, nicht politikfähig. An ihrer Stelle müssen formale Organisationen einspringen, die als Kollektivakteure über diese Fähigkeiten verfügen, selbst dann, wenn sie für den gesamten von ihnen vertretenen Bereich grundsätzlich nicht repräsentativ sein können.[81] Zusätzlich muss dann aber gesichert

79 Die wohl anspruchsvollste Steuerungstheorie, die dem Staat die Koordination von Abstimmungsprozessen zwischen autonomen Teilsystemen zuweist, hat Helmut Willke entwickelt. Helmut Willke, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1992; Helmut Willke, *Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*, Stuttgart 1995.

80 Willke, *Ironie des Staates*, S. 358.

81 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 843.

sein, dass die zahlreichen Organisationen des Funktionsbereichs über hierarchische Spitzenorganisationen oder wenigstens über dichte Netzwerke ausreichend zentralisiert sind, um in korporatistischen Verhandlungssystemen teilnahmefähig zu sein. Auf die inneren Problemlösungsfähigkeiten der Kollektivakteure wiederum zielen die Strategien der »deliberative-participatory polyarchy« mit ihren Anforderungen an die Konstitutionalisierung gesellschaftlicher Institutionen. Und die Strategie des Societal Constitutionalism sucht die Reflexionsfähigkeit gesellschaftlicher Institutionen durch die Einrichtung von »collegial institutions« zu steigern.

Offensichtlich ist ein solches Arrangement auf die speziellen Bedingungen des Nationalstaats zugeschnitten. Besonders die Untersuchungen von Wolfgang Streeck haben gezeigt, dass sich der konstitutionelle Pluralismus zwar als recht erfolgreich erwiesen hat, dass er aber auf soziale und institutionelle Bedingungen angewiesen ist, die nur in nationalstaatlichen Kontexten anzutreffen sind.[82] Dazu gehört vor allen Dingen, dass der politische Prozess und die staatlichen Organisationen über ausreichende Macht und kognitive Ressourcen verfügen, um den komplizierten Koordinationsprozess zwischen auseinanderstrebenden Teilsystemen zu bewerkstelligen. Diese Bedingungen trifft man bisher ausschließlich im Nationalstaat an. Dazu gehören aber auch gesellschaftliche Bedingungen, die ihrerseits nur im nationalstaatlichen Rahmen vorhanden sind: eine Vernetzung von gesellschaftlichen Organisationen, die auf dem Prinzip generalisierter Reziprozität zu langfristiger Kooperation bereit sind und die in Erwartung künftiger Vorteile auch kurzfristige Einschränkungen ihrer Handlungsoptionen hinnehmen. Das wirft die Frage auf, ob unter den Bedingungen der Globalisierung Äquivalente eines solchen konstitutionellen Pluralismus auszumachen sind. Auf welche fundamentale Problematik der Gesellschaftskonstitutionalismus reagiert, dürfte in der Diskussion der unterschiedlicher Konzeptionen deutlich geworden sein: externen Druck aufzubauen, um sowohl die negativen Externalitäten als auch die zentrifugalen Tendenzen autonomer Teilsysteme durch ihre Selbstbeschränkung einzudämmen. Dies Problem dürfte sich unter Bedingungen der Globalisierung weitaus schärfer stellen als im Nationalstaat.

82 Streeck, *Re-Forming Capitalism*; Streeck und Kenworthy, »Theories and Practices of Neocorporatism«.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 70-71 09.01.2012 08:44:34

Drittes Kapitel: Transnationale Verfassungssubjekte – Regimes, Organisationen, Netzwerke

I. Eigenstrukturen des Globalen

Wie verändert sich die Situation in der Globalisierung? Bekanntlich bedeutet Globalisierung vor allem, dass die Dynamik der funktionalen Differenzierung, die historisch zuerst in den Nationalstaaten Europas und Nordamerikas realisiert wurde, nun den gesamten Erdball ergreift. Dies heißt freilich nicht, dass sich alle Teilsysteme gleichzeitig und gleich intensiv weltweit rekursiv vernetzen. Religion, Wissenschaft, Wirtschaft sind als Weltsysteme fest etabliert, während Politik und Recht immer noch im Schwerpunkt nationalstaatliche Prozesse sind.[1] Ihre grenzüberschreitenden Kommunikationen werden auch heute überwiegend durch inter-nationale Beziehungen der aggregierten Einheiten organisiert. Genuin transnationale Politik- und Rechtsprozesse, in denen sich die Kommunikationen weltweit direkt miteinander vernetzen, ohne die Vermittlung der Nationalstaaten in Anspruch zu nehmen, bilden sich erst allmählich heraus. Internationale Politikbeziehungen, Völkerrecht und internationales Privatrecht werden nur langsam von transnationalen Politik- und Rechtsprozessen überlagert.

Aus dieser Ungleichzeitigkeit entsteht im Vergleich zur nationalstaatlichen Situation ein gesteigerter Bedarf für die innere Verfassung der globalisierten Teilsysteme. Er ergibt sich zunächst daraus, dass sich die Koordinierungsproblematik verschärft. Wenn sich die Funktionssysteme weltweit rekursiv vernetzen und sich damit von der Dominanz der nationalstaatlichen Politik emanzipieren, fehlt es an einer limitierenden Instanz, die ihre zentrifugalen Tendenzen eindämmt und ihre Konflikte reguliert.[2] Mit dieser Koordinationsfrage ist aber die konstitutionelle Problematik nicht erschöpft. Wie besonders Prandini gezeigt hat, ist die Koordination autonomer Systeme, die auf die extern erzwungene Limitierung ihrer Handlungsoptionen hinausläuft, nur eine Teilfrage der umfassenderen Verfassungsproblematik, die aus ihrer hochgetriebenen Autonomie resultiert.[3] Das vorgelagerte Verfassungsproblem betrifft die Frage, ob – und wenn ja wie – die Subsysteme auf der globalen Ebene ein hohes Ausmaß an Autonomie erlangen, wenn es keine politisch-rechtlichen Institutionen gibt, die diesen Prozess unterstützen und wenn ihn nationalstaatlich organisierte Politik und Recht mit ihren territorialen Geltungsansprüchen sogar behindern. Hier sind die Ungleichzeitigkeiten der Globalisierung dafür verantwortlich, dass ein Konflikt zwischen der *Selbstkonstituierung* autonomer globaler Sozialsysteme und ihrer politisch-rechtlichen *Konstitutionalisierung* aufbricht.[4]

Im Nationalstaat verlief beides synchron. Territorialität fungierte als Basis nicht nur der politischen Verfassung, sondern zugleich der Verfassungen anderer gesellschaftlicher Teilsysteme. Territorialität darf dabei nicht geographisch verstanden werden, sondern als symbolischer Raum von Machtbeziehungen.[5] Sobald Macht auf der Grundlage physischer Gewalt als autonomes Kommunikationsmedium der Politik etabliert wird, formt sie sich nicht als konkrete Relation zwischen Machthaber und Unterworfenen aus, sondern als abstrakter asymmetrischer Geltungsanspruch innerhalb eines Territoriums, der nicht nur Menschen ergreift, sondern auch materielle Ressourcen und Interaktionen. Dies hat dann auch Auswirkungen auf andere autonome Teilsysteme, weil die politisch-rechtlichen Infrastrukturleistungen für die Autonomie der Teilsysteme territorial gebunden bleiben.[6] Die langen historischen Prozesse der Selbstkonstituierung, in denen sich autonome operativ geschlossene Teilsysteme herausbilden, sind zwar im Prinzip unabhängig von terri-

1 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 145 ff., 806 ff.

2 Eingehend zur Koordination verschiedener Systemrationalitäten als Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft Fischer-Lescano und Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 25 ff.; siehe auch Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, 494, 533.

3 Prandini, »Morphogenesis of Constitutionalism«, S. 312 ff.

4 Mit dem Begriffspaar Konstituierung/Limitierung sind Verfassungsfunktionen, mit dem Begriffspaar Konstituierung/Konstitutionalisierung Verfassungsprozesse angesprochen, deren Merkmale ausführlicher im 4. Kapitel I und III diskutiert werden. Im jetzigen Kapitel geht es vorrangig darum, die neuen transnationalen Verfassungseinheiten zu bestimmen, wofür es genügt, Verfassungsfunktionen und -prozesse nur vorläufig zu kennzeichen.

5 Robert D. Sack, *Human Territoriality: Its Theory and History*, Cambridge 1986, S. 19, 31 ff.

6 Zur gesellschaftsintegrierenden Rolle der territorial ausgeübten Einheit von Staat und Recht Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood«, S. 30 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 72-73 09.01.2012 08:44:34

torialen Grenzen; sie sind nur von der möglichen Reichweite der Kommunikationsmedien abhängig. Aber die politisch-rechtliche Konstitutionalisierung ihrer Selbstkonstituierung ist an territoriale Grenzen gebunden. Sofern die Verselbständigung gesellschaftlicher Teilsysteme von konstitutionellen Infrastrukturleistungen durch die Politik und das Recht der Nationalstaaten begleitet, stabilisiert, verstärkt und zugleich in ihren Wirkungen begrenzt wird, wirkt dies nur innerhalb der Grenzen des Territorialstaats. Entsprechend erheben nicht nur die politischen Verfassungen ihren Geltungsanspruch in den territorialen Grenzen des Nationalstaats und beschränkten ihn zugleich darauf, sondern auch die Verfassungen der Wirtschaft, der sozialen Sicherung, des Pressewesens, des Gesundheitswesens und in gewissem Grade auch die der Wissenschaft und der Religion. Deshalb entsteht eine latente Spannung zwischen territorial ungebundenen Funktionssystemen und ihren territorial gebundenen Verfassungen. Die Wirtschaft kommuniziert tendenziell global, die Wirtschaftsverfassungen aber etablieren sich national. Der Wahrheitsanspruch der Wissenschaft ist universal, die Wissenschaftsverfassungen aber bleiben national. Zwar haben all diese Teilsysteme, im Unterschied zu Politik und Recht, ihre Selbstkonstituierung nie auf territoriale Grenzen beschränkt. Aber da die infrastrukturellen Unterstützungsleistungen der Politik und des Rechts ausschließlich in den territorialen Grenzen des Nationalstaats geliefert wurden, verlief auch die institutionalisierte Kommunikation der Teilsysteme im Schwerpunkt innerhalb der territorialen Grenzen.

Diese Spannung zwischen Selbstkonstituierung und Konstitutionalisierung gesellschaftlicher Funktionssysteme, die schon zur Zeit des Nationalstaats besteht, verschärft sich mit der Globalisierung der Kommunikationsmedien. In der Globalisierung fungieren Staatsgrenzen nicht mehr als Sinngrenzen zwischen sozialen, ökonomischen und kulturellen Sphären.[7] Nun driften die Prozesse globaler Selbstkonstituierung und die nationalstaatlicher Konstitutionalisierung endgültig auseinander.[8] Dadurch entsteht ein Druck, auch die Konstitutionalisierung der Teilsysteme zu de-territorialisieren. Doch findet die trianguläre Konstellation Politik-Recht-Teilsystem, die, wie im vorherigen Kapitel gezeigt, im Nationalstaat die gesellschaftlichen Teilverfassungen getragen hat, im globalen Kontext kein Gegenstück. Sowohl ihre Beiträge zur Freisetzung als auch die zur Begrenzung von Systemautonomie fallen jetzt aus.

Deutlich wird dies besonders für die oben erörterte neokorporatistische Variante des gesellschaftlichen Konstitutionalismus. Weil sie die Handlungsoptionen gesellschaftlicher Institutionen drastisch begrenzte, konnte sie gleichzeitig ein höheres Maß an Autonomie freisetzen. Was hier an Feinabstimmung zwischen gesellschaftlichen Organisationen und politischen Institutionen geleistet wurde, ist jedoch im globalen Maßstab nicht zu wiederholen. Und das Ausmaß an wechselseitigem Vertrauen und sozio-kulturellem Normenkonsens, das hier vorausgesetzt wurde, ist nicht globalisierbar.[9] Schon auf der europäischen Ebene, wo man mit Institutionen des »Sozialen Dialogs« zwischen der Europäischen Kommission, der Konföderation Europäischer Gewerkschaften und europäischen Wirtschaftsverbänden experimentiert, erweist sich eine Aufblähung des neo-korporatistischen Modells über den Nationalstaat hinaus, als wenig erfolgreich.[10] Im globalen Maßstab aber dürften korporatistische Arrangements vollends scheitern. Es bleibt bei dem Widerspruch, dass die Selbstreproduktion gesellschaftlicher Teilsysteme in globalen Bahnen verläuft, dass aber für ihre politisch-rechtliche Konstitutionalisierung nur nationalstaatliche Institutionen zur Verfügung stehen. Diese Diskrepanz hat tief greifende Konsequenzen im Hinblick darauf, wie sich im Weltmaßstab die Gewichte im Dreieck Politik-Recht-Teilsystem als Träger des gesellschaftlichen Konstitutionalismus verschieben. Und es stellt sich die Frage, welche Verfassungssubjekte an Stelle der Nationalstaaten die Konstitutionalisierung weltgesellschaftlicher Teilbereiche vorantreiben. Welche Verfassungssubjekte werden in der Lage sein, die neue konstitutionelle Problematik in der Globalisierung – die Fragmentierung der Weltgesellschaft, die Deformalisierung ihrer

7 Alexander D. Murphy, »The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations«, in: Thomas Biersteker, Cynthia Weber (Hg.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge 1996, S. 81-120, hier S. 90.

8 Dazu mit reichem Material Saskia Sassen, *Das Paradox des Nationalen*, Frankfurt/M. 2008, S. 249 ff., 517 ff.

9 Streeck, *Re-Forming Capitalism*, S. 93 ff.

10 Nachweise bei Wolfgang Streeck und Philippe C. Schmitter, »From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market«, in: *Politics and Society* 19 (1991), S. 133-164.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 74-75 09.01.2012 08:44:35

Rechtsstrukturen ebenso wie die neuen Formen weltgesellschaftlicher Steuerung und die fragwürdige Legitimität der neuartigen Global Governance[11] – zu bewältigen? Kann das System internationaler Politik diese Rolle übernehmen? Oder werden die globalen Funktionssysteme selbst zu den neuen Verfassungssubjekten? Oder treten andere transnationale Sozialgebilde – Regimes, formale Organisationen, Netzwerke, Assemblagen, Konfigurationen, Konstellationen oder Ensembles[12] – an ihre Stelle?

II. Gesellschaftliche Konstitutionalisierung durch die Staatenwelt?

1. UN-Charta

Führungsansprüche auf eine Konstitutionalisierung der Weltgesellschaft in toto haben in erster Linie die Vereinten Nationen erhoben. Die UN-Charta soll in der politisch-philosophischen Interpretation von Jürgen Habermas eine konstitutionelle Ordnung herstellen, in der die Mitgliedstaaten sich nicht mehr ausschließlich als Partner internationaler Verträge verstehen dürfen, sondern »zusammen mit ihren Bürgern als konstitutive Teile einer politisch verfassten Weltgesellschaft.«[13] In dieser Sicht ist die Charta über ihren bloß vertraglichen Charakter hinausgewachsen und hat zusammen mit anderen fundamentalen Völkerrechtsverträgen wie der Internationalen Menschenrechtskonvention, der Konvention gegen Rassendiskriminierung und dem Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs den Charakter einer genuinen Verfassung der internationalen Gemeinschaft angenommen.[14] Besonders relevant in unserem Zusammenhang ist der Anspruch der Vereinten Nationen, nicht nur die internationale Politik im engeren Sinne, sondern auch die großen weltgesellschaftlichen Problembereiche zu verfassen. Besonders die internationale Arbeitsorganisation ILO, die Weltgesundheitsorganisation WHO, die Unicef und andere Unterorganisationen der UNO haben wichtige Vorstöße unternommen, um Verfassungsnormen für weltgesellschaftliche Teilbereiche zu entwickeln.[15]

Dass hier »Verfassungsillusionen« – Phantasmen der Verfassung eines Weltstaats – gepflegt werden, hat die polemische Kritik an diesen Ambitionen ausreichend aufgedeckt.[16] In der Tat überträgt man hier nationalstaatliches Verfassungsdenken unkritisch auf globale Verhältnisse und überfordert die UNO mit dem Anspruch, gleichsam als ein aufgeblähtes nationalstaatliches Kollektiv eine kosmopolitische Verfassung zu normieren. Hinter diesen Vorstellungen wirkt der »methodologische Nationalismus«, der als Element internationaler Beziehungen nur Staaten und deren Zusammenschlüsse anerkennt, geradezu als ein *obstacle epistémologique*. Selbst für globale Verhältnisse kann er die Verfassungsfixierung auf ein staatliches Gebilde nicht überwinden.[17] Eine realistische Einschätzung wird solche Übertreibungen zurückstutzen, dabei aber auch die in

11 Rasilla del Moral, »At King Agramant's Camp«, S. 601 ff.

12 Assemblagen, Konfigurationen, Konstellationen und Ensembles sind im Gegensatz zu Regimes und Netzwerke hoch unbestimmte Sozialgebilde, die nicht in die gängigen soziologischen Kategorien zu passen scheinen. Zu Assemblagen Sassen, *Paradox des Nationalen*, S. 249 ff.; zu Konfigurationen Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, 517 ff.; zu Ensembles Mireille Delmas Marty, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford 2009.

13 Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, S. 159. Für eine Weltverfassung plädiert auch Höffe, »Vision Weltrepublik«.

14 Besonders akzentuiert Fassbender, »We the Peoples of the United Nations«; Bardo Fassbender, »The Meaning of International Constitutional Law«, in: Douglas M. Johnston, Ronald StJ. Macdonald (Hg.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden 2005, S. 837-851; Pierre-Marie Dupuy, »L'unité de l'ordre juridique international«, in: *Recueil des Cours* 297 (2002), S. 9-489; Pierre-Marie Dupuy, »The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1 (1997), S. 1-33.

15 Zu einigen exemplarischen Entwicklungen von Verfassungsnormen Walter, »Constitutionalizing (Inter)national Governance«.

16 Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, S. 247 ff. Aus soziologischer Perspektive Rudolf Stichweh, »Dimensionen des Weltstaats im System der Weltpolitik«, in: Mathias Albert, Rudolf Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler Strukturbildung*, Wiesbaden 2007, S. 25-61, besonders S. 34 f.

17 Treffende Kritik bei Daniel Chernilo, *A Social Theory of the Nation-State: The Political Forms of Modernity beyond Methodological Nationalism*, London 2007; Ulrich Beck und Natan Sznaider, »Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences: A Research Agenda«, in: *The British Journal of Sociology* 57 (2006), S. 1-23; Andreas Wimmer und Nina Glick-Schiller, »Methodological Nationalism and Beyond: Nation State Building, Migration and the Social Sciences«, in: *Global Networks. A Journal of Transnational Affairs* 2 (2002), S. 301-334.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 76-77 09.01.2012 08:44:35

der UNO tatsächlich entstehenden verfassungsrechtlichen Normkomplexe herausarbeiten müssen. Unübersehbar hat die UNO selbst einen Konstitutionalisierungsprozess durchlaufen, aber dabei entsteht keineswegs eine Weltverfassung, sondern sehr viel beschränkter die Verfassung einer formalen Organisation. Organisationsverfassung, nicht Weltverfassung – das ist die konstitutionelle Realität der UNO. Wenn sie darüber hinausgehende Ambitionen zu verwirklichen sucht, sind diese bestenfalls politische Impulse für anderswo ablaufende Konstitutionalisierungsprozesse. Das gilt insbesondere für die Normierungen, die die ILO, die WHO, die Unicef und die Menschenrechtskommission für ihre Regulierungsbereiche erlassen.[18]

2. Soft Law der Staatenwelt

Ein anschauliches Beispiel dafür, dass die Staatenwelt bei der Verfassung gesellschaftlicher Institutionen nur die reduzierte Rolle eines Impulsgebers spielt, bietet das Zusammenspiel von privaten und öffentlichen Codes of Conduct für multinationale Unternehmen.[19] Hier zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen der Rolle des Staats in nationalen Unternehmensverfassungen einerseits und globalen andererseits. Das völkerrechtliche »soft law«, das die UNO in Codes of Conduct für verschiedene globale Institutionen formuliert, ist nicht mit den verbindlichen verfassungsrechtlichen Normen vergleichbar, wie sie nationalstaatliche Parlamente und Verfassungsgerichte für gesellschaftliche Teilbereiche vorschreiben. Die andersartigen Bedingungen der transnationalen Konstitutionalisierung, insbesondere die hochgetriebene Autonomie der

18 Kritisch zum weltverfassungsrechtlichen Anspruch der UNO Karl-Heinz Ladeur und Lars Viellechner, »Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes«, in: *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 42-73, hier S. 46 f.

19 U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Sub-Comm. on the Promotion & Prot. of Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights: Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12 (30. Mai 2003). Dazu im Detail Gunther Teubner, »Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Corporate Codes of Conduct«, in: Grundmann. Stefan u. a. (Hg.), *Unternehmen, Markt, Verantwortung: Festschrift für Klaus Hopt*, Berlin 2010, S. 1449-1470.

transnationalen Unternehmen, haben gegenüber den nationalstaatlichen Unternehmensverfassungen die Beziehungen zwischen staatlichen und privaten Kollektivakteuren fundamental verändert. In den drastischen Worten eines Beobachters: »Der Vertrag ersetzt das Gesetz; Beziehungsnetzwerke ersetzen die politische Gemeinschaft; Interesse ersetzt Territorium; Regulierungsobjekte werden zu Regulierungssubjekten«[20]

In den nationalstaatlichen Unternehmensverfassungen Europas fand die Verknüpfung von staatlichen und privaten Normen bekanntlich in drei klar hierarchisch gegliederten Formationen statt. Der Neokorporatismus organisierte sich zu einem großen Teil so, dass er in die Willensbildung staatlicher Gesetzgebung Einlass fand, die dann ihrerseits gesellschaftliche Organisationen nach neokorporatistischen Prinzipien verfasste. Die Unternehmensverfassung beruhte auf dem Primat des Staats in Form von verfassungsrechtlichen und einzelgesetzlichen Normierungen. Der Staat organisierte die neokorporatistische Kooperation von Kapital, Arbeit und Staat durch Mitbestimmungsregeln im Aufsichtsrat, durch Entscheidungsrechte des Betriebsrats und durch die Normen des Tarifsystems. Das staatliche Privat- und Gesellschaftsrecht erließ Haftungsregeln und ordnete die Ausrichtung des Unternehmensinteresses auf verschiedene Stakeholder-Interessen und auf das Gemeinwohl an. In den Problembereichen Arbeitsschutz, Produktqualität und Umweltschutz schrieb der Staat drastische Beschränkungen der Unternehmensaktivitäten vor. Die privaten Normierungen der Unternehmen dagegen waren staatlichem Recht klar untergeordnet; sie blieben auf die Autonomieräume begrenzt, die staatliche Normierungen ihnen ließen.

Diese nationalstaatliche Normenhierarchie lässt sich im Begriffspaar Hard Law/Soft Law fassen. Der Staat erließ Hard Law im Gesellschaftsrecht, Mitbestimmungsrecht, Arbeitsrecht und Regulierungsrecht in Form von verbindlichen und sanktionsbewehrten Normen. Unternehmensinterne Normen waren dagegen nur eine Spielart von Soft Law, weil sie als Ausdruck der Privatautonomie nicht als genuine Rechtsnormen anerkannt waren, zudem weil ihre Verbindlichkeit und Durchsetzung von staatlicher Anerkennung

20 Larry Catá Backer, »Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation«, in: *ILSA Journal of International & Comparative Law* 14 (2008), S. 1-26; hier S. 26.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 78-79 09.01.2012 08:44:35

abhing und schließlich weil sie der Kontrolle staatlicher Gerichte unterworfen waren, als deren Resultat sie häufig aufgehoben oder verändert wurden.

Gegenüber dieser traditionellen Hierarchie sind nun in den transnationalen Codes of Conduct Normierungen zu beobachten, die sich den traditionellen Kategorien nicht fügen.

Von den klassischen Rechtsbegriffen aus – wenn man zum Beispiel Recht als sanktionierten Befehl staatlicher Organe begreift – lässt sich die Veränderung der Art, wie Recht ist, was es ist, kaum fassen. Rechtsbegriffe der Rechtswissenschaft, die auf ein Entweder/Oder der Geltung zugeschnitten sind, eignen sich nicht dazu, sublime Verschiebungen in der Art, wie Recht seine Funktion erfüllt und als Sinn erlebt wird, aufzudecken.[21]

In den Codes ist geradezu eine Inversion der Hierarchie zwischen staatlichem Recht und Private Ordering zu beobachten. Eine Umkehrung findet besonders in der Hard-Law/Soft-Law-Qualität der staatlichen und der privaten Corporate Codes statt. Jetzt sind die Normen der Staatenwelt nur noch »soft law«, während das bloße Private Ordering der transnationalen Unternehmen zu »hard law« erstarkt.

Die völkerrechtlichen Normen, die etwa die UNO in den Codes of Conduct für transnationale Unternehmen in Kraft gesetzt haben, sind nicht mit den verbindlichen Normen vergleichbar, wie sie nationalstaatliche Parlamente und Verfassungsgerichte für die Unternehmensverfassung erlassen. Zwar war ursprünglich in den »Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations« von 2003 geplant, dass eine supranationale Regulierungsinstanz mit völkerrechtlich verbindlichen und sanktionsbewehrten Normen das Verhalten der transnationalen Unternehmen unmittelbar regelt.[22] Doch der massive Widerstand einflussreicher Nationalstaaten und der Interessenvertretungen der Unternehmen markierte die Wende. Die zuletzt verabschiedete Fassung enthielt nur noch »soft law«: unverbindliche Empfehlungen, deren Umsetzung nicht mit Rechtssanktionen erzwungen werden kann.[23]

Die unternehmensinternen Codes wiederum sind zwar nicht-staatliches »private ordering«, aber sie sind geltendes Recht, sie verfügen über hohe Verbindlichkeit und sind mit effektiven Sanktionen ausgestattet. Ihren genuinen Rechtscharakter bestreitet zwar die Privatrechtsdogmatik immer noch vehement, da sie auf der staatlichen Ableitung normativer Geltungsansprüche besteht und Private Ordering selbst nicht als Recht anerkennt.[24] Und erst allmählich gewinnen ökonomisch und soziologisch inspirierte Rechtskonzepte an Boden, die den privaten Normordnungen transnationaler Akteure – unter bestimmten Bedingungen – Rechtscharakter zusprechen.[25] Doch ob nun Recht oder Nicht-Recht: Die unternehmensinternen Codes sind für die Akteure unmittelbar verbindlich und sind mit wirksamen Sanktionen ausgestattet, die von eigens dafür eingerichteten Compliance Departments vollzogen werden.[26]

Dadurch schotten sich die unternehmensinternen Organisationsregeln von den staatlichen Regelwerken ab. Im direkten Gegensatz zu der üblichen normhierarchischen Beziehung zwischen staatlichen und privaten Normen fungieren die staatlichen Codes nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Geltung der privaten Codes der transnationalen Unternehmen. Sie beziehen ihre Geltung aus einer eigenständigen Verbindung primärer und sekundärer Normen in der Welt des Private Ordering. Sie bilden ein nicht-staatliches geschlossenes System normativer Geltung, das selbst in sich

21 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen 1987 [1972], S. 341.

22 Siehe S. ••, Fn. 19.

23 Dazu mit klugen Beobachtungen Backer, »Multinational Corporations as Objects and Sources«.

24 Die Art, wie die traditionelle Doktrin private ordering behandelt, unterzieht einer scharfsinnigen Kritik Johannes Köndgen, »Privatisierung des Rechts: Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 206 (2006), S. 477-525, hier S. 479 ff.

25 In neomonistischer Perspektive ebda., S. 508 ff.; Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, S. 182 ff.; Ralf Michaels, »The Re-State-ment of Non-State-Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism«, in: *Wayne Law Review* 51 (2005), S. 1209-1259, hier S. 1224 ff.; Erich Schanze, »International Standards: Functions and Links to Law«, in: Peter Nobel (Hg.), *International Standards and the Law*, Bern 2005, S. 83-103. In rechtspluralistischer Perspektive Gunther Teubner, »Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus«, in: *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), S. 255-290, hier S. 267 ff. Der Unterschied beider liegt darin, dass der Neomonismus stets nach staatlichen Inklusionsnormen (auch ungeschriebenen!) suchen muss, während der Rechtspluralismus die Inklusion in ein globales Rechtssystem (das auch private Ordering umfasst) voraussetzt.

26 Dazu mit reichem empirischen Material Martin Herberg, *Globalisierung und private Selbstregulierung: Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, Frankfurt/M. 2007.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 80-81 09.01.2012 08:44:35

hierarchisch aufgebaut ist. Die obere Ebene enthält die [illegible]zipien der Unternehmensverfassung, die mittlere Ebene normi[illegible]urchsetzung und Überwachung, die untere Ebene enthält die konkreten Verhaltensanweisungen. Ihre Geltungsgrundlage [illegible]ugen sie also selbst in eigenen konstitutionellen Normierunge[illegible]e die unternehmensinternen Normen, die Verhalten nach dem Rechtscode beurteilen, selbst einem Verfahren unterwerfen, in dem sie nach dem Verfassungscode beurteilt werden.

In der Sache erzeugen also die Codes of Conduct der Staatenwelt bloße Verfassungsimpulse, die – gewiss einflussreiche – internationale Organisationen in Richtung der beteiligten weltgesellschaftlichen Teilbereiche aussenden. Ob sie sich dort zu konstitutionelle Normen verdichten, wird nicht von der Staatenwelt, sondern in deren Binnenprozessen entschieden.

3. Konstitutionalisierung durch Völkerrecht und Global Administrative Law

Auch die viel diskutierte »Konstitutionalisierung des Völkerrechts«[27] spielt für die Konstitutionalisierung weltgesellschaftlicher Teilbereiche außerhalb der internationalen Politik eine nur untergeordnete Rolle. Hier schieben sich drei Normenkomplexe – jus cogens, Normen mit Geltungsanspruch erga omnes und Menschenrechte – in den Vordergrund, die in der Tat verfassungsrechtliche Qualitäten aufweisen. Gegenüber den Zweifeln, ob es sich hierbei nicht bloß um einfachrechtliche Beschränkungen von Staatsvereinbarungen handelt, hat Peters am Beispiel der globalen Menschenrechte überzeugend deren verfassungsrechtliche Qualität anhand von fünf Kriterien herausgearbeitet: (1) sie limitieren die Souveränität der Einzelstaaten; (2) sie machen einen Katalog von fundamentalen Werten universal verbindlich; (3) sie etablieren eine Normhierarchie, in der zwingendes höheres Recht einfachem Recht vorgeht; (4) sie sind nicht nur Programmsätze, sondern positives Völkerrecht mit Verfassungsrang; (5) als verfassungsrechtliche Dogmatik

27 Wichtiger Anstoß: Frowein, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts«. Zur neueren Diskussion: Dunoff und Trachtman (Hg.), *Ruling the World?*; de Wet, »International Constitutional Order«; Peters, »Compensatory Constitutionalism«. Zu den Vorläufern dieser Debatte und ihren politischen und theoretischen Hintergründen informativ Rasilla del Moral, »At King Agramant's Camp«, S. 583 ff.

schaffen sie die Argumentationsbasis für richterliche Fortbildungen des internationalen Verfassungsrechts.[28] Ihre Verfassungsqualität wird besonders dadurch deutlich, dass sie als Ausprägungen universeller Werte auf das Element des Staatenkonsenses verzichten und ihre Bindungskraft auch gegen nicht-konsentierende Staaten entfalten sollen. Solche genuinen Verfassungsnormen entstehen im Umbau des Völkerrechts von einer bloßen Vertragsordnung souveräner Staaten zu einer eigenständigen Rechtsordnung, die sich im »ordre public transnational« ihr Fundament mit verfassungsrechtlichen Normen selbst schafft. Erst diese Konstitutionalisierung erlaubt dem Völkerrecht, das für eine bloß vertragliche Ordnung, die keinen Gegenhalt in einer umfassenden Rechtsordnung besitzt, Undenkbare zu tun – auch gegen den ausdrücklichen Willen der Vertragsparteien zwingende Normen aufzustellen, die sich nicht aus den Staatsverträgen, sondern aus der Gemeinwohlorientierung der Rechtsordnung legitimieren.[29]

Wenn auch die Bedeutung eines solchen transnationalen »Verfassungsrechts im Werden« nicht bestritten werden kann, muss man sich doch des sektoralen Charakters auch dieser Entwicklung bewusst bleiben. Die drei genannten Normenkomplexe sind verfassungsrechtliche Beschränkungen völkerrechtlicher Vereinbarungen und wirken entsprechend nur innerhalb der internationalen Politikbeziehungen im engen Sinne. Von einer »internationalen Verfassung« zu sprechen, wie es Thornhill tut, macht also dann und nur dann Sinn, wenn man sie auf die Prozesse der internationalen Politik im engeren Sinne begrenzt.[30] Selbst bei Mattias Kumm, der

28 Peters, »Compensatory Constitutionalism«, S. 585 ff.; zum gleichen Ergebnis anhand etwas anderer Kriterien gelangt Stephen Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge 2008, S. 233-257.

29 Karsten Nowrot, »Die transnationale Verantwortungsgemeinschaft im internationalen Wirtschaftsrecht«, in: Christian Tietje, Karsten Nowrot (Hg.), *Verfassungsrechtliche Dimensionen des internationalen Wirtschaftsrechts*, Stuttgart 2007, S. 55-101, hier S. 59 ff.; Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, Oxford 2001, S. 123 ff., 284 ff.

30 Chris Thornhill (2011), *Public Law and the Emergence of the Political, Conference: After Public Law, University of Edinburgh* ⟨http://www.law.ed.ac.uk/conferences/afterpubliclaw/files/CT%20-%20Public%20Law%20and%20the%20Emergence%20of%20the%20Political.doc⟩.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 82-83 09.01.2012 08:44:35

die bisher fundierteste theoretische Begründung eines internationalen Konstitutionalismus über universalistische Prinzipien gibt, wird an diesen Verfassungsprinzipien – Legalität, Subsidiarität, Partizipation, Verantwortlichkeit, Grundrechte – deutlich, dass es sich nur um die Teilverfassung der Politik der Weltgesellschaft und nicht um die Gesamtverfassung der Welt oder um die Verfassung anderer globaler Sozialsysteme handelt.[31] Kein Wunder, dass das Völkerrecht ebenso wie die Konzepte seiner Konstitutionalisierung gegenüber der Lex mercatoria und anderen auf Privatautonomie beruhenden globalen Normordnungen eine eigentümlich indifferente Haltung einnehmen, besser gesagt: diese schlicht ignorieren.[32] Das Völkerverfassungsrecht ist nicht in der Lage, das zu tun, was sozialstaatlichen Normierungen im Nationalstaat erfolgreich gelungen ist, nämlich die Konstitutionalisierung der gesellschaftlichen Bereiche zu vollziehen.

Als ein Teilgebiet des Völkerrechts ist das »global administrative law« der neueste Kandidat für eine Konstitutionalisierung weltgesellschaftlicher Teilbereiche.[33] Im Jahre 2004 wurden mehr als zweitausend globale Regulierungsinstanzen in der Form von internationalen oder intergouvernementalen Organisationen gezählt.[34] Im Unterschied zum Organisationsrecht der UNO und zum allgemeinen Völkerrecht, die im Binnenraum der institutionalisierten Politik wirken, regeln die Normen dieses Verwaltungsrechts unmittelbar die von ihnen betroffenen globalen Teilsysteme. Den »gesellschaftlichen« Charakter des Global Administrative Law hat besonders Kingsbury deutlich herausgearbeitet.[35] Denn bei der Regulierung transnationaler Sozialräume werden immer mehr Formen des »private ordering« wirksam, die von den Kategorien des traditionellen »öffentlichen« Verwaltungsrechts nicht erfasst werden können. »Regulierungskompetenzen verlagern sich allem Anschei nach vertikal von den Staaten hin zu internationalen Regimes und horizontal von den Staaten hin zu nicht-öffentlichen Akteuren – transnationalen Unternehmen und Elementen der Zivilgesellschaft.«[36] Doch sollte man auch hier deutlich sehen, dass die konstitutionellen Normen – Due Process der Regulierung, Notice-and-Comment-Regeln, Pflicht zur Konsultation von Experten, Prinzip der Verhältnismäßigkeit, Respekt für Grundrechte[37] – letztlich die Binnenverfassung der Regulierungsinstanzen selbst betreffen und nicht als Verfassungsnormen der regulierten Bereiche fungieren können.

II. Eigenverfassungen globaler Institutionen

1. Konstitutionelle Fragmentierung

Auf allen drei Gebieten wird deutlich, dass die hohen Anforderungen, wie sie nationale Verfassungsrechtler, besonders Dieter Grimm, an ein Verfassungssubjekt stellen, von den Trägern der globalen Konstitutionalisierungsprozessen nicht erfüllt werden.[38]

31 Mattias Kumm, »Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement«, in: Sujit Choudhry (Hg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2007, S. 256-293; Mattias Kumm, »The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis«, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 907-931.

32 Typisch für diese (allerdings von Selbstzweifeln gequälte) Indifferenz eines transnationalen Konstitutionalismus Neil Walker, »Beyond the Holistic Constitution?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 291-308, hier S. 300 ff.

33 Dazu programmatisch Benedict Kingsbury u. a., »Symposium: The Emergence of Global Administrative Law«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), S. 15-61. Siehe auch Daniel Esty, »Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law«, in: *Yale Law Journal* 115 (2006), S. 1490-1562. Meist vermeiden die Vertreter die Sprache des Konstitutionalismus und bescheiden sich mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts, ohne sich jedoch ausreichend um deren Geltungsgrundlage im transnationalen Bereich zu bemühen.

34 Sabino Cassese, »Adminstrative Law Without the State: The Challenge of Global Regulation«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 37 (2005), S. 663-694, hier S. 671.

35 Benedict Kingsbury, »International Law as Inter-Public Law«, in: Henry R. Richardson, Melissa S. Williams (Hg.), *Moral Universalism and Pluralism*, New York 2009, S. 167-204.

36 Larry Catá Backer, »Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law«, in: *Columbia Human Rights Law Review* 37 (2005), S. 101-192, hier S. 107.

37 Kumm, »Constitutional Democracy Encounters International Law«.

38 Dieter Grimm, »The Constitution in the Process of Denationalization«, in: *Constellations* 12 (2005), S. 447-463. Treffende Kritik an Grimms verfassungstheoretischen Prämissen bei Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood«, S. 42.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 84-85 09.01.2012 08:44:35

Nur Nationalstaaten könnten Verfassungen, die dem Anspruch nach sämtliche Lebensbereiche erfassen, entwickeln. Zugleich aber wird spürbar, dass gerade solche hochgetriebenen Anforderungen die Eigenarten dieser Prozesse verfehlen müssen. Für die entwickelten Verfassungen der Nationalstaaten trifft es sicherlich zu, dass man von einer Verfassung im Vollsinne erst sprechen kann, wenn konstitutionelle Normen das politische Gemeinwesen mit umfassendem Anspruch zu gestalten suchen. Aber in der Diskrepanz zwischen weltweit etablierten gesellschaftlichen Teilsystemen und der auf der zwischenstaatlichen Ebene zurückgebliebenen Politik zerbricht gerade diese konstitutionelle Totalität und kann nur noch von einer *konstitutionellen Fragmentierung* abgelöst werden.[39] Diese verwirklicht sich in der »schnell proliferierenden Vielzahl der Regelungsbereiche, in denen sich sachspezifische Regimes etablieren und als globale Regimes die lokale/regionale Autonomie des National- und Territorialstaats konterkarieren«.[40]

Angesichts der Spannungen zwischen dem Öffentlich und dem Privaten, zwischen dem Nationalen und dem Globalen bilden sich Fragmente eines Common Law, welche die Kategorien, die Universalismus von Relativismus trennten, verschwimmen lassen.[41]

Im Meer der Globalität bilden sich nur noch Inseln des Konstitutionellen. Es zeichnen sich Umrisse einer neuen globalen Verfassungswirklichkeit ab, die durch die Ko-Existenz unabhängiger Ordnungen, aber nicht nur der von Staaten, sondern zugleich auch der von autonomen nicht-staatlichen Sozialgebilden, charakterisiert ist.[42] Die umfassende strukturelle Kopplung von Politik und Recht, wie sie Luhmann für die Verfassungen des Nationalstaats beobachtete, hat offensichtlich auf der Ebene der Weltgesellschaft keine Entsprechung.[43] Zugleich muss man aber sehen, dass okkasionelle Kopplungen, je nach gesellschaftlichem Problembedarf entstehen. Verfassungsrechtliche Normen werden ad hoc entwickelt, wenn der aktuelle Konflikt konstitutionelle Dimensionen aufweist und verfassungsrechtliche Entscheidungen erfordert.[44] Der im Nationalstaat noch umfassende Gesellschaftsgestaltungsanspruch der politischen Verfassungen reduziert sich damit auf zweifache Weise. Schon das politische System der Weltgesellschaft selbst verfügt über keine flächendeckende Verfassung. Nur für einzelne Segmente – der UNO und ihrer Teilorganisationen, in Teilgebieten des Völkerrechts und des globalen Verwaltungsrecht – werden Verfassungsfragmente entwickelt. Erst recht aber im globalen Maßstab ist kaum noch erkennbar, dass der Verfassungsanspruchs des politischen Systems auf andere gesellschaftliche Teilbereiche, wie es im Nationalstaat geschah, ausgedehnt wird. Wie gesagt kann man allenfalls von Verfassungsimpulsen sprechen, die vom politischen System der Weltgesellschaft in Richtung anderer weltgesellschaftlicher Teilbereiche ausgehen.

Bleibt es dann bei einer Selbstkonstituierung weltgesellschaftlicher Teilbereiche ohne ihre verfassungsmäßige Abstützung durch Recht und Politik? Müssen die autonom gewordenen Interaktionszusammenhänge, die sich weltweit in Wirtschaft, Wissenschaft, Gesundheitswesen, Kommunikationsmedien herausgebildet haben, anders als im Nationalstaat auf Dauer ohne rechtlich-politische Konstitutionalisierung auskommen und entsprechend auf einem niedrigerem Entwicklungsniveau verbleiben? Oder sind sie für ihre verfassungsrechtliche Stabilisierung auf nationalstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung zurückgeworfen, die ihnen aber nur eine verwirrende Vielzahl von je territorial begrenzten Verfassungsnormen mit konfligierenden Anforderungen anbieten können? Oder müssen sie gar auf eine Rechtsvereinheitlichung, auf eine graduelle Angleichung konstitutioneller Standards der Nationalstaaten warten? Hier nun stößt man auf ein verblüffendes neuartiges Phänomen – *Selbstkonstitutionalisierung globaler Ordnungen ohne Staat*.[45] Die Teilsysteme der Weltgesellschaft selbst beginnen

39 Diese These einer fragmentierten Verfassungsentwicklung wird besonders akzentuiert von Klabbers, »Setting the Scene«, S. 11 ff.; Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«; Skordas, »Self-Determination of Peoples«; Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, S. 247 ff.; Teubner, »Globale Zivilverfassungen«, S. 5 ff.; Walker, »Idea of Constitutional Pluralism«; Walter, »Constitutionalizing (Inter)national Governance«. Aus soziologischer Perspektive wird die Fragmentierungsthese gestützt von Sassen, *Paradox des Nationalen*, S. 356 ff.

40 Stichweh, »Dimensionen des Weltstaats«, S. 35. Eine gründliche Analyse verschiedener fragmentierter transnationaler Verfassungen – UN, EU, WTO, HR – findet sich bei Dunoff und Trachtman (Hg.), *Ruling the World?*.

41 Delmas Marty, *Ordering Pluralism*, S. 13.

42 Andrew Hurrell, *On Global Order*, Oxford 2007.

43 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993, S. 582.

44 Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 233 ff.

45 Ausführliche Nachweise zu Analysen autonomer Verfassungen »privater« globaler Teilsysteme auf S. •• in Fn. 12 und 13.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 86-87 09.01.2012 08:44:35

damit, ihre eigenen konstitutionellen Rechtsnormen herauszubilden, die ihre Selbstkonstituierung abstützen. Wie Neil Walker in mehreren Einzelstudien gezeigt hat, zeichnet sich heute ein konstitutioneller Pluralismus auf der Ebene der Weltgesellschaft ab.[46] Der gesellschaftliche Problemdruck, der sich innerhalb der autonomen Weltsysteme anstaut, erzeugt soziale Konflikte, die sich in vereinzelten verfassungsrechtlichen Normierungen entladen und deren Resultat sich dann in einer längeren Entwicklung zu Verfassungen weltgesellschaftlicher Teilsysteme verdichten.

Dies ist nicht, wie oft behauptet,[47] bloß das Ergebnis auf okkasionellen Beobachtungen fußender theoretischer Überlegungen, sondern kann sich auf empirische Beobachtungen stützen. Als Resümee eines großangelegten empirischen Forschungsprojekts über globale Rechtsbildung, das in Einzelstudien zu nichtstaatlichen Institutionen über mehrere Jahre hinweg durchgeführt wurde, formulieren die Verantwortlichen mit kaum verhohlener Überraschung:

> In mancher Hinsicht weisen die quasi-juridischen Ordnungen der Weltgesellschaft selbst Eigenschaften einer Verfassung auf. Über verschiedene soziale und ökologische Standards und über existierende Kontroll- und Implementationsmechanismen hinaus entwickeln sich höhere Normen, die definieren, wo die Entscheidungskompetenzen angesiedelt, wie Normbrüche behandelt und wie Drittbetroffene einbezogen werden sollen. Analog zu den Staatsverfassungen enthalten private Regulierungen Mechanismen der Selbstbegrenzung, die expansive Tendenzen gegenüber anderen Akteuren und anderen Domains reduzieren sollen.[48]

Was diese relative Distanz eines solchen gesellschaftlichen Verfassungsrechts zur staatlichen Politik für die Qualität des dabei entstehenden Rechts bedeutet, ist in seinen Konsequenzen kaum abzusehen.[49] Jedenfalls entsteht hier eine Schicht von Normen, die sich von den im 20. Jahrhundert dominanten Materialisierungstendenzen wieder entfernen, wenn unter Materialisierung eine Instrumentalisierung des Rechts für die Zwecke staatlicher Politik verstanden wird. Ein solches Verfassungsrecht der globalen Fragmente wird weniger von den Resultaten staatlich-politischer Machtprozesse abhängig sein, es wird weniger von staatlichen Policies und den Ideologien politischer Parteien geprägt sein als sein nationalstaatliches Gegenstück. Erkauft aber wird diese relative Unabhängigkeit von staatlicher Politik durch eine neue Abhängigkeit von den Macht- und Interessenkonstellationen innerhalb der globalen Fragmente. Nicht nur ist zu erwarten, dass auf die Bildung eines solchen Verfassungsrechtes die Partialrationalitäten durchschlagen werden. Dies ist im Prinzip unvermeidlich. Es dürfte auch im Vergleich zu einem von staatlichen Instanzen oktroyierten Verfassungsrecht die Responsivität gegenüber gesellschaftlichen Bedürfnissen steigern. Zu befürchten aber ist, dass sich »korrupte« Verfassungsnormen herausbilden, die aus einer zu engen Kopplung der Teilverfassungen an partielle Interessenkonstellationen resultieren.[50] Hier steckt eine Herausforderung ersten Ranges an die Autonomie des Rechts. Wird das Recht seine Autonomie gegenüber korrumpierenden Einflüssen des fokalen Sozialsystems, die das Proprium des Rechts berühren, behaupten können? Es dürfte zu den zivilisatorischen Errungenschaften der politischen Nationalstaatsverfassungen gehören, die strukturellen Kopplungen zwischen Politik und Recht in der Weise aufgebaut zu haben, dass die Rechtsverfassung gegenüber den Einflüssen der Politik eine relative Eigenständigkeit erreichen und ihrerseits durch rechtsstaatliche Institutionen einen moderierenden Einfluss auf die Politik ausüben konnte. Ob die Fragmente eines globalen Verfassungsrechts diesem Vergleich standhalten werden, dürfte nicht zuletzt von externen Faktoren abhängen, von der Unterstützung, die ein solches Partialverfassungsrecht von seiner Umwelt, also von nationalen Gerichten, von der institutionalisierten Politik und von gesellschaftlichen Akteuren erhält.[51]

46 Allerdings zögert Walker, »Idea of Constitutional Pluralism« – oder ist hier zumindest ambivalent – auch »private« Regimes als Teil dieses globalen Verfassungspluralismus noch deutlicher Walker, »Beyond the Holistic Constitution?«, S. 300 ff.

47 Besonders akzentuiert Rainer Wahl, »In Defence of ›Constitution‹«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 220-244, hier S. 233 ff.

48 Olaf Dilling u. a. (Hg.), *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford 2008, S. 8.

49 Dazu kluge Beobachtungen bei Lorenz Engi, »Gemachtes Recht – gegebenes Recht Made Law – Given Law«, in: *Ancilla Juris* 2 (2007), S. 48-59, hier S. 58 f.

50 Zu solchen korrumpierenden Einflüssen am Beispiel der Lex mercatoria Teubner, »Globale Bukowina«, S. 263, 279. Inwieweit die Entwicklung eines *ordre public transnational* hier Abhilfe verspricht, ist heute eine offene Frage. Zu ersten Ansätzen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 91 ff.

51 Besonders einflussreich sind hier nationale Gerichte, wenn sie die Anerkennung

29628 Teubner 1. Lauf.indd 88-89 09.01.2012 08:44:35

2. Verfassungen internationaler Organisationen

Auffällig ist an diesen Prozessen, dass die Verfassungsnormen nicht an den großen Funktionssystemen selbst ansetzen, obwohl doch die funktionale Differenzierung der Weltgesellschaft ihr Auslöser ist. Finanz- und Produktmärkte sind globalisiert, Wissenschaftskommunikation findet weltweit statt, das System der Kommunikationsmedien, Nachrichtenagenturen, Fernsehen, Internet verbreitet Nachrichten über den ganzen Erdball. Trotz der operativen Schließung dieser Weltsysteme entsteht aber keine globale Wirtschaftsverfassung, keine Wissenschaftsverfassung, keine Medienverfassung sui generis. Die real ablaufende Konstitutionalisierung produziert nicht funktionssystemspezifische Entscheidungsprämissen und Grundrechtsrechtsgarantien. Wie schon neokorporatistische Verfassungsbestrebungen im Nationalstaat erfahren mussten, fehlt den Funktionssystemen selbst Handlungsfähigkeit, Organisationsfähigkeit und damit anscheinend auch Verfassungsfähigkeit.[52] Die vielfältigen globalen Konstitutionalisierungen setzen anderswo an, an verdichteten Sozialprozessen »unterhalb« der Funktionssysteme, an formalen Organisationen und an formalisierten Transaktionen, die nicht an die territorialen Grenzen der Nationalstaaten gebunden sind, sondern globale Reichweite beanspruchen. Und erst ihr Zusammenspiel innerhalb des Funktionszusammenhangs erzeugt dann – auf dem Umweg ihrer Eigenverfassungen – eine Konstitutionalisierung der weltweiten Funktionssysteme.[53]

Primäre Kandidaten für Eigenverfassungen weltgesellschaftlicher Fragmente sind transnationale Organisationen, also die internationalen Organisationen der Staatenwelt, die multinationalen Unternehmen und globale Nichtregierungsorganistionen.

solcher privater Rechtsordnungen davon abhängig machen, ob und inwieweit sie rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen genügen. Dies betont Joerges Christian Joerges, »A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation«, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Oxford 2011, S. 465-501, hier S. 483 ff.

52 Inwieweit Konstitutionalisierung einer sozialen Ordnung Kollektivität voraussetzt, wird weiter unten im Abschnitt III.2 systematisch erörtert.

53 In diesem Sinne spricht von globalen Verfassungen der Funktionssysteme als »constellations« oder »configurations« Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, 522, 524.

Gleichgültig ob sie wie die Welthandelsorganisation WTO durch völkerrechtliche Verträge gegründet werden oder ob sie wie in den Corporate Codes multinationaler Unternehmen privatautonom zustande kommen, überall lassen sich Tendenzen ihrer Selbstkonstitutionalisierung, in denen sie sich regelmäßig vom Konsens der Gründungsmitglieder emanzipieren, beobachten.

Bekanntgeworden ist die konstitutionelle Emanzipation der Welthandelsorganisation WTO.[54] Ihre Konstitutionalisierung verlief in vier verschiedene Richtungen: die Verrechtlichung der Konfliktlösungen, das Meistbegünstigungsprinzip, den Vorrang der Handelsnormen über den politischen Prozess und die Option der Direktwirkung.[55] Am wichtigsten dürfte die Verrechtlichung der Konfliktlösungen sein, als sich einfache Panels, die Konflikte zwischen den Mitgliedsstaaten und der WTO über die Auslegung des Vertragswerks nur mit diplomatischen Verhandlungen schlichten sollten, im Laufe der Zeit zu genuinen »Gerichten« mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen, eigener Entscheidungshierarchie und besseren Durchsetzungschancen entwickelt haben.[56] Dort wird nicht nur über einfache Rechtsfragen entschieden, sondern über Verfassungsfragen der WTO im Außenverhältnis zu den Nationalstaaten.[57]

54 Eine theoriegeleitete Analyse dieser Emanzipation bei Skordas, »Self-Determination of Peoples«.

55 Dazu Peters, »Compensatory Constitutionalism«.

56 Bernhard Zangl, »Judicialization Matters! A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO«, in: *International Studies Quarterly* 52 (2008), S. 825-854.

57 Zur Verfassungsproblematik der WTO Chios Carmody, »A Theory of WTO Law«, in: *Journal of International Economic Law* 11 (2008), S. 527-557; Jeffrey L. Dunoff, »Constitutional Conceits: The WTO's ›Constitution‹ and the Discipline of International Law«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 647-675; Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford 2005; Robert Howse und Kalypso Nicolaidis, »Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity«, in: *Governance* 16 (2003), S. 73-94; Sol Picciotto, »The WTO's Appellate Body: Formalism as a Legitimation of Global Governance«, in: *Governance* 18 (2005), S. 477-503. Ernst-Ulrich Petersmann, »Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for the World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 633-667; Ernst-Ulrich Petersmann, »The WTO Constitution and Human Rights«, in: *Journal of International*

29628 Teubner 1. Lauf.indd 90-91 09.01.2012 08:44:36

Zu betonen ist, dass die Konstitutionalisierung nicht auf völkerrechtliche Organisationen begrenzt ist, sondern besonders auch solche Organisationen erfasst, die sich aufgrund von Private Ordering konstituiert haben. Der Konstitutionalisierungsbedarf ist hier sogar größer, da bei ihnen die konstitutionellen Normen des Völkerrechts im Prinzip nicht greifen. Ein wichtiger Anwendungsbereich ist die Regierungsorganisation des Internet ICANN, die als bloßer privater Verein nach kalifornischem Vereinsrecht gegründet wurde. Sie hat im Laufe der Zeit Strukturen funktionaler und territorialer Repräsentation, Formen der Gewaltenteilung und eine gut funktionierende »Gerichtsbarkeit« zu Fragen der Domain-Namen-Zuteilung entwickelt. Hier stellen sich Governance-Fragen von konstitutioneller Signifikanz.[58] Deren Konfliktlösungsinstanzen haben zu der Frage, ob und in welchem Ausmaße Grundrechte auch im Internet gelten, nicht auf nationale Verfassungen, die dann nur für die nationalen Segmente des Internet gelten würden, zurückgegriffen, sondern eigenständige globale Grundrechtsstandards herausgebildet.[59] In detaillierten Rechtsprechungsanalysen zu den CompanyNameSucks-Fällen, in denen Unternehmen versuchen, eine zivilgesellschaftliche Kritik ihrer Politik im Internet zu unterbinden, ist gezeigt worden, dass die ICANN-Panels nicht auf nationale Positivierungen der Meinungsfreiheit zurückgreifen, sondern dass sie eigene transnational verbindliche und auf die Eigenheiten des Internet eingehenden Grundrechtsnormen entwickeln.[60]

Verfassungsrecht durch Private Ordering lässt sich besonders im »corporate constitutionalism« multinationaler Unternehmen beobachten. Dauerkonflikte mit lokalen Organisationen, Sozialbewegungen, Nicht-Regierungsorganisationen und internationalen Organisationen haben sie dazu gezwungen, Codes of Conduct zu

Economic Law 3 (2000), S. 19-25; Jens L. Mortensen, »The Institutional Requirements of the WTO in the Era of Globalisation: Imperfections in the Global Economic Polity«, in: *European Law Journal* 6 (2000), S. 176-204.

58 David G. Post, »Governing Cyberspace«, in: *Wayne Law Review* 43 (1997), S. 155-171. Zur Konstitutionalisierung des ICANN Viellechner, »Constitution of Transnational Governance Arrangements«, S. 443 ff.

59 Dazu eingehende Analysen bei Karavas, *Digitale Grundrechte*, S. 136 ff.

60 Moritz Renner, »Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?«, in: *Journal of International Arbitration* 26 (2009), S. 533-555, hier S. 551 f.

entwickeln, die als funktionale Äquivalente nationaler Unternehmensverfassungen gelten können.[61]

Hier finden sich die Anfänge der Verfassungen multinationaler Unternehmen, die als autonome Einheiten damit beginnen, sich durch die Konstruktion von Governance-Systemen unabhängig von der Staatenwelt selbst zu regulieren.[62]

Aber auch weltweite Standardorganisationen wie die ISO emanzipieren sich von ihren nationalen Gegenstücken und entwickeln autonome verfassungsrechtliche Normen zur Repräsentation von nationalen Gremien, Experten und Interessengruppen, zu rechtsstaatlichen Verfahren, institutionalisierten Diskurse und materialen Entscheidungsgrundsätzen.[63] Andere Formen konstitutioneller Selbstregulierung haben Zusammenschlüsse von Unternehmen wie die Social Accountability International gefunden, die als NGO mit Repräsentanten von verschiedenen Interessen arbeitsrechtliche Standards (SA 8000) entwickeln und sich dabei an den Normen der International Labour Organisation (ILO) und der Menschenrechtserklärung der UNO orientieren.[64] Eine weitere Organisationsform ist die Caux Round Table (CRT), »ein internationales Netzwerk prinzipienbewusster Manager, die einen moralischen Kapitalismus zu fördern suchen«.[65] Und in den Konfliktentscheidungsinstitutionen der Lex mercatoria, des selbstgeschaffenen Rechts der globalen Wirtschaft, hat sich inzwischen eine Normenhierarchie herausgebildet, an deren Spitze unter dem Titel »ordre public d'arbitrage

61 Vor allem Anderson, »Corporate Constitutionalism«; Kenneth Abbott und Duncan Snidal, »Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit«, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (2009), S. 501-571; Herberg, *Globalisierung und private Selbstregulierung*; siehe auch die empirischen Beiträge in Olaf Dilling u. a. (Hg.), *Responsible Business*.

62 Larry Catá Backer, »The Autonomous Global Enterprise: On the Role of Organizational Law Beyond Asset Partitioning and Legal Personality«, in: *Tulane Law Journal* 41 (2006), S. 541-572, hier S. 567.

63 Schepel, *Constitution of Private Governance*, S. 403 ff.

64 Social Accountability International, SAI Governance Structure ⟨http://www.saintl.org/index.cfm?fuseaction=Page.viewPage&pageId=937&parentID=479&nodeID=1⟩.

65 Caux Round Table, About Us ⟨http://www.cauxroundtable.org/index.cfm?&menuid=2⟩.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 92-93 09.01.2012 08:44:36

international« verfassungsrechtliche Normen, Prinzipien, Verfahrensgrundätze und Grundrechtsstandards stehen.[66] In eingehenden Entscheidungsanalysen der Schiedsgerichte ließen sich eine Fülle von solchen »selbstgeschaffenen Verfassungsnormen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit« identifizieren.[67] Allererste Anfänge einer solchen Entwicklung zeigen sich sogar in den Urteilen der politisch umstrittenenen internationalen Investmentschiedsgerichtsbarkeit. Entgegen den Intentionen ihrer Urheber haben die Schiedsgerichte unter dem Eindruck massiver öffentlicher Kritik damit begonnen, übergeordnete Verfassungsprinzipien – Sozialbindung des Eigentums, rechtsstaatliche Prozeduren und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – zu entwickeln.[68]

3. Regime-Verfassungen

Allerdings wäre es voreilig, die Konstitutionalisierung ausschließlich auf die Binnenverfassung internationaler Organisationen zu beziehen, wie es häufig in der einschlägigen Literatur geschieht.[69] Denn verfasst werden nicht nur die internen Entscheidungsprozesse internationaler Organisationen privaten oder öffentlichen

66 Dazu im Detail Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 92 ff.; Collins, »Flipping Wreck«; Jan H. Dalhuisen, »Legal Orders and their Manifestations: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its Lex Mercatoria«, in: *Berkeley Journal of International Law* 24 (2006), S. 129-191; Nathalie Voser, »Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration«, in: *The American Review of International Arbitration* 7 (1996), S. 319-358. Eine sorgfältige Analyse des genuinen Rechtscharakter der Lex mercatoria bietet John Linarelli, »Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law«, in: *Penn State Law Review* 114 (2009), S. 119-215, hier S. 184 ff.

67 Renner, »Towards a Hierarchy«, S. 554.

68 Dazu mit detaillierten Fallanalysen David Schneiderman, »Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self-Restraint?«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 2 (2011), S. 1-25; Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 126 ff.

69 Chittharanjan F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge 2005; Henry G. Schermers und Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, Leiden 2004; José Alvarez, »Constitutional Interpretation in International Organizations«, in: Jean M. Coicaud, Veijo Hejskanen (Hg.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokio 2001, S. 104-154.

Charakters, sondern gerade auch die Außenbeziehungen zu ihren verschiedenen »constituencies«. Zwar stellt es einen konstitutionell relevanten Gewinn an Rechtsstaatlichkeit der internen Entscheidungsprozesse internationaler Organisationen dar, wenn hier interne Regeln und Richtlinien erlassen werden, die interne Aufsichtsgremien, Compliance Officers und quasi-judizielle Funktionen vorsehen.[70] Auch die zunehmend wichtigere gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen internationaler Organisationen verfestigt deren Verfassungsstrukturen. Doch reicht die Sicht auf die Binnenverfassung nicht aus. Man versteht das System des Private Ordering der ICANN nicht, wenn man nur auf ihre formale Organisation, auf den nach kalifornischen Recht eingetragenen Verein, achtet. Erst wenn man ihre Außenbeziehungen einbezieht, wird die Relevanz der Konstitutionalisierung deutlich. Dort wurde ein ganzes Netzwerk von Verträgen aufgebaut, mit dessen Hilfe die ICANN über ihre formale Organisation hinaus ein umfassendes Regulierungssystem bildet. ICANN beauftragt vertraglich die Organisation VeriSign als Domainverwalter, die wiederum mit nationalen Domainverwaltern Verträge abschließt. Über standardisierte Verträge mit den Internetbenutzern, in denen auf das Internetregelwerk der UDRSP verwiesen wird, legen diese dann die Einzelheiten der Namensverteilung fest. Wiederum über vertragliche Beziehungen, mit denen sich die US-Regierung den Einfluss auf diese private Governance sichert, ist die ICANN mit öffentlichrechtlichen Instanzen verbunden. Es handelt sich also bei diesem Arrangement um einen komplexen Vertragsverbund, der weder mit der formalen Organisation noch mit der Summe der bilateralen Verträge gleichgesetzt werden kann. Individualverträge und formale Organisationen sind auf ein einheitliches Ziel ausgerichtet und bilden einen Regulierungskomplex erst auf der emergenten Ebene.[71]

Auch im unternehmensverfassungsrechtlichen Bereich wäre es

70 Dazu Klabbers, »Setting the Scene«, S. 25.

71 Zur ICANN-Governance Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 169 ff.; Lars Viellechner, »Können Netzwerke die Demokratie ersetzen? Zur Legitimation der Regelbildung im Globalisierungsprozess«, in: Sigrid Boysen u. a. (Hg.), *Netzwerke: 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, Baden-Baden 2007, S. 36-57, hier S. 42 f.; Michael Hutter, »Global Regulation of the Internet Domain Name System: Five Lessons From the ICANN Case«, in: Karl-Heinz Ladeur (Hg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet: Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Baden-Baden 2003, S. 39-52.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 94-95 09.01.2012 08:44:36

ein Missverständnis, die Geltungsgrenzen von Corporate Codes mit den Grenzen formaler Organisation, also der einzelnen transnationalen Wirtschaftsunternehmung, zu bestimmen. Vielmehr bildet sich hier ein unternehmensverfassungsrechtlicher Rechtsraum in der Form weitläufiger Normverflechtungen unterschiedlicher Kollektivakteure heraus, was dann das gesamte Normengefüge als geschlossenes Netzwerk verstehen lässt. Die Corporate Codes haben längst die Grenzen der Einzelunternehmen überschritten. Sie gelten inzwischen auch für Unternehmensverflechtungen in Konzernen und über nationale Grenzen hinaus für Unternehmenszentralen und ihre Tochterunternehmen, die in vielen Fällen Tausende von Einzelunternehmen umfassen. Schließlich wurde unter dem Druck der Öffentlichkeit und zivilgesellschaftlicher Organisationen ihre Geltung auch noch über die Konzerngrenzen ausgedehnt. Mittels vertraglicher Verpflichtungen binden die Konzerne sowohl ihre Zulieferunternehmen als auch ihre Absatzketten an die Standards ihrer Corporate Codes und benutzen den Vertragsmechanismus dazu, schlagkräftige Überwachungs- und Sanktionssysteme einzuführen.[72]

Deswegen ist es verkürzt, einfach internationale Organisationen als die neuen transnationalen Verfassungssubjekte zu identifizieren. Aber auch vertragliche Arrangements oder Netzwerke mit einzubeziehen, ist noch nicht ausreichend. Eher adäquat ist die Generalisierung, transnationale Regimes als die Träger des Konstitutionalisierungsprozesses zu kennzeichnen. Globale Regimes, die bekanntlich definiert sind als »Ensembles von Prinzipien, Normen, Regeln und Entscheidungsverfahren, aus denen sich Handlungserwartungen innerhalb eines vorgegebenen Funktionsbereichs ergeben«,[73] umfassen sehr viel mehr als nur formale Organisationen, Verträge oder Netzwerke. Allerdings wird in der ausufernden Regime-Diskussion nicht recht deutlich, worin dieser Mehrwert besteht. Es dürfte darum gehen, über die interne Struktur der Organisationen, Verträge oder Netzwerke hinaus auch die relevante Umwelt in den Begriff mit aufzunehmen.[74]

Größere Klarheit dürfte die Unterscheidung von Zentrum und Peripherie bringen. Im Zentrum eines Regimes steht regelmäßig eine (oder mehrere) formale Organisation(en) mit professioneller Kernkompetenz; zugleich aber bildet sich im Regime eine Peripherie, die aus Interaktionen des Zentrums mit seinen »constituencies« besteht. Eine Regime-Verfassung normiert dann sowohl die inneren Beziehungen der formalen Organisation, der Verträge oder des Netzwerks als auch die äußeren Beziehungen in ihren relevanten Umweltausschnitten (die Interaktion mit ihrem Publikum).[75]

VI. Transnationale Regimes als Verfassungssubjekte?

Können transnationale Regimes aber überhaupt geeignete Verfassungssubjekte, also konstitutionsfähige Sozialordnungen sein? Nachdrücklich haben im Nationalstaat verwurzelte Verfassungsrechtler diese Frage aufgeworfen und sie ebenso nachdrücklich verneint.[76] Konstitutionabel seien nur nationalstaatlich organi-

72 Dazu die aufschlussreiche Fallstudie zu GAP bei Backer, »Multinational Corporations as Objects and Sources«, S. 10 ff. Allgemein zur Governance durch Netzwerke Anderson, »Corporate Constitutionalism«.

73 Stephen D. Krasner, »Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables«, in: *International Organization* 36 (1982), S. 185-205, hier S. 186; Robert Keohane und Joseph Nye, *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Boston 2001, S. 5, 19: »sets of governing arrangements« die ein »network of rules, norms, and procedures that regularize behavior and control its effects«, beinhalten. Von »Ensembles von – formellen und informellen – Institutionen, Organisationen, Akteuren, Beziehungen, Normen und Regeln« sprechen Grande u. a., »Politische Transnationalisierung«, S. 123. Eine nützliche Regime-Typologie entwickelt Margaret Young, »Introduction: The Productive Friction Between Regimes«, in: Margaret Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge 2011, S. 1-20, hier 4 ff.

74 In diese Richtung zielt Dirk Baecker, »The Power to Rule the World«, in: Gralf-Peter Callies u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 673-686; Harrison C. White, *Identity and Control: A Structural Theory of Action*, Princeton 1992, S. 226.

75 Dies kommt den Vorstellungen von Simma nahe, Bruno Simma, »Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 265-297, hier S. 275.

76 Loughlin, »What Is Constitutionalisation?«, S. 64 f.; Dieter Grimm, »Gesellschaftlicher Konstitutionalismus: Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?«, in: Matthias Herdegen u. a. (Hg.), *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, München 2009, S. 67-81; Grimm, »Constitution in the Process of Denationalization«, S. 460 ff.; Rainer Wahl, »Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?«, in:

29628 Teubner 1. Lauf.indd 96-97 09.01.2012 08:44:36

sierte politische Herrschaftsverbände, nicht jedoch internationale Organisationen oder transnationale Regimes, auf keinem Fall aber »private« transnationale Regimes. Den angeblichen Konstitutionalisierungsprozessen jenseits des Staats mangele es an einem sozialen Substrat, das für Verfassungen den geeigneten Gegenstand abgeben könnte. Die fehlende Verfassungsfähigkeit dieser »Gebilde« belegen sie mit einer beeindruckenden Mängelliste. Den transnationalen Regimes fehlten folgende Merkmale, welche die Verfassungsfähigkeit einer Ordnung erst begründen:

– ein »Demos« als Kollektiv der Verfassung,
– die Dialektik eines *pouvoir constituant – pouvoir constitué*,
– die Dynamik politischer Macht- und Willensbildung,
– die Legitimation aus dem demokratischen Konsens aller Betroffenen,
– die Infrastruktur eines politischen Pluralismus,
– die Sinnüberschüsse eines kollektiven Gründungsmythos.[77]

In der Tat darf man nicht unbesehen transnationale Regimes mit Nationalstaaten als konstitutionelle Subjekte gleichsetzen. Will man jedoch nicht in den Fallstricken eines methodologischen Nationalismus enden, dann kann man nicht axiomatisch Nationalstaaten zu den einzig möglichen Verfassungssubstraten erklären, sondern wird drei Modifikationen am Begriff des Verfassungssubstrates in Betracht ziehen müssen. Es bedarf womöglich, erstens, einer Entkopplung von Verfassung und Staat, was es ermöglicht, auch transnationalen politischen Ordnungen wie den issue-spezifischen Regulierungsregimes die Fähigkeit zur Konstitutionalisierung zuzusprechen.[78] Zweitens ist eine Entkopplung von Verfassung und institutionalisierter Politik in Betracht zu ziehen, was es ermöglichte, auch andere Teilbereiche der globalen Zivilgesellschaft als mögliche Verfassungssubjekte zu identifizieren. Schließlich wird man, drittens, an eine Entkopplung von Verfassung und Machtprozessen denken müssen, was die Leistungen von Verfassungen für die Fundierung und die Limitierung von solchen gesellschaftlichen Kommunikationen, die nicht über das Medium politischer oder gesellschaftlicher Macht verlaufen, sichtbar macht.[79] Trotz dieser weitreichenden Modifikationen dürfte es ratsam sein, für diese Sozialordnungen am Verfassungsbegriff selbst festzuhalten. Alternative Begriffe – etwa »Meta-Regulierung«, »unverzichtbare Normen« oder »Rechtsprinzipien« – reichen bei weitem nicht an die Komplexität des Verfassungsbegriffs heran.[80] Denn es sind viele historische Lektionen aus der reichen Geschichte der Nationalstaatsverfassungen zu lernen. Gefordert ist, den auf den Nationalstaat zugeschnittenen Begriff des Verfassungssubjekts zu generalisieren und ihn zu respezifizieren, zum einen auf transnationale und zum anderen auf zivilgesellschaftliche Äquivalente. Für beide Operationen erweist sich die Verfassungssoziologie als hilfreich, da

Carl-Eugen Eberle u. a. (Hg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, München 2002, S. 191-207.

77 Zu diesen Einwänden eingehend Wahl, »In Defence of Constitution«, S. 232 ff.; Petra Dobner, »More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 141-161, hier S. 148 ff.; Thomas Vesting, »Politische Verfassung? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion«, in: Gralf-Peter Callies u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 609-626, hier S. 617 ff.; Alexander Somek, *Individualism: An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford 2008, Kap. 8; Ulrich Haltern, »Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 128 (2003), S. 511-557.

78 Zu dieser Entkopplung eindringlich Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood«, S. 30 ff.; Hauke Brunkhorst, »Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft«, in: *Zeitschrift für Soziologie: Sonderheft Weltgesellschaft* (2005), S. 330-348, hier S. 332 ff.; Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München 2000; Hasso Hofmann, »Von der Staatsoziologie zu einer Soziologie der Verfassung«, in: *Juristenzeitung* 22 (1999), S. 1065-1074.

79 Selbst von so avancierten Verfassungssoziologen wie Thornhill wird diese Entkopplung von Verfassung und Macht nicht vollzogen, was für die Konstituierung und Limitierung von anderen Kommunikationsmedien als der Macht, einen eigentümlichen blinden Fleck erzeugt. Thornhill, »Constitutional Law from the Perspective of Power«, S. 247.

80 Die alternativen Begriffe spiegeln meist nur die Normenhierarchie wider und sind gegenüber anderen Funktionen und Strukturen einer Verfassung, wie sie im vierten Kapitel genauer beschrieben werden, indifferent. Zu den wenig befriedigenden Reduktionen der Verfassungsproblematik auf Meta-Regulierung Jacco Bomhoff und Anne C. Meuwese, »The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation«, in: *Journal of Law and Society* 38 (2011), S. 138-162; auf unverzichtbare Normen Niklas Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? Heidelberger Universitätsreden 4*, Heidelberg 1993; auf Rechtsprinzipien des Verwaltungsrechts Kingsbury u. a., »Emergence of Global Administrative Law«.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 98-99 09.01.2012 08:44:36

sie die Möglichkeitsbedingungen der Konstituierung sozialer Systeme und die Beiträge konstitutioneller Normen an diesem Prozess bisher am deutlichsten thematisiert hat.[81]

1. *Pouvoir constituant/constitué*

Sicherlich die schwierigste Frage ist: Lässt sich auch bei solchen nichtstaatlichen Sozialordnungen das paradoxe Verhältnis von *pouvoir constituant – pouvoir constitué* identifizieren, das die Verfassungen der Nationalstaaten fundiert?[82] Kennen auch transnationale private Regimes diese »wundersame Rückkopplung«, wie sie Jacques Derrida bezeichnet, in der sich eine konstituierende Gewalt in der »Unentscheidbarkeit« zwischen einer performativen und einer konstativen Struktur überhaupt erst konstituiert und sich doch zugleich voraussetzt?[83] Oder ist diese fundamentale Beziehung eine Besonderheit nur der nationalstaatlichen Verfassungen, die in anderen Kontexten keine Entsprechung findet und sie nicht finden kann, weil dort die Bedingungen für eine »polity« fehlen? Das würde dazu nötigen, in anderen gesellschaftlichen Teilordnungen wenn überhaupt, dann nur mit einem verdünnten oder einem rein

81 Genauer zu dieser Generalisierung und Respezifizierung der Verfassung für unterschiedliche Sozialbereiche die an Parsons Theorie orientierten Analysen von Prandini, »Morphogenesis of Constitutionalism«, S. 310 ff.

82 Dazu eindringlich Andreas Kalyvas, »Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power«, in: *Constellations* 12 (2005), S. 223-244; Quentin Skinner, »States and the Freedom of Citizens«, in: Quentin Skinner, Bo Strath (Hg.), *States and Citizens*, Cambridge 2003, S. 11-27; Frank Michelman, »Constitutional Authorship«, in: Lamy Alexander (Hg.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge 1998, S. 64-98; aus der deutschen Diskussion besonders markant Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als Grenzbegriff des Rechts«, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt/M. 1991, S. 90-112. Schon in transnationaler Perspektive Christoph Möllers, »Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung: Begriffe der Verfassung in Europa«, in: Armin von Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Wien 2003, S. 36-46.

83 Jacques Derrida, »Otobiographien: Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens«, in: Jacques Derrida, Friedrich Kittler (Hg.), *Nietzsche – Politik des Eigennamens: Wie man abschafft, wovon man spricht*, Berlin 2000, S. 7-63, hier S. 13. Zu den Gründungsparadoxien in transnationalen Kontexten Buchanan, »Reconceptualizing Law and Politics«, S. 29 ff.

»funktionalen« Verfassungsbegriff zu arbeiten.[84] Oder sollte man gar das ganze Konzept aufgeben, weil es Ausdruck eines »emphatischen Republikanismus« ist, der nur eine unter mehreren Möglichkeiten der konstitutionellen Fundierung darstellt?[85] Die Alternative dazu heißt, auch für Verfassungen jenseits des Staats am Prinzip der kollektiven Selbstbestimmung festzuhalten, dieses Prinzip aber für die Besonderheiten der nicht-staatlichen Verfassungssubjekte je anders zu bestimmen.[86]

Löst man sich von einer formaljuristischen Sicht, die das Problem der konstituierenden Gewalt auf die – praktisch-politisch gewiss wichtige – Frage reduziert, wie eine verfassungsgebende Versammlung personell, kompetenziell und prozedural ausgestaltet sein soll,[87] so muss bestimmt werden, welche gesellschaftlichen Phänomene der Begriff der konstituierenden Gewalt überhaupt bezeichnet. In der staatstheoretischen Debatte ist hoch kontrovers, was mit *pouvoir constituant* gemeint ist: die einzelnen Menschen, die sich zur politischen Aktivbürgerschaft konstituieren, das gesamte Volk als eine präkonstitutionelle Gemeinschaft (»We

84 So der Vorschlag von Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 232 f., der den Verfassungsbegriff in nicht-politischen Zusammenhängen nur »funktional« benutzen und auf zwei Elemente reduzieren will: strukturelle Kopplung und Normhierarchie.

85 So Mattias Kumm, »Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called«, in: *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), S. 505-530. Kumm ersetzt die Vorstellung der kollektiven Selbstbestimmung als obersten Verfassungsprinzip durch den Rekurs auf »republikanische Prinzipien«, die originäre Verfassungsakte auszeichnen. An dieser gut durchdachten Alternative ist jedoch die bloß strukturalistische Prämisse der Fundierung durch »Prinzipien« problematisch, welche die Prozesshaftigkeit der Prinzipienbildung nicht ausreichend thematisiert. Achtet man jedoch auf diese Prozesse, dann wird deutlich, dass hier historisch sich entwickelnde Reflexionsvorgänge in der Politik diese »republikanischen Prinzipien« generieren. Dann aber macht auch der Begriff einer konstituierenden »Gewalt« wieder soziologisch Sinn.

86 Wichtige Schritte in diese Richtung macht Skordas, »Self-Determination of Peoples«, der das Prinzip der Selbstbestimmung von ethnischen über territoriale bis hin zu funktionalen Ordnungsgebilden generalisiert. Von anderen theoretischen Voraussetzungen ausgehend identifiziert Anderson, »Counterhegemonic Constitutionalism« transnationale soziale Bewegungen als Kristallisationspunkte eines transnationalen pouvoir constituant.

87 Dazu etwa Herdegen in: Maunz/Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010 Art. 79, Rn 7-12.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 100-101 09.01.2012 08:44:36

the people«), die sich zu einer »polity« verfasst, die vorpolitischen Beziehungen der Menschen untereinander, die dann eine genuin politische Qualität annehmen, faktische Relationen, die über einen »Grenzbegriff« in Rechtsform gebracht werden, Machtverhältnisse von gesellschaftlichen Gruppen, deren Kompromiss über eine Verfassung ideologisch überhöht wird oder nur semantische Fiktionen, die für imaginierten Gemeinschaft einen Gründungsmythos abgeben.[88] In systemtheoretischer Sicht erscheinen diese Vorschläge als wenig befriedigend. Die Systemtheorie schließt es aus, mit »pouvoir constituant« Einzelmenschen, das ganze Volk oder eine bloße Machtrelation zwischen sozialen Gruppen zu identifizieren. Sie nötigt dazu, damit ein Phänomen gesellschaftlicher Kommunikation zu bezeichnen. Hier soll der Vorschlag unterbreitet werden, den »pouvoir constituant« als ein *kommunikatives Potenzial* zu verstehen, also als eine Art sozialer Energie, buchstäblich als eine »Gewalt«, die sich mit Hilfe von Verfassungsrechtsnormen zur »pouvoir constitué« aktualisiert, die aber als Dauerirritation der konstituierten Gewalt ständig präsent bleibt.[89]

Um gleich der hier zu erwartenden Kritik an einer De-Humanisierung der *pouvoir constituant* durch die Systemtheorie zu begeg-

88 Eine neuere verfassungstheoretische Kontroverse der verschiedenen Positionen zu dieser Frage wird aufgeführt in den Beiträgen des Sammelbandes Martin Loughlin und Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2007. Eine gute, klassische Voraussetzungen bereits problematisierende Diskussion bietet Möllers, »Verfassunggebende Gewalt«. Zu einer ideologiekritischen Interpretation des globalen Konstitutionalismus als Sicherung der Prärogativen von Machteliten Ran Hirschl, »The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide«, in: *Fordham Law Review* 75 (2006), S. 721- 752; Hirschl, *Towards Juristocracy*. Zu einer Reduktion des Phänomens auf semantische Fiktionen Vesting, »Ende der Verfassung?« Manuskript S. 8 ff.

89 An dieser Stelle gibt es Anschlussmöglichkeiten an Menkes Überlegungen zur »Kraft«, nämlich »die Differenz von sozialem und psychischen System als einen Effekt zu denken, der durch eben die Kraft – die Kraft oder den Trieb der Gerechtigkeit – hervorgebracht wird, der ihre Einheit fordert.« Christoph Menke, »Subjektive Rechte: Zur Paradoxie ihrer Form«, in: Gunther Teubner (Hg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart 2008, S. 81-108. In nicht allzu weiter Entfernung flottieren auch die Begriffe Multitudo und Potentia bei Michael Hardt und Antonio Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, New York 2004, und die Begriffe Souveränität, Territorialität, Volk bei Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood«, S. 35 ff.

nen: Es wird nicht der Bezug der Verfassung zu den realen Menschen gekappt. Im Gegenteil, der Bezug wird hergestellt. Zunächst: Mit Sicherheit ist die anthropomorphisierende Rede von Volk, Gemeinschaft, Kollektiv, Gruppe als *pouvoir constituant/constitué* irreführend. Denn was bewirkt die Konstitutionalisierung? Eine Verfassung strukturiert Kommunikationen, keineswegs verfasst sie Menschen. Das sollte man weiterhin Ärzten, Psychologen und Pfarrern überlassen. Die menschennahe Rede behält aber einen Sinn, insofern sie die Aufmerksamkeit sowohl auf den energetischen als auch auf den sinnhaften Hintergrund der sich verfassenden Kommunikation, also auf Menschen »aus Fleisch und Blut« lenkt. Das konstitutionelle Potenzial lässt sich nicht voll verstehen, wenn man – mit einer missverstandenen systemtheoretischen Perspektive – isoliert nur die kommunikativen Prozesse in sozialen Systemen beobachtet. Vielmehr ist das Potenzial in deren strukturellen Kopplungen an Bewusstsein und Körperlichkeit der realen Menschen zu lokalisieren. Genau an dieser Stelle, *in den hier ablaufenden wechselseitigen Irritationen von Gesellschaft und Individuen, von Kommunikation und Bewusstsein, entsteht der* pouvoir constituant*, das Potenzial, das Vermögen, die Energie, ja die Gewalt der Selbstkonstituierung.* Das kommt Vorstellungen der Intersubjektivität nahe, der entscheidende Unterschied bleibt jedoch der, dass hier kein einheitlicher Sinnraum entsteht, keine Horizontverschmelzung der beteiligten Bewusstseinsprozesse stattfindet, sondern voneinander verschiedene Bewusstseins- und Kommunikationsprozesse nur aufeinander »treffen«. Und für die Verfassungsfrage besonders wichtig ist, dass hier zugleich die sinnhafte »Begegnung« von verschiedenartigen Reflexionsprozessen geschieht – der Identitätsreflexion des Individuums und der Identitätsreflexion von sozialen Systemen. Das »konstitutionelle Subjekt« ist dann nicht bloß als ein semantisches Artefakt der Kommunikation zu verstehen, dem konstitutionelle Akte zugerechnet werden, sondern als ein realer pulsierender Prozess der Begegnung von Sozialsystem und Bewusstsein, als deren Produkt der *pouvoir constituant* erscheint. Doch sollte dies nicht wiederum abgleiten in die Fehlvorstellung des sich aus einer Anzahl von Menschen formenden Kollektivs. Weder ist der *pouvoir constituant* bloß ein Vermögen einer Summe von Individuen noch das einer gesellschaftlichen Beziehung, sondern der *pouvoir* entsteht als kommunikatives Potenzial, als soziale Energie, die sich gerade

29628 Teubner 1. Lauf.indd 102-103 09.01.2012 08:44:36

im Perturbationsgeschehen zwischen individuellen Bewusstseinen und gesellschaftlichen Kommunikationen bildet. »Kommunikative Macht« wäre dafür ein passender Begriff, wenn er nicht schon von einer anderen Theorietradition besetzt wäre.

An dieser Stelle ist es angezeigt, die Omnipotenzphantasien der Politik kräftig zurückzustutzen.[90] Nicht etwa gibt die politische Staatsverfassung der kollektiven Energie einer Gesamtgesellschaft die Form, in der die Nation sich verfasst. Vielmehr ist die Gesellschaft der Moderne gerade dadurch charakterisiert, dass das kollektive Potenzial, das in den Perturbationen »zwischen« Individuen und Gesellschaft entsteht, nicht mehr als Einheit verfügbar ist, sondern dass es immer schon aufgesplittert ist in eine Vielzahl von sozialen Potenzialen, Energien, Kräften. Dies ist ein historisches Resultat der Spezialisierung von Kommunikationsmedien – Macht, Geld, Wissen, Recht – und ihres engen Umweltbezugs zu bestimmten, ihrerseits schon differenzierten Trieben, Wünschen, Begierden der Individuen. Die einseitige Orientierung, auf die sich dann jeweils ein Sozialsystem und die daran partizipierenden Individuen ausrichten – darin liegt Glanz und Elend der funktionalen Differenzierung. Und an diesen Spezialisierungen sozialer Potenziale, also gerade nicht an einem diffusen Phänomen des Volkes in seiner Gesamtheit, setzen die Verfassungen der Moderne an.[91] Politische Verfassungen bilden sich nicht aus dem gesamtem Kommunikationspotential der Gesellschaft, sondern nur aus ihrem Machtpotential, Wissenschaftsverfassungen bilden sich nur aus ihren Wissenspotentialen, allgemeiner formuliert: Teilverfassungen bilden sich nur aus den Potenzialen spezialisierter Kommunikationsmedien.

Dieser Mangel am Zugriff aufs gesellschaftliche Ganze trifft vor allem die Politik, auch und gerade wenn dieser Verlust als schmerzhaftes Trauma empfunden und deshalb immer wieder geleugnet oder bekämpft wird.[92] An dieser Stelle wird eine Bifurkation des Verfassungsdiskurses spürbar, die Steinhauer in aller Deutlichkeit mit den Begriffen der »Konstitution« im Sinne Carl Schmitts und der »Restitution« im Sinne Aby Warburgs herausgearbeitet hat.[93] Beiden geht es darum, das Trauma des mangelnden Zugriffs aufs Ganze zu verarbeiten, das gesellschaftlichen Differenzierungsprozessen entstammt. Beide reagieren auf Fragmentierung, auf die Abspaltung gesellschaftlicher Funktionen, Medien, Teilsysteme aus dem Gesellschaftskörper. Beiden geht es darum, das Verhältnis von gesellschaftlicher Nervosität und Repräsentation neu einzurichten. Carl Schmitts Konstitution richtet sich gegen die Rebellionen, die mit solchen Abspaltungen verbunden sind und sieht in der politischen Verfassung die Repräsentation des Ganzen, die durch die Kraft politischer Entscheidungen solchen Abspaltungen Einhalt gebieten kann. »Repräsentieren kann nur […] eine autoritäre Person oder eine Idee, die sich, sobald sie repräsentiert wird, ebenfalls personifiziert.«[94] In die Gegenrichtung denkt Aby Warburg, dessen »Restitution« ebenfalls auf die Abspaltung neuer Subjekte reagiert. Aber hier wehrt die Verfassung die Fragmentierung nicht ab, sondern sie »animiert« neue Denkräume und stabilisiert neue Kollektividentitäten.

Selbst Thomas Vesting, der sonst mit schlagkräftigen Argumenten aus dem systemtheoretischen Arsenal die Hypertrophie des Staatlichen gegenüber der Gesellschaft entschieden zu bekämpfen weiß, hält am Ende doch wieder am gesamtgesellschaftlichen Regelungsanspruch der politischen Verfassung fest, statt ihn auf die Formalisierung des politischen Machtmediums zu beschränken.[95] Doch muss sich Vesting der Frage aussetzen: Wie lässt sich denn die fundamentale Asymmetrie begründen, die darin liegt, dass die

90 Dazu vorzüglich Anton Schütz, »The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems, and Observing World Society«, in: Gunther Teubner (Hg.), *Global Law Without A State*, Aldershot 1997, S. 257-293; in nochmals radikalisierter Formulierung Anton Schütz, »Imperatives without an Imperator«, in: *Law and Critique* 20 (2009), S. 233-243.

91 Treffend spricht man hier von einem »disembodiment of constitutional authority« durch gesellschaftliche Differenzierungsprozesse, die besonders in der Globalisierung sichtbar werden, Ming-Sung Kuo, »(Dis)Embodiments of Constitutional Authorship: Global Tax Competition and the Crisis of Constitutional Democracy«, in: *George Washington International Law Review* 41 (2009), S. 181-242, hier S. 223 ff. Sieht man dies wie Kuo aber nur als einen Verfallsprozess, in dem die ursprüngliche »ordinary politics« zu nicht-legitimierten Entscheidungen von Experteneliten degenerieren, dann verstellt man sich die Sicht auf die gesellschaftlichen Potenziale, die durch die Vervielfältigung von pouvoir constituant/constitué entsteht.

92 Subtile Beobachtungen dazu bei Schütz, »Twilight of the Global Polis«.

93 Steinhauer, »Medienverfassung«, 162 ff., 166 ff.

94 Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart 1984, S. 35 f.

95 Vesting, »Politische Verfassung?«, S. 616 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 104-105 09.01.2012 08:44:36

Politik, die doch nur ein Teilsystem der Gesellschaft ist, sowohl in ihrer Konstituierungsphase als auch in ihrer langfristigen Kontinuierung, über den Bereich ihrer Selbstkonstituierung hinausgreifen und für sämtliche anderen gesellschaftlichen Teilbereiche die Grundentscheidung über deren Verfassung treffen soll? Kann man wirklich das Problem dadurch entschärfen, dass man, wie Vesting es tut, die staatlichen Grundrechte als »Verfassungen« gesellschaftlicher Teilbereiche ansieht, statt sie minimal als Selbstbegrenzungen der Politik oder maximal als Versuch einer politikinternen Modellierung gesellschaftlicher Bereiche anzusehen, die dann allenfalls als politische Impulse zu deren Eigenverfassung dienen könnten? Hier postuliert ein systemtheoretisch aufgeklärter Verfassungsrechtler letztlich doch wieder den Primat des Politischen, jetzt zwar nicht mehr für den Staat, aber für die Verfassung. Dem könnte ein Wirtschaftsrechtler mit gleichem Recht den gesellschaftlichen Primat der Wirtschaft entgegenhalten, wie es in der Tat Mestmäcker mit seiner Theorie der Wirtschaftsverfassung vertritt.[96] Ebenso könnten andere Disziplinen – heute besonders mit dem Begriff der Wissensgesellschaft – auf dem Primat ihres Sozialbereichs bestehen. Denn sie alle, nicht nur die Politik, können legitim die gesamtgesellschaftliche Relevanz ihrer jeweiligen Teilrationalität beanspruchen. Der Primat eines Funktionssystems kann jedoch nur noch lokal und situationell behauptet werden, er wechselt von Ort zu Ort und von Situation zu Situation.[97] Man kann nicht gleichzeitig, wie Vesting es tut, die moderne Gesellschaft als Gesellschaft ohne Zentrum und ohne Spitze kennzeichnen und ihr dann doch ein heimliches Zentrum und eine heimliche Spitze – die politische Verfassung – verpassen. In den politischen Verfassungen wird keinesfalls das gesamte Kollektivpotential der Gesellschaft durch das Recht in eine politische Form gebracht, sondern ausschließlich ihr spezifisch politisches Potenzial, also ihr Vermögen, Macht- und Konsensressourcen für Kollektiventscheidungen zu aggregieren.[98]

96 Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung*.

97 Rudolf Stichweh, »Towards a General Theory of Function System Crisis«, in: Poul F. Kjaer u. a. (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford 2011, S. 53-72, hier S. 53.

98 In einem späteren Anlauf versucht Vesting, »Ende der Verfassung?«, Manuskript S. 8 ff. die selbsterzeugte Problematik dadurch zu entschärfen, dass er differenziert zwischen der symbolischen Einheit einer Gesamtverfassung, deren Narrativ die Gesellschaft zu fundieren sucht, und der Vielheit von »Folgeverfassungen« der gesellschaftlichen Teilsysteme (zum Beispiel Rundfunk, Datenschutz), die mehr für die technischen Anwendungsfragen zuständig sind. Vesting spricht von der Notwendigkeit eines kollektiv geteilten Glaubens an die »Einheit« der Verfassung, an die Vorstellung der Verfassung als eines gemeinsamen Bandes, das sich artikulieren und in Szene setzen muss. Diese Differenzierung mag für den Nationalstaat brauchbar sein, denn damit lassen sich die gesamtgesellschaftlichen »Exzesse« der Staatsverfassung erklären. Sie verliert aber für die Weltgesellschaft an Erklärungskraft. Denn was bleibt von der »Einheit« einer imaginierten Weltgesellschaftsverfassung mehr als die recht blassen Symbole »internationale Gemeinschaft« oder »Menschheit«. Die weitaus dichteren Narrative werden anderswo erzählt, in den Fragmenten der Weltgesellschaft, in Religionen, Ethnien, Nationen, Funktionssystemen, Organisationen, die mehr als nur technische »Folgeverfassungen« sind.

Neben diesem spezifisch politischen »pouvoir constituant« existiert in der modernen Gesellschaft eine Vielfalt von anderen sozialen Potenzialen, die ihrerseits durch Rechtsnormen in die Form einer Verfassung gebracht werden. Tully kommt diesem Gedanken sehr nahe, wenn er unter Rückgriff auf Locke, Marx und Weber drei verschiedene Arten von *pouvoir constituant* identifiziert – »political power«, »labour power« und »security power« –, deren rechtliche Normierung eine Vielzahl von »Verfassungen von Rechtssystemen jenseits des Staates« erzeugt.[99] Ganz parallel zum politischen *pouvoir constituant*, der in repräsentativen Staatsinstitutionen verfasst sei, werde die »labour power« als der ökonomische *pouvoir constituant* in den kapitalistischen Unternehmensverfassungen institutionalisiert. Auch Steffeks Vorschlag, dass unterschiedliche Ausprägungen von Transnational Governance unterschiedliche Prinzipien und Verfahren der Legitimation benötigen, findet hier eine Anschlussmöglichkeit.[100] Und auf diese Zusammenhänge stoßen auch die Internet-Juristen, die einer Zersplitterung der Volkssouveränität und der Übertragung von Souveränitätsfragmenten auf die intermediären Gewalten des Internet das Wort reden.[101]

Damit vervielfältigt sich die Paradoxie des pouvoir constituant/constitué. Nicht nur die Politik, sondern auch andere Sozialsysteme gründen sich durch selbstreferentielle Prozesse, in der sie ihre

99 Tully, »Imperialism of Modern Constitutional Democracy«, S. 319, 323 ff.

100 Steffek, »Legitimation of International Governance«, S. 258.

101 David G. Post, »The ›Unsettled Paradox‹: The Internet, the State, and the Consent of the Governed«, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 5 (1998), S. 521-543.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 106-107 09.01.2012 08:44:36

Autonomie auf paradoxe Weise konstituieren.[102] Die spezifische Methode des Konstitutionalismus, mit den hier entstehenden Selbstreferenzparadoxien praktisch umzugehen, ist, diese an die Umwelt zu externalisieren. Autonomie von Sozialsystemen ist nie rein, sie enthält immer ein Moment an Heteronomie. Wenn nun die Externalisierung mit Hilfe von Verfassungen aufgebaut wird, dann ist dies Heteronomiemoment die Verweisung des jeweiligen Sozialsystems auf das Recht. Das »Selbst« der Sozialsysteme wird dann heteronom über Rechtsnormen definiert und kann sich im Anschluss daran autonom definieren. Während die Einheit eines Sozialsystems durch die Verkettung von seiner Eigen-Operationen entsteht, wird seine Identität in der Verfassung durch den Re-entry von rechtlichen Fremdbeschreibungen in die Selbstbeschreibung geschaffen.

Dieses »Selbst« wurde in der Theorie der politischen Verfassung traditionell als »etwas« verstanden, als eine Ansammlung von existierenden substanziellen Qualitäten und Eigenschaften. Dagegen argumentiert heute Lindahl zu Recht: »Das Selbst der Selbstverfassung bedeutet reflexive Identität, als Identität als kollektive Selbstheit im Unterschied zur Identität als Gleichheit«[103] Selbstkonstituierung ist also immer zugleich Genitivus objectivus und subjectivus. Das Selbst der Verfassung ist Subjekt und Objekt der Selbstkonstituierung: »Kollektive Selbstverfassung heißt zweierlei: Die Konstituierung durch das Kollektiv und die Konstituierung des Kollektivs«. In dieser Weise stellt eine Verfassung kollektive Identität her als Selbstbeschreibung eines Sozialsystems mit Hilfe ihrer Normierung durch Recht. Solche kollektive Identitäten bilden sich in der Politik ebenso wie in der Wirtschaft wie in anderen Sozialsystemen. Und in transnationalen Zusammenhängen sind es die oben analysierten issue-spezifischen Regimes, die neue Kristallisationspunkte für kollektive Identität bilden.

102 Zu den Gründungsparadoxien des Wirtschaftssystems und den Umgang mit ihnen Luhmann, *Wirtschaft der Gesellschaft*, S. 181; Jacques Derrida, *Falschgeld: Zeitgeben I*, München 1993, S. 37.

103 Hans Lindahl, »Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood«, in: Martin Loughlin, Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford 2007, S. 9-24, hier S. 10.

2. Kollektive Identität

Vorsicht ist jedoch geboten. *Kollektive Identität* ist strikt auf die Selbstbeschreibung eines Sozialsystems zu beschränken. Sie darf nicht mit den durchaus andersgearteten Sozialphänomenen eines *Kollektivs* im strengen Sinne, also eines Kollektivakteurs oder einer formalen Organisation gleichgesetzt werden.[104] Im Fall der nationalstaatlichen Verfassung liegt diese Verwechslung allerdings nahe, da mit dem »Staat« über eine bloße kollektive Selbstbeschreibung des Politischen hinaus eine formale Organisation, die als Kollektivakteur nach innen als Hierarchie auftritt und nach außen mit ihren Umwelten kommuniziert, geschaffen wird. Entsprechend wird häufig für nichtstaatliche Verfassungen vorausgesetzt, dass auch ihre Konstitutionalisierungsprozesse darauf abzielen, einen neuen Kollektivakteur zu schaffen. Ulrich Preuss etwa spricht davon, dass als notwendiges Resultat auch von verschiedenen Verfassungsprozessen jenseits des Staats ein Corporate Actor entsteht.[105] Doch dürfte dies das historische Missverständnis des Korporatismus sein – nicht nur des staatlich-autoritären der dreißiger Jahre, sondern gerade auch des gesellschaftlich-liberalen Neokorporatismus –, die gesellschaftlichen Teilsysteme als formale Organisationen zu verstehen und ihnen eine Organisationsverfassung zu verpassen. An dieser Stelle ist jedoch deutlich zwischen operativer Schließung eines Sozialsystems und dessen Konstitutionalisierung zu unterscheiden. Im Fall der Politik ist für die *Schließung* des Systems nicht nur eine Selbstbeschreibung als »Staat«, sondern darüber hinaus die formale Organisation »Staat« notwendig, um die Schwierigkeiten, dass sich die spezifischen Machtprozesse der Politik gegenüber anderen gesellschaftlichen Machtprozessen anders nicht abgrenzen lassen, zu überwinden. Die parallele Schwierigkeit operativer Schließung

104 Eine anspruchsvolle Diskussion des Kollektivs bei Martin Beckenkamp, »The Herd Moves? Emergence and Self-organization in Collective Actors«, in: *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 14* (2006), S. 1-50, der (mit anderen Kriterien als der Text) zwischen »collective actor« und »corporate actor« unterscheidet. Der Text benutzt Handlungszurechnung auf die kommunikative Identität als Kriterium, dazu genauer Gunther Teubner, »Unternehmenskorporatismus: New Industrial Policy und das Wesen der Juristischen Person«, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2 (1987), S. 61-85.

105 Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood«, S. 33, 37.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 108-109 09.01.2012 08:44:37

wird in anderen Systemen jedoch anders überwunden, in Wirtschaft und Recht durch die sehr viel trennschärfer gelingende Abgrenzung von Zahlungsakten gegenüber Tauschoperationen oder von Rechtsakten gegenüber moralischen Urteilen. Dagegen genügt für ihre *Konstitutionalisierung* eine bloße Selbstbeschreibung, also die Herstellung einer kollektiven Identität, auf die sich in der Politik ebenso wie in anderen Sozialsystemen eine Verfassung beziehen kann, ohne dass es zusätzlich einer formalen Organisation, eines Kollektivakteurs bedarf.

Man muss sich also von der Fehlvorstellung lösen, dass Konstitutionalisierung stets bedeutet, ein Ensemble von Individuen in einen Kollektivakteur zu verwandeln. Ebenso falsch ist die Vorstellung, dass die kollektive Identität eines Sozialsystems eine handlungsfähige formale Organisation impliziert. Für den Nationalstaat kann man das so sehen, da der Staat in der Tat als der formal organisierte Kollektivakteur der Politik verfasst ist. In anderen Sozialsystemen jedoch sieht die Realität anders aus. Andere Funktionssysteme, die Wirtschaft, die Wissenschaft, das Recht, das Gesundheitswesen, die Medien, kommen ohne Gesamt-Kollektivakteur aus, sie sind nicht als Äquivalent des Staats durch eine handlungsfähige Organisation nach außen und innen repräsentiert. Ihre Selbstkonstituierung verläuft nicht über ein formal organisiertes Kollektiv, sondern als systemische oder kommunikative Selbstkonstituierung ohne formale Organisation des ganzen Systems. Und transnationale Regimes? Sie bedürfen zu ihrer Konstitutionalisierung nicht die Charakteristika eines Kollektivakteurs, wie der Fall der Lex mercatoria oder der Lex sportiva zeigen. In beiden Feldern bilden sich, wie oben gezeigt, höherrangige Verfassungsnormen heraus, ohne dass hier das Äquivalent einer staatlichen Organisation in Sicht wäre. Nur in manchen Fällen operiert im Kernbereich eines Regimes eine handlungsfähige internationale Organisation, wie im Falle der Lex digitalis des ICANN, im Falle der WTO, im Falle multinationaler Unternehmen oder im Falle zivilgesellschaftlicher NGOs. Ein solches transnationales Regime entwickelt dann in der Tat über die kollektive Identität hinaus die Eigenschaften eines (staatsähnlichen) Kollektivakteurs.[106]

106 Dazu Jeffrey L. Dunoff, »A New Approach to Regime Interaction«, in: Margaret Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge 2011, S. 136-174, 150 ff.

Auch in den internationalen Beziehungen kommt das politische System im Gegensatz zum Nationalstaat (noch?) ohne eigenständigen Kollektivakteur (Weltstaat?) aus und benutzt den Begriff der internationalen Gemeinschaft nur als imaginierte Selbstbeschreibung in seinen konstitutionellen Prozessen, nicht aber als eine der Nation vergleichbare handlungsfähige Kollektiveinheit. Dies zeigt sogar Tomuschats Definition der »internationalen Gemeinschaft«, die den bloßen Bezugspunkt einer transnationalen politischen Verfassung und gerade nicht ein handlungsfähiges Kollektiv erfasst. Er versteht die

> internationale Gemeinschaft als ein Ensemble von Regeln, Verfahren und Mechanismen, das darauf ausgerichtet ist, kollektive Interessen der Menschheit, die sich auf gemeinsam geteilte Werte stützen, zu schützen.[107]

Reichlich irreführend ist in dieser Definition jedoch der Ausdruck Gemeinschaft, weil dies bekanntlich nach Tönnies eine besonders intensive Form der Sozialisierung im Unterschied zur Gesellschaft sein soll und in der Welt der internationalen Politik nichts, aber auch gar nichts für solche intensiven Sozialbeziehungen spricht. Schon innerhalb des Nationalstaats hat der Gemeinschaftsbegriff angesichts gesellschaftlicher Fragmentierungsprozesse an Überzeugungskraft verloren. Die für die Postmoderne kennzeichnende Pluralität gesellschaftlicher Identitäten und Weltbilder stellt derartige Konzepte nachhaltig in Frage. Thomas Vesting formuliert treffend, dass im Sinne eines Gemeinschaftsbegriffs »die Stelle des Subjekts der Verfassung in der (post)modernen Gesellschaft leer bleiben muss«.[108] Außerhalb des Nationalstaats gilt dies erst recht. Zu unterschiedlich sind die kulturell geprägten Verständnisse politischer Gemeinschaftsbildung, als dass hieraus eine kosmopolitisch verstandene internationale »Gemeinschaft« entstehen könnte. Sehr viel treffender ist, statt Gemeinschaft das politische System der Weltgesellschaft als Referenz einzusetzen. Gemeint ist weder eine

107 Christian Tomuschat, »International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law«, in: *Recueil des Cours* 281 (1999), S. 23-438, hier S. 88; eine eingehende Analyse des unterschiedlichen Begriffsgebrauchs bietet Armin von Bogdandy, »Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany«, in: *Harvard International Law Journal* 47 (2006), S. 223-242, hier S. 233 ff.

108 Vesting, »Politische Verfassung?«, S. 612.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 110-111 09.01.2012 08:44:37

Gruppe von Menschen noch eine fiktive Gemeinschaft, und schon gar nicht die Menschheit als solche, sondern ausschließlich der Ausschnitt weltweiter Kommunikationen, der sich auf Macht- und Konsensbildung für Kollektiventscheidungen konzentriert und der in mehrfacher Weise binnendifferenziert ist: in Nationalstaaten und internationale politische Regimes und deren jeweiligen Administrationen und Öffentlichkeiten.

Nicht anders verhält es sich in der Wirtschaft, im Recht, in der Wissenschaft. Die hier häufig angebotenen Hilfskonstruktionen einer Epistemic Community, einer Economic Community oder einer Nomic Community sind mit äußerster Vorsicht zu genießen, da es auch hier an allen soziologischen Merkmalen einer Gemeinschaft fehlt. Entsprechend problematisch sind die Formulierungen von Berman, der mit seinem anthropologischen Ansatz immer kulturell definierte Gemeinschaften, die als Verfassungssubjekte fungieren, voraussetzt.[109] Jedoch: Über bloße Selbstbeschreibungen ihrer operativen Einheit geht die Realität der Communities von Sozialverfassungen nicht hinaus.

Mit einer Hypostasierung des Gemeinschaftsgedankens setzen auch andere Argumente gegen nicht-nationalstaatlichen Konstitutionalismus ein, wenn sie das konstitutionelle Privileg des Nationalstaats damit begründen, dass sich nur der Staat, nicht aber andere Sozialordnungen, als Kollektiv über einen Gründungsmythos identifiziere. Besonders Haltern will eine Verfassung nur unter der Bedingung anerkennen, dass sich die Imagination des Rechts auf den Gründungsmythos eines Kollektivs richtet, der seinen Mitgliedern letztlich Opfer und Tötung abverlangt.[110] Er betont zunächst zu Recht, dass eine Verfassung nicht notwendig Demos, primordiale Ethnie oder intermediäre Strukturen benötigt, dass sie aber auf die Imagination des Rechts von Revolution und Gedächtnis angewiesen ist. Diese durchaus interessante kulturtheoretische Fassung des Verfassungsbegriffs erfasst den wichtigen Zusammenhang von Verfassung und kollektiver Identität. Und wiederum zu Recht betont Haltern, dass Selbstbeschreibungen des Staats nicht notwendig als »wissenschaftliche« Verfassungstheorien, sondern auch anders, eben als Gründungsmythen, aufgeführt werden. Und dies geschehe in der Sprache des Rechts im Unterschied zum Verfassungsdenken in Politik und Wirtschaft. Doch dann mit Opfer- und Tötungsbereitschaft aufzuwarten, wie Haltern es tut, bedeutet zugleich, Ideen zum Kollektiv zu revitalisieren, die selbst für den Nationalstaat – gelinde gesagt – nicht mehr zeitgemäß sind. Und schon gar nicht für andere Sozialsysteme. Auch wenn sich solche Verfassungskonzeptionen »tiefer« als andere gerieren, verabsolutieren sie doch mit dem Verfassungsmythos der Nation ein bloßes Übergangsphänomen, das seit der Mitte des 18. bis zum 20. Jahrhundert im Nationalstaat wirksam war.[111]

Ein Gründungsmythos als wirkungsmächtige Grundlage einer Verfassung ist jedoch kein Privileg der Nationalstaatsverfassung, wie Haltern glauben macht. Zahlreiche Verfassungen nicht-staatlicher Rechtsordnungen, besonders die religiöser oder ethnischer Gemeinschaften, berufen sich auf ihren eigenen Gründungsmythos, der an Intensität, Elaboriertheit und »Tiefe« mit nationalen Mythen problemlos mithalten kann.[112] Im Dienste des Gründungsmythos zahlreicher Institutionen wirken auch deren Eigenverfassung als kollektives Gedächtnis, als Speicher von Sinn. Und selbst die »rationalen« transnationalen Regime-Verfassungen schaffen sich ihre je eigenen Ursprungsmythen, indem sie Fiktionen ihrer Grundlagen, auf die sie ständig rekurrieren, konstruieren.[113] Diese Narrative werden aber nicht einfach ins Blaue hinein gebaut, sondern müssen durch externe Bedingungen, auf denen die Fiktionen aufbauen können, gestützt sein. Die Verfassungen transnationaler Regimes berufen sich gerade nicht auf den politischen Gründungsmythos des gesetzgeberischen Willens; sie erfinden sich eine Gründungsfiktion in der Weise, dass sie stattdessen ihre Grundlagen

109 Paul Schiff Berman, »Global Legal Pluralism«, in: *Southern California Law Review* 80 (2007), S. 1155-1238. Abgesehen von dieser Hypostasierung von kulturellen Gemeinschaften treffen sich Bermans Analysen des globalen Rechts weitgehend mit den hier gemachten Annahmen.

110 Haltern, »Internationales Verfassungsrecht?«; Ulrich Haltern, »Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in European Imagination«, in: *European Law Journal* 9 (2003), S. 14-44.

111 Darf man als Gegenprobe die Frage stellen, ob die Opfer- und Tötungsbereitschaft islamistischer Gruppen diese zu verfassungsfähigen Subjekten macht?

112 Grundlegend zu den Gründungsmythen nicht-staatlicher Rechtsordnungen Robert M. Cover, »The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative«, in: *Harvard Law Review* 97 (1983), S. 4-68.

113 Dazu eingehend und anhand zahlreicher Beispiele Dunoff, »New Approach to Regime Interaction«, 150 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 112-113 09.01.2012 08:44:37

jeweils in die gesellschaftlichen Teilsysteme selbst, mit denen sie strukturell gekoppelt sind, verlagern. Es müssen dort ausreichend nicht-rechtliche Sinnmaterialien vorhanden sein, welche ihre Rechtsordnung als Rechtspräzedenzien missverstehen kann. Der Gründungsmythos des jeweiligen Regimerechts macht dies operative Missverständnis akzeptabel. Was nötig ist, sind »nur Situationen, in denen es hinreichend plausibel war, davon auszugehen, dass auch schon früher nach Rechtsnormen verfahren worden ist«.[114]

Solche Gründungsmythen sind, wie Koskenniemi zeigt, im transnationalem Raum durchaus nicht im umfassenden Narrativ des Völkerrechts entstanden, sondern

> […] durch Spezialisierung – das heißt dadurch, dass spezialisierte Wissens- und Expertise-Regimes auf solchen Gebieten wie Handelsrecht, Menschenrechte, Umweltrecht, Sicherheitsrecht, internationals Strafrecht, Europarecht etc. geschaffen wurden –, die Welt der Rechtspraxis ist in institutionale Projekte aufgesplittert, die sich an spezielle Gruppen mit speziellen Interessen und einem speziellen Ethos wenden.[115]

Solche konstitutionellen Narrative kennen nicht nur das Menschenrechtsregime der Vereinten Nationen, das Freihandelsregime der WTO oder das neuere globale Umweltregime.[116] Auch privatrechtlich organisierte Regimes pflegen ihren eigenen Gründungsmythos, der ihrer Eigenverfassung zugrunde liegt und ihre rechtsgenerierende Kraft mitbegründet. In der schon angesprochenen Lex mercatoria etwa wird für Verträge, die nicht auf eine nationale Rechtsverfassung Bezug nehmen, eine konstitutionelle Grundlage dafür aufgebaut, dass die Erwartungen auch aus diesen Verträgen rechtlich bindend sind. Statt auf den Willen des nationalen Verfassungsgebers nimmt die Lex mercatoria Rückgriff auf einen reichen Fundus von nicht-rechtlichen Sinnmaterialien, auf internationale Handelsbräuche, Verkehrssitten und kommerzielle Praktiken, die unter den chaotischen Bedingungen des Weltmarktes entstanden sind. Im schiedsgerichtlichen Zusammenhang wird ohne den Umweg über politisch-legislative Institutionen die Fiktion erzeugt, dass diese sozialen Praktiken »schon immer« als Recht galten, auf deren konstitutionelle Autorität man sich seit unvordenklichen Zeiten berufen könne. In gleicher Weise nehmen sie Bezug auf frühere Schiedssprüche, in denen nicht nach einem existierenden nationalen Recht, sondern nach »Billigkeit« entschieden worden war, und behandeln diese, obwohl sie ausdrücklich als nicht-rechtlich (ex aequo et bono) gemeint waren, plötzlich als rechtlich bindende Präjudizien, denen gegenüber sie dann ohne weiteres die Rechtstechniken des Distinguishing und Overruling anwenden. Auf diese Weise kann die konstitutionelle Selbstvalidierung der Lex mercatoria in der unendlichen Geschichte uralter Handelsbräuche verborgen werden.

Was Vesting nur der einen einzigen Verfassung zugestehen will, gilt in Wahrheit für jede gesellschaftliche Teilverfassung:

> Die Verfassung ist aber in ihrer symbolischen Dimension, dort, wo sie allein zur Einheit kommen kann, unauflöslich mit Institutionen wie Sprache, Medien, Kultur, gemeinsamem Wissen, kulturellem Gedächtnis usw. vermittelt. Sie ist darin von einem symbolisch gefüllten Raum abhängig, einem kulturellen Text, der jenseits der Endlichkeit der Lebensspanne eines einzelnen Menschen oder eines kollektiven Akteurs eine unaufhörliche Eigenlogik der Benennungen und Namen (‚Grundgesetz‹) und der mit dieser Praxis einhergehenden Identitätsbildungen in die historische Zeit einschreibt.[117]

Treffsicher beschreibt Lindahl das Verhältnis von Narrativ, Teilverfassung und kollektiver Identität, wenn er nach eingehender Diskussion der Kontroversen über den Kollektivcharakter der Verfassung die durch sie geschaffene kollektive Identität nicht in substanziellen Eigenschaften einer Gruppe fasst, sondern sie konsequent in einen Kommunikationsvorgang auflöst: »to act is to respond«.

> Was das Paradox der konstituierenden Macht zu einer Ontologie kollektiver Identität beiträgt: Das kollektive Selbst existiert in den Modi seiner Befragbarkeit und, vermittelt durch Handlungen, in seiner Responsivität.[118]

114 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 57.

115 Martti Koskenniemi, »The Politics of International Law – 20 Years Later«, in: *European Journal of International Law* 29 (2009), S. 7-19, hier S. 12 f.

116 Einzelheiten bei Dunoff, »New Approach to Regime Interaction«, 150 ff.

117 Vesting, »Ende der Verfassung?«, Manuskript S. 11. Am Beispiel der Rundfunkverfassunge muss auch Vesting selbst einräumen, dass nicht nur die eine umfassende Verfassung ihre »narrative Identität« produziert, sondern dass auch gesellschaftliche Teilverfassungen solche Identitäten aufbauen.

118 »Here, then, is the main contribution of the paradox of constituent power to an ontology of collective selfhood: the collective self exists in the modes of questio-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 114-115 09.01.2012 08:44:37

Das ist im Prinzip reine Kommunikation – »question-response« –, ohne dass notwendig ein Kollektivakteur vorausgesetzt wird. Das kollektive Selbst wird nicht im Gründungsakt einer substanziell verstandenen Nation, eines Regimes oder einer formalen Organisation einmalig gesetzt, sondern ist ein kontinuierlicher Prozess, in dem sich eine Kette von Reflexionsakten durch wechselseitige Verweisung von Fragen und Antworten selbst identifiziert. Verfassung ist damit ein lebendiger Prozess der Selbstidentifikation eines Sozialsystems, der sich der Hilfe des Rechts bedient.

Letztlich mündet die Selbstidentifikation von Verfassungssubjekten jeder Art in die Reflexion auf ihre soziale Identität. Die Grundfrage jeder Eigenverfassung ist: Wie ist für das autonom verfasste Sozialsystem das Verhältnis von Selbstbezug, Fremdbezug und Gesellschaftsbezug zu fassen? In dieser Formulierung wird der Bezug auf die Tradition subjektiver Rechte des autonomen Individuums deutlich.[119] Die Autonomie des Individuums bezieht ihren Sinn nicht aus bloßer Interessenverfolgung oder nur aus dem Willen zur Selbstverwirklichung. Vielmehr steht sie in einem konstituierenden Zusammenhang mit der Verantwortung gegenüber der Gesamtheit und gegenüber den anderen, deren Maßstäbe nicht von außen vordefiniert, sondern im autonomen Sich-Anverwandeln der Welt vom Individuum selbst formuliert werden. Dieser Zusammenhang ist auch für die Autonomie von Sozialsystemen konstitutiv.[120] Womöglich ist diese Verdoppelung des Zusammenhangs von Autonomie – Autonomie des Individuums und Autonomie von Sozialsystemen – einerseits und Verantwortung andererseits die wichtigste Botschaft einer soziologischen Aufklärung des (Verfassungs-)Rechts. Wie kann die gesamtgesellschaftliche Funktion eines Sozialsystems in eine Balance zu seinen Umweltleistungen gebracht werden? Die Antwort heißt, dass nur das jeweilige Sozialsystem selbst in seiner spezifischen historischen Situation

nability and, by way of its acts, of responsiveness«, Lindahl, »Constituent Power and Reflexive Identity«, S. 21.

119 Kant sprach von den auf sittlicher Autonomie begründeten Pflichten des Menschen »gegen sich selbst«, Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten. Werke in zwölf Bänden. Band 8*, Frankfurt/M. 1977, S. 547. Dazu Menke, »Subjektive Rechte«.

120 Letztlich liegt er schon der Sozialtheorie von Durkheim mit ihrer Unterscheidung von mechanischer und organischer Solidarität zugrunde, Durkheim, *Teilung der sozialen Arbeit*, S. 152 ff.

seine gesellschaftsadäquate Funktions- und Leistungserfüllung bestimmen kann. Hier also wäre der Gemeinwohlbezug einer jeden Sozialverfassung zu verorten: nicht zentral im politischen System, das die Gemeinwohlbindung für die gesellschaftliche Teile festlegt, sondern dezentral in jedem einzelnen Sozialsystem selbst. Somit kann es nur die jeweilige Eigenverfassung unternehmen, die Identität eines Sozialsystems und ihre Kompatibilität mit der Gesamtgesellschaft und den anderen Umwelten zu bestimmen. Und wenn auch transnationale Regimes diese Reflexionsfähigkeit entwickeln und zugleich auf Rechtsnormen zur Unterstützung der eigenen Reflexionsprozesse zurückgreifen können, ist darin ihr Status als Verfassungssubjekt begründet.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 116-117 09.01.2012 08:44:37

Viertes Kapitel: Transnationale Verfassungsnormen – Funktionen, Regelungsbereiche, Prozesse, Strukturen

Die Verfassungssubjekte des gesellschaftlichen Konstitutionalismus nehmen also durchaus unterschiedliche Züge an, je nachdem, ob sie sich im nationalstaatlichen oder im transnationalen Raum herausbilden. Dies kann als Zwischenergebnis der beiden vorangehenden Kapitel festgehalten werden. Im Zuge der Globalisierung sind neue transnationale Verfassungssubjekte entstanden, die sich durch weitgehende Entstaatlichung, durch einen hohen Grad der Fragmentierung, durch hohe Autonomie und durch die Konzentration auf funktionale Regimes auszeichnen. Trotz massiver Einwände national gesonnener Verfassungsrechtler wird man dann nicht umhinkönnen, eine Vielzahl von transnationalen Ordnungen als konstitutionsfähig anzuerkennen. Will man den globalen Realitäten gerecht werden, so wurde im vorigen Kapitel gezeigt, muss man folgende drei Schritte nachvollziehen: (1) Der Nationalstaat ist nicht das einzig mögliche Verfassungssubjekt. (2) Die Fragmentierung von Verfassungsprozessen, die nun in unterschiedlichen funktional definierten Regimes stattfinden, ist heute eine Realität. (3) Nicht nur politische Kollektive im engeren Sinne sind verfassungsfähig, sondern ebenso unterschiedliche gesellschaftliche Teilsysteme.

Doch selbst wenn es sich bei den transnationalen Regimes um verfassungsfähige *Subjekte* handelte, so setzen die Nationalkonstitutionalisten ihre Einwände fort, so bildeten sie doch nicht die spezifische Klasse von *Normen* heraus, welche die für eine Verfassung wesentlichen Merkmale aufwiesen. Was unter dem Titel Konstitutionalisierung laufe, sei eine teils völkerrechtliche teils bloß »private« Verrechtlichung gesellschaftlicher Bereiche, keinesfalls aber bildeten sich hier genuine Verfassungsnormen heraus. Kurz: Nur Juridifizierung, keine Konstitutionalisierung. Die Normen der WTO, der ILO, der ICC, der ICANN, der Lex mercatoria, der Lex sportiva und anderer transnationaler Regimes übten nur regulative, nicht aber genuin konstitutionelle Funktionen aus. Sie könnten nicht das in der Politik beobachtbare Wechselspiel der Arenen öffentlicher Meinungsbildung und verbindlicher Entscheidungsprozessen realisieren. Und es beschränke sich der Verfassungsbegriff des Transnationalen auf bloße juristische Normenhierarchien, könne diese aber nicht in demokratisch organisierten politischen Prozessen verankern.[1]

Eine Auseinandersetzung mit diesen jetzt nicht mehr die Verfassungssubjektivität, sondern die Normqualität betreffenden Einwänden bedingt hohe Ansprüche an die Begriffsbildung und sollte in der Tat nicht in einem »Allerweltsbegriff« der Verfassung enden.[2] Ob transnationale Regimes über eine bloße Juridifizierung hinaus eine genuine Konstitutionalisierung durchmachen, soll im Folgenden anhand von vier Kriterien diskutiert werden.[3] Dass man sich hier nicht auf die Kriterien eines formalen Verfassungsbegriffs beschränkt, dürfte heute selbstverständlich sein.[4] Vielmehr müssen auch die Verfassungen jenseits des Staats den Anforderungen eines materialen Verfassungsbegriffs genügen, wonach eine Verfassung eine originäre Rechtsautorität, also ein autonomes Rechtssystem,

1 Grimm, »Constitution in the Process of Denationalization«, S. 460 ff.; vorsichtiger im negativen Urteil Grimm, »Gesellschaftlicher Konstitutionalismus«; Loughlin, »What Is Constitutionalisation?«, S. 64 f.; Wahl, »In Defence of Constitution«; Rainer Wahl, »Verfassungsdenken jenseits des Staates«, in: Ivo Appel, Georg Hermes (Hg.), *Mensch-Staat-Umwelt*, Berlin 2008, S. 135-154. Äußerst kritisch gegenüber diesen Kritikern Holmes, »Rhetoric of Legal Fragmentation«, S. 125 ff.

2 So der Vorwurf von Wahl an die Vertreter eines transnationalen Konstitutionalismus, Wahl, »Leitbegriff oder Allerweltsbegriff«.

3 Eine klare Unterscheidung von Juridifizierung und Konstitutionalisierung im transnationalen Kontext bietet Klabbers, »Setting the Scene«, S. 8 ff. Zu den einschlägigen Kriterien (Verfassungsfunktionen und Verfassungsstrukturen) siehe die detaillierten Analysen von Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«. Die hier zusätzlich benutzten Kriterien (Verfassungsarenen und Verfassungsprozesse) werden plausibel, wenn man – wie es die Systemtheorie nahelegt – die Aufmerksamkeit auf Binnendifferenzierung und Ereignisketten im Verfassungsgeschehen lenkt.

4 Dazu klassisch Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960 [1934], S. 228 f. Im Übrigen erfüllen einige der transnationalen Regime-Verfassungen, zum Beispiel die WTO, durchaus die dafür erforderlichen drei Voraussetzungen: (1) Schriftliches Dokument, (2) Normhierarchie, (3) erschwertes Verfahren. Andere, zum Beispiel die Lex mercatoria, erfüllen nur (2), in geringerem Maße (3) und nicht (1), dazu Dalhuisen, »Legal Orders and their Manifestations«. Sie gehören damit zur Klasse der informalen oder latenten Verfassungen wie der berühmte Sonderfall einer Staatsverfassung: Großbritannien. Locus classicus: Albert Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1964 [1889], A. 23.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 118-119 09.01.2012 08:44:37

etabliert, das seinerseits einen gesellschaftlichen Prozess (und nicht nur, wie im Falle der Nationalstaatsverfassungen einen politischen Prozess) strukturiert und durch diesen legitimiert ist.[5] Folgende Qualitätstests müssen die Normen eines transnationalen Regimes bestehen, um als Verfassungsnormen gelten zu können:

(1) *Verfassungsfunktionen*: Bilden die transnationalen Regimes Normen aus, die mehr als nur regulative oder konfliktlösende Funktionen ausüben, nämlich als »konstitutive Regeln« im strengen Sinne Funktionen einer Verfassung wahrnehmen?

(2) *Verfassungsbereiche*: Lassen sich vergleichbar dem im Organisationsteil staatlicher Verfassungen geregelten Zusammenspiel von organisierten Politikprozessen und spontaner Willensbildung der Öffentlichkeit auch in den Regimes unterschiedliche Arenen der Konstitutionalisierung identifizieren, deren Normierung für einen demokratischen Konstitutionalismus wesentlich ist?

(3) *Verfassungsprozesse:* Bauen die Rechtsnormierungen in den Regimes einen ausreichend dichten Bezug zu ihrem sozialen Kontext einer »nomic community« auf, der dem Bezug nationalstaatlicher Verfassungsrechtsnormen zur »nomic community« der Politik vergleichbar ist?

(4) *Verfassungsstrukturen:* Bilden die Regimes die aus nationalstaatlichen Zusammenhängen bekannten verfassungstypischen Strukturen, insbesondere die bekannten Normenhierarchien und ihre institutionellen Garantien, heraus?

I. Verfassungsfunktionen: konstitutiv/limitativ

1. Selbstkonstitution sozialer Systeme

Die politischen Verfassungen der Nationalstaaten haben in systemtheoretischer Sicht die konstitutive Funktion, die in der Neuzeit gewonnene Autonomie der Politik gegenüber »fremden« religiösen, familialen, ökonomischen, militärischen Machtquellen dadurch

5 Definition in Anschluss an Kumm, »Beyond Golf Clubs«, S. 508. In die gleiche Richtung geht die Definition zivilgesellschaftlicher Verfassungen von Amstutz u. a., »Civil Society Constitutionalism«, S. 245.

abzustützen, dass sie das der Politik »eigene« Machtmedium formalisieren.[6] In Thornhills Formulierung haben Verfassungen

> […] die Funktion, dass sie objektivierte Regimes von Grundrechten formulieren, um die Abstraktion staatlicher Macht als autonomes soziales Konstrukt abzustützen und, soweit wie es unterschiedliche historische Bedingungen erlauben, zugleich sicherzustellen, dass die Generalisierung von Macht über die ganze Gesellschaft möglich ist. Verfassungen stellen der Gesellschaft einen dafür sensibilisierten politischen Mechanismus zur Verfügung. Dieser benutzt Grundrechte dazu, die Brüche zwischen ansonsten miteinander verbundenen Sozialsphären zu identifizieren und zu kodifizieren. Damit wird also die Differenzierung unterschiedlicher Austauschsphären innerhalb der Gesellschaft abgestützt.[7]

Mutatis mutandis üben auch die anderen gesellschaftlichen Teilverfassungen, die Verfassung der Wirtschaft, der Wissenschaft, der Informationsmedien, des Gesundheitswesens die parallele konstitutive Funktion aus, nämlich die Autonomie ihrer je eigenen Kommunikationsmedien zu sichern und dies heute im globalen Maßstab. Mit Hilfe von konstitutiven Normen reguliert die jeweilige Teilverfassung die Abstraktion eines einheitlichen kommunikativen Mediums – Macht, Geld, Recht, Wissen – als ein autonomes soziales Konstrukt innerhalb eines weltweit konstituierten Funktionssystems.[8] Zugleich sorgen die verschiedenen Teilverfassungen dafür, dass unter verschiedenen historischen Bedingungen die gesellschaftsweite Wirkung ihrer Kommunikationsmedien gesichert ist. Für beide Orientierungen bilden sie Organisationsregeln, Ver-

6 In dieser Richtung entwickelt Thornhill, »Towards a Historical Sociology«, S. 169 ff. Luhmanns Verfassungstheorie weiter, Niklas Luhmann, »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«, in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 176-220; Luhmann, »Politische Verfassungen im Kontext«.

7 Thornhill, »State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms«, Manuskript S. 18.

8 Die auf John Searle zurückgehende Unterscheidung von »constitutive« und »regulative norms« ist zur normtheoretischen Charakterisierung von Verfassungen grundlegend, John. R. Searle, »Social Ontology: Some Basic Principles«, in: *Anthropological Theory* 6 (2006), S. 12-29. Die Rolle konstitutiver Normen ist auch für Lindahl und Preuss der Anlass, den Verfassungsbegriff von seinem engen Staatsbezug zu lösen und auf die Konstituierung einer ganzen Reihe von transnationalen und gesellschaftlichen Institutionen auszudehnen, Lindahl, »Constituent Power and Reflexive Identity«, S. 14 ff.; Preuss, »Disconnecting Constitutions from Statehood«, S. 40 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 120-121 09.01.2012 08:44:37

fahren, Kompetenzen und subjektive Rechte aus, kodifizieren die Trennung zwischen den Sozialsphären und stützen so die funktionale Differenzierung der Gesellschaft ab.[9]

An den Verfassungen funktionaler Globalregimes, die im vorigen Kapitel geschildert wurden, fällt auf, wie sehr in den letzten Jahren gerade ihre konstitutive Funktion, also die Ausrichtung darauf, die institutionellen Möglichkeitsbedingungen ihrer medialen Autonomie zu gewährleisten, im Vordergrund gestanden hat. Sie konzentrieren sich im Wesentlichen auf das Problem, dass der weltweiten Vernetzung funktionsspezifischer Kommunikationen in den Bereichen Wirtschaft, Wissenschaft, Erziehung, Gesundheitswesen und Medien die segmentäre Binnendifferenzierung von Politik und Recht in nationalstaatliche Einheiten im Wege steht. Verantwortlich für das Problem sind in erster Linie nationale Produktionsregimes, die enge strukturelle Kopplungen zu den anderen Funktionssystemen hergestellt haben, aber diese auf nationalstaatliche Institutionen begrenzen.[10] Den Abbau solcher nationalstaatlichen Produktionsregimes in den unterschiedlichsten Bereichen haben sich die globalen Regimes zum vorrangigen Verfassungsziel gemacht. Der heute existierende weltgesellschaftliche Konstitutionalismus zielt damit auf zweierlei: die engen strukturellen Kopplungen der Funktionssysteme an nationalstaatliche Politik und Recht aufzubrechen und rechtsstaatliche Strukturen insoweit aufzubauen, als es für eine weltweite Vernetzung funktionsspezifischer Kommunikationen erforderlich ist. Konstitutive Normen dieser Art dienen dazu, die Eigendynamik der Funktionssysteme auf der globalen Ebene freizusetzen.

Vertreter des »Neuen Konstitutionalismus« ebenso wie die Befürworter einer ordoliberalen Weltwirtschaftsverfassung identifizieren exakt diese konstitutive Zielrichtung in den globalen Regimes, wenn sie sie auch politisch diametral entgegengesetzt bewerten.[11] Im Washington Consensus der letzten dreißig Jahre wurde dieser auf Autonomie gesellschaftlicher Teilsysteme, besonders der Weltmärkte, gerichtete Konstitutionalisierungsschub auch politisch vorangetrieben. Er löste nicht bloß einzelne politische Regulierungen aus, sondern die Normierung verfassungsrechtlicher Prinzipien. Diese zielten im Bereich der Wirtschaft darauf ab, global agierenden Unternehmen unbeschränkte Handlungsspielräume zu verschaffen, Regierungsbeteiligungen an Unternehmen abzuschaffen, den Handelsprotektionismus zu bekämpfen und Wirtschaftsunternehmen von politischen Regulierungen zu befreien.[12] Leitprinzip der Regimeverfassungen des Internationale Währungsfonds und der Weltbank ist es, die nationalen Kapitalmärkte zu öffnen. Die Verfassungen der World Trade Organization (WTO) ebenso wie der EG-Binnenmarkt, das North American Free Trade Agreement (NAFTA), das Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR) oder die Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) zielen ihrerseits auf eine konstitutionelle Absicherung der Freiheit des Welthandels und der Förderung von Direktinvestitionen.[13]

Auch die Lex mercatoria, die, wie schon gezeigt, oberhalb ihrer vertragsrechtlichen Normen eine Schicht von konstitutionellen Normen herausgebildet hat, konzentriert sie auf diese konstitutive Funktion: »Private« Schiedsgerichte positivieren Eigentum, Vertragsfreiheit und Wettbewerb als Bestandteil einer Transnational

9 Diese Formulierungen verallgemeinern Thornhills Funktionsbestimmungen der politischen Verfassungen auf sämtliche Teilverfassungen, Thornhill, »Towards a Historical Sociology«, S. 169 ff.

10 Zu unterschiedlichen Produktionsregimes als stabilen nationalen oder regionalen Konfigurationen von Wirtschaft, Politik und Recht, die für die »varieties of capitalism« verantwortlich sind, Hall und Soskice (Hg.), *Varieties of Capitalism*. Zur Interpretation von Produktionsregimes als strukturelle Kopplungen zwischen unterschiedlichen Teilsystemen Gunther Teubner, »Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktregimes«, in: Günther Dux, Frank Welz (Hg.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Opladen 2001, S. 351-381.

11 Zum neuen globalen Konstitutionalismus Anderson, »Corporate Constitutionalism«; Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization*, S. 340 ff.; Bieling, »Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft«; Tully, »Imperialism of Modern Constitutional Democracy«, S. 328 ff. Zur Weltwirtschaftsverfassung: Behrens, »Weltwirtschaftsverfassung«. Auch im Völkerrecht werden reale Entwicklungen von Verfassungsrechtsnormen registriert, so Klabbers, »Setting the Scene«, S. 4 ff.

12 Eingehende Analyse und Kritik bei Joseph Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, London 2002, S. 53 ff.

13 Zu den Ähnlichkeiten zwischen transnationalen Handelsregimes und Verfassungsphänomenen Cass, *Constitutionalization of the World Trade Organisation*; Stephen Gill, *Power and Resistance in the New World Order*, Hampshire 2003; Alec Stone, »What Is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory.«, in: *Review of Politics* 56 (1994), S. 441-474.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 122-123 09.01.2012 08:44:37

Public Policy.[14] Auch im Bereich der Unternehmensverfassung ist die »neo-liberale« Konstitutionalisierungswelle durch ihre konstitutive Funktion gekennzeichnet, also die Ausrichtung darauf, transnationalen Unternehmen hohe Autonomie zu verschaffen.[15] Die Prinzipien der Corporate Governance multinationaler Unternehmen sind hohe Unternehmensautonomie, Kapitalmarktorientierung gesellschaftsrechtlicher Normen und die Etablierung des Shareholder Values. Um diese Prinzipien durchzusetzen, konzentriert sich auch die globale Unternehmensverfassungspolitik auf das oben angesprochene Problem, dass der weltweiten Ausbreitung von Unternehmensaktivitäten die segmentäre Binnendifferenzierung der Welt in nationalstaatliche Einheiten im Wege steht. Verantwortlich dafür gemacht werden in erster Linie die Politik und das Recht der Nationalstaaten, welche die Unternehmensregulierung auf den nationalen Rahmen beschränken.[16] Die neu entstehenden globalen Unternehmensverfassungen zielen damit auf zweierlei: die engen strukturellen Kopplungen transnationaler Unternehmen an nationalstaatliche Politik und Recht aufzubrechen und rechtsstaatliche Strukturen insoweit aufzubauen, als es für eine weltweite Vernetzung ihrer funktionsspezifischen Kommunikationen erforderlich ist. Konstitutive Verfassungsnormen dieser Art dienen dazu, die Eigendynamik der Wirtschaftsunternehmen auf der globalen Ebene freizusetzen.

2. Konstitutionalisierung im dynamischen Ungleichgewicht

Auf die Dauer aber ist es nicht durchzuhalten, dass der weltweite Konstitutionalismus sich dermaßen einseitig »neo-liberal« auf seine konstitutive Funktion beschränkt. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis die freigesetzten systemischen Energien neben ihren unbestreitbaren produktiven Effekten solch desaströsen Folgen auslösen, dass die hier auftretenden gesellschaftlichen Konflikte eine drastische Korrektur der Verfassungspolitik verlangen. Hier wird Polanyis Doppelbewegung spürbar, in Streecks Interpretation, eine Bewegung

> von nicht nur pluralen, sondern von einander entgegengesetzten Kräften, die für die spezifische Dynamik des Kapitalismus verantwortlich sind und die sie nicht in linearer Richtung, sondern in zyklischen Wellen der Institutionalisierung und der De-institutionalisierung in Bewegung setzen.[17]

In solchen Prozessen eines »dynamischen Ungleichgewichts«, in denen sich Freisetzung und Begrenzung der Funktionslogik wechselseitig ablösen, ist nach einer langen konstitutiven Phase der Umschlagpunkt erreicht. Jetzt werden Institutionen, die horizontale Integritätsgefährdungen bekämpfen, unerlässlich.[18] Statt konstitutiver sind jetzt limitative Verfassungsnormen gefragt.

Die weltweite Vernetzung funktionsspezifischer Kommunikationen ist nun nicht mehr von nationalstaatlichen Produktionsregimes gehindert. Doch hat die konstitutive Verfassungspolitik all die Beschränkungen aufgehoben, welche die Nationalstaaten den Funktionssystemen in ihren Expansionstendenzen auferlegt hatten. Ungehindert von nationalstaatlichen Restriktionen sind die Funktionssysteme jetzt in der Lage, weltweit ihre Maximierungsprogramme zu verfolgen. In den Konsequenzen dieser Diagnose dürften trotz aller Divergenzen soziologische Analysen in der Nachfolge von Karl Marx, Max Weber, Niklas Luhmann übereinstimmen. Ob nun Bewegungsgesetze des Kapitals, ob Rationalisierung gesellschaftlicher Lebensbereiche oder ob funktionale Differenzierung die Dynamik bestimmen – sie alle identifizieren neben produktiven Wirkungen zugleich destruktive Energien, die von der einseitigen Funktionsorientierung eines jeden gesellschaftlichen Sektors erzeugt werden. Der Wegfall nationaler Produktionsregimes setzt in den globalen Funktionssystemen erneut destruktive Dynamiken

14 Elemente einer transnationalen Wirtschaftsverfassung identifiziert in den »privaten« Schiedsgerichtsregimes Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 91 ff., 229 ff. In der Sache identisch, aber bezeichnenderweise in der Terminologie eines Naturrechts, die den Fundamentalcharakter der betreffenden Rechtsnormen betonen soll Dalhuisen, »Legal Orders and their Manifestations«.

15 Zur neuen Unternehmensverfassung der Global Corporate Governance Backer, »Autonomous Global Enterprise«.

16 Zu unterschiedlichen Produktionsregimes als stabilen Konfigurationen von Wirtschaft, Politik und Recht vgl. die Nachweise in S. ••, Fn. 10.

17 Streeck, *Re-Forming Capitalism*, S. 235 f. Aufschlussreich zum Zusammenhang von Polanyis Doppelbewegung mit transnationaler Juridifizierung und Konstitutionalisierung die Beiträge in Christian Joerges und Josef Falke, *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Oxford 2011.

18 Ino Augsberg u. a., *Denken in Netzwerken: Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs*, Tübingen 2009, S. 82 ff.; Ladeur und Viellechner, »Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte«.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 124-125 09.01.2012 08:44:37

frei, in denen die einseitige Funktionssteigerung eines gesellschaftlichen Sektors mit anderen gesellschaftlichen Dynamiken kollidiert.

Eine solche Dynamik provoziert die grundsätzliche Frage, ob die funktionale Differenzierung der Gesellschaft dazu nötigt, die soziale Selbstreproduktion der Funktionssysteme als einen Zwang zur Selbststeigerung zu verstehen. Ein Funktionssystem als einen sich selbst produzierenden Kommunikationskreislauf, der sozusagen in sich zurückläuft, zu denken, etwa als Wirtschaftskreislauf, als Kreislauf des politischen Systems oder der anderer Sozialsysteme, ist zwar naheliegend, aber doch wohl zu harmlos, wenn nicht gar irreführend. Mit dem Axiom der klassischen strukturell-funktionalen Theorie, dem Imperativ der Bestandserhaltung, hat die Theorie autopoietischer Systeme schon seit langem gebrochen. Anschlussfähigkeit rekursiver Operationen heißt der neue Imperativ – die Autopoiese eines Funktionssystems wird fortgesetzt oder eben nicht.[19] Aber darüber hinaus stellt sich die durchaus beunruhigende Frage, ob nicht die funktionale Differenzierung heimlich auf eine eigenartige Steigerungslogik der Autopoiese hinausläuft. Denn die funktionale Spezifizierung der Teilsysteme, ihre ausschließliche Orientierung an dem einen binären Code bringt es mit sich, dass inhärente Selbstbegrenzungen, die die traditionelle Gesellschaft in ihren multifunktionalen Institutionen noch kannte, nicht mehr zur Verfügung stehen. Dann gäbe es eine Affinität der Selbstreproduktion von Funktionssystemen und formalen Organisationen zu einem unerbittlichen Wachstumszwang.

In unserem Zusammenhang käme es besonders auf die Frage an, ob man nicht leicht inflationäre Tendenzen der Symbolproduktion, ohne die sie in eine ihre Produktivität gefährdende Schrumpfungsspirale gerät, als Normalzustand der Funktionssysteme voraussetzen muss.[20] Hat aber die Rekursivität der Funktionssysteme über ein solches »normales« Wachstum hinaus inhärente Tendenzen zu einem sozialschädlichen Wiederholungs- und Steigerungsdruck, und wenn ja, wodurch wird eine solche »Turbo-Autopoiese« ausgelöst? Die berühmt-berüchtigten Expansionstendenzen der Funktionssysteme – die Tendenzen zu einer umfassenden Politisierung, Ökonomisierung, Juridifizierung, Medialisierung, Medikalisierung der Welt – dürften eine solche zwanghafte Wachstumsdynamik durchaus indizieren. Einen solchen inhärenten Wachstumszwang vermutet auch Stichweh, der in mehreren Funktionsystemen eine Tendenz der Symbolvermehrung beobachtet. Er registriert in unterschiedlichen Funktionssystemen den Unterschied zwischen dem Normalzustand mit »leicht inflationären Wachstumsprozessen« und krisenauslösenden Wachstumsexzessen.[21] Dann aber liegt die Vermutung nahe, dass in den Motivationen zur Annahme einer Kommunikation, welche die kommunikativen Medien Geld, Macht, Recht, Wahrheit und Liebe erzeugen, ein Moment überschießender Erwartungen, eine Art »Kredit« an zukünftige Kommunikationen steckt, der dort nur durch ständige Mehrleistungen und ihre Rückwirkung auf ihrerseits steigende »Kredit«-Erwartungen eingelöst werden kann, so dass eine notwendige Steigerungsdynamik, eine Wachstumsspirale entsteht. Dann wäre die pathologische Wachstumsspirale nicht mehr ein auf das Geldmedium beschränktes Phänomen, sondern ein allgemeines Kennzeichen von medial ausdifferenzierten Funktionssystemen.

Eine solche Steigerungsdynamik geht über die von Hartmut Rosa diagnostizierten Akzelerationszirkel in modernen Gesellschaften hinaus.[22] Es geht nicht nur um eine sozialstrukturell bedingte Änderung der Zeitstrukturen, die auf eine Beschleunigung sozialer Prozesse hinausläuft. Dies ist nur die zeitliche Teildimension der allgemeinen Steigerungsdynamik von Funktionssystemen. Man wird darüber hinaus auch die sachliche und soziale Dimension von gesellschaftlichen Steigerungsphänomenen in den Blick nehmen müssen. In ihrer sachlichen Dimension äußert sich die Dynamik als der hier angesprochene Wachstumszwang der Symbolproduktion, also als eine Tendenz, gleichartige Operationen so zu steigern, dass sich ihre Strukturen vervielfachen. In ihrer sozialen Dimension verwirklicht sie sich in einer sozialen Epidemiologie, in Imitation, Verbreitung, Ansteckung, wie sie besonders in Analy-

19 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M. 1984, S. 86.

20 Für das Wirtschaftssystem vertritt ein solches Konzept Hans Christoph Binswanger, *Vorwärts zur Mäßigung: Perspektiven einer nachhaltigen Wirtschaft*, Hamburg 2009, S. 11 ff.

21 Stichweh, »General Theory of Function System Crisis«, S. 55 ff.

22 Hartmut Rosa, *Beschleunigung: Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne*, Frankfurt/M. 2005, besonders S. 295 ff.; siehe auch Hartmut Rosa und William E. Scheuerman (Hg.), *High-Speed Society: Social Acceleration, Power and Modernity*, University Park 2009.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 126-127 09.01.2012 08:44:38

sen zum »Herdentrieb« an den Finanzmärkten untersucht worden sind.[23] Insgesamt geht es um Vorschussleistungen, die Erwartungen an Leistungssteigerung generieren und die dann ihrerseits die nächsten Vorschussleistungen erzwingen, also um eine zunächst bestandsnotwendige Dynamik, die dann aber eine Tendenz dazu hat, in sozialschädliche Exzesse umzukippen.

Ein solcher inhärenter Zwang zur immer höheren Produktion, der einerseits Voraussetzung ihrer Selbstreproduktion ist, andererseits durch angebbare Steigerungsmechanismen so angetrieben werden kann, dass es zum Umschlag in destruktive Tendenzen kommt, wird mit Recht in der Wirtschaft identifiziert.[24] Aber er findet sich nicht nur in der Wirtschaft, sondern auch in anderen Funktionssystemen.[25] Lässt sich nun die Differenz von »normalen« Wachstum und seinen »pathologischen« Steigerungsformen trennscharf identifizieren? Im Fall des Rechts kann man deutlich sehen, dass das Recht nicht nur Konflikte löst und damit in eine Ruhelage zurückkehrt, sondern dass es durch seine eigenen Regulierungen Konflikte überhaupt erst erzeugt, die wiederum nach mehr Regulierung verlangen. Das Recht produziert selbst durch regulatorischen Eingriff ins tägliche Leben die Situationen, die dann Anlass zu Konflikten werden.[26] Und zugleich erzeugt jede Norm Interpretationsprobleme, die ihrerseits wieder Konflikte auslösen. Schließlich produziert die schiere Normenmenge selbst interne Normenkonflikte, die nach weiterer Rechtsproduktion verlangen. Hat also die hochgetriebene Autonomie des Rechts zur Folge, dass sie zur Steigerung von Konflikten beiträgt? Das alles wäre noch der Normalzustand einer moderaten Inflation von Rechtsnormen. Kritisch dagegen ist eine Art Abhängigkeitssyndrom des Rechts zu beurteilen, in dem die Normproduktion von externen Stimulantien abhängig wird – von den wirtschaftlichen Vertragsmechanismen und der politischen Gesetzgebung –, welche auf nationaler wie auf transnationaler Ebene die vielkritisierten Pathologien übermäßiger Juridifizierung der Welt erzeugen. Wären dies die Rechtsausschweifungen der Spätmoderne? In der Politik wiederum sind die exzessiven Wachstumszwänge des demokratischen Wohlfahrtsstaats der offensichtliche Kandidat. In der Wissenschaft erzeugt die Forschung immer höhere Ungewissheiten, die nur durch verstärkte Forschung wieder beseitigt werden können, die wiederum neue Ungewissheiten erzeugen. Inzwischen haben zugleich die bekannten Steigerungszwänge des publish or perish eine solche Intensität erreicht, dass »academic ghostwriting« zu einer Wachstumsindustrie geworden ist, die besonders in der biomedizinischen Forschung die Glaubwürdigkeit des akademischen Publikationswesens ernsthaft bedroht.[27] Und in der Technologie haben die jüngsten Ereignisse in Japan Wachstumszwänge sichtbar gemacht, deren Risiken unkalkulierbar sind. In all diesen Kontexten müsste man jedoch deutlich zwischen fortsetzungsnotwendiger Steigerungsdynamik und bestandsbedrohenden Steigerungsexzessen unterscheiden.

23 Hierzu aufschlussreich Urs Stäheli, »Political Epidemiology and the Financial Crisis«, in: Poul F. Kjaer u. a. (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford 2011, S. 123-142.

24 Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*.

25 Es bleibt klarzustellen, dass solche Tendenzen nicht »begriffssoziologisch« aus der Systemtheorie abgeleitet werden, wie Klaus F. Röhl (2010), *Begriffssoziologie I: Fragmentierung*, ⟨http://www.rsozblog.de/?p=1424⟩ argwöhnt, sondern als theoretisch plausibilisierte Annahmen empirisch identifiziert werden müssen, wie es in unterschiedlichen Zusammenhängen Rosa und Stichweh getan haben.

26 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 139.

3. Selbstbegrenzung von Wachstumszwängen

Dann kommt es darauf an, die Dynamiken zu identifizieren, welche die Wachstumsspirale eines gesellschaftlichen Sektors derart beschleunigen, dass sie in Destruktivität umkippen, weil sie mit anderen gesellschaftlichen Dynamiken kollidieren. Solche Wachstumsbeschleunigungen der heute globalisierten Funktionssysteme belasten sie selbst, die Gesellschaft und die Umwelt mit gravierenden »Folgeproblemen ihrer eigenen Ausdifferenzierung, Spezialisierung und Hochleistungsorientierung«.[28] Drei Kollisionsfelder sind auszumachen: (1) Kollision des eigenen Wachstumsimperativs mit der Integrität anderer gesellschaftlicher Teilsysteme, (2) Kollision mit einer Gesamtrationalität der Weltgesellschaft und (3) Kollision der Wachstumssteigerung mit der eigenen Selbstreproduktion.[29]

27 Zu diesen Steigerungszwängen eingehend Stichweh, »General Theory of Function System Crisis«, sub IV.

28 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 802.

29 Gesamtrationalität der Weltgesellschaft? Vorsicht ist geboten. Nicht gemeint ist, dass es eine Instanz geben könnte, welche diese Rationalität definiert. Das aber nötigt nicht dazu, das Konzept selbst aufzugeben, wenn die Chance besteht,

29628 Teubner 1. Lauf.indd 128-129 09.01.2012 08:44:38

Die evolutionäre Dynamik dieser drei Kollisionen hat durchaus das Potenzial, auf gesellschaftliche Katastrophen zuzulaufen. Aber es besteht keine Notwendigkeit des Zusammenbruchs, wie es Karl Marx postulierte, auch keine Notwendigkeit des »ehernen Gehäuses der neuen Hörigkeit« wie Max Weber es voraussagte. Plausibler ist Niklas Luhmann: der Eintritt der Katastrophe ist kontingent. Er hängt davon ab, ob gegen die Abweichungsverstärkungen im Inneren der Wachstumsdynamik selbst wachstumsinhibierende Gegenstrukturen wirksam werden.

Nicht schon die Kontingenzerfahrung als solche, sondern erst die Erfahrung der Beinahe-Katastrophe ist der »konstitutionelle Moment«.[30] Damit ist nicht schon der Augenblick bezeichnet, in dem die selbstdestruktive Steigerungsdynamik die abstrakte Gefahr eines Zusammenbruchs aufscheinen lässt – das ist der Normalzustand –, sondern der Moment, in dem der Zusammenbruch unmittelbar bevorsteht. Die funktional differenzierte Gesellschaft scheint sanftere Möglichkeiten einer Selbstkorrektur, dass nämlich sensible Beobachter auf die drohenden Gefahren mit Warnungen und Beschwörungen hinweisen, zu ignorieren. Die endogenen Selbstverstärkungsprozesse der Teilsysteme sind so dominant, dass sie eine Korrektur erst in der letzten Sekunde erlauben. Die Ähnlichkeit zu individuellen Suchtphänomenen ist unübersehbar: »Hit the bottom!« Es muss erst kurz vor zwölf sein. Dann erst taucht die Chance für genügend überwältigende Einsichten und genügend starke Veränderungsenergien auf, die ein drastisches Umsteuern ermöglicht. Das ist nicht nur in der Wirtschaft so, in der die Ankündigungen der nächsten Krise regelmäßig ignoriert werden, sondern auch in der Politik, die auf von der Wissenschaft kritisierte Fehlentwicklungen nicht reagiert, sondern erst dann, wenn Ereignisse zum Machtpositionen bedrohenden Politskandal werden. Dann aber reagiert sie hektisch. Der Kuhnsche Paradigmenwechsel in der Wissenschaft scheint ein ähnliches Phänomen zu sein, wenn Abweichungen vom herrschenden Paradigma über lange Zeit hinweg als Anomalien hinweginterpretiert werden, bis schließlich die

dass die Teilsysteme aus ihrer dezentralen Perspektive auf eine Gesamtrationalität reflektieren.

30 Offensichtlich ist dies ein anderer Begriffsgebrauch als er Bruce A. Ackerman, *We the People: Transformations*, Cambridge (Mass.) 2000, S. 266 ff., 285 ff. vorschwebt.

Theoriekatastrophe den Paradigmenwechsel erzwingt. Und technologische Wachstumszwänge scheinen so intensiv zu wirken, dass selbst Großkatastrophen nicht unbedingt den »bottom« erreichen, der eine Umkehr erzwingen würde.

Der konstitutionelle Moment ist die unmittelbare Krisenerfahrung, die Erfahrung, dass eine gesellschaftlich freigesetzte Energie zerstörerische Folgen zeigt, die nur durch ihre selbstkritische Reflexion und durch die Entscheidung zur Selbsteinschränkung überwunden werden können. Der Durchgang der Sozialsysteme durch die dunkle Seite ihres Fortschrittsversprechens ist letztlich keine Abweichung vom »gesunden« Normalverlauf, kein zu vermeidender Irrtum. Im Gegenteil, die Erfahrung der dunklen Seite erscheint fast als eine notwendige Voraussetzung, dass ihre innere Konstitution geändert werden kann. Es sind letztlich also die Pathologien, die den konstitutionellen Moment hervorbringen, den Moment in der Katastrophe, in der die Entscheidung zwischen der gänzlichen Zerstörung der Energie und ihrer Selbsteinschränkung fällt.

In der funktionalen Differenzierung wurde das riskante Experiment gewagt, auf die große Einheit der Gesellschaft zu verzichten und stattdessen eine Vielheit von zersplitterten sozialen Energien freizusetzen, die – weil durch keine eingebauten Gegenprinzipien begrenzt – eine ungeheuere innere Steigerungsdynamik erzeugen. Die großen zivilisatorischen Errungenschaften in der Kunst, der Wissenschaft, der Medizin, der Wirtschaft, der Politik, dem Recht sind dadurch erst möglich geworden. Doch die dunkle Seite jeder dieser Steigerungsprinzipien führt potenziell zu Katastrophenmomenten, den konstitutionellen Momenten, die kollektive Lernerfahrungen der Selbstbeschränkung erst möglich macht. Für das politische System der Welt ist 1945 das Paradigma. Es war der konstitutionelle Moment für eine weltweite Proklamation der Menschenrechte nach den menschenverachtenden Praktiken des politischen Totalitarismus, der Moment, in der die politische Macht weltweit zu ihrer Selbsteinschränkung bereit war. Ebenso waren 1789 und 1989 die Momente, in denen sich die Politik nach destruktiven Expansionstendenzen dadurch selbst beschränkte, dass sie in der politischen Verfassungen Gewaltenteilung und Grundrechte fixierte.[31]

31 Thornhill, »Towards a Historical Sociology«.ff., 285 ff. vorschwebt. Dass die traumatische Erfahrungen des Ersten Weltkriegs die ersten Versuche, Selbstbe-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 130-131 09.01.2012 08:44:38

Der konstitutionelle Moment ist nicht auf die Politik beschränkt. In der funktionalen Differenzierung entwickeln alle Teilsysteme Wachstumsenergien, die in ihrer Produktivität und Destruktivität höchst ambivalent sind. In vielen Orten der Gesellschaft entwickelt sich die Neue Verfassungsfrage, »wie viele Expansion nach innen die Gesellschaft damit erzeugt, wie viel Monetarisierung, Verrechtlichung, Verwissenschaftlichung, Politisierung sie erzeugen und verkraften kann und wie viel davon gleichzeitig (statt z. B. nur Monetarisierung)«.[32] In der Spätphase der funktionalen Differenzierung wird dies zum zentralen Problem der Gesellschaftsverfassung. Das ist die eigentliche Erfahrung der Spätmoderne nach dem triumphalen Sieg der Autonomie der Funktionssysteme. Nicht mehr: Was sind die institutionellen Möglichkeitsbedingungen ihrer Autonomie? Sondern: Wo liegen die Grenzen der Expansion der Teilsysteme? Paradigma ist hier die Wirtschaft, die im globalen Turbo-Kapitalismus ihre Triumphe und Niederlagen feiert.

4. »Kapillare Verfassungen«

Wenn auf diese Weise exzessive Wachstumsprozesse ein gesellschaftliches Teilsystem aus dem Ruder laufen lassen, dann stellt sich die Alternative: staatlicher Eingriff oder innere Konstitutionalisierung. Eine permanente Verstaatlichung der Teilsysteme ist nach den Erfahrungen mit den politischen Totalitarismen des letzten Jahrhunderts keine ernsthaft diskutierte Option mehr. Vielmehr bieten sich politische Regulierungen der gesellschaftlichen Prozesse über Global Regulatory Regimes an. Sie sind aber in ihrer Bedeutung ambivalent. Denn was sind die Optionen heute? Entweder administrative Steuerung globaler Kommunikationsprozesse oder extern erzwungene Selbstbeschränkung der Optionen des Systems. Wenn es richtig ist, dass die Abwehr der drei Kollisionsgefahren im Zentrum stehen – Selbstdestruktion des Systems, Umweltschädigung im weitesten Sinne (Gefährdung der Integrität der sozialen, humanen und natürlichen Umwelten), Gefährdung der Weltgesellschaft – dann ist die zweite Option vorzuziehen. Dies ist die

grenzungen der internationalen Politik durch einen neuartigen transnationalen Konstitutionalismus zu erreichen, auslösten, arbeitet Rasilla del Moral, »At King Agramant's Camp«, S. 583 ff., deutlich heraus.

32 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 757.

Botschaft eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus. Eine globale Verfassungsordnung steht vor der Aufgabe: Wie kann externer Druck auf die Teilsysteme in einem solch massiven Ausmaß erzeugt werden, dass in ihren internen Prozessen Selbstbeschränkungen ihrer Handlungsoptionen wirksam werden?

Wieso aber Selbstbeschränkungen und nicht Fremdbeschränkungen? Spricht nicht jede Erfahrung dafür, dass Selbstbeschränkungsstrategien nur den Bock zum Gärtner machen und dass Exzesse nur durch Einflussnahme von außen verhindert werden können? Aber spricht nicht auch jede Erfahrung dafür, dass der Versuch, interne Prozesse durch Eingriffe von außen steuern zu wollen, regelmäßig misslingt?[33] An dieser Stelle unternimmt der Societal Constitutionalism eine schwierige Gratwanderung zwischen externen Eingriffen und Selbststeuerung.[34] Eine »hybride Konstitutionalisierung« ist in dem Sinne gefragt, dass externe gesellschaftliche Kräfte – also neben staatlichen Machtmitteln rechtliche Normierungen und »zivilgesellschaftliche« Gegenmacht aus anderen Kontexten – Medien, öffentliche Diskussion, spontaner Protest, Intellektuelle, Protestbewegungen, NGOs, Gewerkschaften, Professionen und ihre Organisationen[35] –, so massiven Druck

33 Zur Debatte über die Grenzen der politischen Regulierung John Braithwaite, »Enforced Self-regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control«, in: *Michigan Law Review* 80 (1982), S. 1466-1507; Anthony L. Ogus, »Rethinking Self-Regulation«, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), S. 97-108; Neil Gunningham und Joseph Rees, »Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective«, in: *Law and Policy* 19 (1997), S. 363- 414; Ian Ayres und John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending The Deregulation Debate*, New York 1992.

34 Die allgemeine Formel Regulierung von Selbstregulierung ist das Ergebnis einer ausgedehnten Debatte über die Chancen gesellschaftlicher Steuerung durch Politik und Recht, dazu die sorgfältige Analyse von Fiona Haines, »Regulatory Failures and Regulatory Solutions: A Characteristic Analysis of the Aftermath of Disaster«, in: *Law and Society Inquiry* 34 (2009), S. 31-57. Zur rechtswissenschaftlichen Debatte Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Berlin 2001.

35 Zur Rolle zivilgesellschaftlicher Akteure in der postnationalen Situation Colin Crouch, *Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus*, Berlin 2011. Zur Politik der NGOs eingehend Achim Brunnengräber u. a. (Hg.), *NGOs im Prozess der Globalisierung: Mächtige Zwerge – umstrittene Riesen*, Wiesbaden 2005; zu den Professionen als zivilgesellschaftliche Gegenmacht im transnationalen Kontext Martin Herberg, »Bringing Professions Back in: A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society«, in: Christian Joerges, Josef Falke

29628 Teubner 1. Lauf.indd 132-133 09.01.2012 08:44:38

auf das expansionistische Funktionssystem ausüben, dass es innere Selbstbeschränkungen aufbaut, die auch tatsächlich greifen.

Greifen aber können die Beschränkungen nur innerhalb der systemeigenen Logik, nicht außerhalb. Denn:

> Jedes Funktionssystem bestimmt die eigene Identität selbst […] durch eine elaborierte Semantik des Selbstsinngebung, der Reflexion, der Autonomie. Die Abhängigkeit [illegible] Teilsysteme untereinander lassen sich nicht mehr spezifisch normieren [illegible]ssen sich nicht mehr gesamtgesellschaftlich legitimieren als Bedingung von Ordnung überhaupt.[36]

Die schwierige Aufgabe, die Funktion eines Sozialsystems und seine Umweltleistungen auf hohem Niveau wechselseitig abzustimmen, kann nur durch systeminterne Reflexion angegangen werden, die von außen angestoßen, nicht aber ersetzt werden kann.[37] Deshalb ist keine externe politische Definition von transnationalen gesellschaftlichen Teilverfassungen möglich, sondern nur politische Verfassungsimpulse oder Verfassungsirritationen. Das Wissen, welche Art der Selbstbeschränkung gewählt werden kann, existiert ja gar nicht als solches. Es ist nicht einfach abzurufen, sondern muss erst intern erzeugt werden. Die endogenen Wachstumszwänge selbst lassen sich nur mit endogenen Wachstumshemmern bekämpfen. Das dafür erforderliche Wissen kann nicht von externen Beobachterstandpunkt als staatliches, zentral verfügbares Erfahrungswissen aufgebaut werden, sondern nur aus dem Zusammenwirken von externen Pressionen und internen Entdeckungsprozessen.

Damit werden an die Interventionen der Staatenwelt und an zivilgesellschaftliche Pressionen hohe kognitive Ansprüche gestellt, gerade weil sie nicht einfach Verhalten oder Ergebnisse anordnen können, sondern weil sie als Irritationen zur Selbstveränderung wirken. »Der Staat darf nicht unmittelbar auf bestimmte angestrebte Zustände oder die Bewertung von ›Ergebnissen‹ durchgreifen, er muss vielmehr die gesellschaftlichen Regelsysteme beobachten und das Ziel der Intervention genauer auf deren Selbstveränderung abstimmen.«[38] Gegen Selbstgefährdungen sub-

(Hg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Oxford 2011, S. 107-129, hier S. 115 ff.

36 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 745.

37 Ebda., S. 757.

38 Karl-Heinz Ladeur, »Methodische Überlegungen zur gesetzlichen Ausgestaltung

systemischer Rationalität sind politische Interventionen unabdingbar, um »durch Aufbrechen von Selbstblockaden neue Möglichkeiten zuzuführen, nicht aber ihr eine andere staatliche Rationalität entgegenzusetzen.«[39] Politisch-rechtliche Regulierung und externe gesellschaftliche Einflussnahme haben nur dann Erfolgsaussichten, wenn sie in eine Selbstdomestizierung systemischer Wachstumsdynamik umgesetzt werden. Das verlangt geradezu nach massiven externen Interventionen aus Politik, Recht und Zivilgesellschaft. Aber eben nur nach solchen, die auf Übersetzung in Selbstveränderung angelegt sind und deren Übersetzung in interne Wandlungsprozesse auch tatsächlich gelingt.

Die Aufgabe hieße, – mit Geschick und Glück – politische, rechtliche und gesellschaftliche Außenimpulse mit Änderungen der inneren Konstitution zu kombinieren. Um mit Derrida zu sprechen, Wandlungen der »kapillaren Verfassung« selbst sind nötig bis hin zu den Arterien des Kommunikationskreislaufs, »wo deren Feinheit eine mikroskopische Form aufweist« und die von den Einflüssen der »kapitalen Verfassung« des Staats prinzipiell nicht erreicht werden können.[40] Derrida hat sich hier von der Foucaultschen Neufassung des Machtbegriffs anregen lassen, wonach das zentrale Problem heutiger Gesellschaften nicht mehr in den Exzessen juridischer Macht des politischen Souveräns liegt, sondern in den durch die Fortschritte der Wissenschaftsdisziplinen erzeugten, von Techniken und Technologien abhängigen Phänomen »kapillarer Macht«, das den Gesellschaftskörper bis in seine Feinstrukturen durchdringt.[41]

Wie eine solche kapillare Konstitutionalisierung konkret gelingen kann, weiß niemand. Ex-ante-Prognosen sind prinzipiell unmöglich. Deswegen gibt es keine Alternative zu einer experimentellen Konstitutionalisierung. Externen Druck auszuüben heißt, dass die Selbststeuerung der Politik, die des Rechts und die anderer

der Koalitionsfreiheit«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), S. 643-667, hier S. 657.

39 Karl-Heinz Ladeur, *»Abwägung« – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt/M. 1984, S. 60.

40 Jacques Derrida, *Das andere Kap: Die vertagte Demokratie*, Frankfurt/M. 1992, S. 34.

41 Michel Foucault, »Räderwerke des Überwachens und Strafens: Ein Gespräch mit J.-J. Brochier«, in: Michel Foucault, *Mikrophysik der Macht*, Berlin 1976, S. 31-47, hier S. 45.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 134-135 09.01.2012 08:44:38

Teilsysteme solche Irritationen der Selbststeuerung des fokalen Systems erzeugen, dass im Ergebnis die Selbststeuerungsprogramme in der gewünschten Richtung zusammenspielen. Und das kann man nicht prognostizieren, sondern nur ausprobieren.[42] Die gewünschte Richtung für gesellschaftliche Teilverfassungen heißt, wie gesagt: Beschränkung von endogenen Tendenzen der Selbstzerstörung und der Umweltschädigung. Dieser schwierige Umgang mit einer Mehrheit von Selbststeuerungsprogrammen des fokalen Teilsystems und der ihrer Umweltsysteme bezeichnet erst die eigentliche konstitutionelle Problematik.

5. Teufel und Beelzebub

Bemerkenswert ist nun, dass ausgerechnet die Politik für dies paradoxe Unternehmen – die eigene Expansion eigenen Beschränkungen zu unterwerfen – das historische Vorbild geliefert hat.[43] Den Teufel kann nur Beelzebub austreiben! Wie ein Sozialsystem seine eigenen, durch mediale Ausdifferenzierung immens gesteigerten Kommunikationsmöglichkeiten mit eigenen Mitteln wieder einschränken kann, ist eine Lektion, die man gerade aus der Geschichte der Nationalstaatsverfassungen lernen kann. Dass diese Selbstbeschränkungen nicht mit einer aus Funktionsimperativen resultierenden Automatik zustande kommen, sondern nur unter massiven externen Druck als ein Ergebnis heftiger Verfassungskämpfe, kann dabei nicht nachdrücklich genug betont werden. In dieser selbstlimitierenden Dynamik hat die Politik sozusagen die Benchmark gesetzt, wie die Verfassung einem Sozialsystem dazu verhelfen kann, die eigenen Steigerungszwänge selbst zu begrenzen.

42 Externe Irritationsversuche und interne Reaktion müssen in Richtung einer gemeinsamen Differenzminimierung konvergieren, dazu Niklas Luhmann, »Grenzen der Steuerung«, in: Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1988, S. 324-349; Niklas Luhmann, »Politische Steuerung: Ein Diskussionsbeitrag«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 30 (1989), S. 4-9; Niklas Luhmann, »Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 11 (1990), S. 137-160. Auf dieses Zusammenspiel mehrerer Selbststeuerungsprozesse zielt die systemtheoretische Steuerungstheorie und nicht, wie es in der Polemik immer wieder unterstellt wird, auf die ausschließliche Selbststeuerung der Wirtschaft oder eines anderen Sozialsystems.

43 Zu dieser These mit reichem historischen Material Thornhill, »Towards a Historical Sociology«.

Freilich hatten die Begrenzungen historisch unterschiedliche Stoßrichtungen, je nach Expansionstendenz des politischen Systems. Als Gegenbewegung zum politischen Absolutismus der frühen Neuzeit sollte die politische Gewaltenteilung die absolute Macht aufsplittern und durch wechselseitige Kontrollen der Teilgewalten bändigen. Rechtsstaatsprinzipien sollten der Willkür des Machtsouveräns normative Grenzen setzen. Nach der Separierung von Politik, Verwaltung und Justiz sollte der Politisierung von Verwaltung und Justiz Schranken gesetzt werden. Und schließlich Grundrechte – sie waren die große zivilisatorische Errungenschaft, mit der die Politik sich selbst davon abhielt, individuelle und institutionelle Autonomiebereiche in der Gesellschaft zu politisieren. Unter den heutigen veränderten Bedingungen müssen zu diesen klassischen Limitierungen neue Selbstbeschränkungen der Politik hinzutreten. Einerseits wird die Gefährdung der natürlichen Umwelt durch die Konkurrenz nationaler Politiken der westlichen Industrieländer und durch die forcierte Modernisierungspolitik der Entwicklungs- und Schwellenländer zu einem Problem, dem wohl nur durch Konstitutionalisierung transnationaler Politik zu begegnen ist. Andererseits muss die Politik auf die berühmt-berüchtigten »Wachstumsbeschleunigungsgesetze« des Wohlfahrtsstaats mit konstitutionellen Selbstbeschränkungen antworten. Zu diesem Zwecke die Unabhängigkeit der Zentralbanken zu garantieren und wirksame Grenzen der Staatsverschuldung zu setzen, sind Fragen von offensichtlichem Verfassungsrang.[44] Eher nur heimlichen Verfassungsrang hat dagegen die Frage, ob Subventionen und andere exzessive Staatsausgaben der Prüfung eines ausreichenden Gemeinwohlbezugs auszusetzen sind. Ihre sozialwissenschaftliche und politische Erfolgskontrolle durch staatsunabhängige Instanzen ähnlich einem Rechnungshof, die Fehlleistungen mit instruktiven Details erkennbar und vermeidbar macht, dürfte zu den heute akuten konstitutionellen Selbstbegrenzungen wohlfahrtsstaatlicher Politik gehören.

Was heißt dies nun für andere Teilbereichsverfassungen? Wie diese limitative Funktion von der Politik generalisiert und dann auf andere gesellschaftliche Teilsysteme zu übertragen ist, wird von dem Kriterium der gesamtgesellschaftlichen Verträglichkeit, das den Teilsystemen Beschränkungen auferlegt, geleitet:

44 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 481.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 136-137 09.01.2012 08:44:38

Die Zugehörigkeit zur Gesellschaft setzt mithin alle Teilsysteme in ihrer eigenen Funktion und Variationsfähigkeit unter Bedingungen struktureller Kompatibilität. Für das politische System hat die Verfassung die Funktion, solche Bedingungen gesellschaftlicher Kompatibilität für den internen Gebrauch – das heißt: entscheidbar – zu reformulieren.[45]

Die konstitutionelle Selbstbeschränkung im Sinne einer Gesellschaftsverträglichkeit ist kein Sonderproblem der Politik, sondern stellt sich als Problem für alle Teilsysteme der Gesellschaft.[46] Ebenso, dass die Bedingungen der Kompatibilität zwar extern auferlegt sein können, aber nicht insgesamt von außen vorgegeben sind, sondern zu einem Großteil systemintern produziert werden müssen. Unterschiede der anderen Sozialverfassungen zur politischen Verfassung ergeben sich erst aus den jeweiligen internen Reproduktionsbedingungen: Nur die Politik konstruiert ihre Verfassung nach dem Muster des Macht- und Konsensaufbaus zur Herstellung kollektiv verbindlicher Entscheidungen und muss zu ihrer Selbstbegrenzung entsprechend an der Macht ansetzen. Andere Sozialsysteme müssen ihre Eigenverfassungen und ihre Begrenzungen mit ihren eigenen kommunikativen Medien ausrichten, also Wirtschaft mit Zahlungsoperationen, Wissenschaft mit Kognitionen, die Massenmedien mit Nachrichten. Dies formt ihre innere Konstitution und deren Begrenzung aus. Die Ursprungsbedeutung von Constitutio, ursprünglich ein medizinischer Ausdruck für den Zustand eines Körpers als krank/gesund, ist in jeder Eigenverfassung noch präsent, weil es bei den Eingriffen in die innere Konstitution immer um zwei Dinge geht: das gute Funktionieren der inneren Organe und die Eignung des Körpers zum Leben in seiner Umwelt.[47]

Änderungsschübe in den gesellschaftlichen Verfassungen, die dem historischen Modell der Selbstbegrenzung der Politik folgen, müssten, um pathologische Steigerungszwänge zu inhibieren, permanente Gegenstrukturen erzeugen, die bis in die feinsten Kapillaren wirksam werden. So wie in politischen Verfassungen die Macht dazu benutzt wird, Macht zu begrenzen, müsste sich das systemeigene Medium gegen sich selbst wenden. »Fight fire with fire, fight power with power, fight law with law, fight money with money.« Eine solche Selbstbeschränkung des kommunikativen Mediums liefert womöglich das adäquate Kriterium, das Änderungen der »inneren Konstitution« der Wirtschaft von externen politischen Wirtschaftsregulierungen unterscheidet.

45 Luhmann, »Politische Verfassungen im Kontext«, S. 6.
46 Unter Bezugnahme auf Talcott Parsons argumentiert in dieser Richtung Prandini, »Morphogenesis of Constitutionalism«, S. 312 ff.
47 Luhmann, »Politische Verfassungen im Kontext«, S. 178.

II. Verfassungsbereiche: Binnendifferenzierung in Sozialsystemen

Ist damit gezeigt, dass auch gesellschaftliche Verfassungen die konstitutiven und die limitativen Funktionen ausüben, die man von politischen Verfassungen her kennt, so stellt sich die weitere Frage, ob sie auch die Institutionen zur Verfügung stellen, die »Möglichkeit von Dissens als Voraussetzung eigenständiger in der Gesellschaft verteilter Selektivität« gewährleisten.[48] Im liberalen Konstitutionalismus leisteten dies in der Gesellschaft, besonders in der Wirtschaft, die als Grundrechte ausgestalteten Rechtsinstitute Eigentum und Freiheit. Doch in der heutigen Situation ist dies nicht zureichend. Es bedarf einer verstärkten Reflexionspolitik innerhalb der heute global konstituierten Funktionssysteme, in der über ihre Leistungen an die Umwelt und ihre gesamtgesellschaftliche Rolle gestritten wird. Besonders in der globalen Wirtschaft ist es dringlich, dass die Möglichkeit von Dissens mit wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normen abgestützt wird. Historisch haben hier besonders das Tarifsystem, die Mitbestimmung und das Streikrecht schon neue verfassungsrechtlich gestützte Garantien des innergesellschaftlichen Dissenses in der Wirtschaft ermöglicht. Auch Ethikkommissionen oder die externe Abstützung von »whistle blowing« in Unternehmen spielen eine ähnliche Rolle.[49]

Genau an dieser Stelle sieht der gesellschaftliche Konstitutionalismus seinen Einsatzpunkt, wenn er die Existenz von vielfältigen Reflexionsinstanzen nicht nur in der institutionalisierten Politik, sondern innerhalb gesellschaftlicher Institutionen zum Kriterium einer demokratischen Gesellschaft macht.[50] Für deren Zusammen-

48 Ebda., S. 182.
49 Dazu in rechtstheoretischer Sicht Gralf-Peter Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999, S. 224 ff.
50 Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*; Sciulli, »The Critical Potenzial of the

29628 Teubner 1. Lauf.indd 138-139 09.01.2012 08:44:39

spiel ist die Beobachtung wichtig, dass jedes Funktionssystem eine Binnendifferenzierung in einen organisiert-professionellen Bereich und einen spontanen Bereich aufweist. Der organisiert-professionelle Bereich differenziert sich seinerseit in dezentral agierende Organisationen und zentrale Selbststeuerungsinstanzen. Die politischen Verfassungen haben in ihrem Organisationsteil die entsprechende Binnendifferenzierung der Politik schon mit detaillierten Normierungen ausgestaltet: Wahlrecht und politische Grundrechte einerseits und die Kompetenz- und Verfahrensnormen für Parlament, Regierung und Verwaltung andererseits. Doch auch in den anderen Funktionssystemen existieren nicht nur in ihrem organisierten Teil, also in Unternehmen, Banken, in den Intermediären des Internet, in Gesundheitsorganisationen, Professionsverbänden und Universitäten, Kandidaten für eine derartige Konstitutionalisierung, sondern gerade auch in ihrem Spontanbereich, also in den funktionsspezifischen Teilöffentlichkeiten.[51]

1. Spontanbereich

Die interne Differenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme in einen organisiert-professionellen Bereich und einen Spontanbereich, die am deutlichsten in der Wirtschaft (Unternehmen/Verbraucher) und in der Politik (Regierung/Wähler und öffentliche Meinung), ausgebildet ist, aber auch im Recht (Gerichte/Rechtsunterworfene), in den Medien (Medienorganisationen und -professionen/Publikum), in der Religion (Kirche/Gläubige) und im Gesundheitssystem (Krankenhäuser und Ärzte/Patienten) ausgebildet ist, dürfte der primäre Ansatzpunkt für den gesellschaftlichen Konstitutionalismus sein. Denn in beiden Bereichen verwirklicht sich Reflexionspolitik in je unterschiedlicher Weise. Und von ihrem

Common Law Tradition: Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory«; Sciulli, *Corporate Power in Civil Society*.

51 Zur Unterscheidung von Spontanbereich und organisiert-professionellem Bereich von Funktionssystemen und deren Relevanz für die Demokratisierung (welt-)gesellschaftlicher Teilbereiche Teubner, »Globale Privatregimes«. Die von Habermas entwickelte Vorstellung von »Teilöffentlichkeiten« kommt dem hier mit Spontanbereich bezeichnetem Phänomen nahe, unterschätzt allerdings die Unterschiede zwischen ihnen, die auf die jeweiligen Rationalitätskriterien verschiedener Funktionssysteme zurückzuführen sind, Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 452 f.

Zusammenspiel hängt die demokratische Qualität des jeweiligen Gesellschaftssektors ab. In der Politik steht der Organisationsbereich von politischen Parteien und staatlicher Verwaltung dem Spontanbereich von Wählerschaft, Verbändewesen und öffentlicher Meinung gegenüber. In analoger Weise ist in der Wirtschaft das Verhältnis von marktmäßig verfassten Spontanbereich und in Unternehmen verfassten Organisationsbereich fest etabliert. Obwohl organisierte Wirtschaftsunternehmen technische Expertise, Organisationsfähigkeiten und Finanzierungstechniken enorm steigern konnten, ist es dem »corporate sector« dennoch nicht gelungen, den Wirtschaftsbereich als ganzem seiner Kontrolle zu unterwerfen. In der Politik und in der Wirtschaft ist damit jeweils ein hochrationalisierter Entscheidungsbereich einer für ihn letztlich undurchschaubaren, chaotischen Herausforderung ausgesetzt. Der organisierte Entscheidungsbereich empfängt vom Spontanbereich durchaus keine eindeutigen Signale. Er ist geradezu zur Entscheidungsfreiheit verurteilt und erst, wenn die kritischen Entscheidungen gefallen sind, werden die spezifischen Verantwortungsmechanismen der Demokratie oder des Marktes ausgelöst.

Diese Differenz spontan/organisiert ist der Kristallisationspunkt für eine über die derzeitige Verfassungslage hinausgehende Konstitutionalisierung. Immer wird es darum gehen, die prekäre Balance von Spontanbereich und Organisationsbereich neu zu justieren und dabei besonders den Tendenzen des Organisationsbereichs, den Spontanbereich seinen Interessen zu unterwerfen, entgegenzuarbeiten. Eine Steigerung des Demokratiepotentials über die klassischen demokratischen Verfassungsinstitutionen hinaus – Partizipation, Deliberation, Wahlmechanismen in der Politik und dezentrale Marktmechanismen in der Wirtschaft –, hängt deshalb davon ab, dass die gegenläufigen Kontrollmöglichkeiten des Spontanbereichs über den Organisationsbereich ausgebaut werden.

Der Dualismus von Spontanbereich und Organisationsbereich als eines der Grundprinzipien der funktionaler Differenzierung wird selten in seinen verfassungs- und demokratietheoretischen Dimensionen gesehen. Ein demokratischer Konstitutionalismus ist darauf angewiesen, dass einerseits Entscheidungspotentiale spezialisiert, organisiert und rationalisiert werden, diese aber nicht die totale Kontrolle über ihren gesellschaftlichen Sektor übernehmen können, sondern ihrerseits der Kontrolle durch eine dezentrale

29628 Teubner 1. Lauf.indd 140-141 09.01.2012 08:44:39

Vielheit spontaner Kommunikationsprozesse ausgesetzt sind. Diese kritische Differenz wurde in der amerikanischen und der französischen Revolution als Spontaneität der Demokratie und der Grundrechte gegen die formale Organisation des hochrationalisierten Staats bewusst in die Staatsverfassungen eingearbeitet. In anderen Teilbereichen gibt es dagegen nur schwache Ansätze, die das prekäre Verhältnis von Spontanbereich und Organisationsbereich mit Verfassungsnormen abstützen.

Die Frage ist: Lassen sich konstitutionelle Garantien rechtsförmig institutionalisieren, die den Spontanbereichen verstärkte Kontrollen über die Organisationsbereiche einräumen? Mit dieser Fragestellung werden auf einmal Chancen der Globalisierung sichtbar, die im diametralen Gegensatz zu den zahlreichen Befürchtungen stehen, dass Globalisierung nur Gefahren für Demokratie und Rechtsstaat erzeugt. Die Chancen bestehen darin, dass die Dynamik der Globalisierung innerhalb der verschiedenen gesellschaftlichen Teilsysteme das Verhältnis von spontanem und organisiertem Bereich neu zu formieren erlaubt. Denn Globalisierung heißt auch, wie oben schon gesagt, dass sich viele gesellschaftliche Sektoren aus den Beschränkungen befreien, die ihnen die nationalstaatliche Politik auferlegt hat. Jetzt werden die Karten neu gemischt. Forschung, Erziehung, Gesundheitswesen, Medien, Kunst – für diese gesellschaftlichen Sektoren taucht im Globalisierungsprozess die Chance auf, nicht nur die Autonomie ihrer Aktivitäten neu zu behaupten, sondern auch, die Differenz spontan/organisiert in einer dualen Verfassung zu institutionalisieren.

Weltweite Forschung, soweit sie nicht völlig in den Sog von ökonomischen Marktprozessen gerät, scheint ausreichende Tendenzen zur Entwicklung eines globalen Spontanbereichs aufzuweisen. Die Stichworte heißen: Entstaatlichung, Entbürokratisierung, Formen nicht-wirtschaftlichen Wettbewerbs, Pluralisierung von Forschungsfinanzierung, Wettbewerb zwischen Forschungsförderungsinstitutionen. Ähnliche Tendenzen lassen sich im Erziehungssektor ausmachen, in dem der weltweite Wettbewerb von Universitäten diese aus politischer und bürokratischer Bevormundung heraustreiben und verstärkt der Kontrolldynamik des eigenen Spontanbereichs aussetzen kann.

»Constitutionalism from below« – unter diesem Schlagwort wird heute der Verfassungsbeitrag der gesellschaftlichen Spontanbereiche vermehrt diskutiert. Die Eigenverfassungen gesellschaftlicher Autonomiebereiche müssten also ihre Aufmerksamkeit darauf richten, die Politisierung des Spontanbereichs gegenüber den Dominanzansprüchen des organisiert-professionalisierten Bereichs institutionell zu gewährleisten. In verschiedenen Funktionssystemen lässt sich heute beobachten, dass sich in Protestbewegungen Potenziale für eine Re-politisierung, Re-regionalisierung und Re-individualisierung von Normbildungsprozessen verstärken, die den Organisationsbereich einer stärkeren Kontrolle durch den Spontanbereich unterwerfen.[52] Die aktuellen Stichworte heißen: Brent Spar, World Social Forum, Gorleben, Animal-Rights-Proteste gegen Universitäten, CompanyNameSucks, Stuttgart 21, Wikileaks, Indignados, Occupy Wall Street. Bemerkenswert ist, dass sich diese zivilgesellschaftlichen Proteste gerade nicht (nur) gegen den Staat richten, sondern zielbewußt gegen den organisiert-professionellen Bereich der Wirtschaft und anderer Funktionssysteme.[53]

Für die Verfassung des Spontanbereichs in der Wirtschaft hieße das: verstärkte Politisierung von »privaten« Verbraucherpräferenzen. Wenn Präferenzen nicht einfach als gegeben unterstellt werden, sondern in Consumer Activism, Verbraucherkampagnen, Boykottaktionen, Produktkritik, Öko-Labeling, Öko-Investment, Public Interest Litigation und anderen Forderungen nach ökologischer Nachhaltigkeit offen politisiert werden, dann bedeutet dies nicht etwa eine externe politische Intervention in die sich selbst steuernde Wirtschaft. Vielmehr zielt dies darauf ab, ihre innere Konstitution zu ändern, da sie den sensibelsten Bereich des Zahlungskreislaufs, nämlich die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten und Investoren, berührt. Wie steht es um die politische Legitimation solche neuartiger »ensemble politics«?[54] Und es stellen sich sofort Fragen

52 Siehe Anderson, »Corporate Constitutionalism« mit Literaturnachweisen in Fn. 1.

53 In diesen Direktkontakten erblicken eine neue politische Qualität: Robert O'Brien u. a., *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge 2002, S. 2.

54 Zur Legitimation solcher gesellschaftlichen Prozesse, die Verbraucherpräferenzen in Richtung ökologischer Nachhaltigkeit politisieren, sind in der Praxis elaborierte Verfahren öffentlicher Konsultation entwickelt worden, dazu Oren Perez, »Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Examination of Sustainable Business Indexes and the New Ensemble Politics«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 12 (2011), S. 543-579.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 142-143 09.01.2012 08:44:39

eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundrechtschutzes: Wie kann autonome gesellschaftliche Präferenzbildung gegenüber ihrer Restriktion durch Corporate Interests geschützt werden? Nicht umsonst haben gerade an dieser Stelle unter dem Titel Drittwirkung der Grundrechte Rechtsentwicklungen – in Fällen der Produktkritik, des Aufdeckens unzuträglicher Arbeitsbedingungen und des ökologischen Protests gegen umweltschädliche Unternehmenspolitik, des Whistle Blowing gegen organisierte Unverantwortlichkeit in Wirtschaftsunternehmen – eingesetzt, welche die Grundrechte der Wirtschaftsbürger vor ihren immer wieder versuchten Restriktionen durch Unternehmen schützen. Im Zeitalter der globalen Vernetzung – Stichworte wiederum: CompanyNameSucks und Wikileaks – werden solche wirtschaftlichen Grundrechte noch an Brisanz gewinnen und sie werden eines erhöhten Rechtsschutzes bedürfen.[55] Und solche wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundrechte sollten nicht einseitig am Ziel effizienter Märkte orientiert werden, wie es die Konzepte des Marktversagens, der Informationsasymmetrie oder des Incomplete Contracting vorsehen,[56] sondern an Kriterien der Gesellschafts- und Umweltverträglichkeit.[57]

55 Allgemein zur wirtschaftlichen Drittwirkung von Grundrechten im transnationalen Raum Ladeur und Viellechner, »Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte«. Besonders zum Grundrechtsschutz im Internet Karavas, *Digitale Grundrechte* und zur Unternehmenskritik Gunther Teubner und Vagios Karavas, ⟨http://www.CompanyNameSucks.com⟩: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber ›Privaten‹ im autonomen Recht des Internet«, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Karl-Heinz Ladeur (Hg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden 2003, S. 249-272.

56 Im Kontext des internationalen Privatrechts argumentieren in dieser verengten Perspektive Giesela Rühl, »Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency«, in: Eckart Gottschalk u. a. (Hg.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge 2007, S. 153-183, hier S. 177 ff.; Hans-Bernd Schäfer und Katrin Lantermann, »Choice of Law from an Economic Perspective«, in: Jürgen Basedow, Toshiyuko Kono (Hg.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen 2006, S. 87-120, hier S. 87, 104.

57 Dazu mehr im nächsten Kapitel, das sich mit der transnationalen Drittwirkung von Grundrechten befasst.

2. Organisiert-professioneller Bereich

Der organisiert-professionelle Bereich gesellschaftlicher Teilsysteme ist der zweite Ansatzpunkt für den gesellschaftlichen Konstitutionalismus. Hier müssen die Binnenverfassungen formaler Organisationen so gefasst werden, dass sie auf das Motivations-Kompetenz-Dilemma reagieren. Das Dilemma besteht darin, dass externe Instanzen, insbesondere die Spontanbereiche der anderen Funktionssysteme, die Gerichte und die staatliche Politik eine hohe Motivation aufbringen, um die oben ausführlich geschilderte Selbstbegrenzung der fokalen Funktionssysteme im Interesse ihrer Umwelten zu erreichen, ihnen aber das Wissen, die Handlungskompetenz und die Implementationskraft fehlt, solche Änderungen konkret zu vollziehen. Diese Kompetenzen sind dagegen im organisiert-professionellen Bereich hoch entwickelt, angesichts des Bestandserhaltungsinteresses fehlt dort aber weitgehend die Motivation zur Selbstbegrenzung. In dieser Situation, die Habermas treffend als die »neue Unübersichtlichkeit« gekennzeichnet hat, bleibt dann nur eine »Belagerung« der professionellen Organisationen durch eine politische Öffentlichkeit.[58] Änderungen der Binnenverfassung formaler Organisation können darauf reagieren, indem sie die Irritabilität der Organisationen gegenüber den Forderungen des Spontanbereichs, der Gerichte und der staatlichen Politik erhöhen.

In der Wirtschaft bedeutet dies eine »Ökologisierung« der Unternehmensverfassung, also ihre Umweltausrichtung im weitesten Sinne. Corporate Governance, die heute primär das Verhältnis von Unternehmen und Kapitalmärkten im Auge hat, ist umzustellen auf »Corporate Constitutionalism«.[59] Gemeint ist nicht eine neue Managerethik, sondern eine von Parlamenten, Regierungen, Gewerkschaften, Sozialbewegungen, NGOs, Professionen und Medien extern erzwungene Änderung der internen Unternehmensstruktur, welche die mit der Publikumsaktiengesellschaft notwendig verbundenen Spekulationstendenzen, exzessive Wachstumszwänge

58 Jürgen Habermas, »Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien«, in: *Merkur* 39 (1985), S. 1-14.

59 Diesen Begriff benutzen Anderson, »Corporate Constitutionalism«; Backer, *Transnational Corporate Constitutionalism?*.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 144-145 09.01.2012 08:44:40

und Umweltschädigungen einschränkt.[60] Eine solche nachhaltigkeitsorientierte Unternehmensverfassung würde eine von internen Implementationen und externen Kontrollen begleitete Berücksichtigung von Umweltbelangen – der Natur, der Gesellschaft, der Menschen – in der Unternehmenspolitik verlangen. Im Bereich Arbeit heißt dies, dass Arrangements gefunden werden, die aufgrund externer auf Gegenmacht beruhender Pressionen – sei es vom Staat, von Gewerkschaften oder NGOs – dazu führen, dass umfassende und transparente Monitoring-Mechanismen und verschiedene »Management-Systeme« so miteinander kombiniert werden, dass sie die Ursachen unzureichender Arbeitsbedingungen beseitigen.[61]

> Infolge solcher Aktivitäten wird die CSR [corporate social responsibility] dann nicht mehr primär vom Unternehmen allein, sondern auch von Bürgergruppen bestimmt. Es entsteht eine genuin neue politische Arena. Das politisch aktive Unternehmen wird seinerseits Ziel politischen Handelns.[62]

Wie schon oben angesprochen, müssten im Organisationsbereich direkte Interventionen von außen durch indirekt wirkende »pressures« ersetzt werden. Entscheidend sind *Lern-Pressionen*, das heißt externe Zwänge zu lernender Anpassung, die auf die transnationalen Organisationen ausgeübt werden. Beide Elemente müssen vorhanden sein, um ein Zusammenwirken der externen Pressionen und der internen Anpassungen zu ermöglichen: Änderung kognitiver Strukturen und ein darauf gerichteter Zwang. Andernfalls bleiben die Forderungen aus Gesellschaft und Politik folgenlose Außenimpulse. Hier macht sich die wechselseitige Schließung der Teilsysteme bemerkbar. Sie erfordert eine ihrerseits spezielle Art der wechselseitigen Öffnung. »L'ouvert s'appuye sur le fermé«.[63] Ein unmittelbarer Normentransfer zwischen ihnen ist wenig erfolgversprechend, stattdessen werden Lern-Pressionen, also andere Mechanismen der wechselseitigen Öffnung aufgebaut.

An dieser Stelle wird eine der wichtigsten Wandlungen der Rechtsstruktur sichtbar, die sich im Übergang zur Weltgesellschaft vollziehen. Luhmann hat diesen Wandel folgendermaßen gekennzeichnet:

> dass auf der Ebene der sich konsolidierenden Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des Erkennenden steuern, sondern dass umgekehrt das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme abgestützt werden müssen.[64]

Das bedeutet, dass im Verhältnis der Unternehmensorganisationen und ihrer Stakeholder nicht einfach im Medium des Rechts kommuniziert wird, also die Geltung normativer Erwartungen durch Rechtsoperationen transferiert wird. Stattdessen werden über nicht-rechtliche Medien – über Expertenwissen, über politische und gesellschaftliche Macht und über monetäre Anreize und Sanktionen – Lernprozesse der unternehmensinternen Rechtscodes angestoßen, ja geradezu erzwungen.[65] Kognitiver Primat heißt nicht etwa, dass die Corporate Codes ihre rechtsnormative Qualität verlieren und nur noch als kognitive Erwartungen fungieren. Denormativiert werden nur die Beziehungen zwischen ihnen, weil sie auf kognitive Mechanismen umstellen; die Codes selbst bleiben normative Ordnungen.

60 Diesen Zusammenhang stellt Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, S. 150 f., 157 ff. explizit her. Er schlägt ganz konkrete gesellschaftsrechtliche Normierungen vor: »Die Aktiengesellschaft ist ein Produkt des 19. Jahrhunderts, wir müssen sie modernisieren. Mein Vorschlag: Ihr Kapital wird in Namensaktien und Inhaberaktien aufgeteilt. Erstere haben eine unendliche Laufzeit, werden aber nicht an der Börse gehandelt und dürfen außerbörslich frühestens nach drei Jahren verkauft werden. Die Inhaberaktien hingegen haben eine Laufzeit von 20 bis 30 Jahren und werden dann wieder zum ursprünglichen Kaufpreis zurückgenommen. Sie sind an der Börse handelbar.., Das würde Spekulationen deutlich verringern, die sinnlose Maximierung der Gewinne bremsen und künftige Wirtschafts- und Finanzkrisen verhindern.« Hans Christoph Binswanger, »Die deutsche Wirtschaft wächst zu schnell«, in: *Spiegel-Online* am 12. 12. 2010.

61 Richard Locke u. a., »Does Monitoring Improve Labour Standards? Lessons from Nike«, in: *Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24 (John F. Kennedy School of Government, Harvard University)* (2006), S. 1-47, 3.

62 Crouch, *Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus*, 198.

63 Edgar Morin, *La méthode, Bd. 3. La connaissance de la connaissance*, Paris 1986, S. 206.

64 Niklas Luhmann, »Die Weltgesellschaft«, in: Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung Band 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen 1975, S. 51-71, hier S. 63.

65 Eindringlich zu den hier involvierten Lernprozessen am Beispiel der europäischen Initiativen zur Unternehmensverantwortung Marc Amstutz und Vagios Karavas, »Weltrecht: Ein Derridasches Monster«, in: Gralf-Peter Callies u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 646-672, hier S. 655 ff.; am Beispiel transnationaler Regimes Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, 518.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 146-147 09.01.2012 08:44:40

Worin besteht das erste Element der Lernpressionen – das kognitive Lernen? Die Anstöße aus Gesellschaft und Politik sind für die Codes nur »templates«, Verhaltensmodelle, Prinzipien, Best Practices, Empfehlungen. Sie lösen Lernprozesse aus, die gerade nicht als Geltungstransfers innerhalb einer autonomen Rechtsordnung stattfinden, sondern über die Grenzen autonomer Ordnungen hinweg verlaufen und deren Besonderheit darin bestehen, dass sich die beteiligten Ordnungen nicht zu einer einheitlichen Rechtsordnung mit gemeinsamen Rechtsoperationen zusammenschließen, sondern erst über komplizierte kognitive Prozesse an ihre eigenen Bedingungen adaptiert werden.[66] Gerade ihre Trennung ermöglicht einen kognitiven Mehrwert, der immer dann erzeugt wird, wenn die Funken der Perturbation über die Grenzen zwischen den beteiligten Systemen springen und dort zu normativen Innovationen führen können.

Der besondere Lerneffekt besteht darin, dass die externen Instanzen Normen als Forderungen formulieren, an denen die Unternehmen ablesen können, welche gesellschaftlichen Erwartungen an sie gestellt werden, ohne dass sie diese eins zu eins übernehmen müssen. Die gesellschaftlichen und staatlichen Anforderungen kompensieren den Tunnelblick, den die privaten Codes ausgebildet haben und provozieren eine Orientierung an einer Transnational Public Policy. Hier geben die staatlichen Instanzen konstitutionelle Lernanstöße ebenso wie die Normerwartungen, die Protestbewegungen und zivilgesellschaftlichen Organisationen an die ökologische Orientierung von Unternehmen stellen.

Worin besteht das zweite Element – der Zwang? Rechtssanktionen spielen in diesem Prozess der Lernpressionen keine entscheidende Rolle. Nicht Rechtssanktionen sind dafür verantwortlich, dass die Unternehmen die Proteste der NGOs und das staatliche Soft Law als Lernanstöße nehmen, um eigene Codes für ihre Sonderbedingungen zu entwickeln. Stattdessen wirken außerrechtliche Mechanismen. Zuallererst nötigen interorganisatorische Machtprozesse – einseitiger Druck und politischer Tausch – die Unternehmen dazu, ihre Codes of Conduct zu entwickeln. Dass dieser Außendruck eine unabdingbare Bedingung dafür ist, dass Corporate Codes überhaupt eine Wirkung entfalten, zeigt sich auch hier wieder.[67] Nach den bisherigen Erfahrungen konnten Nationalstaaten wie internationale Organisationen der Staatenwelt dafür Machtressourcen generieren, jedoch nur bis zu einem gewissen Ausmaß. Als sehr viel wirkungsvoller haben sich bisher die Machtpressionen der Protestbewegungen, der NGOs, der Gewerkschaften, der Non-profit-Organisationen, der Professionen und der öffentlichen Meinung erwiesen. Den letzten Ausschlag geben häufig ökonomische Sanktionen: die Sensibilität der Verbraucher, von deren Kaufverhalten die Unternehmen abhängig sind, und die bestimmter Anlegergruppen, die mit ihrem Anlageverhalten auf die Unternehmen wirtschaftlichen Druck ausüben.[68] Ob nach der Finanzkrise die Staatenwelt eine effektive Führungsrolle im externen Druck auf die Unternehmen übernehmen werden, bleibt abzuwarten. Die neuesten Nachrichten stimmen da eher skeptisch.

Hinter der Metapher der »voluntary codes« verbirgt sich also alles andere als Freiwilligkeit. Transnationale Unternehmen erlassen ihre Codes weder aus Einsicht in die Gemeinwohlanforderung noch aus Motiven der Unternehmensethik. »Freiwillig« fügen sie sich nur, wenn von außen massive Lernpressionen ausgeübt werden. Der Lernprozess verläuft nicht im Rechtssystem von staatlichen Normen zu Code über Geltungstransfer, sondern erst auf Umwegen über andere Funktionssysteme. Es ist nicht hinreichend, dies so zu beschreiben, als würden hier Rechtssanktionen durch soziale Sanktionen ersetzt. Damit unterschlägt man die einschneidenden Konsequenzen, die solch umweghafte Lernpressionen haben. In komplizierten »Übersetzungsprozessen« werden vielmehr Systemgrenzen überschritten, entsteht ein Perturbationskreislauf zwischen Rechtsakten, Pressionen politischer und gesellschaftlicher Macht, Erkenntnisoperationen von Epistemic Communities und ökonomischen Sanktionen.[69] Die ursprünglichen Normgehalte

66 Sean D. Murphy, »Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level«, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), S. 389-431.

67 Abbott und Snidal, »Strengthening International Regulation«, S. 506 resümieren: »These norms are ›voluntary‹ in the sense that they are not legally required; however, firms often adhere because of pressure from NGOs, customer requirements, industry association rules, and other forces that render them mandatory in practice.«

68 Eine detaillierte Analyse des Zusammenhangs von externem Druck und interner Unternehmensstruktur bieten Jennifer Howard-Grenville u. a., »Constructing the License to Operate: Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions«, in: *Law and Policy* 30 (2008), S. 73-107.

69 In einer empirischen Fallstudie zu dem Marine Stewardship Council identifi-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 148-149 09.01.2012 08:44:40

werden drastisch verändert, wenn sie »übersetzt« werden in die Sprache des Expertenwissens, das Modelle entwirft und Monitoring organisiert, in die interorganisatorische Macht von politischen Verhandlungen zwischen internationalen Organisationen, NGOs und transnationalen Unternehmen, in die der Reputationsmechanismen der Öffentlichkeit und in die der monetären Anreize und Sanktionen – und schließlich in die Rechtssprache des Hard Law der unternehmensinternen Codes. Diese indirekte Art der Verknüpfung externer und interner Prozesse macht deutlich, dass eine Autokonstitutionalisierung der Unternehmen nicht aufgrund intrinsischer Motive der Freiwilligkeit, aber auch nicht über die Sanktionsmechanismen des Rechts, sondern nur aufgrund umwegshafter externer Lernpressionen zustande kommt.

3. Selbststeuerungsbereich des Kommunikationsmediums

Neben dem Spontanbereich und dem organisiert-professionellen Bereich der Funktionssysteme ist die dritte Verfassungsarena in den Entscheidungszentren der Funktionssysteme zu finden, die für die Selbststeuerung der Kommunikationsmedien – Macht, Geld, Recht, Wahrheit – verantwortlich sind. Auch hier ist es die Aufgabe der Konstitutionalisierung, dafür die Instanzen, Kompetenzen und Verfahren der internen Reflexion zu normieren. Sie zielt damit auf das Zentrum der Eigenverfassung von Funktionssystemen.

Dazu soll ein Beispiel aus der globalen Wirtschaft herangezogen werden – die Vollgeldreform, wie sie in den letzten Jahren zur Bekämpfung von ökonomischen Wachstumsexzessen vorgeschlagen worden ist. Als Reaktion auf die globale Finanzkrise wurden vielfältige Regulierungen diskutiert: Abschaffung der Banker-Boni, verstärkte Eigenkapitalausstattung der Banken, Tobin-Steuer, Qualitätskontrollen der Finanzprodukte, verschärfte nationale und internationale Staatsaufsicht über Banken, besonders aber über Hedgefonds, schärfere Kontrollen von Kapitalverkehr und Börsengeschäften, bessere Regeln der Bilanzierung und Risikobewertung.[70] Sie beruhen typisch auf einer Faktorenanalyse, in der einzelne Ursachen isoliert werden, die über Kausalzurechnungen vermittelt, für die Krise verantwortlich gemacht werden. Die Regulierung soll Gegenfaktoren ins Kausalgeschehen setzen, um eine Wiederholung der Krise auszuschließen. Ihre Erfolgschancen im einzelnen werden hier nicht bestritten, aber sie haben ein Problem gemeinsam: »Fatta la legge trovato l'inganno«. Kaum ist das Gesetz erlassen, sind schon die Umgehungsstrategien ersonnen. Die Achillesferse solcher Regulierungen ist, dass nationalstaatliche oder internationale Regeln immer wieder effektiv umgangen werden und angesichts der enormen Umgehungsenergien keine Ex-ante-Regulierungen möglich sind.[71] Tiefer setzen Analysen an, welche die Faktoren der Faktorenanalyse nur als auswechselbare auslösende Bedingungen verstehen, und die zugrundeliegende Dynamik selbst aufdecken wollen. Durch eine Änderung der »inneren Konstitution« der globalen Finanzwirtschaft soll die Dynamik, welche die immer neu erfundenen Umgehungsstrategien antreibt, selbst gezähmt werden. Ein aufschlussreiches Beispiel für eine tiefer ansetzende Analyse ist die erwähnte Vollgeldreform, die heute von Ökonomen und Sozialwissenschaftlern vorgeschlagen wird.[72] In Großbritannien, in der Schweiz und in Deutschland haben sich politische Initiativen gebildet, die mit Vorschlägen zur Finanzverfassung an die Öffentlichkeit getreten sind.[73] Die Vollgeldreform

ziert Jaye Ellis, »Sustainable Development and Fragmentation in International Society«, in: Duncan French (Hg.), *Environmental Justice and Sustainable Development*, Leiden 2009, S. 57-73 solche Übersetzungsprozesse zwischen verschiedenen Kommunikationsmedien als Erfolgsbedingungen des Corporate Constitutionalism.

70 Siehe zum Beispiel »Der Erreger lebt weiter«, Der Spiegel 14. 09. 2009, S. 108 ff.

71 Eingehende Diskussion bei Streeck, *Re-Forming Capitalism*, S. 236 ff.

72 Ursprünglich vorgeschlagen von Irving Fisher, *100% Money*, London 1997 [1935]; heute maßgeblich Hans Christoph Binswanger, *Die Wachstumsspirale: Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses*, Marburg 2006; Joseph Huber und James Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand: Weg zu einer gerechten Geldordnung im Informationszeitalter*, Kiel 2008. Siehe auch Helmut Creutz, »Vollgeld und Grundeinkommen«, in: *Zeitschrift für Sozialökonomie* 133 (2002), S. 14-19; Stephen A. Zarlenga, *The Lost Science of Money*, Valatie, New York 2002; James Robertson (2009), *National and International Financial Architecture: Two Proposals, Inquiry into the Banking Crisis. Evidence Submitted to The House of Commons Select Committee on the Treasury,* ⟨http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/treasury_committee/tc0708pn85.cfm⟩; siehe auch Bernd Senf, *Bankgeheimnis Geldschöpfung*, ⟨http://www.goldseiten.de/content/kolumnen/artikel.php?storyid=123602009⟩.

73 Grossbritannien: »Positive Money« ⟨http://www.positivemoney.org.uk/draft-legislation/⟩; Schweiz: »Monetative« ⟨http://www.monetative.ch/⟩; Deutschland: »Monetative« ⟨http://www.monetative.de/⟩.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 150-151 09.01.2012 08:44:40

setzt am Geldmechanismus im Zentrum der Wirtschaftsverfassung an. Geldschöpfung ist heute längst nicht mehr das Monopol der Zentralbanken, die über das nicht an den Goldstandard gebundene Papiergeld Geldschöpfung betreiben. Die massenhafte Verbreitung von Buchgeld in Girokonten, die Ausdehnung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, der Siegeszug der neuen Kommunikationstechnologien und – mit besonderer Wucht – die Globalisierung des Gelds und Kapitalverkehrs haben den nationalen Zentralbanken das Geldschöpfungsmonopol aus der Hand geschlagen.[74] Heute sind es die global agierenden Geschäftsbanken, denen aufgrund dieser Entwicklungen de facto die Fähigkeit zugewachsen ist, ihrerseits und im Prinzip unabhängig von den Zentralbanken die Geldschöpfung zu betreiben, auch wenn das Buchgeld euphemistisch nur als Geldsurrogat bezeichnet wird. In Europa beträgt das Verhältnis von Buchgeld und Papiergeld 80: 20, in Großbritannien verfügt das Buchgeld gar über 92% der Geldmenge. Die Bundesbank formuliert auf ihrer Webseite: »Hauptquelle der Geldschöpfung ist heute die Kreditgewährung der Geschäftsbanken (aktive Geldschöpfung): Dem Kreditnehmer wird ein Sichtguthaben (Sichteinlagen) in Höhe des aufgenommenen Kredites eingeräumt, wodurch die gesamtwirtschaftliche Geldmenge unmittelbar steigt.«[75] Hier geschieht eine creatio ex nihilo. Denn die Kredite, die Geschäftsbanken über Buchgeld vergeben, sind nicht etwa von bestehenden Spareinlagen der Banken gedeckt, sondern können nach ihren souveränen Risikokalkulationen praktisch frei vergeben werden. Nur indirekt können die öffentlichen Zentralbanken diese private Geldschöpfung steuern, besonders indem sie den Leitzins erhöhen oder senken.

Diese massive Geldschöpfung durch private Banken wird nun für die aktuelle Exzessivität der Steigerungszwänge im globalen Finanzsektor verantwortlich gemacht. Sie dient dazu, durch Vorfinanzierung das Wachstum der Realwirtschaft in einem sozialschädlichen Ausmaß geradezu zu erzwingen. Zugleich wird die private Geldschöpfung instrumentalisiert für eine ungeahnte Steigerung selbstbezüglicher Finanzspekulation.

74 So unter Weiterentwicklung der Ideen von Joseph A. Schumpeter, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Leipzig 1926, S. 153, Augusto Graziani, *The Monetary Theory of Production*, Cambridge 2003, S. 82 f.

75 ⟨http://www.bundesbank.de/bildung/bildung_glossar_g.php⟩.

Die Banken handeln wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer auch: prozyklisch und eigeninteressiert, ohne gesamtwirtschaftliches Konzept und ohne jegliche politische und gesellschaftliche Verantwortung. Daraus folgt: Die Geldschöpfung der Banken verläuft prozyklisch überschießend. Dadurch entstehen teils extreme Übertreibungen von Konjunktur- und Börsenzyklen:

– im Auf und Hoch Geldüberangebot und daraus resultierend Preisinflation, zunehmend auch Kapitalmarkt-Kursinflation (Spekulationsblasen, Asset Price Inflation),
– im Ab und Tief von Krisenphasen – infolge implodierender Börsenkapitalisierung/Vermögenswerte und Zahlungsausfälle – Geldverknappung und monetäre Austrocknung der Wirtschaft. Die Finanzinstitute selbst sind dem ebenso ausgesetzt wie Staat, Wirtschaft und Gesellschaft darüber hinaus.[76]

Der Clou der Theorie ist nun aber: Die Alternative kann nicht Nullwachstum heißen, vielmehr Abschneiden der Exzesse des Steigerungszwanges. Denn »Stabilität und Nullwachstum sind im heute gegebenen Geldsystem nicht möglich«.[77] Die Geldschöpfung erzwingt über die Wertschöpfung eine Zunahme der Gewinne – und die Zunahme der Gewinne erzwingt ihrerseits weitere Geld- und Wertschöpfung. Daraus entsteht mit Notwendigkeit eine Wachstumsspirale. Die Alternative wäre eine Schrumpfung der Wirtschaft, die auf Dauer mit dem heutigen auf Geld beruhenden Wirtschaftssystem nicht kompatibel ist. Eine funktionierende Geldwirtschaft ist auf Wachstumszwang angewiesen. Dann aber rückt in das Zentrum der Aufmerksamkeit nicht der Wachstumszwang als solcher, sondern die *Differenz zwischen notwendigem Wachstum und selbstdestruktiven Wachstumsexzessen*, die Fehlentwicklungen auslösen.[78]

Welche Mechanismen sind dafür verantwortlich, dass die Selbstreproduktion eines Sozialsystems durch die Rekursivität systemspezifischer Operationen umschlägt in einen solchen kommunikativen Wiederholungs- und Steigerungszwang, der selbstdestruktive Konsequenzen nach sich zieht? In unserem Beispiel wäre der Mechanismus das von den Geschäftsbanken ex nihilo kreierte

76 Joseph Huber (2009), *Geldordnung II: Reform der Geldschöpfung. Vollgeld-Konzept und Seigniorage Reform* ⟨http://www.soziologie.uni-halle.de/huber/docs/geldordnung-ii-reform-der-geldschoepfung-durch-vollgeld-mai-09.pdf⟩.

77 Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, S. 21.

78 Ebd., S. 11 ff. unterscheidet zwischen einem notwendigen Wachstumszwang und einem sozialschädlichen Wachstumsdrang.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 152-153 09.01.2012 08:44:40

Buchgeld, weil es Zahlungsoperationen so miteinander verkettet, dass ein exzessiver Wachstumszwang von Finanz- und Realwirtschaft ausgelöst wird. Die in der zusätzlichen Geldschöpfung der Geschäftsbanken per Kreditvergabe angelegten gesteigerten Gewinnerwartungen heizen einen Wachstumszwang in der realen Wirtschaft an, der wieder die Gewinnerwartungen der Finanzwirtschaft steigert und somit eine Dynamik auslöst, die nicht mehr als stationärer Wirtschaftskreislauf, sondern als eine sich beschleunigende Wachstumsspirale bezeichnet werden muss. Parallel dazu werden in der Dynamik der Geldvermehrung Bankkredite aufgenommen, die nicht der Finanzierung produktiver Investitionen dienen, sondern dazu, spekulative Vermögenswerte zu kaufen. Wenn aber die Zinssätze für Bankkredite die erwartete Steigerung der Vermögenswerte übersteigen, kommt es zum Zusammenbruch der Spekulation, zur Finanzkrise, die sich in einer Wirtschaftskrise fortsetzt. Deutlich wird, dass beide kommunikativen Steigerungszwänge ganz unabhängig von individuellem Gier- und Suchtverhalten ablaufen können, ja dass sich auch suchtresistente Individuen diesen Zwängen bei Strafe des Spielausschlusse weitgehend fügen müssen. Zugleich aber werden Individuen mit entsprechenden psychischen Dispositionen von diesem Spiel angezogen, so dass es dann zu einer wechselseitigen Verstärkung von individuellem und sozialem Suchtverhalten kommen kann.

Als probates Gegenmittel wird nun von ökologisch orientierten Ökonomen die Vollgeldreform vorgeschlagen. Den Geschäftsbanken muss die Suchtdroge Buchgeld entzogen werden – das verspricht eine wirksame Entziehungskur. Den Geschäftsbanken wird es verboten, per Giro-Kredit neues Geld zu schöpfen. Sie werden darauf beschränkt, Darlehen auf der Grundlage von bereits vorhandenem Geld zu vermitteln. Die Geldschöpfung liegt allein bei den nationalen und internationalen Zentralbanken.

Die langfristig wichtigste Maßnahme zur Vorbeugung gegen gemeinwohlschädigende Spekulationsexzesse an Finanzmärkten besteht darin, die multiple Geldschöpfung durch die Geschäftsbanken zu beenden, um die prozyklisch überschießende Expansion und Kontraktion des Geldangebots zu unterbinden und zu ersetzen durch eine verstetigte, an der Realwirtschaft orientierte Geldmengenpolitik.[79]

79 Huber, *Geldordnung II*; Joseph Huber, *Monetäre Modernisierung: Zur Zukunft der Geldordnung*, Marburg 2010.

Eine Vollgeldreform zielt darauf ab:

1. Alles Geld, Bargeld ebenso wie unbare Geldguthaben, ausschließlich von den Zentralbanken schöpfen zu lassen,

2. dieses Geld schuldenfrei (ohne Zins und Tilgung) durch öffentliche

Ausgaben in Umlauf zu bringen,

3. dafür die Giralgeldschöpfung durch die Banken zu unterbinden.[80]

Für diese einschneidende Reform bedürfte es einer einfachen, aber fundamentalen Änderung des Rechts der Zentralbanken auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Für die Satzung der Europäischen Zentralbank müsste der zur Zeit geltende Art. 16 geändert werden (siehe kursiv gesetzte Wörter):

Der EZB-Rat hat das ausschließliche Recht, die Ausgabe von gesetzlichen Zahlungsmitteln innerhalb der Gemeinschaft zu genehmigen. Gesetzliche Zahlungsmittel umfassen Münzen, Banknoten *und Sichtguthaben*. Die EZB und die nationalen Zentralbanken können solche Zahlungsmittel ausgeben. Von der EZB und den nationalen Zentralbanken ausgegebene Münzen, Banknoten *und Sichtguthaben* sind die einzigen Zahlungsmittel innerhalb der Gemeinschaft, die den Status von gesetzlichen Zahlungsmitteln haben.[81]

Für die Schweiz wurde inzwischen eine Verfassungsänderung vorgeschlagen, die sehr viel detailliertere Bestimmungen enthält:[82]

I. Verfassungstext
Geld- und Finanzmarktverfassung
Artikel 99a Geldordnung
1 Das Geld- und Währungswesen ist Sache des Bundes; diesem allein steht das Recht zur Schöpfung von gesetzlichem Zahlungsmittel zu. Gesetzliche Zahlungsmittel sind Münzen, Banknoten und Buchgeld.
2 Die Schaffung und Verwendung anderer Zahlungsmittel für besondere Zwecke bedarf einer Bewilligung des Bundes.
Artikel 99b Nationalbank
1 Die Schweizerische Nationalbank ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie führt als unabhängige Zentralbank eine Geld-, Kredit- und Währungs-

80 Huber, *Geldordnung II*; Fisher, *100% Money*; Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, S. 139 ff.

81 Huber und Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, S. 24.

82 Philippe Mastronardi (2011), *Monetäre Modernisierung: Plattform für eine neue Geld- und Finanzmarktverfassung* ⟨http://www.monetative.ch/Veranstaltung_Mai_13.html⟩.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 154-155 09.01.2012 08:44:41

politik, die dem Gesamtinteresse des Landes dient; sie ist in der Erfüllung ihrer Aufgaben nur dem Gesetz verpflichtet.
2 Das Gesetz überträgt die Gewährleistung der gesamtwirtschaftlich erforderlichen Geldmenge an die Schweizerische Nationalbank. Es weist die Kreditvergabe und die Abwicklung des Zahlungsverkehrs privaten und öffentlichen Finanzdienstleistern zu. Die Schweizerische Nationalbank kann den Finanzdienstleistern einen Leistungsauftrag erteilen.
3 Die Schweizerische Nationalbank steuert die Geldmenge unter Berücksichtigung des erforderlichen Kreditvolumens. Sie gibt neu geschaffenes Geld schuldfrei und zinslos an Bund, Kantone und steuerpflichtige natürliche Personen sowie als verzinsliche Darlehen an die Finanzdienstleiter aus. Das Gesetz bestimmt die Kriterien.
4 Die Schweizerische Nationalbank setzt Mindestanlagefristen für Finanzanlagen im
Publikumsverkehr und im Interbankenverkehr fest.
5 Die Schweizerische Nationalbank bildet aus ihren Erträgen ausreichende Reserven.
6 Der Reingewinn der Schweizerischen Nationalbank geht zu mindestens zwei Dritteln an die Kantone.

Letztlich erfordert eine Vollgeldreform angesichts der Existenz globaler Finanzmärkte auch globale Verfassungslösungen. Aber sogar die Protagonisten der Vollgeldidee halten die Chancen, dass sich eine globale Einheitslösung realisiert, angesichts des wahrscheinlichen Widerstands führender Nationalstaaten für problematisch. Doch erscheinen ihnen selbst nationale Alleingänge, besser noch Kooperationen einiger Nationalstaaten, jedenfalls für relativ starke Staaten, die über eine stabile Regierung, eine starke Wirtschaft und eine stabile konvertible Währung verfügen, durchaus vorstellbar, womöglich auch realistisch.[83] Regionale Lösungen der Wirtschaftsblöcke in dieser Richtung sind am ehesten in der Eurozone, weniger in USA oder Japan zu erwarten. Die heute mögliche beste Lösung läge in einem globalen Finanzverfassungsregime, das aus der Kooperation von Zentralbanken in einer »Koalition der Willigen« entsteht.

Die Vollgeldreform nimmt also an zwei gegenläufigen Konstitutionalisierungsschüben der Weltmärkte teil, die man im Sinne der schon oben angesprochenen Ideen von Polanyi geradezu als eine »Doppelbewegung« eines transnationalen Konstitutionalismus bezeichnen kann. Mit konstitutiven Normen unterstützt er zunächst die Expansion von Teilsystemen, sucht diese dann aber mit limitativen Normen zu inhibieren.[84] Auch in der finanzverfassungsrechtlichen Entwicklung löst die Expansion rein ökonomischer Orientierungen weltweit Gegenbewegungen aus, die den »Schutzmantel der kulturspezifischen Institutionen« zu rekonstruieren suchen.

Als geeignete gesellschaftliche Instanzen, die über solche Selbstbegrenzungen urteilen und entscheiden, hat die Theorie des gesellschaftlichen Konstitutionalismus Collegial Institutions in unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen, die jeweils eigenwillige Handlungslogiken kultivieren, herausgestellt und deren verfassungsmäßige Institutionalisierung gefordert.[85] Collegial Institutions sind Reflexionsinstanzen zur sozialen Selbstidentifizierung im Sinne der Festlegung der Eigenrationalität und Eigennormativität des betroffenen Gesellschaftssektors und zugleich im Sinne seiner Kompatibilisierung mit gesellschaftsinternen und -externen Umwelten. Die Collegial Institutions fungieren als eine Art Think Tank der jeweiligen Verfassung, die ihrerseits als Regulativ für die System/Umwelt-Beziehungen des Sozialsystems zu verstehen ist.

Die Vollgeldreform verlagert nun das Gewicht solcher Collegial Institutions von den Geschäftsbanken auf die Zentralbanken. Sie dürfte damit als eine einschneidende Selbstbeschränkung der Wachstumszwänge des wirtschaftlichen Zahlungskreislaufs gelten. Im Entwurf der Schweizer Verfassungsänderung werden die Konsequenzen für die Geschäftsbanken folgendermaßen umschrieben:

Die Geschäftsbanken können kein Buchgeld mehr schöpfen. Jeden Kredit, den sie vergeben, müssen sie einem ihnen zustehenden Zahlungsverkehrskonto belasten. Sie sind damit allen anderen Unternehmen gleichgestellt: Darlehen sind Ausgaben, die durch ein Vermögen in Geld gedeckt sein müssen. Die Banken können damit nur jenes Kreditvolumen generieren, das sie als Geld von den Sparern zur Verfügung gestellt bekommen, selbst erwirtschaftet haben, bei anderen Banken geliehen oder allenfalls von der Schweizerischen Nationalbank als Darlehen gegen Zins zugesprochen erhalten. Sie können die Geld- und Kreditmenge der Volkswirtschaft nicht mehr über jenes Volumen hinaus erhöhen, welches die Nationalbank festgesetzt hat.

Von ihren Protagonisten wird die Vollgeldreform als wirksame Ent-

83 Huber und Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, S. 61 ff.

84 Polanyi, *Great Transformation*, S. 182 ff.

85 Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 156-157 09.01.2012 08:44:41

ziehungskur gegen das exzessive Suchtverhalten des Kreditsektors propagiert, wobei drei expansionsbeschränkende Effekte im Vordergrund stehen:

(1) Der Expansionismus der Privatbanken wird dadurch eingeschränkt, dass ihnen die Ex-nihilo-Geldschöpfung verboten wird. Dämpfende Auswirkungen auf die spekulative Verwendung der Giralkredite sind zu erwarten.

(2) Der Expansionismus der globalen Finanzmärkte im Verhältnis zur Realwirtschaft wird eingeschränkt, da deren Verhältnis nunmehr von den Zentralbanken, nicht mehr von den Privatbanken bestimmt wird. Damit wird die Kopplung von Finanz- und Realwirtschaft nicht mehr von den Gewinnmotiven der Geschäftsbanken, sondern von den gesamtwirtschaftlichen Folgenerwägungen der Zentralbankpolitik abhängig gemacht.

(3) Der Expansionismus der Finanz- und Realwirtschaft im Verhältnis zu anderen Gesellschaftssektoren und zur natürlichen Umwelt wird dadurch eingeschränkt, dass die durch Giralkredite gesteigerten Wachstumszwänge ausgeschaltet werden. »Dabei geht es nicht um einen Verzicht auf Wachstum, sondern um eine Minderung des exponentiellen Wachstumszwangs und Wachstumsdrangs«.[86] Wichtigster Aspekt der extern erzwungenen Selbstlimitierung ist, dass eine von den Zentralbanken in ihren gesamtgesellschaftlichen und ökologischen Wirkungen sorgfältig durchdachte Geldschöpfung den sozialschädlichen Wachstumszwang blockiert, der durch Geldschöpfung durch Privatbanken als ungesicherte Wechsel auf die Zukunft ausgelöst wird.

III. Verfassungsprozesse: Doppelte Reflexivität

Damit dürfte ausreichend plausibel geworden sein, dass der transnationale Konstitutionalismus über eine bloße Juridifizierung gesellschaftlicher Bereiche weit hinausgeht und Verfassungsfunktionen über konstitutive, besonders aber über limitative Regeln ausübt. Darüber hinaus dürfte deutlich geworden sein, dass in jedem Sozialsystem Verfassungsarenen zu identifizieren sind, die der Binnendifferenzierung des politischen Systems in einen Öffentlichkeitsbereich und einen organisiert-professionellen Bereich, der sich wiederum in dezentrale und zentrale Institutionen untergliedert, entsprechen. Es stellt sich nun die weitere Frage, ob in den transnationalen Teilverfassungen auch genuine Verfassungsprozesse und -strukturen identifiziert werden können. Im Folgenden soll wiederum der Fall des Vollgelds exemplarisch daraufhin untersucht werden, ob und inwiefern solche wirtschaftsintern ansetzenden Normierungen nicht nur Regulierungen des Wirtschaftsgeschehens, sondern Verfassungsprozesse und Verfassungsstrukturen im strengen und nicht bloß metaphorischen Sinne sind.

1. Reflexivität des Sozialsystems

Auch wenn es Juristen nicht gefällt, das Recht spielt bei allen Verfassungen, seien es Staatsverfassungen, seien es Sozialverfassungen, nicht die primäre Rolle. Primär ist Konstitutionalisierung immer erst Selbstkonstituierung des Kommunikationsmediums eines Sozialsystems, der Politik, der Wirtschaft, der Medien, des Gesundheitswesens.[87] Recht spielt in solchen Prozessen zwar eine unabdingbare, aber doch nur eine dienende Rolle. Ein anspruchsvoller Verfassungsbegriff für einen weltgesellschaftlichen Konstitutionalismus muss sich dessen bewusst bleiben, dass Verfassungen primär Sozialprozesse und erst sekundär Rechtsprozesse sind. In einer gelungenen Formulierung schlägt daher Thornhill vor,

> den ganzen objektiven und begrifflichen Apparat des Konstitutionalismus (einschließlich der Grundrechte, der normativen Texte und sogar der Verfassungsgerichte) als ein Institutionengefüge zu betrachten, das sich die

86 Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, S. 12.

87 Der Zusammenhang von Verfassungsnormen und der Selbstkonstitution von Sozialsystemen wird besonders in soziologischen Verfassungsanalysen deutlich, Prandini, »Morphogenesis of Constitutionalism«, S. 316 ff.; Thornhill, »Towards a Historical Sociology«, S. 169 ff. Hier ist auch der Anschlusspunkt an Theorien des transnationalen Konstitutionalismus zu suchen, die gegenüber der juristischen Form nachdrücklich den politischen Charakter von Verfassungen, die Herausbildung eines konstitutionellen »mindset«, in unserer Sprache der Eigennormativität der Politik, betonen, besonders eindringlich Martti Koskenniemi, »Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), S. 9-36; Klabbers, »Setting the Scene«, S. 30.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 158-159 09.01.2012 08:44:41

politische Macht selbst geschaffen hat – als notwendig selbsterzeugte Bedingung für die positive und differenzierte Autonomie der Macht.[88]

Überträgt man dies auf andere gesellschaftliche Verfassungen, dann wird deutlich, dass eine Verfassung in erster Linie der medialen Selbstkonstitution eines Sozialsystems dient. Die Politik, die Wirtschaft, die Wissenschaft, die Massenmedien erzeugen ihre Autonomie (unter anderem) dadurch, dass sie das ihnen eigene Kommunikationsmedium formalisieren.[89] Verfassungsprozesse sind ein Fall der »doppelten Schließung« im Sinne von Heinz von Foerster.[90] Sozialsysteme entwickeln nicht nur eine Schließung erster Ordnung, indem sie selbstproduzierte Operationen miteinander verknüpfen und sich dadurch von der Umwelt abgrenzen. Sie entwickeln eine Schließung zweiter Ordnung, indem sie ihre Operationen reflexiv auf ihre Operationen anwenden. So gewinnt Wissenschaft ihre Autonomie erst dann, wenn es gelingt, über die am Wahrheitscode orientierten Erkenntnisoperationen eine zweite Erkenntnisebene einzuziehen, auf der die Erkenntnisoperationen erster Ordnung ihrerseits mit methodischen und erkenntnistheoretischen Operationen auf ihren Wahrheitswert geprüft werden. Die Politik wird dann zu einem autonomen kollektiv bindenden Entscheidungssystem, wenn sie Machtprozesse mit Hilfe von Machtprozessen dirigiert und über Festlegung von Wahlverfahren, Organisationsweisen, Kompetenzen, Gewaltenteilung und Grundrechten eine doppelte Schließung der Machtprozesse herstellt. Die Wirtschaft wird dann autonom, wenn im Geldkreislauf Zahlungsoperationen nicht nur für Transaktionen eingesetzt werden, sondern zur Kontrolle der Geldmengen selbst.[91] Wenn die Teilsysteme durch diese doppelte Schließung ihre Grenzen nach außen und ihre Identität nach innen definieren, werden sie im strengen Sinne autonom. Diese prozessuale Reflexivität im Prozess ihrer Eigenverfassung produziert für jedes Funktionssystem die »Form, in der das Medium Distinktheit und Autonomie gewinnt«.[92]

88 Thornhill, »Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions«, S. 18.

89 Prandini, »Morphogenesis of Constitutionalism«, S. 310.

90 Heinz von Foerster, *Observing Systems*, Seaside, Cal. 1981, S. 304 ff.

91 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1990, S. 289 ff., 469 ff.; Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 2000, S. 64; Luhmann, *Wirtschaft der Gesellschaft*, S. 117 f., 144 ff., 209.

92 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 373.

Wohlgemerkt: diese mediale Reflexivität der Operationen mitsamt den damit verbundenen kognitiven und normativen Reflexionen auf gesellschaftskompatible Identitätsbildung[93] erzeugen noch nicht Verfassungen im technischen Sinne, sondern, dienen zunächst nur der Selbstkonstituierung, nicht schon der Konstitutionalisierung von Sozialsystemen. Epistemologie, Machtübermächtigung, Geldmengensteuerung bilden als solche noch keine Sozialverfassungen, sondern nur reflexive Operationen ihres Systems. Die bloße Konstituierung von medialer Autonomie ist nicht mit ihrer Konstitutionalisierung gleichzusetzen.[94] Von Verfassungen im strengen Sinne sollte man erst dann sprechen, wenn die teilsystemische Reflexivität eines Sozialsystems, sei es der Politik, der Wirtschaft oder anderer Sektoren, vom Recht abgestützt wird, genauer: von der Reflexivität des Rechts. Verfassungen entstehen erst, wenn Phänomene doppelter Reflexivität auftauchen – Reflexivität des sich selbstkonstituierenden Sozialsystems und Reflexivität des die Selbstkonstituierung abstützenden Rechts.[95]

93 Reflexivität kann also weder auf Anwendung von Operationen auf Operationen noch auf den Erkenntnisprozess von sozialer Identität reduziert werden, sondern ist umfassender zu verstehen als eine mediale Reflexivität, also der Selbstanwendung eines Kommunikationsmediums, die sowohl von kognitiver als auch von normativer Reflexivität begleitet ist.

94 Das Begriffspaar Konstituierung/Konstitutionalisierung hatten wir schon im vorigen Kapitel vorläufig gekennzeichnet, um die Umstellung der Verfassungssubjektivität von Staaten auf Regimes plausibel zu machen. Jetzt geht es darum, die Besonderheit beider Prozesse deutlich zu machen.

95 Zur »doppelten Reflexivität« von Verfassungen schon Fischer-Lescano und Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 53 ff.; Gunther Teubner, »Codes of Conduct multinationaler Unternehmen: Unternehmensverfassung jenseits von Corporate Governance und gesetzlicher Mitbestimmung«, in: Armin Höland u. a. (Hg.), *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt: Liber Amicorum Manfred Weiss* Berlin 2005, S. 109-117, hier S. 112 f. Das Konzept doppelter Reflexivität greift auch Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, 532 in seiner Definition einer transnationalen Wirtschaftsverfassung auf, ebenso Kuo, »Between Fragmentation and Unity«, S. 465 ff. Ähnlich Tuori, »Many Constitutions of Europe«, S. 8 f., der gesellschaftliche Verfassungen durch eine Relation zwischen Recht und dem fokalen Sozialbereich definiert. Allerdings gerät seine Definition von Konstitutionalisierung zu weit und zu sehr in die Nähe von jeder Art von Juridifizierung, da er die Beziehung als »interaction with its object of regulation« definiert und auf die doppelte Reflexivität als Definitionsmerkmal verzichtet. Auch sein Versuch, die Besonderheit von Verfassungen als »a higher law relating to a distinct extra-legal action field« (24) zu erfassen, ver-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 160-161 09.01.2012 08:44:41

2. Reflexivität des Rechtssystems

Voraussetzung für eine Verfassung im strengen Sinne ist, dass sich eine strukturelle Kopplung von reflexiven Mechanismen des Rechts, also von sekundären Rechtsnormierungen, in denen Normen auf Normen angewendet werden, mit reflexiven Mechanismen des jeweiligen Gesellschaftssektors herstellt. Diese Definition teilt mit Luhmanns Verfassungsbegriff den Ausgangspunkt, dass es sich bei der Staatsverfassung um die strukturelle Kopplung von Politik und Recht handelt.[96] Strukturelle Kopplung ist aber nur notwendige, nicht schon hinreichende Bedingung, da eine ganze Reihe von politisch-rechtlichen Phänomenen wie die Gesetzgebung oder die richterliche Entscheidung über politische Konflikte ihrerseits auch strukturelle Kopplungen von Politik und Recht sind. Um das Verfassungsphänomen genauer zu begreifen, wird man die Kopplungsbeziehung einerseits spezifischer, andererseits genereller fassen müssen. Spezifischer – nicht jede Kopplung von Politik und Recht erzeugt schon konstitutionelle Qualitäten (zum Beispiel regulative Normen, die politische Ziele mit Rechtsnormen zu erreichen suchen), sondern nur die Kopplung von medialer Reflexivität in beiden Systemen. Genereller – eine Verfassung entsteht nicht nur im politischen System, wie es Luhmann vorschwebt, sondern in jedem Sozialsystem, sofern seine reflexiven Mechanismen von sekundären Rechtsnormen abgestützt werden. Zusätzlich wird man für den Verfassungsbegriff eine gewisse Dichte und Dauer der strukturellen Kopplungen voraussetzen müssen, um das Verfassungsphänomen gegenüber bloß losen und okkasionellen Kopplungen von Recht und Sozialbereich abzugrenzen. Denn erst dann entsteht die für Verfassungen typische Entwicklungsdynamik als eine institutionalisierte Ko-evolution der zwei beteiligten Sozialsysteme. Um Verfassungen von anderen Fällen der strukturellen Kopplung zu unterscheiden, dürfte es sich dann empfehlen, für sie den voraussetzungsvolleren Begriff der »Bindungsinstitution« von Recht und Sozialbereich zu wählen.[97]

In jeder Verfassung bedarf es also sekundärer Rechtsnormen.[98] Primäre Rechtsnormierungen eines Sozialbereichs münden nur in seiner Juridifizierung, nicht in seiner Konstitutionalisierung. In der Tat wären keine Sozialverfassungen begründet, wenn nur primäre Normen der Verhaltenssteuerung gesetzt würden.[99] Ebenso wäre es bloße Juridifizierung, wenn es nur um konfliktlösende Normen oder nur um regulative Normen zum Erreichen politischer Ziele ginge. Kritisch wird es erst, wenn Normierungen von Normierungen, also sekundäre Normen, vorschreiben, wie Identifizierung, Setzung, Änderung, Kompetenzregelung zum Erlass und zur Delegation von primären Normen erfolgen sollen.[100] Erst wenn diese beiden reflexiven Prozesse in einer noch näher zu beschreibenden Weise miteinander eng verknüpft werden, das heißt wenn reflexive Sozialprozesse, die durch ihre Selbstanwendung gesellschaftliche Rationalitäten autonom stellen, mit ihrerseits reflexiven Rechtsprozessen juridifiziert werden, formen sich politische oder zivilgesellschaftliche Verfassungen.[101] Von einer eigenständigen Ver-

fehlt das wichtige Merkmal der medialen Reflexivität im konstitutionalisierten Sozialbereich. Damit verstellt er sich zugleich die Chance, Sozialverfassungen von ihrem jeweiligen Medium her zu definieren. Er denkt entsprechend Verfassungen nur als Machtkonstituierung und Machtbegrenzung und verfehlt ihre konstitutive und limitative Rolle gegenüber anderen Kommunikationsmedien (Geld, Wahrheit etc.).

96 Luhmann, »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«.

97 Zu Bindungsinstitutionen als Sonderfall struktureller Kopplungen Teubner, »Rechtsirritationen«, S. 360 ff.

98 Wenn auch nicht ausschließlich. Dass zahlreiche Verfassungselemente, insbesondere Grundrechte, nicht als Sekundärnormen, sondern als inhaltlich aufgeladene Rechtsprinzipien und -normen gesetzt werden, hängt mit dem unten näher erläuterten verfassungstypischen Re-entry von Grundprinzipien des jeweiligen gesellschaftlichen Teilbereichs in das Verfassungsrecht zusammen.

99 Dies nimmt wieder das Argument von Dieter Grimm gegen transnationalen Konstitutionalismus auf, was unter dem Titel »Verfassung« in Europa oder in der Globalität oder in privaten Ordnungen laufe, sei nichts anderes als eine Juridifizierung gesellschaftlicher Bereiche, Grimm, »Gesellschaftlicher Konstitutionalismus«. Kriterium für Konstitutionalisierung ist dann die doppelte Reflexivität des fraglichen Prozesses.

100 Primäre und sekundäre Normen im Sinne von Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, S. 77 ff.

101 Mattias Kumm entwirft einen (transnationalen) Verfassungspluralismus, der diesen Gedankengängen sehr nahe kommt. Dies besonders wenn er in seiner »Praxiskonzeption des Konstitutionalismus« betont, dass Verfassungsnormen dann vorliegen, wenn sie nicht derivative, sondern originale Autorität beanspruchen, wenn sie dies in einem deliberativen Prozess freier und gleicher Individuen erreichen und wenn sie inhaltliche Prinzipien festlegen. Allerdings kommt bei Kumm, dessen Konzept der »totalen Verfassung« etwas einseitig die Justizialisierung gesellschaftlicher Prozesse betont, die doppelte Reflexivität von

29628 Teubner 1. Lauf.indd 162-163 09.01.2012 08:44:41

fassung im strengen Sinne sollte man erst dann sprechen, wenn dieses voraussetzungsreiche Zusammenspiel von autonomen Sozialprozessen und autonomen Rechtsprozessen zustande kommt, in systemtheoretischer Sprache, wenn auf Dauer gestellte und strikte (und nicht bloß temporäre und lose) strukturelle Kopplungen von teilbereichsspezifischen Ordnungsmustern und Rechtsregimes eingerichtet sind. Dann trifft man auf die merkwürdige Verdoppelung des Verfassungsphänomens, die für strukturelle Kopplungen kennzeichnend ist und die das verbreitete Verständnis ausschließt, das von der Verschmelzung in einem einheitlichen Verfassungsphänomen – Rechtsordnung und Sozialordnung übergreifend – ausgeht. Die beiden verfassungstheoretischen Extreme, die mit den Namen Kelsen und Schmitt verbunden sind, müssen in den politischen Verfassungen und in den Sozialverfassungen eine wechselseitige Verschränkung eingehen.[102] Die Verfassung lässt sich weder auf ein Rechtsphänomen noch auf ein Sozialphänomen reduzieren. Sie ist immer ein Doppelphänomen, die Verknüpfung zweier realer Prozesse. Aus der Sicht des Rechts ist sie Sekundärrechtsnormenproduktion, die eigentümlich mit Grundstrukturen des Sozialsystems verflochten ist; aus der Sicht des verfassten Sozialsystems ist sie Erzeugung von Grundstrukturen der Sozialordnung, die zugleich das Recht informieren und ihrerseits von diesem normiert werden.[103]

Verfassungen nicht deutlich genug zum Vorschein. Erst die Reflexivität des Sozialsystems würde deutlich machen, dass die beanspruchte originale Autorität von rechtlichen Verfassungsnormen in der Autonomie des Sozialsystems begründet ist, und dass die von Kumm herausgestellten Inhalte der Verfassungsprinzipien (von beinahe naturrechtlicher Qualität) das Resultat von Reflexionspraktiken innerhalb des verfassten Sozialsystems sind, die dann verrechtlicht werden. Mattias Kumm, »The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 201-219, besonders S. 212 ff.; Mattias Kumm, »The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtmann (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge 2009, S. 258-324.

102 Eindringlich Lindahl, »Constituent Power and Reflexive Identity«, S. 10 ff.: »Kelsen and Schmitt on Collective Agency«.

103 Dies macht die Kritik von Wahl, »In Defence of Constitution«, am transnationalen Konstitutionalismus, er reduziere die Verfassung auf eine bloße Rechtsnormenhierarchie ohne Rückhalt in der sozialen Realität, gegenstandslos. Ganz im Gegenteil, das Konzept der strukturellen Kopplung kann die intensive

Nur unter dieser Bedingung ist es sinnvoll, im rechtssoziologischen und zugleich im rechtstechnischen Sinn von Elementen einer politischen Globalverfassung, einer Weltwirtschaftsverfassung, einer globalen Verfassung des Bildungs- und Wissenschaftssystems, oder von einer Digitalverfassung des Internet zu reden.

Was aber ist der Grund für diese Verdopplung sozialer Reflexivität durch sekundäre Rechtsnormen? Das Recht kommt in den Selbstkonstitutionsprozessen von Sozialsystemen dann hinein, wenn sich die Autonomisierung nicht mit dessen Sozialsystems vollenden lässt.[104] Autonomie wird dann nicht erreicht, wenn sich das Sozialsystem durch seine Eigenoperationen erster und zweiter Ordnung nicht hinreichend schließen lässt, wenn sich die reflexiven Sozialprozesse selbst nicht stabilisieren lassen, besonders aber dann, wenn sie durch Paradoxien paralysiert zu werden drohen. Dann müssen Zusatzeinrichtungen der Schließung die Selbstkonstituierung sozialer Autonomie unterstützen. Das Recht ist eine dieser Zusatzeinrichtungen – nicht die einzige, sondern eine unter anderen. Für das politische System fungiert die Selbstbeschreibung »Staat« als eine solche Zusatzeinrichtung. Es ist »das politische System überhaupt erst dadurch ausdifferenzierbar, dass es sich selbst als Staat beschreibt.«[105] Ohne die formale Beschränkung auf kollektiv bindendes hoheitliches Handeln ist die Schließung der institutionalisierten Politik gegenüber gesellschaftlichen Machtprozessen nicht verwirklicht. Parallel zu dieser Identitätsbildung dient die strukturelle Kopplung an das Recht der Autonomisierung der Politik. Die reflexive Anwendung von Machtprozessen auf Machtprozesse kann nicht den ständigen Fluktuationen der Macht selbst ausgesetzt werden. Rechtsnormen müssen die reflexiv wirkenden Institutionen des Machterwerbs und der Machtausübung stabilisieren.

wechselseitige Beeinflussung von Rechtsnormen und Grundstrukturen des sich verfassenden Systems sehr viel deutlicher in seiner Dynamik erfassen als es der juristische materiale Verfassungsbegriff vermag.

104 Thornhill präzisiert die Rolle des Rechts in der Konstitutionalisierung dahingehend, dass es das Kommunikationsmedium, im Fall der Politik politische Macht, formalisiert und damit den systemspezifischen Gebrauch des Mediums von dem in anderen Kontexten unterscheiden lässt, Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, S. 18 ff.

105 Niklas Luhmann, »Der Staat als historischer Begriff«, in: Marcel Storme (Hg.), *Mijmeringen van een Jurist*, Antwerpen 1984, S. 139-154, hier S. 144.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 164-165 09.01.2012 08:44:41

Wichtiger noch ist die Leistung, die das Recht erbringt, um die Paradoxien der politischen Macht zu entschärfen. Das lähmende Paradox der Selbstbindung des Souveräns ist historisch durch die Einrichtung des Rechtsstaats zwar nicht gelöst, aber doch normalisiert worden.[106] In analoger Weise stößt die Selbstkonstitution jedes Sozialsystems notwendig auf die Paradoxien seiner Selbstreferenz, das heißt auf das Gründungsparadox. Eine Form, mit der Paradoxie umzugehen, ist es, sie zu externalisieren, unter anderem an das Recht. So jedenfalls geschah es in der politischen Verfassung. Auch in anderen Sozialsystemen lässt sich beobachten, dass diese ihre Paradoxien an das Recht externalisieren. Sich eine Rechtsverfassung zu geben, gibt damit einen Ausweg aus den Defizienzen einer Selbstkonstitution und ihren Paradoxien. Die Autonomie einer Sozialverfassung ist also nie eine reine Autonomie, sie enthält immer Elemente der Heteronomie. Das Selbst muss erst heteronom durch Rechtsnormen definiert werden, um sich selbst definieren zu können.[107]

Diese Zusatzeinrichtungen zur Selbstkonstituierung sind von System zu System recht unterschiedlich. Die Wissenschaft kann für ihren Autonomiegewinn fast ganz auf die Unterstützung durch stabilisierende Rechtsnormen verzichten. Methodologie, Wissenschaftstheorie und Epistemologie können selbst die Grenzpfosten einschlagen, die das Reich der Wissenschaft markieren, besonders weil die Wissenschaft keinem Entscheidungszwang unterliegt.[108] Eine verbindliche Selbstbeschreibung der Wissenschaft als Kollektiv der Scientific Community oder gar die Inkorporierung der Wissenschaftsgemeinschaft in Parallele zur formalen Organisation des Staats erscheint trotz aller bedenklichen Korruptionsphänomene im Wissenschaftsbetrieb überflüssig, um die Wissenschaftlichkeit des Wissens zu sichern. Und das Recht spielt in der Wissenschaftsverfassung eine relativ geringe Rolle. Es wird zwar für die Garantien der Wissenschaftsfreiheit und für die formale Organisation des Wissenschaftsbetriebs benötigt; dieser aber wird dann seiner Selbstkonstituierung überlassen.

106 Niklas Luhmann, »Zwei Seiten des Rechtsstaates«, in: The Institute of Comparative Law in Japan (Hg.), *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Tokyo 1989, S. 493-506, hier S. 498 ff.; Luhmann, *Politik der Gesellschaft*, S. 35, 334 ff.

107 Lindahl arbeitet diesen Gedanken für politische Verfassungen aus, überträgt ihn aber auch auf andere Teilbereichsverfassungen Lindahl, »Constituent Power and Reflexive Identity«; Lindahl, »A-Legality«, S. 33 ff.

108 Dazu aufschlussreich Rudolf Stichweh, »Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne«, in: Jost Halfmann, Johannes Rohbeck (Hg.), *Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited*, Weilerswist 2007, S. 213-228.

Die Wirtschaft dagegen benötigt zur ihrer Selbstkonstituierung massiver Subventionierung durch das Recht, wenn auch nicht in dem umfassenden Maße wie die Politik. Bekanntlich formen die Institutionen des Eigentums, des Vertrags, des Wettbewerbs und der Geldwährung die Grundpfeiler der Wirtschaftsverfassung. Sie alle beruhen auf doppelter Reflexivität: auf der Anwendung wirtschaftlicher Transaktionen auf wirtschaftliche Transaktionen und der Anwendung sekundärer Normierungen auf primäre Normierungen des Rechtssystems.

An unserem Beispiel der Vollgeldreform lässt sich zeigen, wie die Wirtschaftsverfassung Paradoxien, die Wirtschaftsprozesse zu paralysieren drohen, an das Recht externalisiert. Besonders deutlich zeigt sich hier zunächst die Doppelung der Reflexivität im Kernbereich der Finanzverfassung. Im Bankensektor wird zugleich Zahlungsfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit generiert. Das Bankensystem beruht auf der Paradoxie der Selbstreferenz, auf der Einheit von Zahlungsfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit. »Die Banken haben das Zentralprivileg, ihre eigenen Schulden mit Gewinn verkaufen zu können«.[109] Diese Paradoxie lässt sich dadurch entschärfen, dass Zahlungsoperationen reflexiv werden, also dass Geldmengenoperationen auf Geldoperationen angewendet werden. Diese Reflexivität der Wirtschaftsoperationen ist aber in sich instabil. Sie kann nur durch eine innere Hierarchisierung des Bankensektors stabilisiert werden, die ihrerseits von harten Normierungen durch verbindliches Recht gestützt wird. Die Parallelen zur Hierarchisierung des politischen Systems und zur Staatsverfassung sind offensichtlich. Die Verfahrens-, Kompetenz- und Organisationsnormen des Rechts, welche die Einrichtung und Wirkungsweise der Zentralbanken gegenüber den Geschäftsbanken regeln, tragen damit zur Entparadoxierung des Wirtschaftskreislaufes bei.

Jedoch ist diese Entparadoxierung des Geldkreislaufs durch Wirtschaftsverfassung stets prekär; ständig droht die Gefahr einer Reparadoxierung. Der wirtschaftsverfassungsrechtlich abgestützte

109 Luhmann, *Wirtschaft der Gesellschaft*, S. 145.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 166-167 09.01.2012 08:44:41

Hierarchie der Zahlungsoperationen im Verhältnis zwischen Zentralbanken und Geschäftsbanken hat die Paralyse des Finanzsystems nicht für immer beseitigt:

> Die logische und die empirische Möglichkeit eines Kollapses des gesamten Systems, eine Rückkehr der Paradoxie und einer Totalblockierung aller Operationen durch die Urgleichung zahlungsfähig = zahlungsunfähig kann dadurch nicht ausgeschlossen werden; aber sie wird hinreichend unwahrscheinlich gemacht.[110]

Dass dies gerade nicht »hinreichend unwahrscheinlich« ist, hat die jüngste Finanzkrise gezeigt. Die exzessive Steigerungsdynamik in globalen Finanztransaktionen hat die Möglichkeit einer Zahlungsunfähigkeit des Bankensektors aufscheinen lassen. Unmittelbar daran setzt die Vollgeldreform nun über Mechanismen doppelter Reflexivität an. Ohne diese Reform können Zentralbanken den Geldmarkt nur unzureichend kontrollieren, sie können ihn nur mittelbar »durch Interventionsereignisse stimulieren oder destimulieren«.[111] Sie haben die Möglichkeit der indirekten Geldmengensteuerung über den Leitzins, der Kredite erleichtert oder erschwert. Ihre direkte Geldmengensteuerung ist auf die Schöpfung von Papiergeld beschränkt und ergreift insbesondere nicht das heute global dominierende Giralgeld. Die wirtschaftliche Reflexivität des Geldmediums verändert die Vollgeldreform dadurch, dass die Geldschöpfungsakte, die das Buchgeld produzieren, nun ausschließlich von den Zentralbanken durchgeführt werden. Die sekundären Zahlungsoperationen der Zentralbanken, also die Geldmengenentscheidungen, die Geldschöpfung von Bargeld und Girogeld, die Zahlungsakte an Staat, Bürger oder Banken, werden reflexiv auf die primären Zahlungsakte (Kauf und Kredit) angewendet. Ihre juridische Reflexivität wiederum, also die Normierung von Normen, verändert die Vollgeldreform in der Weise, dass durch sekundäre Normierungen von Geschäftsbanken die Geldschöpfung durch Giralgeld verboten wird und ein Geldschöpfungsmonopol der Zentralbanken rechtlich vorgeschrieben wird. Damit nimmt das Recht über die Restriktion von Geldschöpfungskompetenzen die limitative Funktion der Wirtschaftsverfassung wahr, verhindert die Rückkehr von Paradoxie und Totalblockierung und stabilisiert

110 Ebd.,S.146.
111 Ebd.,S.117.

zugleich die selbstreflexiven Verhältnisse der Zahlungsoperationen, die sich ohne ihre rechtliche Fixierung wieder auflösen würden.

IV. Verfassungsstrukturen: Hybride Meta-Codes

1. Codierung und Meta-Codierung

Zur Gretchenfrage schließlich wird es, ob gesellschaftliche Teilsysteme auch spezifische Verfassungsstrukturen herausbilden, welche die bereits beschriebenen Verfassungsfunktionen und -prozesse in den drei Verfassungsbereichen stabilisieren. Um ihnen auf die Spur zu kommen, wird man auch hier an das Verständnis von Verfassungen als strukturellen Kopplungen von Recht und Sozialsystem anknüpfen, aber wieder, nun in anderer Richtung, darüber hinausgehen müssen. Denn der Endpunkt einer Konstitutionalisierung – sei es in der Politik, sei es in der Wirtschaft, sei es in anderen Sozialbereichen – ist erst dann erreicht, wenn sich die Kopplungsbeziehung so entwickelt, dass in ihrem Rahmen ein eigenständiger Verfassungscode – genauer: eine *hybride binäre Meta-Codierung* – entsteht, an dem sich die internen Prozesse der beiden gekoppelten Systeme orientieren. Binär ist der Verfassungscode, weil er zwischen den Werten »verfassungsmäßig/verfassungswidrig« oszilliert. Auf der Meta-Ebene fungiert der Code, weil er Entscheidungen, die bereits unter dem binären Recht/Unrecht-Code gefällt wurden, einer zusätzlichen Prüfung, nämlich ob sie sozialverfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen, unterwirft. Hier entsteht also die für alle Verfassungen – für politische Staatsverfassungen, für Sozialverfassungen oder für Organisationsverfassungen – typische Hierarchie zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht, »the law of the laws«. Dem Rechtscode (rechtmäßig/rechtswidrig) wird der Verfassungscode des jeweiligen Sozialbereichs (verfassungsmäßig/verfassungswidrig) übergeordnet. Der Witz der Meta-Codierung aber liegt in ihrer Hybridität, weil sie sich nicht nur dem Rechtscode überordnet, sondern zugleich dem binären Code des betroffenen Funktionssystems. Sie setzt also auch dessen binär codierte Operationen der zusätzlichen Reflexion aus, ob sie einer öffentlichen Verantwortung des Sozialsystems Rechnung tragen oder nicht.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 168-169 09.01.2012 08:44:41

Dieser gewiss nicht einfach gebaute Zusammenhang von struktureller Kopplung und ihrer hybriden Meta-Codierung lässt sich wieder am deutlichsten in den entwickelten politischen Verfassungen der modernen Nationalstaaten beobachten. Dort wird die Differenz verfassungsmäßig/verfassungswidrig explizit als der binäre Metacode zweier ihrerseits binär codierter Systeme, nämlich des Rechts und der Politik, eingesetzt, ohne dass aber über diesen Metacode Recht und Politik zu einem einzigen System verschmelzen und ohne dass die Verfassung selbst zu einem eigenständigen Sozialsystem erstarkt. Die Verfassung bleibt ein Prozess struktureller Kopplung zweier autonomer Sozialsysteme, Politik und Recht, die über den Verfassungscode integriert werden. Genau solche hybriden Meta-Codierungen tauchen – meist implizit, gelegentlich explizit – dann ebenso in den strukturellen Kopplungen des Rechts mit anderen Sozialsystemen als deren spezifische Verfassungscodes auf.

Auch die Verfassung der heute global konstituierten Wirtschaft operiert mit einem solchen hybriden Meta-Code. Er dient als fiktive Einheitsformel für zwei ganz unterschiedliche Typen von Verfassungsakten in der Wirtschaft. Der Wirtschaftsverfassungscode beansprucht, sowohl den rechtlichen als auch den ökonomischen binären Codierungen hierarchisch übergeordnet zu sein. In jeder dieser zwei Seiten der Wirtschaftsverfassung nimmt er eine unterschiedliche Bedeutung an, je nachdem, ob er den ökonomischen Code oder den Rechtscode zu kontrollieren sucht. Auf seiner wirtschaftlichen Seite dient er der Reflexion der gesamtgesellschaftlichen Funktion der Zahlungsvorgänge und sucht nach Formen für gesellschafts- und umweltverträgliches wirtschaftliches Handeln. Auf seiner Rechtsseite führt er die Trennung von einfachem Recht und übergeordneten Verfassungsrecht ein und beurteilt einfache Rechtsakte daraufhin, ob sie den in der Wirtschaftsverfassung festgelegten Werten und Prinzipien entsprechen.

Obwohl sich der Wirtschaftsverfassungscode vordergründig als einheitliche »distinction directrice« zwischen »verfassungsmäßig/verfassungswidrig« präsentiert, fungiert er also je nach Handlungszusammenhang entweder als wirtschaftlicher Meta-Code oder als rechtlicher Meta-Code. Hier haben wir einen interessanten Sonderfall eines »essentially contested concept« vor uns, das bekanntlich dadurch ausgezeichnet ist, dass der gleiche Terminus in verschiedenen Handlungszusammenhängen höchst unterschiedlich interpretiert und in entsprechend unterschiedliche Anschlussoperationen umgesetzt wird.[112] Dieser janusköpfige Charakter des Verfassungscodes hängt damit zusammen, dass die Wirtschaftsverfassung als strukturelle Kopplung zweier wechselseitig geschlossener Sozialsysteme, Ökonomie und Recht, selbst kein einheitliches Sozialsystem bilden kann. Beide Systeme verschmelzen nicht in der einen Wirtschaftsverfassung, sondern bleiben ihrem jeweiligen Operationszusammenhang – Zahlungen oder Rechtsakte – verhaftet. Entsprechend ist die Differenz code-gerecht/code-widrig nur eine gemeinsame Dachformel für je unterschiedliche Sinnoperationen, die je nach Kontext ganz unterschiedliche Bedeutungen annehmen. Der Verfassungscode ist ein Beobachtungsschema, das im Recht und in der Wirtschaft unterschiedliche Ausformungen annimmt.

2. Hybridität

Die Doppelnatur des Verfassungscodes wirkt sich notwendig in der Weise aus, dass unter dessen Herrschaft die Rechtspraxis und die Wirtschaftspraxis je eigene Programme der Wirtschaftsverfassung entwickeln. Diese entstehen zunächst nur aus der rekursiven Anwendung von systemeigenen Operationen auf systemeigene Operationen, irritieren sich dann aber permanent wechselseitig und lösen dadurch eine ko-evolutionäre Dynamik von Wirtschaft und Recht aus.[113] Wenn im Recht dem Code rechtmäßig/rechtswidrig der Meta-Code wirtschaftsverfassungsmäßig/wirtschaftsverfassungswidrig hierarchisch übergeordnet wird, dann hat dies zur Folge, dass im Recht ein Re-entry der Differenz Recht/Wirt-

112 Diese viel diskutierte Formel geht zurück auf Walter B. Gallie, »Essentially Contested Concepts«, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), S. 167-198. In unserem Zusammenhang wird sie in der Weise präzisiert, dass nicht unterschiedliche Theorien, sondern unterschiedliche Sozialsysteme den gleichen binären Code benutzen, ihm aber zugleich verschiedene Bedeutungen zuschreiben.

113 Zu einem solchen Zusammenhang von struktureller Kopplung und Ko-evolution am Beispiel von Produktionsregimes Gunther Teubner, »Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism«, in: *Soziale Systeme* 5 (1999), S. 7-25; allgemein zur Ko-Evolution von Recht und Wirtschaft Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 170-171 09.01.2012 08:44:42

schaft stattfindet. Grundprinzipien des Wirtschaftssystems werden in rechtliche Verfassungsprinzipien – variabel je nach historischer Situation: Eigentum, Vertrag, Geldwirtschaft, Wettbewerb, soziale Marktwirtschaft, ökologische Nachhaltigkeit – transformiert. Das Recht rekonstruiert grundlegende Prinzipien der Wirtschaft als Rechtsprinzipien und konkretisiert sie in einzelnen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normen.

Hier findet sich die eigentliche Rechtfertigung des materialen Verfassungsbegriffs im Unterschied zum formalen und zum funktionalen Verfassungsbegriff, nämlich dass Verfassungsrecht nicht auf die Einhaltung von bestimmten Entscheidungsverfahren reduziert werden kann, sondern dass es eine substanzielle Rechtfertigung durch inhaltliche Verfassungsprinzipien verlangt.[114] Ohne den Re-entry materialer Grundprinzipien des verfassten Sozialsystems in das Rechtssystem wäre dies nicht zu verstehen. Eine solche Bindung des Verfassungsrechts an inhaltliche Prinzipien ist gewiss nicht naturrechtlich vorgegeben, sondern ist das Ergebnis von historisch sich wandelnden Reflexionsprozessen im verfassten Sozialsystem, das im Recht als Ensemble von inhaltlichen Verfassungsprinzipien rekonstruiert wird.[115]

Und in der Gegenrichtung findet Vergleichbares statt: Die Meta-Codierung veranlasst den Re-entry der Unterscheidung Recht/Wirtschaft in das Wirtschaftssystem – wieder historisch variabel:

114 Dies stützt die schon oben angesprochene These von Kumm, »The Best of Times and the Worst of Times«, S. 214 ff., dass sich auch transnationales Verfassungsrecht über inhaltliche Verfassungsprinzipien und nicht bloß über Verfahren legitimieren muss. Wie aber legitimieren sich diese Prinzipien ihrerseits? Doch nicht durch einfache Setzung als nicht-derivative Normen. Vielmehr bedarf es des Rekurses auf Reflexionspraktiken im globalisierten Sozialsystem selbst. Und hier wirkt wieder die Entparadoxierung durch Verfassung, die die Letztrechtfertigung von Verfassungsrechtsnormen in das verfasste Sozialsystem externalisieren kann.

115 Hier werden Berührungspunkte deutlich zu Wiethölters Begriff des »Rechtsverfassungsrechts«, »[…] das die Kollisionsprinzipienebenen für Recht/Moral, Recht/Politik, Recht/Wirtschaft usw. besetzt, genauer und allgemeiner: Recht als ›strukturelle Kopplung‹ von ›Lebenswelt-Systemen‹. ›Rechtsschutz‹ und ›Institutionenschutz‹ in zeitgemäßen Übersetzungen würden dann zu Recht-Fertigungsschutz für Freiheits-Funktionen.« Rudolf Wiethölter, »Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?«, in: Gunther Teubner (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden 1994, S. 89-120, hier S. 119.

Bindung wirtschaftlicher Transaktionen durch das Vertragsprinzip, Sozialbindung des Eigentums, Grenzen des Wettbewerbs, rechtsstaatliche Prinzipien in der Wirtschaft, Grundrechte im Unternehmen und Verbindlichkeit von Prinzipien ökologischer Nachhaltigkeit. Damit wird eine Bindung wirtschaftlicher Operationen an das Verfassungsrecht hergestellt.

Der wechselseitige Re-entry von Wirtschaft und Recht lässt also zwei unterschiedliche »imaginäre Räume« der Wirtschaftsverfassung entstehen, zwei verschiedene Verfassungsprogramme, eines in der Wirtschaft, eines im Recht, die sich gemeinsam, aber getrennt am Verfassungscode ausrichten. An den klassischen Programmen der Wirtschaftsverfassung, Eigentum und Vertrag, wird diese Doppelung der Bedeutung besonders deutlich. Wirtschaftlich bedeutet Eigentum die Unterbrechung von Konsenserfordernissen für bestimmte Kommunikationserfolge.[116] Juristisch ist Eigentum ganz anders in §§ 903, 906 BGB und Art. 14 GG definiert. Auch der Vertrag nimmt als Transaktion in der Wirtschaft eine andere Bedeutung an als der verpflichtende Konsensualakt im Recht (§§ 104 ff. BGB).[117] Die Wirtschaftsverfassung als solche benutzt je nach Kontext beide Begriffe. Sie stellt dann ein Sprachspiel mit einer eigentümlichen Doppelstruktur dar, das unter der »distinction directrice« eines einheitlichen Meta-Codes steht.[118] Aber das Sprachspiel erstarkt nicht zu einem eigenständigen Sozialsystem, das über eine einheitliche »Sprache«, einheitliche Strukturen, einheitliche Grenzen, einheitliche Selbstbeschreibungen verfügt. Vielmehr formt es, wie gesagt, eine eigenartige Bindungsinstitution, in der Recht und Wirtschaft eng aneinander gekoppelt sind und sich ständig wechselseitig irritieren. Es bildet dabei eine Zweisprachigkeit aus, die ständiger Übersetzungsleistungen im Kopplungsprozess bedarf.

Um erneut unser Beispiel aufzunehmen: Eine Vollgeldreform würde beide, die wirtschaftlichen und die rechtlichen Verfassungs-

116 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 454.

117 Zum Doppelcharakter von Institutionen in strukturellen Kopplungen von Recht und Wirtschaft Teubner, »Rechtsirritationen«, S. 373 ff.

118 Tuori, »Many Constitutions of Europe« kommt diesem Sprachspiel mit zwei Sprachen nahe, wenn er Verfassungen als Relation zwischen Recht und unterschiedlichen Sozialbereichen versteht und zugleich definiert, dass Verfassung kein statisches Phänomen, sondern eine nie vollendete Serie von rechtlichen Sprechakten ist.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 172-173 09.01.2012 08:44:42

programme, verändern. Im Wirtschaftskontext würde sie die Prinzipien einer wirtschafts- und gesellschaftsgerechten Geldschöpfung für die Zentralbanken neu formulieren. An welchen Zielen sollen die Zentralbanken die Geldschöpfung ausrichten, an der Abwehr von Inflation oder auch an der Begrenzung übermäßiger Steigerungszwänge? Im juridischen Kontext änderte sie die Rechtsprinzipien einer Wirtschaftsverfassung. Unter einem Vollgeldregime wäre etwa die Geldschöpfung von Privatbanken wirtschaftsverfassungswidrig und nicht nur einfach rechtswidrig. Denn das Urteil wäre nicht vom einfachen Rechtscode, sondern vom Wirtschaftsverfassungscode und von den dazu entwickelten Wirtschaftsreflexionsprogrammen getragen.

Eine Vollgeldreform würde somit tief in die kapillare Verfassung der globalen Wirtschaft eingreifen. Sie entspricht in allen vier Merkmalen der hier vorgestellten Definition einer Sozialverfassung: Die Vollgeldreform übt, erstens, Verfassungsfunktionen, konstitutive und besonders limitative, aus. Sie wirkt, zweitens, in der Verfassungsarena der Selbststeuerung der Wirtschaft und steht in hierarchischen Beziehungen zum Spontanbereich und zum Organisationsbereich der Wirtschaft. Sie nimmt, drittens, indem sie Geldschöpfungsregeln festlegt, an der doppelten Reflexivität von Recht und Wirtschaftssystem teil. Sie unterwirft, viertens, indem sie sowohl das wirtschaftliche als auch das das rechtliche Verfassungsprogramm verändert, das Handeln von Geschäftsbanken und Zentralbanken dem hybriden Meta-Code der Wirtschaftsverfassung.

V. Politik der Eigenverfassungen

1. *La politique* versus *le politique*

Und wo bleibt die Politik? Impliziert nicht ein gesellschaftlicher Konstitutionalismus dadurch, dass er auf hochgetriebene Autonomie gesellschaftlicher Teilverfassungen setzt, eine Entpolitisierung der Gesellschaft?[119] Ist denn die Konstitutionalisierung der Wirtschaft – in den drei Verfassungsbereichen der Absicherung zivilgesellschaftlichen Protests, der ökologischen Verantwortlichkeit von Unternehmen und der Einführung des Vollgelds – nicht selbst eine politisch explosive Angelegenheit?[120] Die entschiedene Antwort auf beide Fragen lautet: Ja und Nein. Wie oben schon mehrfach angedeutet, sind Sozialverfassungen paradoxe Phänomene, sie sind nicht Bestandteil der politischen Verfassung der Gesellschaft und doch zugleich hochpolitische Angelegenheiten der Gesellschaft. Aushaltbar wird das Paradox mit Hilfe eines doppelten Begriffs des Politischen, wie er heute in unterschiedlichen Varianten vertreten wird – *le politique* versus *la politique*.[121] So wird in jüngeren kulturtheoretischen Arbeiten zum Verfassungsbegriff gesagt, dass das Politische sich nicht von der Politik »vollends monopolisieren«, lässt. Das Politische umfasst vielleicht noch das »In-Form-Setzen« der Gesellschaft im Medium des Rechts, aber es erfasst dabei auch das, was aller politischen und aller rechtlichen Gestalt »äußerlich bleibt, was [also] Gesellschaften als ihr unvergesellschaftetes Anderes permanent mit sich führen«.[122]

Hier soll die Doppelbedeutung des Politischen folgendermaßen gefasst werden. Mit dem Politischen ist erstens die institutionalisierte Politik, das politische System der Staatenwelt, gemeint. Gegenüber diesem Politischen gehen die Eigenverfassungen des Sozialen auf Distanz; sie benötigen gegenüber den politischen Verfassungen hohe Autonomie. Und was die Beteiligung des politischen Systems am Prozess gesellschaftlicher Teilverfassungen

119 Dies ist die wichtigste Kritik, die an Verfassungen jenseits des Staates geübt wird, polemisch gewürzt von Alexander Somek, »Transnational Constitutional Law: The Normative Question«, in: *Journal of International Constitutional Law* (2009), S. 144-149; Brunkhorst, »Legitimationskrise der Weltgesellschaft«, S. 76 ff. Andere Autoren benutzen, die normative Kritik dazu, die faktische Existenz solcher Verfassungen schlicht zu bestreiten, so Wahl, »In Defence of Constitution«, S. 240 f.

120 Auf dies schwierige Verhältnis von Politik und gesellschaftlichen Konstitutionalismus zielen die Einwände von Emilios Christodoulidis, Hans Lindahl und Chris Thornhill, alle erschienen in *Social and Legal Studies* 20 (2011), S. 209-252.

121 Zur ausgedehnten Debatte um *le politique* und *la politique* Oliver Marchart, *Die politische Differenz: Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben*, Frankfurt/M. 2010, S. 74 ff.; Emilios Christodoulidis, »Against Substitution: The Constitutional Thinking of Dissensus«, in: Martin Loughlin, Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, New York 2007, S. 189-208, hier S. 191 ff.

122 Uwe Hebekus u. a. (Hg.), *Das Politische: Figurenlehren des sozialen Körpers nach der Romantik*, München 2003, S. 14.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 174-175 09.01.2012 08:44:42

betrifft, so ist ein deutlicher »political restraint« verlangt. Mit dem Politischen ist zweitens das Politische in der Gesellschaft außerhalb der institutionalisierten Politik, also die »innere« Politisierung der Wirtschaft selbst und die anderer Gesellschaftsbereiche gemeint, das heißt die Politik der Reflexion auf ihre soziale Identität. Dies ist nichts anderes als der immer problematische, nie »technokratisch« zu determinierende Umgang der Sozialsysteme mit ihren je eigenen Gründungs- und Entscheidungsparadoxien. Und in dieser Hinsicht sind die Eigenverfassungen der Gesellschaft jenseits des Staats hochpolitisch.[123]

Als Beispiel soll wieder die Vollgeldreform dienen. Schon Jefferson verlangte im Jahre 1791, »dass den Banken das Emissionsrecht für Geld entzogen und es dem Volk zurückgegeben werden sollte«.[124] Wer aber ist das Volk des Geldes? Wie kann die Geldschöpfung dem Volk zurückgegeben werden? Die Antwort kann nach allem Gesagten nur lauten: Die Geldschöpfung gehört zum Bereich des Öffentlichen, aber nicht zum Bereich des Staatlichen. Verstaatlichung der Geldschöpfung: nein – ihre Ansiedlung im Bereich des Öffentlichen: ja. Mit dem Bereich des Öffentlichen ist hier nicht etwa ein Zwischenbereich zwischen Staat und Gesellschaft gemeint. Vielmehr setzt ein heute vertretbarer Begriff des Öffentlichen voraus, die Unterscheidung öffentlich/privat als Abgrenzungskriterium von Gesellschaftssektoren zu dekonstruieren, sie aber gleichzeitig innerhalb eines jeden Gesellschaftssektors zu rekonstruieren.[125] Geldschöpfung ist offensichtlich eine der wichtigsten öffentlichen Funktionen der Wirtschaft. Sie gehört zur öffentlichen Infrastruktur des Wirtschaftssektors. Sie ist öffentliches Gut. Geldschöpfung ist genuiner Bestandteil der Eigenverfassung der Wirtschaft, weil sie die öffentliche Funktion des Ökonomischen bestimmt. Deshalb ist es folgerichtig, die Geldschöpfung den an privaten Gewinnerwartungen orientierten Geschäftsbanken zu entziehen und sie zum Monopol öffentlicher, aber nicht-staatlicher Institutionen, der Zentralbanken, zu machen.

Warum aber sollte nicht die politische Verfassung diese Aufgabe, die Binnenstrukturen gesellschaftlicher Teilbereiche zu normieren, übernehmen?[126] Oben schon hatten wir diese Frage unter Steuerungsgesichtspunkten der Binnenregulierung versus Außenregulierung angesprochen, jetzt stellt sie sich unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten der Gesamtverantwortung demokratischer Politik für die Gesellschaft. Schließlich ist es das vornehmste Privileg des demokratischen Souveräns, der Gesellschaft eine Verfassung zu geben. Warum dennoch Autokonstitutionalisierung und nicht politischer Oktroi? Die Grundstrukturen der Moderne zwingen dazu, das Verhältnis von Repräsentation, Partizipation und Reflexion neu zu bestimmen. In der funktional differenzierten Gesellschaft kann die politische Verfassung die ihr häufig zugemutete Rolle, die fundamentalen Prinzipien der anderen Teilsysteme festzulegen, nicht übernehmen, ohne dass eine problematische Selbstblockierung der Gesellschaft einsetzt, wie es historisch tatsächlich in den totalitären Regimes des zwanzigsten Jahrhunderts passiert ist.[127] Gesellschaftliche Konstitutionalisierung kann in der Moderne nur so vor sich gehen, dass jedes Teilsystem für sich selbst reflexive Mechanismen entwickelt und diese nicht von der Politik verordnet werden. Eine solche Reflexivität der Teilsysteme wird dadurch erzwungen, dass nicht mehr wie in der ständischen Gesellschaft die maiores partes die Gesellschaft repräsentieren und alle Teile partizipieren, sondern dass die bürgerliche Gesellschaft in diesem Sinne Partizipation und Repräsentation identisch gesetzt

123 Zurecht betont Lindahl, »A-Legality«, S. 34: »both ›public‹ and ›private‹ self-legislation are manifestations of political reflexivity". Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, S. 522 ff. bemüht sich um eine sorgfältige Klärung der politischen Dimensionen von gesellschaftlichen Teilbereichsverfassungen.

124 Thomas Jefferson, »Thomas Jefferson to John Wayles Eppes, June 24, 1813.«, in: Paul L. Ford (Hg.), *The Works of Thomas Jefferson. Federal Edition*, New York 1813, S. 297.

125 Dazu im Detail Gunther Teubner, »State Policies in Private Law? Comment on Hanoch Dogan«, in: *The American Journal of Comparative Law* 56 (2008), S. 835-844; Gunther Teubner, »Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 19 (1998), S. 8-36.

126 Dies läge in der Konsequenz von Konstitutionalisierungskonzepten, die durchaus eine Vielfalt von gesellschaftlichen Teilbereichsverfassungen registrieren, dann aber einen Primat der politischen Teilverfassung postulieren, so Joerges und Rödl, »Funktionswandel des Kollisionsrechts II«, S. 767, 775 ff. Für den Nationalstaat dürfte diese Diagnose adäquat sein, nicht aber mehr für transnationale Verhältnisse, so Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, S. 498. Warum in der postnationalen Situation »Zurück zum Staat« keine sinnvolle Alternative mehr ist, macht Crouch, *Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus*, 235 mit eingehenden Argumente deutlich.

127 Dazu unter verfassungstheoretischen Gesichtspunkten Thornhill, »Towards a Historical Sociology«, S. 188 ff. und oben im Text im 2. Kap. II.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 176-177 09.01.2012 08:44:42

und zugleich aufgehoben hat. Man muss die Vorstellung aufgeben, dass die Politik im Staat die Gesellschaft repräsentiert und die anderen Gesellschaftsteile – Menschen oder Teilsysteme – daran partizipieren. Kein Teilsystem der Gesellschaft, auch nicht die Politik, kann heute mehr die Gesamtgesellschaft repräsentieren, wie es aber immer noch in politischen Vorstellungen gedacht wird. Stattdessen gehört es zur gesellschaftlichen Entwicklungslage,

> […] dass psychische und soziale Systeme reflexive Prozesse der Strukturselektion entwickeln müssen – Prozesse des Denkens des Denkens oder des Liebens der Liebe, des Forschens über Forschung, des Normierens von Normsetzungen, des Finanzierens von Geldaufwendungen oder das Übermächtigen der Machthaber.[128]

Und genau hier ist der Ort, an dem man auch die symbolische Dimension der Verfassung lokalisieren sollte, von der im vorigen Kapitel im Zusammenhang der Verfassungssubjektivität schon die Rede war. Vesting spricht zu Recht von der Notwendigkeit eines kollektiv geteilten Glaubens an die »Einheit« der Verfassung, an die Vorstellung der Verfassung als eines gemeinsamen Bandes, das sich artikulieren und in Szene setzen muss. Er sucht dies an der Gesamtgesellschaft festzumachen und will für die gesellschaftlichen Teilsysteme nur »Folgeverfassungen« zugestehen, für die sich nicht die großen Fragen kollektiver Identität stellen, sondern nur eher technische Anwendungsfragen.[129] Mit dieser künstlichen Trennung aber verfehlt er die Realität der globalen Verfassungsfragmente und die in ihnen ablaufenden Reflexionsdynamiken. Nicht die Weltgesellschaft als Ganzes, sondern das einzelne Verfassungsfragment ist – um mit Vesting zu sprechen – »von einem symbolisch gefüllten Raum abhängig«.[130]

2. Im Schatten der Politik

Staatlich-politische Durchnormierung der Wirtschaftsverfassung oder anderer gesellschaftlichen Teilverfassungen sind nicht gesellschaftsadäquat, wohl aber staatlich-politische Verfassungsirritationen. Dass die Politik – im Verein mit anderen gesellschaftlichen Kräften – massiven externen Druck ausüben muss, um Änderungen in den Kapillaren des Zahlungskreislaufs zu erzwingen, dürfte nach dem bisher Gesagten plausibel sein. Das eben wäre die angemessene Arbeitsteilung zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen. Soziale Systeme haben ihre besten Chancen auf eine angemessene Eigenverfassung, wenn sie diese »in the shadow of politics«, im Schatten der institutionalisierten Politik, entwickeln können.[131]

Um dieser zweifellos wichtigen Rolle des politischen Systems gerecht zu werden, hat Renner vorgeschlagen, die Wirtschaftsverfassung nicht nur als Bindungsinstitution von Wirtschaft und Recht, sondern als trilaterale strukturelle Kopplung von Wirtschaft, Recht und Politik zu fassen.[132] In der Tat existieren zahlreiche strukturelle Kopplungen der institutionalisierten Politik an Wirtschaft und Recht, zum Beispiel das Steuerwesen oder die Lobbyarbeit von Wirtschaftsverbänden. Aber diese sind typischerweise nicht zu einer oben beschriebenen Bindungsinstitution verdichtet, wie sie Verfassungen im Unterschied zu einer Vielzahl von anderen möglichen strukturellen Kopplungen kennzeichnet. Schaut man genauer hin, wie die Politik in Wirtschaftsverfassungen real hineinwirkt, dann fällt auf, dass in Wahrheit gar keine echte trilaterale Kopplung, sondern nur zwei bilaterale Kopplungen bestehen, eine im Verhältnis Wirtschaft/Recht über die genannten Institutionen Eigentum, Vertrag, Wettbewerb und Währung und die andere im Verhältnis Recht/Politik über Verfassungsgesetzgebung und -rechtsprechung. Dagegen sind im Verhältnis Politik/Wirtschaft die bestehenden strukturellen Kopplungen nicht so dicht, dass sie die Qualität einer Bindungsinstitution im strengen Sinne annehmen. Die verfassungsrelevanten politischen Interventionen werden nie (oder nur selten) direkt als Umsetzung von Machtprozessen in Zahlungsakte, sondern stets vermittelt über das Rechtssystem über Rechtsakte vollzogen. Das gleiche gilt in umgekehrter Richtung für die Abschöpfung von Steuern. Und bei

128 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 372.
129 Vesting, »Ende der Verfassung?« Manuskript S. 5, 17.
130 Ebd., Manuskript S. 11.
131 Diese Formulierung nähert sich der Position von Grimm, »Gesellschaftlicher Konstitutionalismus«, S. 81 an, der dem gesellschaftlichen Konstitutionalismus »im Schatten der öffentlichen Gewalt […] eine begrenzte Wirkungschance« immerhin einräumt. Dennoch bleiben wichtige Unterschiede bestehen, die besonders den gesellschaftlichen Primat der politischen Verfassung betreffen.
132 Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 233 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 178-179 09.01.2012 08:44:42

der politisch-rechtlichen Institutionalisierung von Wirtschaftsverfassungen werden keine permanenten, sondern nur okkasionelle Bindungen zwischen Politik und Wirtschaft aufgebaut, die immer wieder von einer Entkopplung der Wirtschaft von der Politik abgelöst werden. Politische Interventionen in die Wirtschaftsverfassung dürften also nicht als genuine Operationen innerhalb einer Bindungsinstitution, sondern als externe Verfassungsimpulse zu kennzeichnen sein.

Die wichtigsten externen Impulse des politischen Systems geschehen bekanntlich während des Gründungsakts der Eigenverfassung, jeweils vermittelt über das Rechtssystem. Eine Finanzverfassung zu etablieren, bedarf politischer Verfassungsimpulse, die in die Binnenstruktur der Wirtschaft hineinwirken müssen. Generell gilt, dass die Konstituierung einer autonomen Wirtschaft ein starkes politisches System voraussetzt. Die mafiösen Zustände in Russland nach der Wende von 1989 bieten reichlich Anschauungsmaterial, welche negativen Folgen eintreten, wenn in einem Schnellverfahren eine kapitalistische Wirtschaft aufgebaut wird, ohne dass ihr rechtsstaatliche Gegenstrebungen eingefügt werden. Am überzeugendsten hat die transnationale Politik reagiert, als sie im Moment der Finanzkrise eine internationale Koordination der ersten Rettungsmaßnahmen verwirklichte. Insofern kann man durchaus formulieren, dass gesellschaftliche Eigenverfassungen politisch oktroyiert werden. Entscheidend aber dafür, dass eine Eigenverfassung effektiv aufgebaut wird und auf Dauer funktioniert, ist, dass die externen politischen Impulse intern angenommen und dort kontinuierlich transformiert werden. Ohne sie verpuffen die Verfassungsirritationen von Politik und Gesellschaft, ohne sie besteht keine Chance für eine dauerhafte Veränderung der Wirtschaftsverfassung. Denn nicht die »große Entscheidung«, der mythische Gründungsakt, ist für die Existenz einer Verfassung relevant, sondern »lang anhaltende Ketten aneinander anschließender kommunikativer Akte der erfolgreichen Verankerung einer Verfassung als ›höchste Autorität‹«.[133] Was nottut ist, dass die politischen Irritationen der legislativen Entscheidungen von der Wirtschaft so rezipiert werden, dass sie in die Kapillaren des Zahlungskreislaufes

133 Dezidiert wendet sich Vesting, »Politische Verfassung?«, S. 613 gegen die Reduktion der Verfassung auf die »große Entscheidung« (allerdings leider ebenso dezidiert gegen die Ausweitung der Verfassung über den Nationalstaat hinaus).

eingeschleust werden; dann erst kann eine Eigenverfassung jenseits ihrer formalen Geltung buchstäblich »in Kraft treten«. Der politische Verfassungsimpuls beschränkt sich auf Gründungsakt und fundamentale Änderungen; ansonsten bedarf es der konstitutionellen Autonomie gegenüber der Politik.

Im Schatten der Politik hat noch eine weitere Bedeutung. Die Durchsetzung einer autonomen Eigenverfassung ist notwendig auf das Recht angewiesen, das Recht wiederum notwendig auf das physische Gewaltmonopol der Politik. Denn wirtschaftliche und soziale Sanktionen allein sind häufig nicht ausreichend, die Normen der Wirtschaftsverfassung zu stabilisieren. Auch die Vollgeldreform benötigt die politisch gestützten Sanktionen des Rechts, um unautorisierte Geldschöpfung durch Geschäftsbanken als Geldfälschung verbieten zu können und um Umgehungsstrategien zu konterkarieren.[134] Aber solche Unterstützungsleistungen des staatlichen Rechts macht eine Wirtschaftsverfassung nicht zur Staatsverfassung. Es werden nur die Machtmittel des Staats durch das Recht mediatisiert, gewissermaßen entpolitisiert und der Eigenverfassung der Wirtschaft zur Verfügung gestellt.

Der Schatten aber muss Schatten bleiben. Unverzichtbar ist die konstitutionelle Autonomie der Zentralbanken gegenüber der Politik. Eine diskretionäre Intervention der Politik in konkrete Entscheidungen der Geldschöpfung muss ausgeschlossen bleiben. Die politische Unabhängigkeit der Zentralbanken ist in der Tat ein Erfordernis von Verfassungsrang.[135] Selbststeuerung der Zahlungsströme durch Zahlungsströme ist das Grundprinzip der wirtschaftlichen Eigenverfassung. Der Grund dafür, in Geldschöpfungsfragen die Machtspiele der institutionalisierten Politik kategorisch auszuschließen, ist die akute Inflationsgefahr, die durch Dauerversuchung der Politik und gerade der demokratischen Politik entsteht. »Für jede demokratische Regierung mit unbeschränkter geldpolitischer Macht ist es unmöglich, dem Inflationsdruck zu widerstehen.«[136] Mit dieser Feststellung dürfte Friedrich von Hayek

134 Zu Detailfragen der Umgehung und ihrer Bekämpfung Huber und Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, S. 51 ff.

135 So auch Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, S. 147; Huber und Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand*, S. 38 f.

136 Friedrich A. Hayek, *Denationalization of Money: An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*, London 1978, S. 22 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 180-181 09.01.2012 08:44:42

ausnahmsweise recht haben, wenn auch schon nicht mehr mit seiner Folgerung, die Geldschöpfung total zu privatisieren.

3. Innere Politisierung gesellschaftlicher Teilsysteme

Überhaupt nicht schattenhaft, sondern physisch höchst präsent dagegen ist die »innere« Politisierung der Wirtschaft, die durch Konstitutionalisierungsprozesse verstärkt und zugleich kanalisiert wird. Oben schon waren wir auf die politische Dynamik außerhalb der staatlichen Politik gestoßen, die im Markt durch eine Politisierung der Verbraucherpräferenzen und durch die Ökologisierung der Unternehmensverfassungen entfesselt wird.[137] Die Forderungen eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus laufen darauf hinaus, Orte politischer Reflexion wirtschaftlichen Handelns im Spontanbereich und im Organisationsbereich fest zu etablieren. Mit dem Geldschöpfungsmonopol schließlich üben Zentralbanken eminent politische Funktionen aus. In der von Wissenschaft und gesellschaftlicher Öffentlichkeit kontrovers geführten Reflexion über die gesellschaftlichen Folgen einer Ausweitung oder einer Einschränkung der Geldschöpfung verwirklicht sich die »Eigenpolitik« der Wirtschaft, die Politisierung von Verbrauchern, von Unternehmen und der Zentralbanken.

Denn hier wird kontrovers diskutiert und verbindlich entschieden, ob in einer konkreten Situation die Steigerungszwänge, die von der Geldschöpfung ausgehen, schon exzessiv sind oder noch nicht. Die gesellschaftspolitische Entscheidung, ob dem Finanzsystem eine Entziehungskur zu verordnen ist, darf nicht von privaten Gewinninteressen abhängig gemacht werden. Sie kann nur von öffentlichen Institutionen der Wirtschaft, den Zentralbanken, gefällt werden, die sich ausschließlich an der Funktionsfähigkeit des Geldsystems im Hinblick auf seine gesamtgesellschaftliche Verträglichkeit orientieren.

Offensichtlich treffen die Zentralbanken über die Geldschöpfung weitreichende gesellschaftspolitische Entscheidungen. Dennoch werden sie damit nicht zum Teil des politischen Systems. Sie nehmen nicht am Aufbau von Macht und Konsens zur Herstellung kollektiver Entscheidungen teil und sind nicht in den Machtkreislauf der Politik, der vom Publikum über das Parlament, die Verwaltung, die Verbände und wieder zum Publikum verläuft, eingebunden. Sie sind auch keine polit-ökonomischen Hybride, etwa den Parlamenten vergleichbar, deren Gesetzesentscheidungen sowohl Politikakte als auch Rechtsakte vollziehen. Zentralbanken haben keine Doppelmitgliedschaft im Wirtschaftssystem und im Politiksystem. Ihre Stellung ist am ehesten den Verfassungsgerichten zu vergleichen, die an der hierarchischen Spitze des Rechtssystems angesiedelt sind und hochpolitische Fragen entscheiden, ohne dass sie damit ihrerseits zum Teil des politischen Systems werden.[138] »Hüter der Verfassung« – das ist die angemessene Metapher. So wie Parlamente und Verfassungsgerichte die Hüter der politischen Verfassung sind, so sind Zentralbanken und Verfassungsgerichte die Hüter der Wirtschaftsverfassung. Und für ihre Politik der Wirtschaftsverfassung ist ein hoher Grad von Autonomie unabdingbar.[139]

Auch wenn Zentralbanker sich gern als apolitische Fachleute sehen, die streng mandatsgebundene Entscheidungen lege artis exekutieren, darf man sich nicht darüber täuschen, dass die Zentralbanken genuin politische Entscheidungen im Wirtschaftssystem treffen. Entscheidungen über Geldmengen sind keine technokratischen Vollzüge von ausrechenbaren Kalkülen.[140] Zentralbanken verfügen über weite politische Entscheidungsspielräume, sie sind

137 Diese heute verstärkt zu beobachtende außerordentliche politische Dynamik außerhalb der institutionalisierten Politik müsste Autoren wie Brunkhorst, »Legitimationskrise der Weltgesellschaft«, S. 76 ff. oder Wahl, »In Defence of Constitution«, S. 240 f. zu denken geben, ob sie ihre vehemente Kritik am gesellschaftlichen Konstitutionalismus, er entpolitisiere die Gesellschaft, aufrechterhalten können.

138 Allerdings transformieren sie sich, wenn sie in hohe Abhängigkeit von der Politik geraten, in hybride Institutionen. Dann verfolgen die Zentralbanken eine doppelte Politik. Ihre Versuche, eine eigene Reflexionspolitik zu betreiben, wird dadurch konterkariert, dass sie in die Machtspiele des politischen Systems verstrickt sind. Sie ähneln dann den politisierten Verfassungsgerichten in den durchaus häufigen Situationen, dass Gewaltenteilung nicht ausreichend ausgebildet ist.

139 Karl-Heinz Ladeur, »Die Autonomie der Bundesbank: Ein Beispiel für die institutionelle Verarbeitung von Ungewißheitsentscheidungen«, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 3 (1992), S. 486-508.

140 Solche Tendenzen zur Expertokratie in der globalen Wirtschaftsverfassung kritisiert zurecht David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford 2005, S. 66.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 182-183 09.01.2012 08:44:42

dem Risiko großer Ungewissheit ausgesetzt, sie sind auf deliberative Rechtfertigung vor der Öffentlichkeit angewiesen, und sie sind für die Richtigkeit der Entscheidungen verantwortlich. Das ist der eminent politische Gehalt von Reflexionspraktiken innerhalb des Wirtschaftssystems, weil sie über das Verhältnis von gesellschaftlicher Funktion und Leistungen der Wirtschaft an die Umwelt entscheiden. Deshalb muss gerade eine von der institutionalisierten Politik unabhängige Geldpolitik transparent und rechenschaftspflichtig sein.

Die Autonomie der Zentralbanken gegenüber der Politik ist auch notwendige Voraussetzung für das Funktionieren der Vollgeld-Verfassung. Die Zentralbanken sind, wie es ein Neologismus treffend ausdrückt, als »Monetative« Verfassungsorgane des Wirtschaftssystems – neben der Exekutive und Legislative des Politiksystems und der Judikative des Rechtssystems.[141] Hier zeigt sich der Sinn einer autonomen Finanzverfassung, die ihrer Eigenlogik gehorchen muss und trotz ihres hochpolitischen Charakters nicht den Machtprozessen der institutionalisierten Politik ausgeliefert werden darf. Auch hier bewährt sich die Analogie zu den Verfassungsgerichten. Dies ist ein Prinzip der Gewaltenteilung, nun aber nicht in der Politik, sondern in der Gesellschaft.

Die Entscheidung über das jeweilige Ausmaß der Geldschöpfung ist ausschließlich Aufgabe der Zentralbank. Dagegen ist die daran anschließende Frage, wie die Geldschöpfungsgewinne verwendet werden sollen, ausschließlich eine Aufgabe des demokratisch legitimierten politischen Systems, nicht eine der Zentralbanken. Ob diese durchaus beträchtlichen Gewinne, die bisher bei den Geschäftsbanken ohne jede Gegenleistung anfallen, dem Staatshaushalt zugeführt werden, dem Bankensystem zur Verfügung gestellt, für Steuererleichterungen eingesetzt oder als Bürgereinkommen benutzt werden, haben nicht mehr die Zentralbanken zu entscheiden, sondern der politische Prozess.[142]

Politisierung von Verbraucherpräferenzen, Ökologisierung der Unternehmen, Publifizierung der Geldpolitik – an den drei Verfassungsbereichen wird deutlich, dass die »interne« Politisierung gesellschaftlicher Teilsysteme jeweils unterschiedlich verläuft, entsprechend den Eigenheiten ihres Kommunikationsmediums.

141 Senf, *Bankgeheimnis Geldschöpfung*; Binswanger, *Vorwärts zur Mäßigung*, S. 147.
142 Binswanger, *Vorwärts zur Mässigung*, S. 147 f.

Schon deshalb darf die Differenz zu ihrer »externen« Politisierung durch staatliche Institutionen nicht eingeebnet werden, eine Versuchung, der viele Autoren erliegen, die eigentlich ganz zu Recht das »Politische« in gesellschaftlichen Prozessen gegenüber dem »Technokratischen« betonen, dann aber die Differenz *le politique/la politique* vernachlässigen.[143] Jedenfalls sollte man nicht gesellschaftsrelevante Auseinandersetzungen in der institutionalisierten Politik als »ordinary politics« idealisieren und solche in anderen gesellschaftlichen Teilsystemen als Technokratenherrschaft disqualifizieren, wie es immer wieder geschieht.[144]

Gesellschaftlicher Konstitutionalismus richtet sich gegen die Zentralisierung der grundlegenden gesellschaftspolitischen Fragen auf das politische System der Weltgesellschaft. Er ist auf eine Vervielfältigung der Orte gerichtet, in der über das »Politische« in der Gesellschaft gestritten und entschieden wird.[145] Diesen Zusammenhang von Konstitutionalisierung und Dezentralisierung stellt David Kennedy zu Recht als Alternative zu gängigen Vorstellungen von Transnational Governance heraus:

> Unser Ziel ist es, die revolutionäre Kraft des Demokratieversprechens, der Grundrechte, der wirtschaftlichen Selbstversorgung, der Staatsbürgerschaft, der Ermächtigung von Gemeinschaften und der Partizipation der von der Entscheidung Betroffenen auch an die Orte transnationaler Autorität zu tragen, wie lokal sie auch immer sein mögen. Und Ziel ist es, die Orte, an denen Entscheidungen sichtbar werden und wo sie bestritten

143 Zwanglose Übergänge zwischen beiden Politisierungsbegriffen finden sich bei Joerges, »Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law« und Martti Koskenniemi, »Hegemonic Regimes«, in: Margaret Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge 2011, S. 305-324. Aber selbst differenztheoretisch orientierte Autoren tendieren hier zu Verschleifungen, Thornhill, »State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms« aufgrund eines weitgefassten Machtbegriffs und Kjaer, »Metamorphosis of the Functional Synthesis«, der in der Globalisierung eine Extension des politischen Systems in die Gesellschaft beobachtet.
144 So aber in polemischer Zuspitzung Koskenniemi, »Hegemonic Regimes«, S. 324 ff.; Kuo, »(Dis)Embodiments of Constitutional Authorship«, S. 225.
145 In diese Richtung argumentiert auch Crouch, *Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus*, 189 ff., 203 ff. Dies kommt auch den Intentionen von Ruth Buchanan, »Legitimating Global Trade Governance: Constitutional and Legal Pluralist Approaches«, in: *Northern Ireland Legal Quarterly* 57 (2006), S. 657-672, hier S. 662 ff. nahe, auch wenn diese sich deutlich kritisch gegenüber konstitutionellen und pluralistischen Ansätzen abzugrenzen versucht.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 184-185 09.01.2012 08:44:43

werden, zu vervielfältigen, statt sie in einem Zentrum zu lokalisieren. Die Hoffnung ist, dass dadurch eine Heterogenität der Lösungen und der Ansätze und ein hoher Grad des Experimentierens erreicht wird.[146]

Noch brisanter wird die Differenz der zwei Politikbegriffe, wenn im gesellschaftlichen Konstitutionalismus die Demokratiefrage explizit aufgeworfen wird. Gesellschaftliche Institutionen müssen in der Tat gesamtgesellschaftlich legitimiert sein, was aber nicht zugleich heißt, dass dies über die Kanäle der institutionalisierten Politik laufen muss.[147] Dies kann hier nicht vertieft werden. Jedenfalls wird man nicht ohne weiteres den Demokratiebegriff übernehmen können, der speziell für die politischen Systeme entwickelt worden ist. Für gesellschaftliche Institutionen müsste er anders gefasst werden. Etwa im Sinne von Wolfgang Streeck:

> Demokratisierung […] als gleichzeitige Ermächtigung und Inpflichtnahme lokaler Verhandlungs- und Entscheidungsarenen durch Staat und Gesellschaft, im Unterschied zur Produktion staatlich zu implementierender Mehrheitsbeschlüsse über Normen und Regeln eines gerechten Zusammenlebens.[148]

Demokratie in der Gesellschaft verwirklichte sich dann in Prozeduren der Sozialverantwortung von dezentralen Kollektivakteuren. Als konkretere Richtungsangabe mag genügen, die Beteiligung transnationaler Öffentlichkeiten an Entscheidungen von transnationalen privaten Regimes zu erwähnen.[149] Um nur ein Beispiel zu geben: Die Arhus-Konvention hat im positiven Recht eine Bresche geschlagen, indem sie drei Prinzipien der Öffentlichkeitsbeteiligung aufstellt: (1) Zugang zu Informationen, (2) Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und (3) Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten. Damit wird die Rückbindung administrativer Apparate öffentlicher und privater Regimes »an das soziale Substrat, das heißt an die Weltgesellschaft selbst (und nicht ihr politisches System, das heißt die Internationale [Staaten-]Gemeinschaft)«, möglich und damit, sie

> in die Handlungsformenbildung zu integrieren, sowie Dezision (in den legislativen, exekutiven und judikativen Apparaten) und Diskussion (in den globalen Teilöffentlichkeiten) strukturell so miteinander zu koppeln, dass die demokratietheoretisch bedeutsame Dualität von Spontan- und Organisationsbereichen gesellschaftlicher Verfassungsbildung etabliert werden kann.[150]

Die Dynamik von externen staatlich-politischen Verfassungsimpulsen und der internen Konstitutionalisierung und Politisierung der Wirtschaft ist wie schon gesagt nicht die automatische Konsequenz aus Funktionsimperativen von Wirtschaft und Politik, sondern entsteht erst in krisenhaften Phasen, die durch exzessive Steigerungszwänge ausgelöst werden. Dies sind die konstitutionellen Momente, in denen möglicherweise gesellschaftliche Energien von solcher Intensität aktiviert werden, dass die Katastrophe abgewendet werden kann. Im historischen Rückblick kann man sehen, dass das Jahr 1929 ein solcher konstitutioneller Moment war. Damals standen die Nationalstaaten vor der konstitutionellen Entscheidung: Abschaffung der Autonomie der Wirtschaft durch die totalitäre Politik sozialistischer oder faschistischer Prägung oder »New Deal« und Sozialstaat als limitative Konstitutionalisierungen der Wirtschaft durch nationalstaatliches Handeln. Und heute? War die Bankenkrise von 2008 systemrelevant? War sie so bedrohlich, dass sie als neuer konstitutioneller Moment wirkte, diesmal der global vernetzten Wirtschaft, der ihre Selbstbeschränkung durch eine globale Finanzverfassung in den Bereich des Möglichen erhob? Oder war der »bottom« doch noch nicht erreicht, so dass mit dem Abklingen der Krise das alte Suchtverhalten weltweit wiederkehrt?

146 David Kennedy, »The Mystery of Global Governance«, in: *Ohio Northern University Law Review* 34 (2008), S. 827-860, hier S. 859.

147 Dies entspräche den schon oben erwähnten Einsichten des frühen Habermas, der nach einer fundamentalen Parlamentarismuskritik das demokratische Potenzial gesellschaftlicher Prozesse zu realisieren aufrief, eine Einsicht, die dem späten Habermas (und seinem Umfeld) offenbar verlorengegangen ist. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, § 25.

148 Wolfgang Streeck, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt/M. 1998, S. 54.

149 Aufschlussreiche Details von Beteiligungsverfahren bei Perez, »Private Environmental Governance as Ensemble Regulation«. Zu demokratischen Experimenten der ICANN Hans Klein, »Global Democracy and the ICANN Elections«, in: *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications* 3 (2001), S. 255-257.

150 Andreas Fischer-Lescano und Moritz Renner, »Europäisches Verwaltungsrecht und Völkerrecht«, in: Jörg P. Terhechte (Hg.), *Verwaltungsrecht in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2011, S. 359-371, hier S. 370 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 186-187 09.01.2012 08:44:43

Fünftes Kapitel:
Transnationale Grundrechte – Horizontalwirkung

I. Grundrechte jenseits des Nationalstaats

Wenn es um Grundrechte geht, dann hat der transnationale Konstitutionalismus die höchste Plausibilität. Wer wollte schon den universalen Menschenrechten ihre weltweite Geltung, ihr höheres Recht und ihren verfassungsrechtlichen Rang abstreiten? Die Alternative wäre der schwer erträgliche Widerspruch, Grundrechte zwar im nationalstaatlichen Recht »ihrer Natur nach« als höherrangiges Verfassungsrecht zu begreifen, aber die gleichen Grundrechte in den verschiedenen transnationalen Menschenrechtsvereinbarungen nur als einfaches Recht zu qualifizieren, dem dann kein Geltungsvorrang gegenüber anderen einfachen Rechtsnormen zukäme. Deswegen erscheint es plausibel, den internationalen Menschenrechtsnormierungen aus eigenem Recht von vornherein Verfassungsstatus einzuräumen.[1] Schwierig zu vermitteln wäre es auch, die Grundrechtsgeltung in den verschiedenen transnationalen Regimes von den Zufällen völkerrechtlicher Vereinbarungen abhängig zu machen.[2] Ihr moralisch-politischer Universalitätsanspruch drängt auch rechtlich nach weltweiter Geltung. Und schließlich dürfte die – in unserem Zusammenhang besonders interessierende – Grundrechtswirkung in nicht-staatlichen Räumen des Globalen, ihre Geltung gegenüber privaten transnationalen Akteuren, schwer zu bestreiten sein. Die zahlreichen Skandale, in denen transnationale Unternehmen gegen Menschenrechte verstoßen haben, führten, wenn sie vor nationale oder internationale Gerichte gebracht werden, dann auch häufig zu dem Ergebnis, dass – trotz größter Unsicherheit über ihre Geltungsgrundlage – die Gerichte Grundrechtsschutz auch gegenüber privaten Akteuren gewährt haben.[3]

1 In diese Richtung argumentiert mit trennscharfen Unterscheidungen Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«, S. 238 ff.

2 Die großen Unterschiede zwischen einzelnen völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien dokumentiert Brigitte Hamm, *Menschenrechte: Das internationale Normensystem des 21. Jahrhunderts*, Opladen 2003.

3 Detaillierte Analysen: Dawn Oliver und Jorg Fedtke (Hg.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, New York 2007; Olivier De Schutter (Hg.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford 2006; Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford 2004.

Eine neuerliche Wiederkehr des Naturrechts? Jedenfalls für die weltweite Rechtsgeltung von Grund- und Menschenrechten behaupten sich naturrechtliche Argumentationsmuster recht erfolgreich.[4] Der Rechtspositivismus hat gegenüber dem Menschenrechtspathos offenbar geringe Chancen, selbst dann, wenn es um die technische Frage ihrer rechtlichen Geltung geht. Allerdings bricht bei näherem Hinsehen angesichts des unbestreitbaren Pluralismus der Weltkulturen, besonders angesichts der interreligiösen Konflikte, jede Naturrechtskonstruktion universal geltender Menschenrechte schnell wieder zusammen.[5] Wenn aber Naturrecht und Gesetzespositivismus gleichermaßen fragwürdig sind, worauf stützt sich dann der Anspruch der Menschenrechte auf globale Rechtsgeltung? Von einer Entscheidung der philosophischen Kontroverse zwischen Universalisten und Relativisten kann er nicht abhängen. Wirkt dann hier allein der »colère publique« als Quelle des globalen Rechts, der durch Skandalisierung Menschenrechte erzeugt?[6] Wie aber käme die Rechtsgeltung solcher sozialen Normen zustande? In unserem Zusammenhang der Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes stellt sich die rechtliche Geltungsfrage in zwei verschiedenen Dimensionen. (1) Wie kommt es über die nationalstaatlichen Grundrechtskataloge und über die Positivierung von Menschenrechten in völkerrechtlichen Vereinbarungen hinaus zur Geltung von Grundrechten in transnationalen Regimes, seien es öffentliche, hybride oder private? (2) Gelten innerhalb solcher Regimes Grundrechte auch gegenüber privaten Akteuren, mit anderen Worten gibt es auch im transnationalen Raum eine Drittwirkung oder Horizontalwirkung der Grundrechte?

4 Eine anspruchsvolle neonaturrechtliche Konzeption transnationaler Menschenrechte vertritt Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München 2002; für eine andere, auf Chomskys Universal Moral Grammar basierende Menschenrechtstheorie plädiert Matthias Mahlmann, »Varieties of Transnational Law and the Universalistic Stance«, in: *German Law Journal* 10 (2009), S. 1325-1336.

5 Dazu und zu Auswegen aus der Alternative von Universalismus und Relativismus die subtile Argumentation von Christoph Menke und Arnd Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte*, Hamburg 2007, S. 71 ff.

6 So anscheinend Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 577 ff. und Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, S. 67 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 188-189 09.01.2012 08:44:43

1. Extraterritoriale Wirkung nationalstaatlicher Grundrechte?

Eine dezidierte Antwort geben Ladeur und Viellechner auf die Frage der Grundrechtsgeltung in transnationalen »privaten« Regimes.[7] Sie sind skeptisch gegenüber einer spontanen Emergenz von transnationalen Grundrechten ebenso wie gegenüber einer generellen Konstitutionalisierung des Völkerrechts, die auch solche Regimes ergreifen würde. Ihre Lösung heißt demgegenüber: Expansion nationalstaatlicher Grundrechte bis in transnationale »private« Regimes hinein. Sie geben drei Begründungen an: die verstärkte wechselseitige Durchlässigkeit nationaler und internationaler Rechtsordnungen, die kommunikative Vernetzung nationaler Verfassungsgerichte und die zunehmenden Austauschbarkeit von privaten und öffentlichen Recht.

Die Konstruktion ist suggestiv, da sie zwanglos die problematische transnationale Grundrechtsgeltung auf gesicherte nationalstaatliche Rechtsquellen zurückführen und zugleich die hochentwickelten nationalstaatlichen Grundrechtsdogmatiken für transnationale Regimes fruchtbar machen kann. Doch bei aller Suggestivität ist der Kategorienfehler nicht zu übersehen. »Expansion« ist ein ambivalenter Begriff, der den Unterschied zweier grundlegend verschiedener Prozesse verdeckt. In der Sprache der Rechtsquellentheorie: Die Autoren setzen die Inhaltsquellen transnationaler Grundrechte mit ihren Geltungsquellen in eins.[8] Oder in der Sprache der Systemtheorie: Die Autoren beachten nicht, dass Entscheidungen und Argumentationen im Rechtssystem je geschlossene Kreisläufe bilden, die sich zwar wechselseitig irritieren, nicht aber ineinander übergehen.[9] Kein Zweifel, dass nationalstaatliche Grundrechte die inhaltlichen Muster für ihre transnationalen Äquivalente abgeben, kein Zweifel, dass hier in einem grenzüberschreitenden Argument-Kreislauf ein Transfer der Inhalte von grundrechtlichen Normen, Prinzipien, Dogmatiken stattfindet. Das sagt aber nichts darüber aus, ob überhaupt und wenn ja wodurch – die Grundrechte in transnationalen Regimes tatsächlich normativ in Geltung gesetzt werden. Hierzu bedarf es einer Entscheidung, eines Aktes des In-Geltung-Setzens in einem rechtlich institutionalisierten Rechtssetzungsprozess, über dessen Notwendigkeit die inhaltlichen Transfers der Grundrechtsstandards nicht hinwegtäuschen können. Erst eine detaillierte Analyse ihrer jeweiligen Geltungsquellen, wie sie etwa Gardbaum bietet, kann Aufschluß über ihre Geltung, Reichweite und Durchsetzung geben und nicht die kühne generelle Behauptung ihre Expansion über nationale Grenzen hinaus.[10] Außerdem kann man angesichts grundlegend unterschiedlich ausgestalteter nationalstaatlicher Grundrechtsstandards gar nicht von einer »Expansion« dieser Standards sprechen, allenfalls von einer Auswahl zwischen ihnen.[11] Oder gar von ihrer Intensivierung in internationalen Grundrechtsregimes. Auch die wechselseitige Durchlässigkeit nationalen und internationalen Rechts und die Austauschbarkeit öffentlichen und privaten Rechts helfen hier nicht weiter. Man muss den rechtlich strukturierten und verfassungsrechtlich (!) legitimierten Prozess identifizieren, der Grundrechte innerhalb eines transnationalen Regimes als geltend und verbindlich positiviert. Und an dieser Stelle führen uns die Autoren nur in das geheimnisvolle Dunkel der »Interlegalität«.[12] Insgesamt dürfte »Expansion« nur eine bequeme Übergangssemantik sein, die zwar schon die horizontale Grund-

7 Ladeur und Viellechner, »Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte«, 46 ff.

8 Zur Lage der Rechtsquellenlehre heute etwa Röhl und Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 519 ff.

9 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 338 ff.

10 Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«, S. 243 ff.

11 Daniel Klösel, *Prozedurale Unternehmensverfassung: Zur Rekonstruktion der privatrechtlichen Kontrollvorbehalte für eine private Regelsetzung im Fall von Compliance-Richtlinien multinationaler Konzerne*, Baden-Baden 2012, Manuskript S. 62. Das rückt wieder die Positivierungsentscheidung im Regime in den Vordergrund.

12 Ladeur und Viellechner, »Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte«, S. 45. Der von Santos eingeführte Begriff markiert eher das Problem des schwierigen Verhältnisses pluraler Rechtsordnungen zueinander als dessen Lösung: »different legal spaces superimposed, interpenetrated and mixed in our minds, as much as in our actions, either on occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories, or in the dull routine of eventless everyday life", Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Evanston 2003, S. 437. Dazu Marc Amstutz und Vagios Karavas, »Rechtsmutation: Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum«, in: *Rechtsgeschichte* 8 (2006), S. 14-32; Marc Amstutz, »In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning«, in: *European Law Journal* 11 (2005), S. 766-784.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 190-191 09.01.2012 08:44:43

rechtswirkung in transnationalen Regimes wahrnimmt, aber noch nicht die verfassungsrechtliche Eigenleistung der Regimes zugestehen kann. Man kennt diese Übergangssemantik von der Debatte um die rechtssetzende Rolle des Richterrechts im demokratischen Nationalstaat.[13] Als wirksames Palliativ benutzt diese Semantik das fraglos geltende nationale Verfassungsrecht, dessen »Expansion« über zwei Grenzen hinweg dann keine großen Beunruhigungen auszulösen verspricht.

Der gleiche Einwand gilt gegenüber ähnlichen Unternehmen, welche die transnationale Grundrechtsgeltung auf die universale Gültigkeit allgemeiner Rechtsprinzipien (der zivilisierten Völker?) stützen wollen. Auch die anspruchsvolle Konzeption eines »kosmopolitischen Verfassungspluralismus« postuliert eine transnationale Geltung allgemeiner Verfassungsprinzipien, bleibt aber eher unbestimmt bei der Frage, welche Rechtsbildungsprozesse ihre Positivierung tragen und trennt nicht deutlich genug zwischen Argumentations- und Entscheidungsketten.[14] Ebenso setzt sich die allseits beliebte »rechtsvergleichende Methode« diesem Einwand aus, sofern sie zur Geltungsbegründung transnationaler Normen benutzt wird.[15] Alle drei Konzeptionen unterscheiden nicht trennscharf genug zwischen der unbestreitbaren Vorbildfunktion von Prinzipien einerseits und dem rechtlichen Entscheidungsprozess über ihre Geltung andererseits.

13 Auch trotz des bahnbrechenden Werks von Josef Esser ist auch hier die Übergangssemantik (»Rechtserkenntnis«, Richterrecht als »Gewohnheitsrecht«) noch nicht tot, wenn auch schon in ihren letzten Zügen, bezeichnend die unentschiedenen Formulierungen bei Röhl und Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 571 f., Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen 1956.

14 Kumm, »The Best of Times and the Worst of Times«. Zur »Anwendung« allgemeiner Rechtsgrundsätze in der Lex mercatoria Ursula Stein, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt/M. 1995, S. 171 ff.

15 Sie soll die universale Geltung eines ordre public transnational belegen, in denen Grundrechte eine wichtige Rolle spielen, verschweigt aber die rechtssetzende Rolle der Konfliktlösungsinstanz, die nach dem Vergleich verschiedener Rechtsordnungen die konkrete Norm in Kraft setzt, so etwa Pierre Lalive, »Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration«, in: Pieter Sanders (Hg.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Antwerpen 1987, S. 257-318, hier S. 295.

2. Globaler *colère publique*

Heißt dies dann, dass der von Durkheim als Rechtsquelle deklarierte *colère publique* unmittelbar Grundrechte in Geltung setzt?[16] Luhmann bezeichnet es als das in den turbulenten Weltverhältnissen und angesichts des Relevanzverlusts staatlichen Handelns »zeitgemäße« Paradox, dass im globalen Raum Grundrechte nicht wie üblich zuerst als Normen gesetzt werden, ehe sie verletzt werden können, sondern dass gerade umgekehrt sie gerade durch ihre Verletzung und durch entsprechende Empörung in Geltung gesetzt werden.[17] Die reale Existenz dieses Paradoxes wird durch die inzwischen eingespielte Praxis bestätigt, in der erst die Skandalisierung durch Protestbewegungen und NGOs fragwürdige Praktiken multinationaler Unternehmen aufdeckt und sie medienwirksam als Menschenrechtsverletzungen markiert, ehe sie dann von den Gerichten sanktioniert werden.[18] Natürlich haben Ladeur und Viellechner Recht, wenn sie gegen eine Rechtsbildung durch bloße Skandalisierung jenseits des etatistischen Völkerrechts einwenden, dass »weltgesellschaftliches normatives Erwarten« allein noch keine rechtsbegründende Kraft haben kann, weil es dazu der erwartungssichernden Institutionalisierung bedarf, die allein dem *colère publique* nicht zugeschrieben werden kann.[19] Aber Luhmann bezeichnet diese Praxis ausdrücklich als ein Paradox. Erst eine Entparadoxierung kann es ermöglichen, dass aus der Skandalisierung Recht entstehen kann. Und an dieser Stelle muss man die sich heute herausbildende Rechtspraxis genau daraufhin beobachten, wie sie dieses Paradox auflöst und mit Hilfe welcher institutionalisierter Unterscheidungen sie Grundrechte in solchen Skandalisierungs-

16 Durkheim, *Teilung der sozialen Arbeit*, S. 119 ff.

17 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 581. Eingehende Analysen zu den Paradoxien der Grundrechte bietet Gert Verschraegen, »Systems Theory and the Paradox of Human Rights«, in: Michael King (Hg.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Oxford 2006, S. 223-245.

18 Ladeur und Viellechner, »Transnationale Expansion staatlicher Grundrechte«. Dazu etwa die Fallstudie der argentinisches Madres von Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, S. 31 ff. Weitere Detailstudien S.••• in Fn. 3.

19 Ihr Argument wendet sich aber auch gegen ihre eigene Lösung der nationalstaatlichen Expansion von Grundrechten, deren »erwartungssichernde Institutionalisierung« sie in der bloßen Expansion nicht belegen können, sondern erst im Normsetzungsakt des transnationalen Regimes finden dürften.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 192-193 09.01.2012 08:44:43

prozessen in Geltung setzt. Und auch hier wird geltendes Recht nur dann entstehen, wenn die rechtscodegeleitete Verurteilung fragwürdiger Praktiken als Menschenrechtsverletzung ihrerseits von rechtscodegeleiteten Operationen reflexiv beobachtet und in die Rekursivität von Rechtsoperationen aufgenommen wird.[20]

3. Regimespezifische Grundrechtsstandards

Viel plausibler als eine Expansion der Geltung nationaler Grundrechte anzunehmen oder soziale Normen zu Rechtsnormen zu ernennen, ist es, sich auf ihre konkreten Rechtsgeltungsentscheidungen in regimespezifischen Institutionen zu stützen, wie es Renner in detaillierten Analysen privater globaler Regimes tut.[21] An Rechtsprechungsketten der transnationalen Schiedsgerichte der Lex mercatoria, der Investitionsschiedsgerichte und der Internet-Panels der ICANN zeigt er im einzelnen, wie diese Instanzen konkrete Grundrechtsstandards für ihr jeweiliges Regime Schritt für Schritt in einem rechtlich geregelten Verfahren, das seinerseits durch Private Ordering aufgebaut wurde, positivieren. Und er macht deutlich, dass weder die nationalen Grundrechte, noch die Regeln des Internationalen Privatrechts, noch bloße soziale Normen eine geeignete Geltungsgrundlage für die Grundrechte in den Regimes abgeben. Auch die zunehmende kommunikative Vernetzung nationaler Gerichte, auf die sich Ladeur und Viellechner berufen, ist als solche nicht in der Lage, die Geltung von Grundrechten in transnationalen Regimes herzustellen. Man versteht diese Vernetzung durchaus zu Recht so, dass sich damit ein weltweites Rechtssystem verfestigt. Aber innerhalb des Weltrechtssystems sind – zwischen transnationalen Regimes nicht anders als zwischen Nationen – strikte Binnengrenzen der Rechtsgeltung gezogen, die nur durch eine explizite Geltungsanordnung – hier: der privaten Schiedsgerichte – überschritten werden können.

Es kann also nicht deutlich genug betont werden, dass allein die Entscheidungspraxis der transnationalen Regimes selbst die Grundrechte innerhalb ihrer Grenzen in Geltung setzen kann. Über die staatliche Positivierung von Grundrechten hinaus ist also ihre »gesellschaftliche« Positivierung die treibende Kraft ihrer Universalisierung. Eine transnationale Grundrechtsgeltung ergibt sich mit Selbstverständlichkeit in völkerrechtlich etablierten Regimes nur dann, wenn, wie es in den verschiedenen menschenrechtlichen Konventionen geschieht, zwischenstaatliche Abkommen selbst Grundrechtsschutz garantieren. Ansonsten gelten die menschenrechtlichen Konventionen nicht automatisch gegenüber internationalen Organisationen oder Regimes.[22] Schon schwieriger ist es, wenn, wie in der WTO, auf der Basis völkerrechtlicher Vereinbarung ein judizieller Verselbständigungsprozess einsetzt, in dem aus bloßen Panels der Konfliktschlichtung genuine Gerichtsinstitutionen entstehen, die sogar im Appellate Body über eine zweite Instanz verfügen. Wenn hier Grundrechte anerkannt werden, dann sind es diese Konfliktlösungsinstanzen selbst, die in einem dem Common Law ähnlichen Prozess die Grundrechtsstandards, die innerhalb der WTO gelten sollen, positivieren.[23] Und nicht anders sind die Positivierungsakte von Grundrechten durch die privaten Schiedsgerichte der ICC, der ICSD und der ICANN zu beurteilen. Selbstverständlich greifen sie auf verschiedenartige nationalstaatliche Grundrechtsordnungen, allgemeine Rechtsprinzipien, grundrechtsdogmatische Figuren, ja selbst philosophische Argumente als informative Materialien zurück. Aber die eigentliche Geltungsentscheidung fällen die Schiedsgerichte selbst, wenn sie im jeweiligen Schiedsspruch zwischen verschiedenen Grundrechtsstandards zu wählen haben und festlegen, welche Grundrechte in dem jewei-

20 Soziale Normen werden dann zu Recht, wenn sie dadurch in das weltgesellschaftliche Rechtssystem integriert werden, dass vom binärem Rechtscode geleitete Operationen ihrerseits vom binären Rechtscode geleiteten Operationen beobachtet und in den Rechtskreislauf aufgenommen werden. Dazu genauer Teubner, »Globale Bukowina«, 267 ff. In gleiche Richtung, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancierungen Köndgen, »Privatisierung des Rechts«, S. 508 ff.; Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, S. 182 ff.; Schanze, »International Standards«. Auch Fischer-Lescano, *Globalverfassung*, S. 67 ff., setzt nicht ohne weiteres die im *colère publique* entstehenden Erwartungen mit Rechtsnormen gleich, sondern lässt Rechtsgeltung erst in einem von sekundären Normen gesteuerten Rechtsbildungsprozess unterschiedlicher globaler Akteure entstehen. Und Harts Begriff der »secondary rules« ist offen gegenüber der Interpretation, dass eine »rule of recognition« sich auch als Gewohnheitsrecht entwickeln und damit als Grundlage für genuines Recht dienen kann. Dazu Collins, »Flipping Wreck«.

21 Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 91 ff., 199 ff.

22 Siehe Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«, S. 257.

23 Dazu etwa Joel P. Trachtman, »The Constitutions of the WTO«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 623-646, hier S. 640 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 194-195 09.01.2012 08:44:43

ligen Regime rechtsverbindlich gelten. Und Skandalisierungen durch Protestbewegungen, NGOs und Medien sind in der Tat an solchen Rechtsbildungsprozessen für Grundrechte beteiligt, wenn die skandalisierten Normen über sekundäre Normierungen in das Weltrechtssystem, das weit über staatliches Recht hinausgeht und auch gesellschaftliches Recht erfasst, integriert werden.

Wohlgemerkt, an diesem Rechtserzeugungsprozess transnationaler Regimes sind auch nationale Gerichte maßgeblich beteiligt, die für die Anerkennung und Vollstreckung von schiedsgerichtlichen Entscheidungen angerufen werden. Sie werden insbesondere dann für die Regime-Verfassungen relevant, wenn sie mit Hinweis auf den *ordre public* transnationalen Schiedssprüchen die Vollstreckung verweigern, weil sie gegen Grundrechte verstoßen.[24] Mit solchen Einzelentscheidungen wirken auch sie an der allmählichen und durchaus in sich widersprüchlichen Entwicklung eines transnationalen Common Law der Grundrechte mit. Man sollte hier wiederum nicht der staatspositivistischen Versuchung erliegen, diese Mitwirkung nationaler Gerichte an transnationaler Rechtssetzung dahingehend zu interpretieren, dass dadurch »in letzter Instanz« doch nationales Recht zur Rechtsquelle der Grundrechte in transnationalen Regimes werde. Dieses Argument hat sich schon in der Debatte um die Lex mercatoria als unsinnig erwiesen, als man mit den Exequatur-Entscheidungen nationaler Gerichte die Verankerung der Lex mercatoria im nationalen Recht begründen wollte.[25] Ihm liegt eine falsche Abgrenzung des Nationalen vom Transnationalen zugrunde, die nicht die Verflechtung beider erfassen kann.[26] Man versteht die Rolle nationalstaatlicher Gerichte nur dann adäquat, wenn man erkennt, dass deren Rechtsakte eine Doppelmitgliedschaft in zwei unterschiedlichen Verkettungen von Geltungsentscheidungen von autonomen Rechtsordnungen aufweisen. Diese Gerichtsurteile sind und bleiben Operationen des jeweiligen nationalen Rechts, dessen Normentwicklung sie voranbringen, aber sie sind zugleich Glieder in den Rechtsprechungsketten des autonomen Regimerechts, an dessen Rechtserzeugung sie ebenfalls teilnehmen. Eine solche Doppelmitgliedschaft von Entscheidungen in unterschiedlichen Operationsverkettungen ist nichts Ungewöhnliches.[27] Sie ist geradezu an der Tagesordnung, wenn autonome Systeme strukturelle und operative Kopplungen aufbauen. Dies führt zu einer Verflechtung, nicht aber zu einer Verschmelzung von nationalen und transnationalen Rechtsordnungen. Denn die Rechtsprechungsketten »treffen« sich nur für einen Moment in der einzelnen Gerichtsentscheidung, ansonsten haben ihre gemeinsamen Geltungsoperationen je unterschiedliche Vergangenheiten und unterschiedliche Zukünften in den jeweiligen Rechtsordnungen.

»Common law constitution« – diese Formel beschreibt treffend den Vorgang, wie in transnationalen Regimes Grundrechte in einem iterativen Entscheidungsvorgang, der sich zwischen den Entscheidungen von Schiedsgerichten, nationalen Gerichten, Verträgen privater Akteuren, sozialen Normierungen und den Skandalisierungsaktionen von Protestbewegungen und NGOs abspielt, positiviert werden.[28] In gekonnter Zuspitzung hat Klabbers die angemessene Antwort auf eine sich hier stellende Alternative formuliert:

> Ist Konstitutionalisierung ein spontaner Prozess, ein bric-à-brac von Entscheidungen, die Akteure aus einer Machtposition heraus je nach situativen Erfordernissen fällen, oder ist es eher das Ergebnis eines hierarchischen Prozesses, in denen eine konstituierende Gewalt eine Verfassung normiert? Letzteres ist auf der globalen Ebene unwahrscheinlich, das erstere ist beinahe der Regelfall […]. Die globale Verfassung wird ein Flickenteppich sein,

24 Berman, »Global Legal Pluralism«, S. 1271. Die Vollstreckung ausländischer Urteile ist zwar nur begrenzt möglich, dennoch aber wirken die nationalen Gerichte über Ordre-Public-Kontrollen an der Entwicklung des transnationalen Rechts mit. Die Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10. Juni 1958, Art. 5, 2(b), 21 U.S.T. 2517, 2520, 330 U.N.T.S. 38, 42 (erlaubt die Kontrolle durch nationale Gerichte wenn sie »contrary to the public policy of the enforcing state" ist).

25 Dazu etwa Stein, *Lex mercatoria*, S. 99, 163.

26 Subtilere Vorstellungen zur Verflechtung beider Sphären entwickelt Sassen, *Paradox des Nationalen*, S. 249 ff.

27 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 440; ebenso in anderen Theoriezusammenhängen Jean-François Lyotard, *Der Widerstreit*, München 1989, S. 58.

28 In Richtung einer common-law-artigen Entwicklung transnationaler Grundrechte argumentieren auch Kumm, »The Best of Times and the Worst of Times«; Vagios Karavas, »Grundrechtsschutz im Web 2.0: Ein Beitrag zur Verankerung des Grundrechtsschutzes in einer Epistemologie hybrider Assoziationen zwischen Mensch und Computer«, in: Christoph Bieber u. a. (Hg.), *Soziale Netze in der digitalen Welt: Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht*, Frankfurt/M. 2010, S. 301-326; Walter, »Constitutionalizing (Inter)national Governance«.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 196-197 09.01.2012 08:44:43

sie wird eher von Fall zu Fall identifiziert als dass sie als geschriebene Verfassung entworfen wird. In den Worten Hurrells, wird sie eher eine ›common law constitution‹ sein als der kontinentale Typ von Verfassungen.[29]

II. Grundrechtsbindung privater transnationaler Akteure

1. Beyond State Action

Auch wenn auf diese Weise transnationale Regimes selbst ihre jeweiligen Grundrechtsstandards positivieren, bleibt doch die Frage offen, ob diese Grundrechte nur staatliche Akteure oder auch private Akteure binden.[30] Im transnationalen Raum stellt sich die Frage der Grundrechtsbindung Privater sehr viel schärfer als im nationalen Raum. Denn hier regeln multinationale Unternehmen ganze Lebensbereiche, so dass der Frage nicht ausgewichen werden kann, wie es mit der Geltung von Grundrechten ihnen gegenüber steht. Aber gerade hier erweist es sich als außerordentlich schwierig, auf die State Action Doctrine als dem wohl bekanntesten Lösungsmuster des nationalstaatlichen Verfassungsrechts zurückzugreifen.[31] Nach dieser Doktrin können private Akteure nur dann

29 Klabbers, »Setting the Scene«, S. 23, mit Verweis auf Hurrell, *Global Order*, S. 53. Um Missverständnissen vorzubeugen: im Gegensatz zu Klabbers wird im Text die Position vertreten, dass eine Globalverfassung sich in eine Vielzahl von miteinander kollidierenden sektoriellen Verfassungen auflöst.

30 Zur Drittwirkung transnationaler Grundrechte Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism«; Stephen Gardbaum, »The ›Horizontal Effect‹ of Constitutional Rights«, in: *Michigan Law Review* 102 (2003), S. 387-459; Anderson, *Constitutional Rights*; Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*; Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1996; zur europäisch-amerikanischen Diskussion András Sajó und Renáta Uitz (Hg.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht 2005.

31 Dazu in rechtsvergleichender Sicht Daniel Friedman und Daphne Barak-Erez (Hg.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001; aus der internationalen Diskussion der Grundrechtsdrittwirkung für England: Adam Tomkins, »On Being Sceptical about Human Rights«, in: Tom Campbell u. a. (Hg.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford 2001, S. 1-11, hier S. 4; für Israel: Aharon Barak, »Constitutional Human Rights and Private Law«, in: *Review on Constitutional Studies* 3 (1996), S. 218-281; für Südafrika: Halton Cheadle und Dennis Davis, »The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere«, in: *South African Journal of Human Rights* 44 (1997), S. 39-60, hier S. 44 ff.; für Kanada: Lorraine Weinrib

Grundrechte anderer verletzen, wenn sich in ihren Handlungen ein Element staatlichen Handelns identifizieren lässt, sei es dass staatliche Instanzen in ihre Handlungen verwickelt sind, sei es dass sie selbst öffentliche Funktionen ausüben. Doch im transnationalen Raume fehlt es an der im Nationalstaat üblichen Allgegenwart staatlichen Handelns, so dass State Action nur in wenigen Konstellationen überhaupt greifen kann.

Auch hier wieder sollte man auf die Denkfigur der Generalisierung und Respezifizierung, die uns schon in den vorigen Kapiteln begegnet ist, zurückgreifen und sie nun für die Horizontalwirkung der Grundrechte fruchtbar machen. In einem ersten Schritt ist die – nur historisch verständliche – Verengung der Grundrechte auf Individualschutz gegen den Staat zu generalisieren und auf ein allgemeines Prinzip zurückzuführen, das ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung Rechnung trägt. Im zweiten Schritt müssen die konkreten Inhalte der Grundrechte, ihre Adressaten und Begünstigten, ihre Rechtsstruktur und ihre Durchsetzung sorgfältig auf die Eigenlogik und Eigennormativität der jeweiligen gesellschaftlichen Kontexte ausgerichtet werden.

Die heute weitverbreitete Lehre der strukturellen Grundrechtswirkung, die sich in verschiedenen Varianten besonders in Deutschland, Südafrika, Israel und Kanada durchgesetzt hat, benutzt im Grunde auch die Denkfigur der Generalisierung und Respezifizierung.[32] Denn sie generalisiert die nur gegen den Staat gerichteten Grundrechte in Richtung auf allgemeine Werte oder objektive Wertordnungen, die auch in nicht-staatliche Bereiche »ausstrahlen« sollen. Sie respezifiziert dann diese allgemeinen Werte, indem sie sie – über die Generalklauseln des Privatrechts oder über eine grundrechtssensible Interpretation privatrechtlicher Ins-

und Ernest J. Weinrib, »Constitutional Values and Private Law in Canada«, in: Daphne Barak-Erez, Daniel Friedmann (Hg.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, S. 43-72.

32 Eingehende rechtsvergleichende Analyse der Horizontalwirkung von Grundrechten bei Gardbaum, »Human Rights and International Constitutionalism« und die Einzelnachweise auf dieser Seite in Fn. 31. Zur herrschenden Lehre der Drittwirkung in Deutschland Herdegen in: Maunz/Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, Art. 1, Rn 59-65. Zur bloßen Wirkung auf die staatlichen Privatrechtsnormen und zur Grundrechtsfreiheit von privatrechtlichen Beziehungen Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*, Berlin 1999.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 198-199 09.01.2012 08:44:43

titute und Einzelnormen – an die Besonderheiten der Privatrechtsordnung anpasst.

Aus verfassungssoziologischer Sicht sind jedoch sowohl die Generalisierung als auch die Respezifizierung in eine je andere Richtung zu treiben. Wenn das Problem heißt, Grundrechte über die Staatsverfassung hinaus nicht einfach in der gesamten Gesellschaft, sondern in unterschiedlichen Rationalitätsbereichen mit je eigenen Sozialstrukturen zur Wirksamkeit zu verhelfen, dann kann man von einer geisteswissenschaftlich-wertphilosophischen Generalisierung kaum Richtungsangaben erwarten. Und ebenso ungenügend ist es, ihre Respezifizierung nur an den Eigenheiten der Privatrechtsdogmatik auszurichten. Weder Wertphilosophie noch Privatrechtsdogmatik geben für diese Aufgabe ausreichende Orientierung.

2. Generalisierungsrichtung: kommunikative Medien statt Wertordnung

Ausgangspunkt für die Generalisierung sollte stattdessen die spezifische Sozialstruktur sein, die für die Besonderheiten der Grundrechte im politischen System verantwortlich ist. *Und das ist nicht der Staat, sondern das systemspezifische Medium der politischen Macht, aus dessen Bindung die Grundrechte zu lösen und in Richtung anderer in der Gesellschaft real wirkender kommunikativer Medien zu generalisieren sind*. Hierzu sollte man an die auf das Medium der Macht bezogenen Funktionen von Grundrechten anknüpfen wie sie besonders von Luhmann und Thornhill herausgearbeitet worden sind.[33] Das der Politik »eigene« Machtmedium zu formalisieren, ist, wie schon im letzten Kapitel erörtert, die Eigenleistung politischer Verfassungen, wenn sie die Autonomie der Politik, die sie in der Neuzeit gegenüber »fremden« religiösen, familiären, ökonomischen, militärischen Machtquellen gewonnen hat, auf Dauer stellen. Das Verfassungsrecht spielt eine unterstützende Rolle in

33 Thornhill, »Towards a Historical Sociology«, S. 169 ff.; Luhmann, »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«; Luhmann, »Politische Verfassungen im Kontext«; Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965. Zu Luhmanns Soziologie der Grundrechte Gert Verschraegen, »Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory«, in: *Journal of Law and Society* 29 (2002), S. 258-281.

diesem Autonomisierungsprozess, in dem das Kommunikationsmedium der Macht selbst eigene Formen gewinnt, die das generelle Medium in konkrete Operationen des politischen Systems auflösen. In dieser Formgewinnung des Mediums entstehen »gestückelte« juridifizierte Machtpositionen: Kompetenzen, subjektive Rechte und – als normativ besonders verfestigte Formen des Machtmediums – die Grundrechte. In diesen drei strukturellen Komponenten findet das Machtmedium seine dezentralen Formen. In der autonom gewordenen Politik wird die Machtkommunikation als Spiel von Machtpositionen in der Form von Rechtspositionen inszeniert. Die Machtakte als die operativen Elemente des politischen Prozesses werden in der Form von Rechten, den strukturellen Komponenten der Macht, ausgeübt. Das kompakte Medium der Macht wird aufgelöst in Rechte als dessen Einzelkomponenten, die dann im Machtbildungsprozess jeweils neu kollektiv aggregiert werden.

Als Rechtsformen des Machtmediums übernehmen Grundrechte in der Politik eine doppelte Rolle. Es ist nicht ausreichend, nur den Individualschutz gegenüber staatlicher Gewalt hervorzuheben. Vielmehr üben sie gleichzeitig eine inklusionäre und eine exklusionäre Funktion aus.[34] Sie dienen der Inklusion der Gesamtbevölkerung in den politischen Prozess, insofern sie als politische Mitwirkungsrechte ausgeformt sind. Dies sind die aktivbürgerlichen Grundrechte, vor allem das Wahlrecht, aber auch die im engeren Sinne politischen Grundrechte der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.[35] Zugleich aber dienen Grundrechte der Exklusion gesellschaftlicher Autonomiesphären aus dem politischen Bereich, insofern sie die Grenzen zwischen Politik und Gesellschaft markieren und gesellschaftlichen Institutionen ebenso wie Individuen Schutz gegen ihre Politisierung garantieren. Mit dieser Exklusion sichern Grundrechte zugleich die Funktionsfähigkeit der Politik selbst, weil sie der Politik bestimmte Themenbereiche entziehen, mit denen diese überfordert wäre. Die Entpolitisierung

34 Chris Thornhill, »The Future of the State«, in: Poul F. Kjaer u. a. (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford 2011, S. 381-418, hier S. 390.

35 Merkwürdigerweise hat das für moderne politische Systeme schlechthin konstituierende Wahlrecht in Deutschland nicht den Status eines Grundrechts, sondern nur eines grundrechtsgleichen Rechts, Klein in: Maunz/Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, Art. 38, Rn 135 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 200-201 09.01.2012 08:44:44

dient nicht nur dem Schutz nicht-politischer Autonomiebereiche, sondern der Integrität der Politik selbst. Dies macht deutlich, dass beide – sowohl die inklusionäre als auch die exklusionäre Dimension der Grundrechte – dazu beitragen, die funktionale Differenzierung der Gesellschaft in Bezug auf die Politik zu erhalten:

> Die semantische Fusion von Souveränität und Grundrechten kann als dialektisches Zentrum des modernen Staats und der modernen Gesellschaft angesehen werden. Auf der einen Seite erlaubten diese Begriffe dem Staat, eine abgegrenzte Sphäre politischer Macht zu konsolidieren und diese Macht als abstrakte und inklusive Ressource einzusetzen. Auf der anderen Seite erlaubten die Begriffe dem Staat, den funktionalen Bereich politischer Macht klar zu definieren und scharf einzugrenzen. Damit gelang es, die politische Relevanz einer großen Zahl von gesellschaftlichen Thematiken, sozialer Interaktionen und sozialer Akteure zu verringern.[36]

Entscheidend für die weitere Argumentation ist: Wenn die Horizontalwirkung von Grundrechten außerhalb der Politik in gesellschaftlichen Bereichen ihre volle Bedeutung entfalten soll, dann muss gerade diese Doppelrolle von Grundrechten im Prozess ihrer Generalisierung und Respezifizierung erhalten bleiben. Demgegenüber hat sich die Drittwirkungsdiskussion bisher allzu sehr auf die bloße Abwehrfunktion von Grundrechten konzentriert.[37] *Sowohl die Inklusion der Gesamtbevölkerung in die Funktionssysteme der Weltgesellschaft als auch die Exklusion von individuellen und institutionellen Autonomiebereichen aus den Funktionssystemen* – so müsste man von staatsgerichteten hin zu gesellschaftlichen Grundrechten generalisieren. Einerseits wird über die Garantie von Grundrechten im jeweiligen Sozialbereich die Inklusion der Gesamtbevölkerung abgestützt. Hier wirken Grundrechte bei der konstitutiven Funktion von Zivilverfassungen mit, wenn sie die Autonomisierung von gesellschaftlichen Teilbereichen unterstützen. Andererseits sind Grundrechte auch an der limitativen Funktion von gesellschaftlichen Verfassungen maßgeblich beteiligt, wenn es darum geht, Selbstbegrenzungen der jeweiligen Systemdynamik aufzubauen. Grundrechte dienen dann der Grenzziehung des jeweiligen Sozialbereichs gegenüber seinen Umwelten, indem sie Individuen und Institutionen außerhalb des Sozialbereichs Autonomiegarantien gegenüber dessen Expansionstendenzen geben.

36 Thornhill, »The Future of the State«, S. 392.

37 Siehe die Autoren S. ••• in Fn. 31 und 32, die im Prinzip drittgerichtete Grundrechte nur als Abwehrrechte formulieren.

3. Respezifizierung in unterschiedlichen Sozialkontexten

Ihre Respezifizierung wiederum kann nicht, wie es immer wieder gesagt wird, heißen, staatliche Grundrechte nur an die Besonderheiten des Privatrechts anzupassen.[38] Ein bloß rechtsdogmatisches Vorgehen, das die »objektive Wertordnung« nur in das Normensystem des Privatrechts herunterkonkretisiert, verfehlt die Besonderheiten der unterschiedlichen Sozialkontexte, für die das Privatrecht seine allgemeinen Normen zur Verfügung stellt. Der doppelten Reflexivität von Recht und Sozialsystem, die wir im vorigen Kapitel als den zentralen Verfassungsprozess gekennzeichnet haben, wird dies nicht gerecht. Denn es sieht nur die Rechtsseite der Verfassung und vernachlässigt ihre soziale Seite. Diese aber verlangt, die staatsgerichteten Grundrechte durchaus stärker – und zwar je nach gesellschaftlichem Kontext – zu modifizieren. Deswegen ist die Forderung, »an der grundsätzlichen Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem festzuhalten«[39] zwar notwendig, aber nicht hinreichend. Darüber hinaus müssen Grundrechte für die jeweilige gesellschaftliche Eigenlogik und Eigennormativität unterschiedlicher Teilbereiche neujustiert werden und natürlich zugleich den dort geltenden Rechtsnormen (meist, aber nicht immer privatrechtlichen Normen) angepasst werden.[40]

Um den Unterschied an einem Beispiel zu verdeutlichen: Wenn wie in der neueren Antidiskriminierungsgesetzgebung der verfas-

38 Und dann meist mit drastischen privatrechtskonformen Beschränkungen zu versehen. So etwa Herdegen in: Maunz/Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, Art. 1, Rn 65 ff.

39 Günter Dürig, »Grundrechte und Zivilrechtsprechung«, in: Theodor Maunz (Hg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift Hans Nawiasky*, München 1956, S. 157-210, hier S. 164.

40 Der Unterschied wird deutlich, wenn man erkennt, wie weit soziologisch orientierte Respezifizierungen der Grundrechte für Wirtschaftsorganisationen über eine rein privatrechtlich orientierte Drittwirkung der Grundrechte im Gesellschaftsrecht hinausgehen. Dazu die klassische Studie Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, S. 75 ff., 259 ff.; aus neuerer Zeit Schierbeck, »Operational Measures«, S. 168.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 202-203 09.01.2012 08:44:44

sungsrechtliche Gleichheitssatz auch in nicht-staatlichen Zusammenhängen gelten soll, dann ist es absolut unzureichend, nur die Modifikationen vorzunehmen, die sich aus den Normen des »Gleichheitssatzes im Privatrecht«, also im wesentlichen aus dessen Geltungsreduktion auf Gruppenzusammenhänge, ergeben.[41] Vielmehr müssen Kriterien verbotener Diskriminierung aus der Eigennormativität der gesellschaftlichen Institutionen, das heißt aus den gesamtgesellschaftlichen Aufgaben privater Einrichtungen entwickelt werden. Für private Schulen und Universitäten ergeben sich die Kriterien aus ihrer pädagogischen Aufgabenstellung heraus. Ganz andere Gleichbehandlungskriterien sind, ausgerichtet an ihrer jeweiligen gesellschaftlichen Funktion in wirtschaftlichen Unternehmen oder in Religionsgemeinschaften herauszubilden. Die neuere Antidiskriminierungsgesetzgebung wird diesen Unterschieden nur tendenziell gerecht und dürfte von der jetzt einsetzenden Rechtsprechung entsprechend korrigiert werden.[42] Allgemeiner: Wenn auch die anderen gesellschaftlichen Teilverfassungen, die Verfassung der Wirtschaft, der Wissenschaft, der Massenmedien und des Gesundheitswesens, ihr jeweiliges autonomes Kommunikationsmedium rechtlich formalisieren und dies heute im globalen Maßstab, dann müssen gesellschaftliche Grundrechte genau an den Formen ansetzen, mit deren Hilfe im jeweiligen Medium kommuniziert wird. In der jeweiligen Teilverfassung muss dann das einheitliche kommunikative Medium – Geld, Recht, Wissen – in dezentral distribuierte Grundrechtspositionen aufgelöst werden.

Direkte oder indirekte Drittwirkung? Diese Differenz ist durchaus nicht irrelevant, wie einige Autoren glauben machen wollen.[43] Eine verfassungssoziologisch orientierte Reformulierung würde entschieden einer *indirekten* Drittwirkung der Grundrechte das Wort reden – wenn auch in einem anderen als dem herkömmlichen Sinn. Eine direkte Drittwirkung der Grundrechte erscheint

41 Zum Gleichheitssatz im Privatrecht die klassischen Abhandlungen von Ludwig Raiser, »Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht«, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 111 (1948), S. 75-101 und Götz Hueck, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München 1958.

42 Zu den dabei auftauchenden Problemen Peter Badura, »Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), S. 347-358.

43 Besonders Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M. 1994, S. 473 ff.

demgegenüber verfehlt. Zwar betonen ihre Verfechter zu Recht, dass die gesellschaftsweite Wirksamkeit der Grundrechte nicht dadurch abgeschwächt werden darf, dass diese zu hochabstrakten Werten verdünnt oder dass sie von Privatrechtsnormen konterkariert werden.[44] Aber sie stellt letztlich doch einen Kurzschluss von Politik und gesellschaftlichen Bereichen her.[45] Statt staatliche und gesellschaftliche Grundrechtswirkungen zu homogenisieren, kommt es gerade auf ihre »indirekte« Wirkung, aber nun im Sinne ihrer kontextspezifischen Transformation, an.

Deswegen führen letztlich auch diejenigen Varianten der Drittwirkung, die ihre gesellschaftliche Geltung auf Phänomene wirtschaftlicher und sozialer Macht beschränken, in die Irre, weil sie Grundrechte zu eng nur an einem der vielen Kommunikationsmedien orientieren.[46] Diesem Irrtum erliegt auch der verfassungssoziologische Ansatz von Thornhill, der gesellschaftliche Konstitutionalisierungen immer dann – aber auch nur dann einsetzen lässt, wenn in den unterschiedlichen Teilsystemen über das Machtmedium kommuniziert wird. Das hängt damit zusammen, dass Thornhill seine Verfassungstheorie letztlich als eine Machttheorie aufführt und dann auch die Drittwirkung von Grundrechten versteht als »Transformationen der Verfassung in Korrelation mit internen Transformationen der Macht und in Anpassung an neue Bedin-

44 Dies ist die Stoßrichtung des engagierten Plädoyers für eine direkte Drittwirkung bei Gert Brüggemeier u. a. (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge 2008; Gert Brüggemeier, »Constitutionalisation of Private Law: The German Perspective«, in: Tom Barkhuysen, Siewert Lindenbergh (Hg.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden 2006, S. 59-82.

45 Dies ist der Tenor der Kritik von Marc Amstutz u. a., *Soziales Vertragsrecht: Eine rechtsevolutorische Studie*, Basel 2006.

46 Die Reduktion der Grundrechtsdrittwirkung auf Phänomene »sozialer Macht« in Analogie zur politischen Macht ist im Arbeitsrecht verbreitet. Das liegt zwar angesichts des Phänomens Organisationsmacht nahe, reduziert die Drittwirkungsfrage aber auf ein bloßes Machtausgleichsphänomen und ignoriert subtilere Grundrechtsgefährdungen. Etwa Franz Gamillscheg, »Die Grundrechte im Arbeitsrecht«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 164 (1964), S. 385-445. Ähnliche Reduktionen finden sich in explizit politischen Konzepten der Horizontalwirkung von Grundrechten, etwa Anderson, *Constitutional Rights*, S. 33 ff. Auch Tuoris Taxonomie pluraler Verfassungen sieht ausschließlich Machtbeziehungen im Fokus von Verfassungen und Grundrechten, Tuori, »Many Constitutions of Europe«, S. 11 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 204-205 09.01.2012 08:44:44

gungen gesellschaftlicher Macht«.[47] Das trifft jedoch nur einen Teil der Problematik, weil man damit zwar die Rolle von Grundrechten gegenüber Phänomenen gesellschaftlicher Macht, nicht aber die subtileren Leistungen von Grundrechten – nämlich reale Kommunikationschancen in den verschiedenen Sozialbereichsmedien zu gewähren und vor Integritätsgefährdungen durch andere Kommunikationsmedien zu schützen – thematisiert.

III. Inklusionäre Grundrechtswirkung: Zugangsrechte

Die Drittwirkungsdiskussion hat sich, wie gesagt, bisher auf die Abwehrfunktion der Grundrechte gegenüber gesellschaftlichen Machtphänomenen konzentriert, ihre Inklusionsfunktion dagegen vernachlässigt.[48] Gerade hier aber stellt sich ein strukturelles Problem spätmoderner Gesellschaften, das erst in den letzten Wellen der Globalisierung in seinen sozialschädlichen Ausmaßen sichtbar geworden ist. Das Problem liegt im *Inklusionsparadox der funktionalen Differenzierung*. Auf der einen Seite sind die Funktionssysteme so angelegt, dass sie nicht jeweils festumgrenzte Bevölkerungsgruppen als Mitglieder haben wie es in stratifizierten Gesellschaften der Fall ist (Stände, Schichten, Kasten), sondern jeweils die ganze Bevölkerung – jedoch strikt auf ihre Funktion begrenzt – inkludieren. Diese Inklusion der Gesamtbevölkerung in jedes Funktionssystem ist das »Grundgesetz« der funktionalen Differenzierung. Auf der anderen Seite aber führt gerade die innere Dynamik der Funktionssysteme dazu, dass ganze Bevölkerungsgruppen aus ihnen ausgeschlossen werden. Zudem verstärken sich diese funktionsspezifischen Exklusionen wechselseitig dann, »wenn die weitgehende Ausschließung aus dem einen Funktionssystem (zum Beispiel extreme Armut) zur Ausschließung aus anderen Funktionssystemen (zum Beispiel Schulerziehung, Rechtsschutz, stabile Familienbildung) führt.«[49] Soziale Exklusionen großen Ausmaßes wie etwa in den Ghettos amerikanischer Großstädte sind also nicht etwa das

47 Thornhill, »Constitutional Law from the Perspective of Power«, S. 247.

48 Sie wird nicht einmal erwähnt im führenden Kommentar von Herdegen in: Maunz/Dürig, Grundgesetz 58. Ergänzungslieferung 2010, Art. 1, Rn 65 ff.

49 Luhmann, *Politik der Gesellschaft*, S. 427.

Erbe traditioneller Gesellschaftsstrukturen, sondern sind von der Modernität selbst erzeugt. Damit stellt sich die beunruhigende Frage, ob es in der Entwicklungslogik funktionaler Differenzierung liegt, dass sich den binären Codes der globalen Funktionssysteme die Differenz von Inklusion/Exklusion überordnet.[50] Wird Inklusion/Exklusion zum Meta-Code des 21. Jahrhunderts, der alle anderen Codes mediatisiert, zugleich aber die funktionale Differenzierung selbst untergräbt und mit der Brisanz des Ausschlusses ganzer Bevölkerungsgruppen andere gesellschaftspolitische Probleme dominiert?

Hier setzt der gesellschaftliche Konstitutionalismus unmittelbar an mit dem Ziel, in den gesellschaftlichen Teilbereichen verfassungsrechtlich garantierte Gegeninstitutionen aufzubauen. Grundrechte wirken dann nicht nur als Grenzen der Funktionssysteme gegenüber der Autonomie der Individuen, sondern als Garantien der Inklusion der Bevölkerung in die Funktionssysteme.[51] Jetzt kann man deutlicher sehen, was es heißt, die Generalisierung und Respezifierung politischer Grundrechte statt auf abstrakte Werte auf funktionssystemspezifische Medien auszurichten. In der Politik ist die Inklusionsgarantie weitgehend verwirklicht. Das allgemeine Wahlrecht und die politischen Aktivbürgerrechte sollen es ermöglichen, dass der gesamten Bevölkerung der Zugang zum politischen Machtmedium offensteht. Dies politische Inklusionsprinzip muss dann in der Weise generalisiert werden, dass in sämtlichen Funktionssystemen der Zugang zu den jeweiligen Kommunikationsmedien durch Grundrechte nicht nur offengehalten, sondern faktisch gewährleistet wird. Das kann aber wiederum in dieser Allgemeinheit nicht gesamtgesellschaftlich durchgesetzt werden, etwa über

50 Dazu im Rahmen einer Theorie der Weltgesellschaft Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 582 ff. Zu Exklusion/Inklusion in systemtheoretischer und poststrukturalistischer Perspektive Urs Stäheli und Rudolf Stichweh (Hg.), *Exclusion and Socio-Cultural Identities: Systems Theoretical and Poststructuralist Perspectives*, Stuttgart 2002. Zu Inklusion/Exklusion in einer Policy-Perspektive Amartya Sen, *Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny*, Manila 2000.

51 Erste Schritte in diese Richtung macht Holmes, »Rhetoric of Legal Fragmentation«, S. 132 ff.; ähnliche Überlegungen zu einem grundrechtlich garantierten Status positivus in der Verfassung des Internet bei Viellechner, »Constitution of Transnational Governance Arrangements«, S. 453 ff.; ebenso Verschraegen, »Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights «.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 206-207 09.01.2012 08:44:44

eine Garantie des Zugang zu allen gesellschaftlichen Institutionen Gesellschaft, die die Politik ausspricht und durchsetzt. Denn:

> Mit der funktionalen Differenzierung des Gesellschaftssystems ist die Regelung des Verhältnisses von Inklusion und Exklusion auf die Funktionssysteme übergegangen, und es gibt keine Zentralinstanz mehr (so gern die Politik sich in dieser Rolle sieht), die die Teilsysteme in dieser Hinsicht beaufsichtigt.[52]

Vielmehr ist es eine Aufgabe der Respezifizierung, die funktionssystemspezifischen Bedingungen so zu formulieren, die Zugang zu den gesellschaftlichen Institutionen ermöglichen. Essential Services im Wirtschaftssystem, Versicherungszwang im Gesundheitswesen und die Gewährleistung des Zugangs zum Internet sind Fälle, in denen Grundrechte in ihrer Drittwirkung den Zugang zu gesellschaftlichen Institutionen erzwingen.

Ein aufschlussreiches Beispiel für ein solches Grundrecht auf Inklusion in gesellschaftliche Teilbereiche bietet die aktuelle Diskussion um die so genannte Neutralität des Internet.[53] Durch die technische Ausgestaltung des Internet ist zunächst sichergestellt, dass keine Hindernisse für den allgemeinen Zutritt zu den Märkten für Internet-Anwendungen bestehen. Das Grundrecht für freien und gleichen Zugang zu dem artifiziellen Gemeinschaftsgut Internet ist also im Prinzip technologisch garantiert und bedarf keiner zusätzlichen normativen Verstärkung. Inzwischen aber wird dies Prinzip durch neuere digitale Instrumente gefährdet, die unterschiedliche Anwendungen in Klassen zusammenfassen, denen dann die Internetdienste zu unterschiedlichen Bedingungen angeboten werden. Verletzt wird die Netzwerkneutralität dann, wenn die Netzbetreiber zwischen unterschiedlichen Klassen differenzieren und dem höchstzahlenden Anwender die höchste Priorität einräumen (Access-Tiering). Das wäre ein klarer Fall der Zugangsdiskriminierung. Andere Fälle sind Manipulationen des Suchalgorithmus durch Google oder Sperrungsmaßnahmen durch Netzbetreiber.[54] An dieser Stelle bedarf die zunächst nur technologisch fundierte Neutralität des Internet eines zusätzlichen normativ fundierten Schutzes

52 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 630.

53 Dazu Wielsch, *Zugangsregeln*, S. 249 ff.

54 Dazu Karavas, »Grundrechtsschutz im Web 2.0.«; Karavas, *Digitale Grundrechte*, S. 164 ff.; Teubner und Karavas, ⟨http://www.CompanyNameSucks.com⟩.

durch Inklusionsgrundrechte. Die Drittwirkung von Grundrechten in der Form eines Zugangsrechts in nicht-politische Institutionen müsste dazu führen, dass Duldungs- bezw. Kontrahierungspflichten das privatrechtliche Netzeigentum überlagern. »Zugangsregeln sollen sicherstellen, dass alle Nutzer des Mediums grundsätzlich die gleichen Freiheiten (Handlungsmöglichkeiten) besitzen.«[55] Den Internetbetreibern wird damit eine Diskriminierung vergleichbarer Anwendungen verboten. Über Grundrechtsgarantien wird der Zugang der Gesamtbevölkerung zur gesellschaftlichen Institution des Internet gleichsam unverfügbar gestellt.

Solche Inklusionsgrundrechte dürften schließlich auch die Ausgangsbasis für weitergehende gesellschaftspolitische Forderungen bilden. Brunkhorst hat mit Recht immer wieder darauf hingewiesen, dass das Projekt einer Konstitutionalisierung weltgesellschaftlicher Teilbereiche nur Stückwerk bleibt, wenn es nicht von einer Stärkung demokratischer Strukturen begleitet wird. Allerdings pflegen sich solche Ideen zur verstärkten demokratischen Legitimierung regelmäßig nur in der Richtung zu entwickeln, dass gesellschaftliche Prozesse enger an die institutionalisierte Politik rückgebunden werden sollen. Brunkhorst selbst verlangt eine stärkere Bindung an die politischen Prozesse der Europäischen Union. Andere suchen die Lösung im Rekurs auf die demokratisch legitimierte Politik der Nationalstaaten.[56] Wieder andere sprechen der politischen Teilverfassungen gegenüber allen anderen Teilverfassungen einen Primat zu mit der Konsequenz, dass demokratische Legitimität nur von dort angeliefert werden kann.[57]

Die hier vorgestellten Überlegungen gehen in eine andere Richtung. Die Politik des gesellschaftlichen Konstitutionalismus setzt, wie schon im vorigen Kapitel erörtert, darauf, das demokratische Potenzial in den gesellschaftlichen Teilbereichen selbst zu verstärken. Wie Wiethölter betont, geht es um das Politische in der »Ge-

55 Wielsch, *Zugangsregeln*, S. 254; detaillierte Vorschläge zur Grundrechtswirkung im Internet bei Karavas, *Digitale Grundrechte*, S. 179 ff.; einen ähnlichen Ansatz über die Grundsätze des common carrier verfolgt James B. Speta, »Common Carrier Approach to Internet Interconnection«, in: *Federal Communications Law Journal* 54 (2002), S. 225-279.

56 Zum Beispiel Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 244 f.

57 Joerges und Rödl, »Funktionswandel des Kollisionsrechts II«, S. 777 (»nicht anders denkbar«)

29628 Teubner 1. Lauf.indd 208-209 09.01.2012 08:44:44

sellschaft als Gesellschaft«. Dies bildet sich »nicht lediglich aus der ›demokratischen‹ Vereinigungssumme solcher Menschenbürger, sondern ›organisiert‹ Institutionalisierungen für Entscheidungs-, Kommunikations- und Bildungsprozesse.« Und die normative Konsequenz ist eine Horizontalwirkung von Grundrechten als Partizipationsrechten: »Der gesellschaftliche Anteil des Menschen ist sein ›Bürger-Recht‹, quer zur tradierten privatrechtlich-öffentlichrechtlichen Dichotomie.«[58] Die gesellschaftspolitische Richtungsangabe hieße: Inklusionsgrundrechte in gesellschaftliche Aktivbürgerrechte innerhalb der gesellschaftlichen Teilbereiche zu transformieren. In nationalstaatlichen Kontexten gelang es etwa der Mitbestimmungsbewegung, gesellschaftliche Aktivbürgerrechte in Wirtschaftsunternehmen, aber auch in anderen gesellschaftlichen Organisationen zu institutionalisieren. Ob in transnationalen Zusammenhängen die »stakeholder«-Bewegung äquivalente Institutionen im Rahmen von Corporate Social Responsibility aufbauen kann, ist heute eine offene Frage.

IV. Exklusionäre Grundrechtswirkung

Während solche gesellschaftlichen Inklusionsgrundrechte erst in den Anfängen ihrer Institutionalisierung stehen, ist die Drittwirkung von Grundrechten in ihrer Abwehrfunktion schon sehr viel weiter entwickelt. Im transnationalen Bereich werden zunehmend Grundrechtsverletzungen, die multinationale Unternehmen begehen, vor die Gerichte gebracht.[59]

Ebenso wie die inklusionären Grundrechte reagieren die exklusionären Grundrechte auf Probleme, welche die Ausdifferenzierung von autonomen Funktionssystemen und die Verselbständigung ihrer Kommunikationsmedien aufwerfen. Sie sehen in den Tendenzen der autonom gewordenen Funktionssysteme, ihre funktionsspezifischen Grenzen zu überschreiten, ihr Problem und suchen Garantien des Ausschlusses von Autonomiebereichen. Zuerst

58 Rudolf Wiethölter, »Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 45* 78 (1992), S. 222-240, hier S. 238.

59 Ausführlicher zur Abwehrfunktion gesellschaftlicher Grundrechte Gunther Teubner, »Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure«, in: *Der Staat* 45 (2006), S. 161-188.

und überall sichtbar verselbständigte sich die Politik und machte exzessive Inklusionsansprüche geltend. Sie löste sich aus den diffusen moralisch-religiösen-wirtschaftlichen Bindungen der alten Gesellschaft und steigerte die Usurpationsmöglichkeiten ihres Spezialmediums, der Macht, ohne dass immanente Bindungen dem noch eine Grenze setzten. Durch ihre operative Schließung und ihre strukturelle Autonomisierung schaffte sie sich neue Umwelten, denen gegenüber sie expansive, ja geradezu imperialistische Tendenzen entwickelte. Die absolute Macht setzte ungeahnte destruktive Kräfte frei, zentralisierte Macht zu legitimen kollektiven Entscheidungen, die eine eigene Sondersprache, ja eine hochgetriebene Rationalität des Politischen, entwickelte und zeigte eine inhärente Tendenz zu ihrer grenzüberschreitenden Totalisierung.[60]

Ihre Expansion ging in verschiedene Richtungen. Einmal überschritt sie die Grenze zu anderen gesellschaftlichen Handlungsbereichen. In den daraus entstehenden Konflikten bestand deren Reaktion darin, gegenüber der Politik interventionsfreie autonome Kommunikationssphären – sei es als institutionelle, sei es als personelle Grundrechte – einzufordern. Grundrechte grenzten gegenüber der Politik kommunikative Autonomieräume ab, die entweder gesellschaftlichen Institutionen oder Personen als gesellschaftlichen Konstrukten zugerechnet wurden.[61] Hier wurde also nicht die Inklusions-, sondern die Exklusionsfunktion der Grundrechte wirksam. In beiden Fällen setzten Grundrechte den Totalisierungstendenzen des politischen Machtmediums gesellschaftsinterne Schranken, indem sie die gesellschaftlichen Autonomiesphären entpolitisierten. Zum anderen – und mit besonderer Wucht – expandierte die Politik über die Gesellschaftsgrenzen hinweg mit ihren Versuchen, die menschliche Psyche und Körper zu kontrollieren. Deren Gegenwehr wurde erst wirksam, wenn sie als Protest in Klage und Gewalt kommuniziert werden konnte, in politische Kämpfe der Unterdrückten gegen ihre Unterdrücker gesellschaftlich übersetzt und letztlich über historische Kompromisse in politische Garantien der Selbstbeschränkung der Politik gegenüber den Menschen als psycho-physischen Einheiten einmündete.

60 Grundlegend dazu wieder Luhmann, *Grundrechte als Institution*, S. 24.

61 Zum Verhältnis von individuellen und institutionellen Grundrechten Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2004, S. 77.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 210-211 09.01.2012 08:44:44

Dies auf Staatsabwehr bezogene Modell der Grundrechte funktionierte nur solange, als der Staat mit der Gesellschaft identifiziert oder wenigstens der Staat als Organisationsform der Gesellschaft und die Politik als hierarchische Koordinierung der Gesellschaft angesehen werden konnte. Erst als auch in diesem Zusammenhang deutlich wurde, dass die moderne Gesellschaft vom Dualismus Individuen/Gemeinwesen nur unzureichend beschrieben wird, und als die Freisetzung und Autonomisierung anderer hochspezialisierter kommunikativer Medien (Geld, Wissen, Recht, Medizin, Technologie) bewusst wurde, wurde dies Modell deplausibilisiert. Exakt an dieser Stelle entsteht nun die Problematik der Drittwirkung exklusionärer Grundrechte, also der Abwehrrechte gegen gesellschaftliche Institutionen. Die Fragmentierung der Gesellschaft multipliziert die Grenzzonen der verselbständigten Kommunikationsmedien zu den individuellen und institutionellen Autonomiebereichen.[62]

Damit wird auch hier sichtbar, dass sich das Problem der Menschenrechte nicht auf das Verhältnis Staat-Individuum oder auf den Bereich der institutionalisierten Politik oder auch nur auf Machtphänomene im weitesten (Foucaultschen) Sinne beschränken lässt. Die spezifische Gefährdung durch ein verselbständigtes kommunikatives Medien geht nicht nur von der Politik, sondern im Prinzip von allen autonomisierten Subsystemen aus, die eine expansive Eigendynamik entwickeln. Für die Wirtschaft hat dies Marx insbesondere durch solche Begriffe wie Entfremdung, Fetischisierung, Autonomie des Kapitals, Kommodifizierung der Welt, Ausbeutung des Menschen verdeutlicht. Heute sehen wir – am deutlichsten bei Foucault, Agamben, Legendre[63] – ähnliche Integritätsbedrohungen durch die Matrix der Naturwissenschaften, durch die der Psychologie und der Sozialwissenschaften, der Technologien, der Medizin,

62 Den institutionellen Aspekt betont Ladeur ebd., S. 64: »Grundrechte können dann zur Selbstreflexion des Zivilrechts beitragen, wenn es – wie bei der Drittwirkung der Kommunikationsfreiheiten – um den Schutz nicht-wirtschaftlicher Interessen und Güter geht.«

63 Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt/M. 2002; Michel Foucault, Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt/M. 1976, 220 ff.; Pierre Legendre, »Der mordende Mensch«, in: ders. (Hg.), *Die Fabrikation des abendländischen Menschen*, Wien 1999, S. 37-61.

durch Presse, Rundfunk, Fernsehen (Stichworte: Dr. Mengele,[64] Reproduktionsmedizin, Lebensverlängerung auf Intensivstationen, die verlorene Ehre der Katharina Blum[65]).

Deswegen steht für Grundrechte als Abwehrrechte heute das Problem der Fragmentierung der Gesellschaft im Zentrum. Es gibt nicht die eine Grenze politischer Kommunikation/Mensch, an der die Menschenrechte Wache stehen. Vielmehr entstehen die Probleme in zahlreichen gesellschaftlichen Institutionen, die je eigene Grenzen zu ihren menschlichen Umwelten herausbilden: der Grenze Politik/Individuum, Wirtschaft/Individuum, Recht/Individuum, Wissenschaft/Individuum. Alles kommt dann darauf an, dass man die unterschiedlichen Grenzstellen identifiziert, um die integritätsgefährdenden Grenzverletzungen in ihrer Eigenart zu erkennen. Wo finden sich die Grenzposten? – Antwort: In den verschiedenartigsten Personkonstrukten der Teilsysteme, das heißt Homo politicus, oeconomicus, juridicus; organisatoricus, retalis etc. Diese sind zwar nur Konstrukte innerhalb der Kommunikation, die Zurechnung ermöglichen, zugleich aber reale Kontaktstellen zu den Menschen »draußen im Lande«.[66] Durch die Maske der »Person« hindurch kontaktieren die Sozialsysteme die Menschen, sie können zwar nicht mit ihnen kommunizieren, sie können sie aber massiv irritieren und sich ihrerseits von ihnen irritieren lassen. In enggeführten Perturbationszyklen irritiert Kommunikation das Bewusstsein mit selektiven »Anfragen«, das durch personale Rationalitätsannahmen konditioniert ist, und lässt sich durch die »Antworten«, wiederum hochselektiv konditioniert, irritieren. In die-

64 Die Menschenexperimente des Dr. Mengele wurden gemeinhin als Ausdruck einer sadistischen Persönlichkeit oder als Versklavung der Wissenschaft durch die totalitäre Nazi-Politik angesehen. Gerade neuere Forschungen aber zeigen, dass es sich in der Tat um expansionistische Tendenzen des Wissenschaftssystems handelt, das aus seiner Eigendynamik heraus, insbesondere aus dem internationalen Konkurrenzdruck jede, aber auch jede Gelegenheit zur Wissensakkumulierung ergreift, wenn es nicht durch externen gesellschaftlichen Gegendruck daran gehindert wird. Dazu Hans-Walter Schmuhl, *Grenzüberschreitungen: Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, Göttingen 2005.

65 Heinrich Böll, *Die verlorene Ehre der Katharina Blum oder: Wie Gewalt entstehen und wohin sie führen kann*, Köln 1992.

66 Dazu präzise Peter Fuchs, *Der Eigen-Sinn des Bewußtseins: Die Person – die Psyche – die Signatur*, Bielefeld 2003, S. 16 f., 28 f., 30 f., 33 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 212-213 09.01.2012 08:44:44

ser Rekursivität findet die »Ausbeutung« des Menschen durch die Sozialsysteme (nicht durch die Menschen!) statt. Das Sozialsystem als hochspezialisierter Kommunikationsprozess konzentriert seine Irritationen der Menschen auf die sozialen Person-Konstrukte. Es »saugt« ihnen für die Selbsterhaltung seiner Umweltdifferenz psychische und körperliche Energien ab. Die Foucaultschen Disziplinierungsmechanismen entfalten erst auf diese spezifische Weise ihre eigentümliche Wirkung.[67]

V. Die anonyme Matrix

Wenn Grundrechtsverletzungen systematisch auf totalisierende Tendenzen gesellschaftlicher Teilrationalitäten zurückzuführen sind, dann hat es offensichtlich keinen Sinn mehr, die horizontale Grundrechtswirkung so zu sehen, als ginge es um Beziehungen zwischen privaten Akteuren, deren Grundrechte gegeneinander abzuwägen wären. Dies ist aber immer noch die herrschende Meinung.[68] Was genau ist aber dann als Ursprung der Grundrechtsverletzung anzusehen? Das Bild der »Horizontalität« verharmlost die Menschenrechtsproblematik geradezu unerträglich, als ob es in der Drittwirkungsfrage nur darum ginge, dass einzelne Mitglieder der Gesellschaft andere Mitglieder in ihren Rechten verletzten. Die Integritätsverletzung von Menschen durch andere Menschen ist jedoch eine gänzlich verschiedene Problematik, die schon lange vor der radikalen Gesellschaftsfragmentierung unserer Tage entstanden ist und von der eigentlichen Grundrechtsproblematik systematisch zu trennen ist.[69] Sie wurde in der Tradition so formuliert, dass

67 Einzelheiten zu den Personkonstrukten als Kontaktstelle zwischen Kommunikation und Psyche Gunther Teubner und Michael Hutter, »Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und Homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen«, in: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Hg.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?*, Frankfurt/M. 1994, S. 110-145.

68 Repräsentativ BVerfG 89, 214 ff. (Bürgschaft); Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 484.

69 Sicherlich können Menschen einander Schlimmstes antun, indem sie subjektive Rechte der fundamentalsten Art (Leben, Würde) verletzen. Das ist aber in dem hier verstandenen Sinne (noch) keine Grundrechtsfrage, sondern eine Frage der Fundamentalnormen des Strafrechts und des Deliktsrechts. Grundrechte im modernen Sinn sind nicht gegen Gefährdungen durch Menschen, sondern gegen Gefährdungen durch die Matrix der Systeme gerichtet.

den Personen »subjektive Rechte« gegeneinander zugesprochen werden. Philosophisch ausgearbeitet hat dies die Theorie der subjektiven Rechte in der kantischen Tradition, wonach idealerweise die Sphären der Willkürfreiheit der Bürger derart voneinander abgegrenzt sind, dass das Recht eine verallgemeinerungsfähige Form annehmen kann. Juristisch ist dieses Denken besonders deutlich ausgeprägt im klassischen Deliktsrecht, in dessen Zentrum nicht einfach Schädigungen, sondern die Verletzung subjektiver Rechte stehen.

»Grundrechte«, wie sie hier vorgeschlagen werden, unterscheiden sich von »subjektiven Rechten« des Privatrechts dadurch, dass sie gerade nicht die wechselseitige Gefährdung von Individuen durch Individuen, also intersubjektive Beziehungen betreffen, sondern die *Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices (Institutionen, Diskursen, Systemen) für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen.* Grundrechte definieren sich im Unterschied zu allgemeinen subjektiven Rechten weder von der Fundamentalität des betroffenen Rechtsguts her noch von ihrer Privilegierung in Verfassungstexten, sondern als soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen. Die anglo-amerikanische Tradition spricht in beiden Situationen undifferenziert von »rights« und verpasst damit von vornherein die fundamentale Unterscheidung von subjektiven Rechten und Grundrechten, kann sie andererseits zwanglos gemeinsam behandeln. Dagegen kommen der strafrechtliche Begriff der Makrokriminalität und die Strafrechtsverantwortung von formalen Organisationen der hier gemeinten Problematik nahe.[70] Sie betreffen Normverletzungen, die nicht von konkreten Menschen, sondern von unpersönlichen Sozialprozessen ausgehen, die sich menschlicher Täter als ihrer Funktionäre bedienen.[71] Sie beschränken sie allerdings auf die Gefährdungen, die von eher anschaulichen »Kollektivakteuren« (Staaten, politischen Parteien, Wirtschaftsunternehmen, Konzernen, Verbänden) ausgehen und verfehlen die

70 Dazu etwa Herbert Jäger, *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt/M. 1989.

71 Zur Klarstellung sei betont, dass damit nicht etwa die individuelle Verantwortung hinter der kollektiven verschwindet, sondern dass beide stets nebeneinander bestehen, jedoch unterschiedlichen Voraussetzungen unterliegen.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 214-215 09.01.2012 08:44:45

Gefährdung durch die anonyme »Matrix«, durch verselbständigte kommunikative Prozesse (Institutionen, Funktionssysteme, Netzwerke), die gerade nicht als Kollektive personifiziert sind. Schon die staatsgerichteten Menschenrechte dürfen nicht als Beziehungen zwischen politischen Akteuren (Staat vs. Bürger), also als Ausdruck von Person-Person-Beziehungen gesehen werden. Vielmehr geht es dort um Beziehungen zwischen anonymen Machtprozessen auf der einen Seite und den geschundenen Körpern und den verletzten Seelen auf der anderen. Das wird in der Kommunikation nur sehr unvollkommen, um nicht zu sagen irreführend, als Person-Person-Verhältnis ausgedrückt.

Man beginge also einen Kategorienfehler, wenn man die Horizontalwirkung der Grundrechte als Abwägung subjektiver Rechte zwischen Einzelpersonen realisiert.[72] Dann landet man bloß im Deliktsrecht mit seinen interpersonalen Beziehungen. Und man ist gezwungen, die konkreten staatsgerichteten Grundrechte auf die unterschiedlichsten interpersonalen Beziehungen pauschal anzuwenden – mit desaströsen Folgen für Wahlfreiheiten in der Intersubjektivität. Hier liegt der letztlich rationale Kern der – ihrerseits völlig überzogenen und die Problematik verfehlenden – exzessiven Proteste der Privatrechtler gegen das Eindringen der Grundrechte ins Privatrecht.[73]

Den Kategorienfehler vermeidet man, wenn man sowohl die »alte« politische als auch die »neue« polykontexturale Menschenrechtsproblematik so versteht, dass nicht Menschen von Mitmenschen bedroht werden, sondern von anonymen kommunikativen Prozessen, die überhaupt erst einmal identifiziert werden müssen. Am deutlichsten sieht dies Foucault, wenn er das Machtphänomen

72 Sehr kritisch gegenüber der Abwägung von subjektiven Rechten im Bereich der grundrechtlichen Drittwirkung Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, S. 58 ff.

73 Uwe Diederichsen, »Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 198 (1998), S. 171-260; Uwe Diederichsen, »Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 197 (1997), S. 57-64; Wolfgang Zöllner, »Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den so genannten Ungleichgewichtslagen«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 196 (1996), S. 1-36; Dieter Medicus, »Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 192 (1992), S. 35-70, hier S. 35.

radikal entpersonifiziert und die heutigen Mikromachtbeziehungen in den Kapillaren der Gesellschaft als Ausdruck von Diskursen/Praktiken der »Disziplinen« ansieht.[74]

Die Menschenrechtsfrage im strengen Sinne muss heute als Gefährdung der Leib/Seele-Integrität der Einzelmenschen durch eine Vielzahl anonymer und verselbständigter, nun globalisierter Kommunikationsprozesse verstanden werden. Die Fragmentierung der Weltgesellschaft in autonome Subsysteme schafft dabei nicht nur neue gesellschaftsexterne Grenzstellen zwischen Subsystem und Menschen, sondern darüber hinaus auch neue gesellschaftsinterne Grenzstellen, an denen die Expansionstendenzen der Subsysteme in je spezifischer Weise wirken.[75] Dann wird deutlich, wie die neue »Gleichung« aussehen muss, die die alte »Gleichung« der horizontalen Grundrechtswirkung, die von einer Relation zwischen zwei privaten Akteuren ausging – dem privaten Täter und dem privaten Opfer der Grundrechtsverletzung – ablöst. Auf der einen Seite der Gleichung steht jetzt nicht mehr ein privater Akteur als Ursprung der Grundrechtsverletzung, sondern die *anonyme Matrix eines verselbständigten kommunikativen Mediums*. Auf der anderen Seite der Gleichung steht nicht mehr einfach das kompakte Individuum, sondern der bisher einheitlich verstandene Individualschutz löst sich angesichts der neuen Grenzziehungen in mehrere Dimensionen auf. Auf dieser Seite der Gleichung muss man die Grundrechte systematisch auffächern in drei Dimensionen:

– *institutionelle Grundrechte* als Autonomiegarantien für gesellschaftliche Prozesse, die sich gegen deren Überwältigung durch totalisierende Tendenzen der kommunikativen Matrix richten. Hier wirken die Grundrechte in ihrer Drittwirkung als »Kollisionsnormen« zwischen gesellschaftlichen Teilrationalitäten, etwa indem sie die Integrität der Kunst, der Familie, der Religion gegen

74 Das Problem ist allerdings die geradezu obsessive Fixierung auf das Machtphänomen, die ihn zu einer unsinnigen Aufblähung des Machtbegriffs führt und mit der er die subtileren Einflüsse anderer Kommunikationsmedien nur selektiv wahrnehmen kann.

75 Dazu ausführlich Fischer-Lescano und Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 25 ff. Dem folgt in der Diagnose, wenn auch nicht in der Therapie Martti Koskenniemi (2005), *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, ⟨http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf⟩.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 216-217 09.01.2012 08:44:45

totalisierende Tendenzen der Wissenschaft, der Medien oder der Wirtschaft zu schützen suchen.[76]

– *personale Grundrechte* als innergesellschaftliche Autonomieräume von Kommunikationen, die nicht auf Institutionen, sondern auf die sozialen Artefakte »Personen« zugerechnet werden.

– *Menschenrechte* als negative Schranken gesellschaftlicher Kommunikation, wenn die Integrität von Psyche und Körperlichkeit durch Grenzüberschreitungen der kommunikativen Matrix gefährdet ist.

Zu betonen ist, dass konkrete Grundrechte diesen Dimensionen nicht eins zu eins zuzuordnen sind, sondern dass hier mannigfache Überlagerungen stattfinden. Manche Grundrechte sind im Schwerpunkt der einen oder anderen Dimension zuzurechnen (etwa: Kunstfreiheit und Eigentum primär der institutionellen, Meinungsfreiheit primär der personalen und Gewissensfreiheit primär der menschenrechtlichen Dimension) manche Grundrechte werden alle drei Dimensionen aufweisen (etwa: Religionsfreiheit). Umso wichtiger ist es dann, sorgfältig innerhalb der einzelnen Grundrechte die drei Dimensionen zu unterscheiden und auf ihre unterschiedlichen Rechtsformen und Verwirklichungsbedingungen zu achten.

VI. Justizialisierung?

Die Anschlussfrage für Juristen heißt: Gelingt es, die »horizontale« Grundrechtswirkung von innergesellschaftlichen Konflikten (Person vs. Person) auf System/Umwelt-Konflikte umzudenken, oder anders: von interpersonalen Konflikten zwischen individuellen Grundrechtsträgern auf Konflikte zwischen anonymen Kommunikationsprozessen einerseits und konkreten Individuen andererseits?

Die Schwierigkeiten sind enorm. Um nur einige anzuführen: Wie kann überhaupt ein System/Umwelt-Konflikt, der »zwischen« den Sinnwelten Kommunikation und Bewusstsein stattfindet, von der Kommunikation als Konflikt, als Gesellschaftskonflikt oder gar Rechtskonflikt »thematisiert« werden. Ein echtes Lyotard-Problem, wenn schon nicht als *litige*, dann wenigstens als *différend*?[77] Mangels einer Super-Sinn-Instanz kann ihn nur entweder das psychische Erleben erleiden und er wird aber dann ungehört bleiben. Oder er wird in Kommunikation »übersetzt«, aber dann verlangt man, paradox und unwahrscheinlich genug, dass die Rechtsverletzer (die Gesellschaft, die Kommunikation) ihre eigenen Verbrechen sanktionieren! Das macht den Bock zum Gärtner. Aber man bedenke: einigen Nationalstaaten ist über die Institutionalisierung von politischen Grundrechten genau eine solche Selbstbegrenzung – wie unvollkommen auch immer – gelungen.

Wie kann das Recht den Grenzkonflikt qualifizieren, wenn es doch nur über die Sprache der »Rechte« von »Personen« verfügt?[78] Kann es in dieser armseligen Sprache überhaupt den Unterschied von gesellschaftsinternen (institutions- und personbezogenen) und gesellschaftsexternen (menschbezogenen) Grundrechtskonflikten konstruieren? Hier stoßen wir nicht nur an die Grenzen der Rechtsdogmatik, sondern zugleich an die Grenzen des Gerichtsprozesses. Immer muss dort ein Kläger gegenüber einem Beklagten eine Verletzung seiner Rechte einklagen. Lassen sich in dieser zwanghaften Binarisierung als Person-Person-Konflikte überhaupt Menschenrechte gegen die strukturelle Gewalt von anonymen Kommunikationsprozessen einklagen? Es wird – jedenfalls im Gerichtsprozess – gar nicht anders gehen, als dass man den oben so harsch kritisierten Kategorienfehler schlicht weiter benutzt – aber ihn im Bewusstsein seiner Falschheit immanent mit einer Differenz korrigiert, soweit das möglich ist. Also: individuelle Klagen gegen private Akteure, innerhalb derer dann Menschenrechte, also nicht: Rechte von Personen gegen Personen, sondern Rechte von Menschen aus Fleisch und Blut gegen die strukturelle Gewalt der Matrix thematisiert werden. Oder traditionell formuliert: innerhalb individueller Klagformen muss die eigentlich gemeinte Auseinandersetzung mit institutionellen Problemen stattfinden. Ähnli-

76 Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, S. 60, 69 f., 71 f.; Gunther Teubner, »Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken«, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften* 83 (2000), S. 388-404; Christoph Graber und Gunther Teubner, »Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere«, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), S. 61-74.

77 Lyotard, *Der Widerstreit*.

78 Eine kluge Kritik des Rights Talk im Recht formuliert Ann Glendon, »Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse«, in: Don E. Eberly (Hg.), *The Essential Civil Society Reader*, Oxford 2000, S. 305-316.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 218-219 09.01.2012 08:44:45

ches ist schon von bisherigen institutionellen Grundrechtstheorien bekannt, die als Grundrechtsträger nicht nur Personen, sondern auch Institutionen anerkennen.[79] Wer politische Meinungsfreiheit als Individualrecht einklagt, setzt sich zugleich für die Integrität des politischen Willensbildungsprozesses ein. Nur geht es jetzt nicht um Rechte von apersonalen Institutionen gegen den Staat, sondern in mehrfacher Umkehrung des Verhältnisses um Rechte von Individuen außerhalb der Gesellschaft gegen gesellschaftliche Institutionen außerhalb des Staats.

Ist die im Prinzip plausible Unterscheidung so trennscharf, dass sie auch justitiabel ist? Lassen sich Person/Person-Konflikte von Individuum/Individuum-Konflikten einerseits und von Kommunikation/Individuum-Konflikten andererseits trennen, wenn doch Kommunikation nur über Personen ermöglicht wird? In die Sprache der Gesellschaft und in die des Rechts übersetzt wird dies zu einem Zurechnungsproblem. Who dunnit? Ist die konkrete Integritätsgefährdung nicht Personen/Individuen, sondern anonymen Kommunikationsprozessen zuzurechnen? Wenn ja, dann wäre ein genuines Menschenrechtsproblem auch in der armseligen Sprache des Rechts formuliert.[80]

In extremer gerade noch zu verantwortender Vereinfachung lässt sich die »horizontale« Menschenrechtsproblematik folgendermaßen in bekannten juristischen Kategorien qualifizieren: Die Menschenrechtsproblematik in privatrechtlich geregelten Zusammenhängen besteht nur dann, wenn die Gefährdung der Individuen von gesellschaftlichen »Institutionen« ausgeht (und nicht bloß von individuellen Akteuren, denn dann greifen die traditionellen privatrechtlichen Normen). Mit Institutionen sind im Prinzip private formale Organisationen und private Regimes angesprochen. Wichtigste Fälle wären nationale und transnationale Wirtschaftsunternehmen und andere private Verbände, ebenso private Standardisierungen und ähnlich private Normierungs- als private Regimes.[81] Man muss sich allerdings darüber klar sein, dass der Institutionsbegriff die eigentlich gemeinten durch ein Spezialmedium charakterisierten integritätsgefährdenden Kommunikationsaktverkettungen – was hier mit der Metapher der anonymen »Matrix« ausgedrückt wird – nur unvollkommen abbildet und ihre expansiven Dynamiken kaum sichtbar macht. Aber er hat für Juristen, die sich gezwungenermaßen an Normen und Personen orientieren, den unschätzbaren Vorteil, dass Institution als Normenbündel definiert ist und auch personifiziert werden kann. Im Begriff der Institution läge also eine Richtungsangabe für die Respezifizierung der Grundrechte in gesellschaftlichen Bereichen (sozusagen das Äquivalent für den Staat als Institution und als Person im politischen Bereich). Ergebnis wäre dann die auch für den »Juristen als solchen« plausible Formel der »Drittwirkung«: Keine horizontale Grundrechtswirkung zwischen privaten Akteuren als Abwägung zwischen individuellen Grundrechtsträgern. Stattdessen: Menschenrechte, Personenrechte und Diskursrechte gegenüber gesellschaftlichen Institutionen.

Diese Schwierigkeiten der Justitiabilität zeigt, wie wenig der juridische Optimismus angebracht ist, man werde mit rechtsdogmatischen Mitteln das Menschenrechtsproblem schon lösen können. Bereits die institutionellen Grundrechte konfrontieren das Recht mit den Grenzen zu anderen gesellschaftlichen Teilsystemen. Kann ein Diskurs dem anderen gerecht werden? Ein Problem, dessen Dilemmata Lyotard analysiert hat.[82] Aber immerhin ein innergesellschaftliches Problem, auf das Luhmann mit dem Konzept von Gerechtigkeit als gesellschaftsadäquater Komplexität zu reagieren versucht hat.[83] Dramatischer noch ist die Situation von Menschenrechten, die an der Grenze zwischen Kommunikation und Mensch angesiedelt sind. Alle tastenden Versuche einer Juridifizierung von Menschenrechten können nicht darüber hinwegtäuschen, dass

79 Am deutlichsten in der impersonalen Grundrechtskonzeption von Ridder, *Soziale Ordnung des Grundgesetzes*, S. 85 ff. Dazu Karl-Heinz Ladeur, »Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie«, in: *Kritische Justiz* 32 (1999), S. 281-300.

80 Die Problematik ist vergleichbar mit der Abgrenzung von hoheitlichem und fiskalischem Handeln im öffentlichen Recht oder dem von Organhandeln und persönlichem Handeln im Privatrecht.

81 Die Renaissance des Institutionenbegriffs in den verschiedenen Disziplinen kommt nicht von Ungefähr. Seine Relevanz für die Rechtswissenschaft diskutiert Julia Black, »New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis Institutionalist Approaches to Regulatory Decision Making«, in: *Law & Policy* 19 (1997), S. 51-93.

82 Lyotard, *Der Widerstreit*, S. 9 ff.

83 Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, S. 214 ff.; Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1981, S. 374 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 220-221 09.01.2012 08:44:45

es sich um ein im strengen Sinne unmögliches Projekt handelt. Wie kann jemals die Gesellschaft den Menschen »gerecht« werden, wenn die Menschen nicht ihre Teile sind, sondern außerhalb der Kommunikation stehen, wenn die Gesellschaft nicht mit ihnen kommunizieren kann, allenfalls über sie, ja sie nicht einmal erreichen, sondern bloß entweder irritieren oder zerstören kann? Angesichts unmenschlicher gesellschaftlicher Praktiken ist die Gerechtigkeit der Menschenrechte ein brennendes Problem – aber ein Problem ohne jede Aussicht auf Lösung. Das sollte in aller Härte ausgesprochen werden.

Wenn Gerechtigkeit im Verhältnis von Kommunikation zum Menschen positiv herzustellen, definitiv unmöglich ist, dann bleibt, will man sich nicht auf einen poststrukturalistischen Quietismus einlassen, nur eine zweitbeste Lösung. Man wird sich in der Rechtskommunikation damit zufrieden geben müssen, dass das System/Umwelt-Problem nur über die unzulänglichen Sensoren von Irritation, Rekonstruktion und Re-entry erfahrbar ist. Die Tiefendimension von kommunikativ-menschlichen Konflikten kann vom Recht allenfalls erahnt werden. Und als Richtungsangabe bleibt nur das juridische Verbot, mit dessen Hilfe eine Selbstbegrenzung der Kommunikation möglich erscheint.[84] Aber auch dieses Verbot kann die Transzendenz des anderen nur als Gleichnis beschreiben. Dies ist ein letztlich zum Scheitern verurteiltes Gerechtigkeitsprogramm, das sich gerade nicht mit Derrida damit trösten kann, dass es »im Kommen« ist,[85] sondern wissen muss, dass es prinzipiell unmöglich ist. Die Gerechtigkeit der Menschenrechte kann dann allenfalls negativ formuliert werden. Sie ist auf Beseitigung ungerechter Zustände, nicht auf Perfektion gerechter Zustände, gerichtet. Sie ist nur Gegenprinzip zur kommunikativen Verletzung von Leib und Seele, Protest gegen Unmenschlichkeiten der Kommunikation, ohne dass jemals positiv gesagt werden könnte, was die Bedingungen einer »menschengerechten« Kommunikation wären.

84 Damit erklärt sich womöglich der hohe Stellenwert, der gerade dem juridischen Verbot von so unterschiedlichen Autoren wie Rudolf Wiethölter und Pierre Legendre zugesprochen wird: Wiethölter, »Recht-fertigungen eines Gesellschafts-Rechts«, S. 20 f.; Pierre Legendre, *Das Verbrechen des Gefreiten Lortie: Abhandlung über den Vater*, Freiburg 1998, S. 145 ff., bes. S. 163.

85 Jacques Derrida, *Gesetzeskraft: Der ›mystische Grund der Autorität‹*, Frankfurt/M. 1991, S. 56.

Sechstes Kapitel: Kollision und Vernetzung transnationaler Verfassungen

I. Das Fehlen einer Drittinstanz

Verfassungsfragmente – das ist das Bild, das der gesellschaftliche Konstitutionalismus in der Globalisierung bietet. Wie in den vorangehenden Kapiteln gezeigt, machen heute spezialisierte transnationale Regimes als Verfassungssubjekte den Nationalstaaten Konkurrenz. Weil sie nicht im Machtmedium der Politik, sondern in den Medien anderer Funktionssysteme kommunizieren, bilden sie Eigenverfassungen heraus, deren Organisationsnormen und Grundrechte sich deutlich voneinander und von denen der Nationalstaaten unterscheiden. In dieser Situation sind Verfassungskollisionen vorprogrammiert. Und in der Tat, in der Rechtspraxis beherrschen Konflikte zwischen transnationalen Regimes das Feld.[1] Die folgenden vier Konfliktsituationen haben die Rechtspraxis immer wieder beschäftigt:[2]

(1) Normen zweier oder mehrer internationaler Rechtsregimes kollidieren in der gleichen Fallkonstellation. Beispiel: Konflikt zwischen dem internationalen Menschenrechtsregime und dem humanitären Kriegsvölkerrecht.[3]

(2) Die Gerichtsinstanz eines Rechtsregimes steht vor der Frage, ob sie Normen eines anderen Regimes anwenden soll. Beispiel: Ein WTO-Panel ist mit Normen des internationalen Umweltrechts konfrontiert.[4]

1 Die inzwischen unüberschaubare Diskussion zur Fragmentierung des globalen Rechts bringt die offizielle Stellungnahme der Juristenprofession auf den Punkt, International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (13. April 2006) (Martti Koskenniemi).

2 Im Anschluss an die Typologie bei Dunoff, »New Approach to Regime Interaction«, 139 ff.

3 Alexander Orakhelashvilli, »The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?«, in: *European Journal of International Law* 19 (2008), S. 161-182.

4 Vgl. European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing

29628 Teubner 1. Lauf.indd 222-223 09.01.2012 08:44:45

(3) Die gleiche Rechtsfrage wird vor verschiedenen Streitschlichtungsinstitutionen aufgeworfen, Beispiel: Der Swordfish-Fall, der bei der WTO und der ITLOS anhängig wurde.[5]

(4) Verschiedene internationale Tribunale interpretieren die gleiche Rechtsnorm unterschiedlich. Beispiel: Der ICJ und der ICTY streiten über die Voraussetzungen, wann das Verhalten nichtstaatlicher Akteure einem Staat zugerechnet werden muss.[6]

Diese Konflikte lassen sich, wie anderswo gezeigt, nicht auf einfache Norm- oder Policy-Konflikte reduzieren.[7] Wenn Eigenverfassungen der Regimes das Ergebnis doppelter Reflexivität – des Funktionssystems und des Rechts – sind, dann reproduzieren sie immer auch in ihren Verfassungskollisionen die fundamentalen Rationalitätenkonflikte der Weltgesellschaft. An dieser Stelle versuchen nun kosmopolitische Theorien einer Globalverfassung ein zweites Mal einzusetzen.[8] Zwar sind ihre Hoffnungen auf einen Weltstaat inzwischen verflogen. Und auch der Weg der Europäischen Union, über einen zentralisierten Gerichtshof die Konflikte zwischen ökonomischer, politischer und sozialer Verfassung zu entscheiden, bleibt auf der globalen Ebene auf lange Sicht, wenn nicht

of Biotech Products, WT/DS291/R (29. September 2006) (Kollision mit der Convention on Biological Diversity und dem Biosafety Protocol); Petros C. Mavroidis, »No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts?«, in: *American Journal of International Law* 102 (2008), S. 421-474.

5 Marcos Orellana, »The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO«, in: *Nordic Journal of International Law* 71 (2002), S. 55-82.

6 Richard Goldstone und Rebecca Hamilton, »Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 95-112.

7 Dazu eingehend Fischer-Lescano und Teubner, *Regime-Kollisionen*, S. 10 ff. Auch Kumm analysiert die Regime-Kollisionen nicht bloß als Konflikte zwischen verschiedener Rechtsordnungen, sondern ausdrücklich als Konflikte zwischen verschiedenen transnationalen Verfassungen, Mattias Kumm, »An Integrative Theory of Global Public Law: Cosmopolitan, Pluralist, Public Reason Oriented«, in: *Ms Berlin WZB* (2012), S. 35.

8 Neuerdings wieder plädiert für einen Weltstaat William E. Scheuerman, »Review of Hauke Brunkhorst, Solidarity: From Civic Friendship to Global Legal Community«, in: *Ethics & International Affairs* 19 (2005), S. 113-115. Für ein einheitliches Weltrecht Harold J. Berman, »World Law: An Ecumenical Jurisprudence of the Holy Spirit«, in: *Emory University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series* Research Paper No. 05-4 (2005), S. 1-16.

für immer, verschlossen.[9] Doch bleibt ihnen als zweitbeste Lösung eine Weltverfassung (ohne Weltstaat), welche die notwendige Koordination der zentrifugalen Kräfte übernehmen soll.[10] Statt Weltstaat wird nun die »internationale Gemeinschaft« zur Bezugsgröße eines emergierenden Weltverfassungsrechts, die nicht mehr bloß, wie im traditionellen Völkerrecht, als Gemeinschaft souveräner Staaten, sondern als Ensemble von politischen und gesellschaftlichen Akteuren und zugleich als Rechtsgemeinschaft der Individuen gefasst wird.[11] Und an dieser Stelle setzen wieder alle die Stimmen ein, die es als die ureigene Aufgabe der Politik ansehen, wenn schon nicht die Steuerung der Gesellschaft, dann doch wenigstens die Koordination ihrer Teilsysteme zu übernehmen – und dies für die ganze Welt.[12]

Doch Empirie und Theorie der Weltgesellschaft sprechen eine andere Sprache. Schon innerhalb der Teilsysteme der Weltgesellschaft – in der internationalen Politik, in der globalen Wirtschaft, im Recht und in der Wissenschaft – sind die Instanzen zentraler Koordination recht schwach ausgeprägt. Noch schwächer ist die Koordination weltgesellschaftlichen Funktionssysteme untereinander. »Hegemoniale Regimes« setzen zwar immer wieder dazu an, ihre Teilrationalität den anderen Regimes aufzuzwingen.[13] Doch in der jüngsten Finanzkrise ist der ehrgeizige Versuch, die Kapitalmärkte als Koordinationsinstanzen weltgesellschaftlicher Teilsysteme zu inthronisieren, grandios gescheitert. Und die nach der Krise erneuerten Versuche, über die internationale Politik eine gesamtgesellschaftliche Koordination zu erreichen, zeigen schon wieder die

9 Kollisionen zwischen den »vielen Verfassungen Europas« (die ökonomische, politische, rechtliche, soziale Verfassung der EU) werden heute vom EuGH entschieden, dazu Tuori, »Many Constitutions of Europe«, S. 28 f.

10 Dazu die Beiträge in Mathias Albert und Rudolf Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden 2007.

11 Brunkhorst, »Legitimationskrise der Weltgesellschaft«; Brunkhorst, »Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft«. Kritik am Begriff der internationalen Gemeinschaft übt David Kennedy, »One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream«, in: *New York University Review of Law & Social Change* 31 (2007), S. 641-659.

12 Scheuerman, »Review of Hauke Brunkhorst, Solidarity«.

13 Aufschlussreich für die verschiedenen Versuche Koskenniemi, »Hegemonic Regimes«.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 224-225 09.01.2012 08:44:45

Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Auch im globalen Recht ist keine hierarchische Instanz sichtbar, welche das »redemptive narrative« formulierte, um die Verfassungskonflikte mit, wie es Cover ausdrückt, jurispathischen Mitteln, also mit der Zerstörung der Identität einer Rechtsordnung zugunsten der höheren Prinzipien einer anderen Rechtordnung, zu lösen.

Die Rechtspraxis spiegelt stattdessen die Realität wider, dass internationale Gerichte eine Welt bewohnen, deren Rechtsnormen geradezu überborden, eine Welt multipler Nomoi – die aber dennoch nicht jurispathisch sein kann. Covers Argument wird geradezu auf den Kopf gestellt: Internationale Gerichte bewohnen eine Welt des Nomos ohne Narrativ.[14]

In der Weltgesellschaft ohne Spitze und ohne Zentrum bleibt nur ein Weg, mit den Verfassungskonflikten umzugehen – die strikt heterarchische Konfliktlösung. Das liegt nicht nur am Fehlen zentralisierter Macht, dem man mit verstärktem politischen Einsatz begegnen könnte, sondern hängt mit gesellschaftlichen Tiefenstrukturen zusammen, die schon Max Weber gesehen und als den Polytheismus der Moderne gekennzeichnet hat.[15] Selbst engagierte Befürworter der »Einheit der Verfassung« sehen sich zu der Einsicht genötigt, dass sich schon die Einheit der Nationalstaatsverfassung auflöst in den dauernden Widerstreit von Zivilverfassungen mit füreinander fremden Rationalitäten, in einen »clash of civil constitutions«, der durch ein neuartiges Kollisionsrecht abgespannt wird. In der heutigen Situation könne man dann allenfalls auf ein konflikthaftes »Zusammenspiel von sich überlappenden ›Verfassungsrechtskreisen‹, die Heraufkunft eines ›interlegalen‹ Netzwerks aus staatlichem Verfassungsrecht, lokalen Teilverfassungsrechten, europäischem Verfassungsrecht und transnationalem Konstitutionalismus« setzen.[16] Die Einheit der Verfassung kann dann nur noch als »imaginäre Fabrikation« auf einer symbolischen Ebene »hinter« der real existierenden Vielheit der Verfassungen thematisiert werden, sie erscheint dann allenfalls als »Notwendigkeit eines kollektiv geteilten Glaubens an die ›Einheit‹ der Verfassung«.[17] Der Rest ist Kollision.

14 Dunoff, »New Approach to Regime Interaction«, 156. Er bezieht sich auf die bekannten Thesen von Cover, »The Supreme Court, 1982«.
15 Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1968, S. 605.
16 Vesting, »Ende der Verfassung?«, Manuskript S. 6.
17 Ebd., Manuskript S. 8.

Kollisionsfragen sind dann, anders als es noch Kant gedacht hatte, nicht nur kasuistische Fragen. Es sind »existentielle Fragen, bei deren Lösung der Bezug auf die (formale) Einheit der Vernunft versagt«.[18] Der Ausweg, wenn es überhaupt einen gibt, kann dann nur noch in der Binnenperspektive der beteiligten Sinnsphären gesucht werden. Einen objektiven und neutralen Standpunkt der Kollisionsauflösung gibt es nicht, er kann weder geoffenbart noch vernünftig erschlossen werden. Nur im jeweiligen Teilsystem kann die Auflösung gefunden werden. Der Rationalitätenkonflikt wird nicht »aufgehoben«, sondern ist »auszuhalten«. Nur durch eine Kette letzter Entscheidungen und nicht als Aufhebung, sondern als bewusster Kompromiss, der innerhalb der jeweiligen autonomen Sinnsphäre als illusionslos ausgetragen und vollzogen wird. Die eigenen Rationalitätsprämissen sind denen der anderen auszusetzen. Weil die moderne Gesellschaft keine Zentralinstanz kennt, sollten alle Bemühungen um Kollisionslösung darauf konzentriert werden, dezentral »in den gesellschaftlichen Funktionssystemen eine stärkere Berücksichtigung der gesamtgesellschaftlichen Umwelt zu initiieren. Denn niemand sonst kann es tun.«[19]

Die heterarchische Konfliktlösung kennt im Grunde nur zwei Formen: die Konflikte in die Entscheidungsprozesse der kollidierenden Regimes selbst zu internalisieren oder sie in Inter-Regime-Verhandlungen zu externalisieren. Entweder werden die Konflikte in die Eigenverfassungen der Regimes oder in die Kooperation zwischen ihnen verlagert. Die Kollisionen im eigenen Rechtsforum des Regimes oder in einem Forum zwischen den Regimes und außerhalb des Rechts auszutragen – beide Fälle sind heute im Ansatz einerseits in der Rechtsprechung der Regime-Gerichte und andererseits in den Kooperationsverfahren zwischen den Regimes institutionell verwirklicht. Der konstitutionelle Pluralismus ist darauf angewiesen, dass eine dieser beiden Vorgehensweisen eines »Meta-

18 Wolfgang Schluchter, *Religion und Lebensführung, Band 1*, Frankfurt/M. 1988, S. 286. Ein Echo im Recht findet dies im konstitutionellen Pluralismus von Walker, »Idea of Constitutional Pluralism«, S. 338 f. Er betont die radikalen Unterschiede zwischen verschiedenen »epistemic communities«, die keine Superinstanz aufheben kann.
19 Dies ist der Schritt, den Luhmann über Weber hinaus macht, die »Kette tragischer Kompromisse« ist nicht nur den Individuen aufgegeben, sondern vor allem den verschiedenen Sinnsphären der Gesellschaft, Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 186.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 226-227 09.01.2012 08:44:45

Konstitutionalismus« gewählt wird, um eine wenigstens minimale Integration der Regime-Rechte zu erreichen.[20]

Und in beiden Fällen werden je andere normative Perspektiven sichtbar, wie die Eigenverfassungen auf die Kollisionen reagieren können. Im ersten Fall der Internalisierung werden Elemente der anderen Regimes vor dem Forum der Eigenverfassung rekonstruiert. Hier eröffnen sich Möglichkeiten für ein neuartiges Kollisionsrecht für die Regimekonflikte, das rechtsfremde Universalitäten in das Regime-Recht internalisiert. Gewonnen wird dadurch, angesichts des Verfremdungseffekts durch die rechtliche Rekonstruktion der Konflikte und angesichts des rechtlichen Entscheidungszwangs, die Konflikte entscheidbar zu machen. Der Nachteil der Internalisierung ist, dass er die Fragmentierung des Rechts weiter steigert. Denn wenn die Kollisionsentscheidungen in den beteiligten Regimes getroffen werden, sind unterschiedliche Normen nicht auszuschließen, deren wechselseitige Angleichung nur in längeren Prozessen gelingen kann. Im zweiten Falle der Externalisierung dagegen werden die Kollisionen in Regime-Kooperationen thematisiert, ausgetragen und entschieden.[21] Es besteht zwar kein Entscheidungszwang, aber die Konsenschancen sind gesteigert. Hier eröffnen sich für eine rechtliche Konstitutionalisierung andere Perspektiven. Die Rolle des Rechts besteht hier darin, das Verfahren der Kooperation zu strukturieren.[22] Was können Rechtsnormen zur Verfassung gesellschaftlicher, nicht-rechtlicher Formen der Konfliktlösung beitragen? Können Sie die Partizipation anderer Interessen und Rationalitäten sichern? In beiden Fällen ist die normative Orientierung: Kann der Aufbau von Gegeninstitutionen in gesellschaftlichen Regimes – Kollisionsnormen oder Verhandlungsarrangements – dem Imperialismus von hegemonialen Regimes entgegenwirken?

20 Walker, »Idea of Constitutional Pluralism«, S. 358 wählt diesen Ausdruck, um den Unterschied zu den Aspekten der Binnenverfassung der Regimes zu kennzeichnen, die sich nur mit regimeinternen Fragen befassen. Dennoch sollte klar sein, dass beide Problemkreise von keiner Superinstanz, sondern nur von den beteiligten Regimes selbst bewältigt werden können. Trachtman, »The Constitutions of the WTO«, S. 634 ff. wählt den womöglich treffenderen Begriff der »interfunctional constitutions«, in denen nicht nur sekundäre Normen zur Reflexion primärer Normen ausgearbeitet werden, sondern »tertiäre Normen« zur Wahl zwischen Verfassungsnormen funktionaler Regimes.

21 Regime-Kooperation als Alternative zu kollisionsrechtlichen Lösungen analysiert im Detail Dunoff, »New Approach to Regime Interaction«, 156 ff.

22 Weitreichende normative Perspektiven für die Konstitutionalisierung solcher kooperativer Arrangements entwickelt Joerges für die Prozesse der Europäisierung (comitology) und der Globalisierung (WTO and GAL) Joerges, »Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law«.

II. Inter-Regime-Kollisionen

Zu den Normkonflikten, die sich zwischen transnationalen Rechtsregimes abspielen, hat sich in der letzten Zeit eine lebhafte Debatte entwickelt, die darauf zielt, ein eigens darauf zugeschnittenes Kollisionsrechts zu entwickeln. Nach ersten Anstößen, welche die Besonderheit der neuen Kollisionsproblematik herausstellten, zeichnen sich nun allmählich die Umrisse darauf abgestimmter Kollisionsnormen ab.[23] Weder die Kollisionsnormen des Völkerrechts noch die des Internationalen Privatrechts (IPR) bieten eine angemessene Lösung für die neuartige Kollisionslage der Inter-Regime-Konflikte.[24] Beide sind auf Kollisionen nationaler Rechtsordnungen zugeschnitten und nicht auf die dazu orthogonal stehender Kollisionen transnationaler Regimes. Nur inadäquat hat das traditionelle IPR bisher die Kollisionen nationaler Rechte mit Regime-Rechten wahrgenommen. Dies besonders, weil ein verengter staatspositivistischer Rechtsbegriff diese nur als Fakten oder als soziale Normen wahrnehmen konnte. Ihre Kollisionen mit nationalen Rechten wurden in andere Rechtsgebiete abgeschoben und

23 Die wichtigsten Anstöße zu einer Ausweitung der Kollisionstheorien über Konflikte zwischen nationalen Rechtsordnungen hinaus stammen von Rudolf Wiethölter, »Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm«, in: Alexander Lüderitz (Hg.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt/M. 1977, S. 213-263; Wiethölter, »Recht-fertigungen eines Gesellschafts-Rechts«. Zur Notwendigkeit eines Kollisionsrechts für globale Funktionssysteme Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M. 1989, S. 123 ff.; Ralf Michaels, »Global Legal Pluralism«, in: *Annual Review of Law & Social Science* 5 (2009), S. 243-262.

24 Ralf Michaels und Joost Pauwelyn, »Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law«, in: Tomer Broude, Yuval Shany (Hg.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law* Oxford 2011, S. 19-68, 19 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 228-229 09.01.2012 08:44:45

dort mit den wenig angemessenen Begriffen – Inkorporierung, Delegation, Deferenz – behandelt.[25] Die Inter-Regime-Normenkonflikte selbst lagen außerhalb des Blickfeldes des IPR.[26] Unter dem Problemdruck realexistierender Regime-Kollisionen wird heute die Problematik zunehmend diskutiert und die Frage gestellt, ob und wie Prinzipien des IPR für Regime-Kollisionen benutzt werden können.[27] Da sowohl zwischen nationalen Rechten wie zwischen Regime-Rechten vergleichbare heterarchische Kollisionen ohne Lösungsmöglichkeiten durch eine dritte Instanz bestehen, sind die Denkmittel des internationalen Privatrechts im Prinzip der geeignete Ausgangspunkt für ein Inter-Regime-Recht. Alles hängt jedoch davon ab, welche Modifikationen man am traditionellen Kollisionsrecht vornimmt, um den Besonderheiten transnationaler Regime-Rechte gerecht zu werden.

1. Modifikationen des traditionellen Kollisionsrechts

In einem ersten Schritt werden die territorialen Grenzen der Nationen, die letztlich der Verweisungstechnik des internationalen Privatrechts zugrunde liegen, durch funktionale Grenzen der Regimes abgelöst. Sowohl das internationale Verfahrensrecht als auch das internationale Kollisionsrecht ist von Konflikten zwischen nationalen Rechtsordnungen auf Konflikte zwischen sektoriellen Regimes umzustellen. Eine solche Auswechslung von Territorialität durch »funktionale Regimezugehörigkeit« bedeutet dann, dass die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung und die normativen Sachentscheidungsvorgaben nicht den jeweiligen territorialen Rechtsordnungen zu entnehmen wären.[28] In beiden Problemkreisen ist nicht mehr nach dem »Sitz« eines Rechtsverhältnisses in einem der beteiligten Territorien zu fragen, sondern danach, welches funktionale Rechtsregime die engere Verbindung aufweist. Diese Frage wäre nach dem Kriterium der »primary coverage«, das Trachtman aus der Perspektive der institutionellen Ökonomik zum Problem der Abgrenzung von überlappenden Jurisdiktionskreisen entwickelt hat, zu beantworten.[29]

Größere Schwierigkeiten bereitet die nächste Frage, ob ein solches Inter-Regime-Recht ohne weiteres die Verweisungstechnik des IPR übernehmen kann. Soll man auch hier nach einer Kollisionsnorm suchen, die jeweils auf eine der beteiligten Rechtsordnungen verweist, dessen Recht im Streitfall anzuwenden ist. Während Kollisionsrechtler, die sich inzwischen auch den Inter-Regime-Kollisionen stellen, dafür plädieren, dass auch transnationale Regimes je nach Regelungsschwerpunkt entweder das eigene oder das fremde Recht anwenden sollen,[30] dürften andere Autoren, die angesichts der Besonderheiten der Regime-Konflikte einen »substantive law approach« vorschlagen, die besseren Argumente auf ihrer Seite haben.[31] Wenn sich unterschiedliche Ordnungsprinzipien in einem einzigen sozialen Raum wechselseitig durchdringen, entsteht eine Hybridität, der die strikte Entweder-Oder-Entscheidung des traditionellen IPR nicht gerecht wird.[32] Stattdessen sollte das Regime-Kollisionsrecht aus den Einsichten des Rechtspluralismus eine Lehre ziehen und

> bewusst Raum für den Konflikt zwischen mehreren sich überschneidenden Rechtssystemen schaffen. In der Tat dürfte es eine kluge Strategie sein, dass man genuin rechtspluralistische Verfahren, Institutionen und Praktiken entwirft, um die Hybridität, ohne sie zu zerstören, zu bewältigen.[33]

In diesem Sinne sollten die Verweisungsnormen des IPR durch Sachnormen abgelöst werden. Angesichts der Besonderheiten der

25 Michaels, »Re-State-ment of Non-State-Law«, S. 1227 ff.

26 Sie werden nur zur Abgrenzung gegenüber den eigentlichen Normkollisionen des IPR wahrgenommen, so Gerhard Kegel und Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München 2004, A 36 ff.

27 Michaels und Pauwelyn, »Conflict of Norms or Conflict of Laws?«, 26 ff., 31 ff.; Teubner und Korth, »Zwei Arten des Rechtspluralismus«, S. 142 ff.;; Berman, »Global Legal Pluralism«, S. 1229 ff.

28 Paul Schiff Berman, »The Globalization of Jurisdiction«, in: *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2002), S. 311-545, hier S. 311 ff.; Graeme B. Dinwoodie, »A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms«, in: *University of Pennsylvania Law Review* 149 (2000), S. 469-581, hier S. 469 ff.

29 Joel P. Trachtman, »Institutional Linkage: Transcending ›Trade and …‹«, in: *American Journal of International Law* 96 (2002), S. 77-93, hier S. 90 f.

30 Michaels und Pauwelyn, »Conflict of Norms or Conflict of Laws?«, 35 ff..

31 Berman, »Globalization of Jurisdiction«, S. 311 ff.; Grame B. Dinwoodie, »Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the Nation-State«, in: *Houston Law Review* 41 (2004), S. 885-973; Dinwoodie, »New Copyright Order«, S. 469 ff.

32 Starke Argumente zugunsten eines hybriden Kollisionsrechts bei Berman, »Global Legal Pluralism«, S. 1196 ff.

33 Ebda., S. 1164.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 230-231 09.01.2012 08:44:46

Inter-Regime-Konflikte sollten die angerufenen Regime-Instanzen eigene Sachnormen entwickeln, die den konfligierenden Normen zugrundeliegende Sachargumente diskutieren und entscheiden. Solche Sachnormen werden darauf hinauslaufen, dass Schritt für Schritt eine Art Mischrecht entsteht, in dem die Regimes zu einem guten Teil die Normen des »fremden« Regimes »anwenden«.

Diese Wahl rechtfertigt sich aus den Unterschieden von nationalstaatlichen Verfassungen und funktionalen Regime-Verfassungen. Auf diese haben in anderen Zusammenhängen Grimm und Walker immer wieder hingewiesen.[34] Nationale Verfassungen sind in der Tat umfassende oder »holistische« Ordnungen, in denen selbst hochspezielle Vorschriften in ein dichtes Gewebe nationaler Normen aus den verschiedensten Lebensbereichen eingebettet sind. Damit wird eine »innere Balance« zwischen recht unterschiedlichen Normen, Rechtsprinzipien und policies, die im Nationalstaat Geltung beanspruchen, hergestellt. Das rechtfertigt es, wenn nationale Rechtsnormen kollidieren, den Konflikt pauschal entweder der einen oder der anderen beteiligten Rechtsordnung zuzuweisen. Demgegenüber setzen transnationale Rechtsverfassungen als hochspezialisierte »self-contained regimes«[35] nur für den einen funktionalen Gesellschaftssektor Recht, mit dem sie strukturell verbunden sind. Ihre Verfassungsnormen und -prinzipien verfolgen einseitig die Rationalitätskriterien dieses Gesellschaftssektors. Sie sind gleichzeitig solipsistisch und imperialistisch.[36] Der Tunnelblick funktionaler Regimes macht es schwierig, sie auf das umfassende »Gemeinwohl« einer Polity auszurichten, was in den kontextualisierten Normen einer nationalstaatlichen Verfassungsordnung eher möglich ist.[37]

34 Wenn auch mit der fragwürdigen Folgerung, dass ein solcher Mangel an »Holismus« ihre Verfassungsfähigkeit ausschließt, Grimm, »Constitution in the Process of Denationalization«, nicht ganz so entschieden Walker, »Beyond the Holistic Constitution?«. Dazu siehe oben 3. Kapitel III.

35 Vgl. zum Begriff des »self contained regime« etwa Martti Koskenniemi (2003), *Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law. The Function and Scope of the lex specialis rule and the question of ›self-contained regimes‹*, ⟨http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf⟩ S. 9.

36 So Koskenniemi, »Hegemonic Regimes«, 317 f. der die Kritik Kelsens an unbegrenzter Souveränität der Staaten aufnimmt und auf transnationale Regimes wendet

37 Eingehend zu diesem Tunnelblick der Funktionalregimes und den Konsequenzen für das Kollisionsrecht Teubner und Korth, »Zwei Arten des Rechtspluralismus«, S. 151 ff.

Dieser Unterschied von Funktionsregimeverfassungen und Nationalstaatsverfassungen wird in der Konstitutionalisierungsdebatte häufig übersehen und führt im Ergebnis zu einer kollisionsrechtlichen Form der Regime-Hegemonie. Zu Recht haben Kritiker einer vorschnellen Analogisierung von Nationalstaatsverfassungen und Regimeverfassungen eingefordert, dass in solchen Kollisionsfällen die Funktionsregimes eine sehr viel größere Rezeptionsbereitschaft gegenüber kollidierenden Ordnungen aufweisen müssen. Das gilt besonders für das Regime der WTO, dem man nicht umsonst hegemoniale Tendenzen nachsagt:

> Statt einfach vorauszusetzen, dass der Vertragstext von dem konstitutionellen Telos des Freihandels geleitet ist, oder statt primär *innerhalb* der WTO nach den relevanten Strukturprinzipien zu suchen, betonen wir in der Vertragsinterpretation die Bedeutung der WTO-externen Institutionen und Normen, die andere Werte als den Freihandel repräsentieren. Die Konfliktlösungsorgane der WTO müssen sich deutlich an nationalen Regulierungsentscheidungen orientieren und andere internationale Regimes berücksichtigen, deren Normen, Policies und Institutionen solche Werte artikulieren und repräsentieren – sei es in Bezug auf Gesundheit, Arbeitsnormen, Umwelt oder Menschenrechte.[38]

Hier müssen also konstitutionelle Sachnormen entwickelt werden, die auf diesen Mangel an »innerer Balance« funktionaler Regimes reagieren. Das zu entwickelnde Verfassungskollisionsrecht wird diesen Unterschied beachten müssen. Die bloß horizontale Betrachtungsweise des internationalen Privatrechts führt hier zu unangemessenen Ergebnissen. Liegt die »primary coverage« des zu entscheidenden Falls in einem issue-spezifischen transnationalen Regime, muss das Kollisionsrecht dafür sorgen, dass im Ausgleich für dessen »Tunnelblick« kontextualisierende Elemente eingeführt werden, welche die Anwendung konkurrierender oder gegenläufiger Prinzipien ermöglichen. Primärer Kandidat dafür ist der *ordre*

38 Robert Howse und Kalypso Nicolaidis, »Legitimacy through ›Higher Law‹? Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far«, in: Thomas Cottier u. a. (Hg.), *The Role Of The Judge In International Trade Regulation: Experience And Lessons For The WTO*, Ann Arbor 2003, S. 307-348, hier S. 308. Ausführlich zu den Normkollisionen der WTO mit anderen Regimes Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge 2009, S. 327 ff., 440 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 232-233 09.01.2012 08:44:46

public transnational.[39] Die Ergebnisse, die aus der Anwendung des Regimerechts zu erzielen wären, wären am Maßstab des *ordre public transnational* auf ihre Akzeptabilität hin zu überprüfen. Im Unterschied zum traditionellen *ordre public* des IPR aber müsste dieser *ordre public transnational* eine nicht nur korrektive, sondern eine dominante Rolle spielen. Und im Unterschied zu Sonderanknüpfung und »application immédiate« des neueren IPR geht es nicht um die Policies des einen oder anderen Regimes, die vorrangig zu berücksichtigen wäre, sondern um die Orientierung an beide Regimes »übergreifenden« Normen.

Dass solche regimeübergreifenden Normen nicht bereits heute ausgeformt sind, dass es für sie kein neutrales drittes Forum mit eigenen Maßstäben und Verfahren gibt, sondern dass diese Normen eines ordre public transnational nichts als Projektionen der konfligierenden Regimes sind, die aus deren Eigenperspektive auf das »Gemeinwohl« der Weltgesellschaft zielen, sind, kann nicht stark genug betont werden. Erst mit dieser Qualifizierung machen Vestings Ideen zur symbolischen Dimension einer Gesamtverfassung Sinn. Ganz bewusst spricht Vesting im Modus eines »als ob«. Die »Einheit« der Verfassung ist dann nur als Produkt einer »imaginären Fabrikation« zu fassen, die einen bestimmten Platz im kulturellen Raum besetzt und die »fiktionale Realität« der Einheit der Verfassung anwesend macht.[40] Jedes der beteiligten Regimes entwickelt sozusagen »holographisch«, also aus einer Sicht, in der das Gemeinwohl je nach Standpunkt anders aufscheint, seine imaginäre Weltverfassung, an der es die eigenen Operationen orientiert und seine Optionen begrenzt.

An die Stelle der ehrwürdigen Comitas des Internationalen Privatrechts tritt in den Verfassungskollisionen das Prinzip der »konstitutionellen Toleranz.«[41] Das bedeutet wechselseitige Anerkennung der anderen Verfassung und darüber hinaus sogar die direkte

39 So dezidiert Collins, »Flipping Wreck«. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt der kosmopolitische Verfassungspluralismus, der in Kollisionen von Regime-Verfassungen auf konstitutionelle Prinzipien rekurriert, Kumm, »An Integrative Theory of Global Public Law« Manuskript S. 35. Detaillierte Analysen zu dessen Ausformung durch transnationale private Regimes Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, S. 91 ff., 126 ff., 169 ff., 271 ff.

40 Vesting, »Ende der Verfassung?«, Manuskript S. 8.

41 Zu diesem Prinzip im Verhältnis von europäischer Verfassung und Nationalstaatsverfassung vorzüglich Kumm, »Beyond Golf Clubs«, S. 528 ff.

Anwendung des anderen Verfassungsrechts, die sich aber immer in der Interpretation eines unterstellten gemeinsamen *ordre public transnational* aus der je eigenen Verfassungsperspektive bewegt. Im Gegenfall heißt dies dann aber auch, der anderen Verfassungsordnung die Anerkennung zu verweigern, »solange« die andere Verfassung nicht dem *ordre public transnational* entspricht.

2. Normative Vernetzungen

Joerges hat für die Integration nationaler Rechtsordnungen in Europa ein Kollisionsmodell entwickelt, das diesen Anforderungen weiter entgegenkommt, als es eine Konfliktlösung nach föderalistischen Prinzipien oder eine nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen vermag.[42] Zunächst liegt nach Joerges, ganz wie im IPR, die Verantwortung für den Ausgleich der konfligierenden Rechtsordnungen nicht bei einer übergeordneten Super-Instanz, sondern wird in die konfligierenden Einheiten hineinverlagert. Dann aber übersteigen seine Anforderungen die des internationalen Privatrechts bei weitem. Weil die Europäische Union ein komplexes Gebilde der Multi-Level-Governance darstellt, seien sämtliche Kollisionen der verschiedenen Ebenen in das dezentrale Kollisionskalkül aufzunehmen. Dies sei mit der bloß »horizontalen« Sicht des IPR nicht bewältigbar, darf aber, so paradox es klingt, auch nicht mit hierarchischen Methoden des Föderalismus angegangen werden. Es bleibe bei einer strikt heterarchischen Behandlung. Die Kollisionsrechte der Einzelstaaten müssten weiterhin »horizontale« Normkollisionen zwischen den nationalen Rechten, zugleich aber auch »vertikale« Kollisionen mit den Normen des Gemeinschaftsrechts verarbeiten. Insbesondere aber müssten sie jetzt auf »diagonale« Kollisionen, die zwischen unterschiedlichen Normmaterien der verschiedenen Ebenen auftreten, mit eigenständigen normativen Mitteln reagieren.

Löst man dies Modell aus seinem Kontext der europäischen Integration, dann liefert es auch für die Konflikte zwischen transnati-

42 Joerges, »Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law«; Joerges und Rödl, »Funktionswandel des Kollisionsrechts II«; Christian Joerges, »Europarecht als Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann«, in: Martin Führ u. a. (Hg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft: Festschrift für Eckard Rehbinder*, Berlin 2007, S. 719-747.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 234-235 09.01.2012 08:44:46

onalen Regimes Anhaltspunkte. Denn in beiden Situationen ist die horizontale Betrachtungsweise des IPR nicht mehr adäquat; ebenso wenig greifen aber hierarchische Zwänge einer übergeordneten Rechtsordnung. Das verweist auf netzwerkartige Strukturen, die in beiden Fällen, in der Europäischen Union wie in transnationalen Regimes, wenn auch in unterschiedlicher Ausformung vorhanden sind. In den self-contained regimes hat die Globalisierung neuartige Formen der Rechtsvernetzung hervorgebracht, die nicht nur »horizontalen«, sondern auch »vertikalen« und besonders »diagonalen« Kollisionen ausgesetzt sind. Was kollidiert, sind nicht nur gleichgeordnete autonome Regime-Rechtsordnungen, aber auch nicht die hierarchisch gegliederten Einheiten eines globalen Föderalismus. Es geht um heterarchische Beziehungen zwischen den verschiedenen semi-autonomen Ebenen einer Multi-Level-Governance, für welche die Netzwerktheorie eine angemessene Begrifflichkeit liefert.

Netzwerke als eine eigentümliche Kombination von bloß bilateralen Einzelbeziehungen und multilateraler Gesamtverflechtung erscheinen in dieser Sicht als Resultat einer fragilen Koexistenz von verschiedenen, einander widersprechenden Normordnungen der Netzknoten,[43] im Falle der EU und im Falle transnationaler Funktionsregimes. Netzwerke sind eine institutionelle Antwort auf die Rationalitätenkonflikte, die sich aus der Ausdifferenzierung und Autonomisierung von Systemen ergeben, in unserem Zusammenhang von transnationalen Funktionalregimes.[44] Netzwerke können dann eine institutionelle Antwort auf Normkollisionen geben, wenn es ihnen gelingt, diese externen Widersprüche in interne Imperative der Netzknoten, die situativ miteinander kompatibilisierbar sind, umzuformen. So entsteht eine »paradoxe Struktur« interinstitutioneller Verflechtungen, weil diese auf »widersprüchlichen Anforderungen« beruhen, die gleichwohl »funktional« sind.[45] Die

43 Wie prekär dieses Zusammenspiel ist, machen in anderen Zusammenhängen die Analysen von Daniel Bieber, »Probleme unternehmensübergreifender Organisation von Innovationsprozessen«, in: Daniel Bieber (Hg.), *Technikentwicklung und Industriearbeit: Industrielle Produktionstechnik zwischen Eigendynamik und Nutzerinteressen*, Frankfurt/M. 1997, S. 111-140, hier S. 116 ff., deutlich.

44 Zu diesen Zusammenhängen Michael Bommes und Veronika Tacke (Hg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden 2011.

45 So für regionale Policy-Netze Arthur Benz, »Regionalpolitik zwischen Netzwerkbildung und Institutionalisierung: Zur Funktionalität paradoxer Strukturen«, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1 (1996), S. 23-43, hier S. 24.

zentrale Leistung von Vernetzungen besteht danach darin, dass sie externe Widersprüche, die sich in Normkollisionen manifestieren, in die Binnenperspektive der einzelnen Knoten übersetzen, welche die Beziehungen von verschiedenen Ebenen und Subsystemen, von Netzwerkknoten, Knotenrelationen und Gesamtvernetzung intern abbildet.[46] Kollisionsrechtlich bedeutet dies, dass die Netzwerknoten, also die Nationalstaaten in Europa beziehungsweise die funktionalen Regimes in der Globalität, jeweils intern eigene Kollisionsrechte entwickeln, aus deren Perspektive sie die Normenkonflikte entscheiden.

Mit Netzwerkkategorien lässt sich genauer erfassen, was in Bezug auf Normkollisionen Europäisierung und Globalisierung unterscheidet. Sie unterscheiden sich darin, wie die »Vertikalisierung« ihrer prinzipiell heterarchischen Strukturen ausgestaltet ist. Eines der Konstruktionsgeheimnisse von Netzwerken ist, dass sie interne Asymmetrien aufbauen können, die »vertikale« – das heißt nichthorizontale, aber dennoch heterarchische – Beziehungen aufweisen. Diese Vertikalisierung ist eines der erfolgreichsten Strategien eines »pluralisme ordiné«.[47] Die EU stellt ein Netzwerk dar, mit der Besonderheit, dass sich zusätzlich zu den Netzknoten der Nationalstaaten eine Netzwerkzentrale herausgebildet hat, die ihrerseits eine eigenständige Ordnung, das Gemeinschaftsrecht, produziert, ohne dass sie aber als hierarchisch übergeordnete Instanz wie die Zentralinstanz einer föderalen Ordnung fungiert.[48] In der Netzwerktheorie bezeichnet man dies als zentralisierte Netzwerke, deren Unterschied zu formalen Organisationen darin besteht, dass die Zentrale immer nur Primus inter Pares ist.[49] Mit Normkollisionen netzwerkadäquat umzugehen, heißt dann, dass gerade nicht die Zentrale sie an sich zieht, sondern dass die Netzknoten selbst sie dezentral entscheiden. Die Zentrale ist insofern nur einer dieser Knoten. Jeder Netzknoten steht dann in der Verantwortung,

46 Klaus Semlinger, »Effizienz und Autonomie in Zulieferungsnetzwerken: Zum strategischen Gehalt von Kooperation«, in: Wolfgang H. Staehle, Jörg Sydow (Hg.), *Managementforschung 3*, Berlin 1993, S. 309-354, hier S. 332.

47 Delmas Marty, *Ordering Pluralism*, S. 109 ff., 163 f.

48 Den Netzwerkcharakter der EU hat besonders Ladeur herausgearbeitet, Karl-Heinz Ladeur, »Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Network Concept«, in: *European Law Journal* 3 (1997), S. 33-54.

49 Dazu genauer Arnold Windeler, *Unternehmungsnetzwerke: Konstitution und Strukturation*, Wiesbaden 2001, S. 105 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 236-237 09.01.2012 08:44:46

weil er in seine Binnenperspektive sowohl die Normen der anderen Netzknoten als auch die der Gesamtordnung aufnehmen muss. Genau auf eine solche universale Verantwortlichkeit partikularer Ordnungen läuft Joerges' Kollisionsmodell für die Regionalverfassung Europas hinaus.

In der Globalität gibt es dagegen keine Netzwerkzentrale, die ein eigenständiges Gemeinschaftsrecht entwickelte. Dennoch bildet sich auch hier eine übergreifende Ebene heraus: die die Knoten verbindende Netzwerkstruktur. Sie entsteht ausschließlich in den dezentralen Interaktionen der Knoten.[50] An dieser Stelle spielt das Konstrukt der »internationalen Gemeinschaft« eine Rolle, nicht als institutionalisierte Sozialstruktur (wie die Europäische Union), sondern als »narrative Identität«, als »imaginierte Gemeinschaft«, die in den Teilordnungen erzeugt wird. Die Vertikalisierung der konstitutionellen Pluralität folgt also in der Globalität einer anderen Logik als in der europäischen Gemeinschaft, keiner institutionellen, sondern einer symbolischen Logik. Sie thematisiert die »Einheit« der vielen Verfassungen, wird sie aber »viel stärker auf einer symbolischen und damit auch medien- und kulturtheoretischen Ebene behandeln, während sie sich auf einer anwendungsbezogenen Ebene viel stärker auf die Fragmentierung und Instabilitäten der neuen Teilverfassungen als ›Folgeverfassungen‹ einlassen müsste.«[51] Der *ordre public transnational*, der in der europäischen Integration zu einem großen Teil von den Gemeinschaftsinstanzen produziert wird, kann in den globalen Vernetzungen immer nur dezentral, immer nur in der Binnenperspektive der einzelnen transnationalen Regimes normiert werden.

Das bedeutet, dass auch hier »vertikale« und »diagonale« Kollisionen auftreten, die dann aber anders zu behandeln sind als die der Europäischen Union. Sie haben keine extern institutionalisierten Normierungen, die sie dann intern übersetzen müssten. Vielmehr muss der gesamte Normbildungsprozess, von den Kollisionen bis

50 Diesen Aspekt betont besonders Karl-Heinz Ladeur, »Die Netzwerke des Rechts«, in: Michael Bommes, Veronika Tacke (Hg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden 2011, S. 143-171, hier S. 163 ff.

51 Vesting, »Ende der Verfassung?« Manuskript S. 5, 17 weist eindringlich auf die die konstitutionelle Einheit betonende Rolle solcher Verfassungsfiktionen hin, die eine Orientierung von Teilverfassungen an gesamtgesellschaftlichen Belangen ermöglichen.

hin zu ihren Lösungen, intern in den Regimes selbst durchgeführt werden. Jedes der beteiligten Regimes muss sich aus seiner Perspektive einen eigenen ordre public transnational erarbeiten, an dem es die eigenen Normen misst. Folgt man der Logik der Netzwerke, dann liegt es im Auftrag eines jeden transnationalen Regimes, zwei widersprüchliche Anforderungen miteinander zu kombinieren. Auf der einen Seite ist auf die autonome und dezentrale Reflexion der Netzknoten, auf ihre eigenständig formulierte Kompatibilisierung mit den konkurrierenden Normen der anderen Regimes hinzuarbeiten. Auf der anderen Seite müssen es diese Reflexionen ermöglichen, dass alle Regimes gemeinsame Referenzpunkte und einen notwendig abstrakten Sinnhorizont kontrafaktisch unterstellen können, auf den sie sich bei ihrer Normproduktion beziehen. Doch ist immer wieder zu betonen, dass es diesen gemeinsamen Sinnhorizont nicht »gibt«, sondern dass er eine Unterstellung ist, die ein jedes Rechtsregimes produziert.

Einen gemeinsamen Geltungskerns kontrafaktisch zu unterstellen, ermöglicht es also, dass in unterschiedlichen Regimekontexten eine Referenz auf – je unterschiedliche – Gemeinwohlformeln gepflegt wird. Die Selbstorganisationsprozesse der Regimes bilden je eigene Normierungen für das globale Ius non dispositivum heraus, die den Eigenheiten ihres Sozialkontexts gerecht werden und das Ganze aus ihrer Einzelperspektive in den Blick nehmen, indem sie ihre Einzelperspektive transzendieren. Um es auch an dieser Stelle nochmals zu betonen: Dass sie dies tun, geschieht freilich nicht von selbst, sondern muss auch in diesem Zusammenhang durch externe Pressionen angeregt, ja ihnen geradezu aufgenötigt werden. Ganz verschiedene Prozesse haben diese Rolle schon übernommen: Skandalisierung durch Teilöffentlichkeiten,[52] Anstöße aus der internationalen Politik[53] und Kooperationen zwischen autonomen

52 Hauke Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt/M. 2002, S. 212 ff.

53 Siehe beispielsweise: Unterkommission für die Förderung und den Schutz der Menschenrechte, Resolution v. 13. 8. 2003, UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2; hierzu: Julie Campagna, »United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights: The International Community Asserts Binding Law on the Global Rule Makers«, in: *John Marshall Law Review* 37 (2004), S. 1205-1252.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 238-239 09.01.2012 08:44:46

Rechtsregimes.[54] Vorstellungen der Einheit einer weltpolitischen Gemeinwohlformel müssen also Konzepten einer Vielheit von regimerelativen Gemeinwohlformeln weichen.

III. Interkulturelle Kollisionen

1. Kultureller Polyzentrismus

Ganz anderen Normkollisionen entstehen in in interkulturellen Konflikte, besonders dann, wenn funktional differenzierte transnationale Regimes mit den internen Ordnungen indigener Kulturen in Kontakt kommen. Wie im Falle der Regime-Kollisionen kollidieren auch hier nicht-staatliche Rechtsordnungen miteinander, jedoch gehören sie völlig unterschiedlichen gesellschaftlichen Ordnungsprinzipien an. »bio-piracy« und »land-grabbing« – diese Kampfbegriffe skandalisieren soziale Konflikte, die in den letzten Jahren zwischen den Hyperstrukturen der Moderne und den Traditionen regionaler Kulturen aufbrachen. Pharmakonzerne, wissenschaftliche Institute und kulturelle Institutionen sind massiv daran interessiert, sich die Bestände traditionellen Wissens in peripheren Gesellschaften durch Explorationsmethoden der modernen Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Medizin und des Kulturbetriebs anzueignen.[55] Der Erwerb von Land in großem Maßstab in Entwicklungsländern durch staatliche Institutionen und transnationale Konzerne löste schwerwiegende soziale Probleme aus und trifft zunehmend auf den Widerstand von indigenen Gemeinschaften, Umweltverbänden und NGOs.[56] Zivilgesellschaftliche Gruppen suchen diese Ausbeutung der Ressourcen peripherer Gesellschaften dadurch zu bekämpfen, dass sie gegen multinationale Konzerne Prozesse vor den Rechtsforen der Zentren anstrengen. Wenn transnationale Institutionen nun als Politikproblem und als Rechtsfrage formulieren sollen, wie die territorialen und kognitiven Ressourcen indigener Gesellschaften vor dem Zugriff multinationaler Konzerne geschützt werden können, dann steht man zunächst auch hier vor dem akuten Problem der Fragmentierung des internationalen Rechts. Mehrere internationale Organisationen haben unter dem Einfluss von öffentlichen Protesten die Problematik registriert und Regelungsvorstöße unternommen – aber sie jeweils nur mit dem eigenen Tunnelblick wahrgenommen.

Die Fragmentierungsdebatte hat auch hier die Aufmerksamkeit von der nur rechtlichen auf die politische Dimension, also auf die Policy-Konflikte zwischen internationalen Regimen, umgelenkt. So sind zahlreiche Kollisionen zwischen den transnationalen Regimes entstanden, die sich mit dem Schutz traditionellen Wissens beschäftigen. Die World Intellectual Property Organization (WIPO) mit ihrem Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), das United Nations Environment Programme (UNEP), die Convention on Biological Diversity (CBD), die Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), die United Nations Working Group on Indigenous Populations, die International Labor Organization (ILO), die World Health Organization (WHO), die World Trade Organization (WTO) und andere mehr.[57] Doch gegenüber diesen Versuchen, Probleme des traditionellen Wissens der jeweiligen idiosynkratischen Regulierungslogik transnationaler Regimes zu unterwerfen, macht es einen wichtigen Unterschied, die Fragmentierung des Rechts von der zu engen Bindung an Regime-policies abzulösen und sie auf Rationalitätenkonflikte der globalisierten Gesellschaft selbst zurückzuführen. Hier sind Verfassungskollisionen am Werke, denen nicht bloß Policy-Konflikte,

54 Zum von UN Generalsekretär Kofi Annan initiierten Global Compact: ⟨http://www.unglobalcompact.org⟩; eine erste Bestandsaufnahme bei: Lothar Rieth, »Deutsche Unternehmen, Soziale Verantwortung und der Global Compact«, in: *Zeitschrfit für Wirtschafts- und Unternehmensethik* 4 (2003), S. 372-391.

55 Die Kollisionsprobleme und ihrer Lösungsalternativen sind näher ausgearbeitet bei Gunther Teubner, »Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller Diversität durch transnationales Recht?«, in: Aurelia Ciacchi u. a. (Hg.), *Haftungsrecht im dritten Millenium: Liber amicorum Gert Brüggemeier*, Baden-Baden 2009, S. 553-576.

56 Thore Prien, »Landgrabbing: Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung?«, in: *Juridikum* 4 (2010), S. 425-435; Joachim von Braun und Ruth Meinzen, »›Land Grabbing‹ by Foreign Investors in Developing Countries: Risks and Opportunities«, in: *International Food Policy Research Institute (IFPRI) Policy Brief* 13 (2009), S. 1-4.

57 Christoph Graber, »Using Human Rights to Tackle Fragmentation in the Field of Traditional Cultural Expressions: An Institutional Approach«, in: Christoph Graber, Mira Burri-Nenova (Hg.), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expression in a Digital Environment*, Cheltenham 2008, S. 96-120, hier S. 96 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 240-241 09.01.2012 08:44:46

sondern gesellschaftliche Systemkonflikte zugrunde liegen. In den vielfältigen Versuchen, das Problem auf globaler Ebene durch transnationale Regimes zu regulieren, kollidieren Teilrationalitäten der Weltgesellschaft miteinander: Leitprinzipien der Ökonomie, der Wissenschaft, der Medizin, der Kultur und der Religion streiten um den Zugriff westlicher Institutionen auf traditionelles Wissen und um eine effektive Beschränkung dieses Zugriffs.

Auch hier sind also die oben angesprochenen Regime-Kollisionen am Werke, denen gesellschaftliche Systemkonflikte zugrunde liegen.[58] Eine solche Sicht qualifiziert »land grabbing« und »bio-piracy« zu Recht als ein Problem der Rationalitätenkollisionen innerhalb der Moderne. Sie äußern sich in den vielfältigen Versuchen, das Problem der Begründung exklusiver Nutzungsrechte an Territorium und an traditionellen Wissensbeständen auf globaler Ebene zu regulieren.[59] Doch muss man hier einen beträchtlichen Schritt über den bisherigen Diskussionsstand in Sachen Rechtsfragmentierung hinausgehen. Von Rationalitätenkollision zu sprechen, wird nur der einfachen, nicht aber der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft gerecht. Damit macht man zwar deutlich, dass die Nutzung von Territorium und von Beständen traditionellen Wissens von divergierenden Perspektiven innerhalb der weltweiten funktionalen Differenzierung unterschiedlich wahrgenommen werden, aber man verfehlt die zweite Fragmentierung – den kulturellen Polyzentrismus der globalen Kommunikation, das Gegeneinander unterschiedlicher Weltkulturen.[60] Der Konflikt ist aus dieser

58 Vgl. Sassen, *Paradox des Nationalen*.

59 Vgl. etwa Art. 8(j) und Art. 10(c) der Convention on Biological Diversity, abrufbar unter: ⟨http://www.cbd.int/convention/convention.shtml⟩. Siehe auch Ziffer 19 der Doha Ministerial Declaration vom 14. November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1: ⟨http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm⟩. Vgl. ferner die vom *WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* erarbeiteten und diskutierten Entwürfe für Bestimmungen zum Schutz von traditional knowledge, WIPO Publication WIPO/GRTKF/INF/1: ⟨http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_iwg_3/wipo_grtkf_iwg_3_13.doc⟩.

60 Siehe Surya P. Sinha, »Legal Polycentricity«, in: Hanne Petersen, Henrik Zahle (Hg.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot 1995, S. 31-69. Tully identifiziert darüber hinaus den Konflikt von verschiedenen Verfassungskulturen, der von der Dominanz des westlichen Verfassungsbegriffs nur verdeckt wird. Indigene Kulturen verfügten über eigenständige gesellschaftliche Verfassungen, die durch Informalität, Spontaneität und ständige Änderungsbereitschaft ausgezeichnet seien, Tully, »Imperialism of Modern Constitutional Democracy«, S. 320.

doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft entstanden – der Fragmentierung der Funktionssysteme und der Fragmentierung der Regionalkulturen.[61] Erst mit dieser Verortung des Konflikts lassen sich für die Suche nach konfliktadäquaten Rechtsnormen soziologische Richtungsangaben machen.

Entscheidend ist der Unterschied zwischen grundlegenden Differenzierungsprinzipien der Gesellschaft: funktionale Differenzierung der »modernen« Wissensbestände versus gesellschaftliche Einbettung »traditionellen« Wissens. Dieser Unterschied gibt den Konflikten um traditionelles Wissen ihre eigentümliche Färbung. Wenn die auf jeweils nur eine Funktion spezifizierten Institutionen der Moderne auf diffuse Strukturen in segmentären oder stratifizierten Gesellschaften im Umbruch stoßen, dann können sie gar nicht anders, als deren traditionelle Wissensgenerierung aus ihrer gesellschaftlichen Einbettung herauszureißen und in ihren je eigenen Metabolismen zu transformieren.

›Wissenschaft‹ von ›Religion‹ zu trennen und die ›kosmologische‹ oder spirituelle Hülle von einem unterstellten ›praktischen‹ Kern abzuziehen, unterminiert viele Formen des traditionellen Wissens.[62]

Hochspezialisierte »self-contained« Systeme der Moderne verwerten »ganzheitliche« traditionelle Kulturzusammenhänge für ihre spezialisierten Ziele, indem sie diese aus dem Reproduktionszusammenhang des traditionellen Wissens lösen, auf den aber das Wissen für seine Weiterentwicklung angewiesen ist. Kurz: Die Multifunktionalität traditioneller Institutionen wird von der Unifunktionalität der modernen Hyperstrukturen unterminiert.

Wie sehr die Eigenrationalitätsmaximierungen von Hyperstrukturen der Weltgesellschaft – von Funktionssystemen, formalen Or-

61 Vgl. Rudolf Stichweh, »Strukturbildung in der Weltgesellschaft: Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt«, in: Thomas Schwinn (Hg.), *Die Vielfalt und Einheit der Moderne: Kultur- und strukturvergleichende Analysen*, Wiesbaden 2006, S. 239-257.

62 Rosemary J. Coombe, »Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity: Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge«, in: Keith Maskus, Jerome Reichman (Hg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge 2005, S. 559-614, hier S. 606.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 242-243 09.01.2012 08:44:46

ganisationen, Netzwerken und von Epistemic Communities – in ihren gesteigerten Informationsbedürfnissen Wissensbestände der Regionalkulturen aus ihren Lebenszusammenhängen reißen und wie unaufhaltsam sie diese in ihren Sog ziehen, wird besonders daran deutlich, wie die moderne globalisierte Wissenschaft mit traditionellem Wissen umgeht:[63] Die wissenschaftlich legitime Forderung, dass Wissen in die »public domain« gehöre, verliert hier ihre Unschuld, denn sie muss zwangsläufig Strukturen des kommunalen Wissens in Regionalkulturen zerstören. Das moderne Prinzip allgemeiner Zugänglichkeit des Wissens verletzt religiös motivierte Geheimnissphären. Wissenschaftlich spezialisierte Methoden der kontrollierten Überprüfbarkeit verlangen, die Abhängigkeit der Wissensbestände von Religion, Kultur und Lebenswelt zu beseitigen, die für diese aber überlebenswichtig ist.

Diesen Konflikten werden die herkömmlichen Kollisionsnormen, wie sie zwischen »Western« und »Non-Western Law«[64] entwickelt wurden, nicht mehr gerecht. Kollisionsnormen, die auf den Konflikt gesellschaftlicher Konstitutionsprinzipien zugeschnitten sind, müssen den Hyperstrukturen der Weltgesellschaft in ihrer Expansion in regionalkulturelle Bereiche Grenzen setzen, so dass sie mit den Bedingungen traditionellen Wissens am ehesten kompatibel sind. Man muss bei den einzelnen expansiven Institutionen der Moderne selbst ansetzen und ihnen mit äußerem Druck Selbstbeschränkungen abverlangen. Die Formel heißt: extern erzwungene Selbstbeschränkungen gegenüber destruktiven Expansionen unifunktionaler Interventionen in gesellschaftlich eingebettete Wissensbestände. Die Hyperstrukturen der globalisierten Moderne müssen dazu gezwungen werden, regionalkulturelle Unverfügbarkeiten zu respektieren.[65]

63 Vgl. etwa Art. 1.1. und 12.3 des International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: ⟨http://www.planttreaty.org/texts_en.htm⟩. Zur Kritik an wohlmeinenden Projekten, traditionelles Wissen über eine »global database« zu schützen, sie damit aber zugleich dem Zugriff moderner Wissenschaft zu unterwerfen, Erica-Irene Daes, »Intellectual Property and Indigenous Peoples«, in: *American Society of International Law Proceedings* 95 (2001), S. 143-150, hier S. 144 f.

64 Roeland Duco Kollewijn, »Conflicts of Western and Non-Western Law«, in: *International Law Quarterly* 4 (1951), S. 307-325.

65 Zu den dabei auftauchenden Schwierigkeiten, traditionelle Selbstverständnisse in modernen Kategorien, besonders in Rechtskategorien zu fassen Coombe, »Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity«.

Auch für diese Kollision von gesellschaftlichen Konstruktionsprinzipien – funktionale Differenzierung vs. segmentär/stratifikatorische Differenzierung – dürfte die systemtheoretische Verfassungssoziologie Anregungen bieten, weil sie die Aufmerksamkeit darauf gelenkt hat, dass destruktive Tendenzen der funktionalen Differenzierung durch soziale Gegeninstitutionen relativ erfolgreich konterkariert worden sind. Und zwar dadurch, dass, wie schon oben erörtert, die Gegeninstitutionen expansive Sozialsysteme zur Selbstbeschränkung zwangen.[66] Allerdings muss sich die Verfassungstheorie nun umstellen: von Konflikten zwischen Teilsystemen innerhalb der funktionalen Differenzierung auf die ganz anders gelagerten Konflikte zwischen funktional differenzierter Globalität und in Regionalkulturen eingebettetem Wissen.

Wie schon oben mehrfach angesprochen, erschöpft sich in systemtheoretischer Sicht die historische Rolle der Verfassungen und besonders der Grundrechte nicht darin, individuelle Rechtspositionen zu schützen, sondern sie besteht primär darin, die Autonomie sozialer Sphären gegen Überwältigungstendenzen abzusichern. Im vorigen Kapitel wurde mit der Prämisse gearbeitet, dass Verfassungen entstanden sind im Gegenzug zu der für moderne Gesellschaften typischen Emergenz autonomer Handlungssphären, vor allem gegenüber der autonomisierten Politik. Sobald im politischen System expansionistische Tendenzen aufkamen, welche die Integrität anderer autonomer Gesellschaftsbereiche bedrohten, kam es zu turbulenten gesellschaftlichen Konflikten. Die in diesen Konflikten erkämpften Positionen wurden als Grundrechte formuliert und als soziale Gegeninstitutionen innerhalb der Politik institutionalisiert. Solche Expansionstendenzen manifestieren sich in historisch sehr unterschiedlichen Konstellationen, früher hauptsächlich in der Politik, heute eher in der Wirtschaft, in der Wissenschaft, der Technologie und anderen gesellschaftlichen Sektoren.

Wie kann sich die Verfassungstheorie zusätzlich auf die andersartigen Kollisionen zwischen funktional differenzierter Globalität und dem in Regionalkulturen eingebettetem Wissen einstellen? Exemplarisch lässt sich an der Biopiraterie zeigen, dass sich heute Expansionstendenzen einzelner spezialisierter Subsysteme nicht nur innerhalb der Moderne, sondern auch an der problematischen

66 Wie im 5. Kapitel unter IV bis VI diskutiert.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 244-245 09.01.2012 08:44:46

Grenze zwischen globalisierter Moderne und traditionellen Regionalkulturen manifestieren. Dies macht es erforderlich, die Verfassungstheorie noch weiter zu generalisieren, nun aber in eine andere Richtung. Wenn die Dynamik der funktionalen Differenzierung nicht nur die Integrität von Autonomiebereichen innerhalb der Moderne bedroht, sondern auch die Integrität traditionellen Wissens in indigenen Kulturen, dann entspräche es der geschilderten institutionellen Logik, zu erwarten, dass externe Konflikte, spontane Proteste, organisierter Widerstand und Sozialbewegungen die Hyperstrukturen der Moderne in einer »Verrechtlichung des Protests«[67] dazu zwingen, dass sie über Verfassungsgarantien ihren Expansionsdrang beschränken.[68]

2. Re-entry des Fremden im Eigenen

Das führt dazu, dass ein Kollisionsrecht hybride Rechtsformen entwickeln wird. Es würde einen eigenartigen Kompromiss zwischen regionalkulturellen Selbstverständnissen und Rechtsschutzmechanismen der Moderne schließen. Denn wenn der Autonomieschutz tatsächlich wirken soll, so muss der Kompromiss einen Weg finden zwischen der Sensibilität für regionalkulturelle Eigenheiten und der Operativität des modernen Rechts. Eine bloße politische Parteinahme für die Integrität indigener Kulturen reicht nicht aus. Wirksam wird sie erst, wenn Kollisionsnormen sie in die konditionale Programmierung des modernen Rechts übersetzen.

Heißt das, Schutz für traditionelles Wissen dadurch zu ermöglichen, dass das moderne Recht mit Hilfe von Kollisionsnormen weitgehend auf Customary Law rekurriert? So wird es in der Tat von anthropologisch gebildeten Rechtspolitikern gefordert.[69] Aber

67 Julia Eckert, »Rechtsaneignung: Paradoxien von Pluralisierung und Entpluralisierung in rechtspluralen Situationen«, in: Matthias Kötter, Gunnar F. Schuppert (Hg.), *Normative Pluralität ordnen: Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden 2009, S. 191-206, hier S. 203.

68 In ähnliche Richtung, wenn auch von anderen Ausgangspunkten her argumentieren Thomas Risse u. a. (Hg.), *The Power of Human Rights; International Norms and Domestic Change*, Cambridge 1999.

69 Daes, »Intellectual Property and Indigenous Peoples«, S. 143, 144 f.; Anthony Taubman, »Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge«, in: Keith Maskus, Jerome

gerade dies stellt den Versuch, das Verhältnis von globaler Moderne und regionaler Kulturen als Verfassungskollision zu formulieren, vor das fundamentale Problem, ob überhaupt das Fremde im Eigenen authentisch rekonstruiert werden kann.

Wenn man die Institutionen der Moderne durch die Gegeninstitution der Verfassung dazu bringen soll, ihre Expansion zu beschränken, dann gibt es keinen anderen Weg, als das Fremde in der eigenen Begrifflichkeit zu rekonstruieren, damit interne Schranken an geeigneter Stelle überhaupt errichtet werden können. Andernfalls gleiten externe Proteste und Widerstände im Namen der Regionalkulturen wirkungslos an ihnen ab. Aber es gibt – und darauf kommt es an – mehr oder weniger responsive, mehr oder weniger umweltsensible Arten dieser Rekonstruktion – die aber immer auch »Konstruktion« ist, denn »in Wahrheit« gibt es das Indigenous Law als ein Formalrecht im modernen Sinne überhaupt nicht. Es ist ein schieres Konstrukt seiner modernen Erfinder. Das moderne Recht klaubt sich aus den faktischen Handlungsabläufen, Gebräuchen und kulturellen Normierungen der Regionalkulturen ihm genehme Elemente zu einer Collage zusammen, die es dann als Customary Law, das heißt als von der Regionalkultur selbstgeschaffene normative Eigentumspositionen und Handlungspflichten ausgibt. Diese Lektüre des modernen Rechts beruht auf einem einzigen großen Missverständnis – einem unter Umständen kreativen Missverständnis. Es ist aber nur dann kreativ, wenn es nicht eine reine Erfindung von etwas Neuem ins Blaue hinein produziert, sondern wenn es fremdes kulturelles Material aufspürt und im Eigenen rekonstruiert.

Das Kollisionsrecht der globalen Moderne missversteht anscheinend systematisch bestimmte Kommunikationen innerhalb der indigenen Kultur als formale Rechtsakte, die Rechtsnormen schaffen, ja es muss sie missverstehen, wenn sie als Beschränkungen der Moderne wirksam werden sollen. Über diese Realfiktion schafft sich das moderne Recht im so genannten Indigenous Law einen neuen Rechtsproduktionsmechanismus, der mit Verboten und anderen Rechtssanktionen den Expansionstendenzen der Moderne entgegenwirken kann. Hier stecken die Chancen, wie trotz des Hiatus

Reichman (Hg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge 2005, S. 521-564; Coombe, »Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity«.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 246-247 09.01.2012 08:44:47

zwischen den Organisationsprinzipien ein globaler Rechtsdiskurs für indigene Kulturen Responsivität entwickeln kann. Die Frage heißt: »Wie lässt sich dieser Hiatus überbrücken und die Responsivität des modernen Rechtes gegenüber traditionellem Wissen steigern, ohne dass der Primat der Menschenrechte negiert wird?«[70] Aussichtsreich erscheint allein der Versuch, das Selbstverständnis der indigenen Kultur soweit wie möglich zu eruieren, um es von diesem vertieften Verständnis aus dann in der Sprache des modernen Rechts als gezielte Handlungsbeschränkung zu rekonstruieren. Das Selbstverständnis der Träger des traditionellen Wissens – »das Prinzip indigener Selbstbestimmung«[71] – sollte das normative Gravitationszentrum für einen Grundrechtsschutz darstellen. Dann ist nicht einfach der Verweis des modernen Rechts auf indigenes Recht in abstracto gefragt, sondern eine Wahl der modernen Rechtsformen, welche die Kulturprozesse, in denen das Wissen produziert wird, wirksam schützen können.

Traditionelles Wissen in seinem bloßen Bestand zu schützen, reicht nicht aus. Denn die Existenz dieses Wissens hängt wesentlich vom Kontext der Wissenserzeugung ab, also von der Erhaltung der Rahmenbedingungen der lokalen Kultur. Weil diese den Rahmenbedingungen der modernen Wissensproduktionen diametral widersprechen, bricht an dieser Stelle der Konflikt zwischen dem hochspezialisierten Wissensbegriff der Moderne und dem holistischen traditionellen Wissen erneut auf, ebenso wie der Konflikt zwischen dem formalen Recht der Moderne und dem gesellschaftlich eingebetteten Recht der Regionalkulturen. Kann das moderne Recht diesem Konflikt gerecht werden? »Globalisiere Diversität holistisch« – so lautet eine paradoxe Antwort.[72] In der Sache bedeutet dies, dass sich der Grundrechtsschutz für indigene Kulturen nicht einfach auf die Resultate, sondern auf den gesamten Prozess der Wissensproduktion erstreckt. Verlangt ist hier Rechtsschutz nicht nur des spezialisierten Wissens, sondern dessen Einbettung in die Regionalkultur selbst.

Im Lichte dieser Anforderung ist dann die Frage zu beantwor-

70 Graber, »Using Human Rights to Tackle Fragmentation«, S. 117.

71 Coombe, »Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity«; Taubman, »Saving the Village«, S. 46; Daes, »Intellectual Property and Indigenous Peoples«, S. 146.

72 Taubman, »Saving the Village«, S. 525.

ten, welche der Institutionen des modernen Rechts am ehesten die gesuchte Responsivität gegenüber indigener Kultur aufweisen. Die bisherigen Versuche setzten hauptsächlich an drei Institutionen an: an »intellectual property«, an »cultural heritage« und an »native title law«.[73] Es ist nicht zu bestreiten, dass alle gewisse Erfolge registrieren können. Doch sind sie so stark durch ihre jeweiligen kulturellen und rechtlichen Vorverständnisse begrenzt, dass ein umfassender Schutz indigener Kulturen auf keinen der drei gestützt werden kann. Eher erfolgversprechend erscheint ein Ansatz, der davon absieht, die Beziehung zwischen traditionellem Wissen, dem Territorium und der indigenen Gruppe unter einen erweiterten Eigentumsbegriff zu fassen, sondern auf »shared sovereignty« setzt. Dies strebt eine Ko-existenz von moderner politischer Herrschaft und einer indigenen »internal self-determination« an. Die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung indigener Gruppen wäre nicht dem Zugriff der funktionalen Differenzierung ausgeliefert. Stattdessen würde es die geteilte Souveränität ermöglichen, dass die indigenen Gruppen die Organisation ihres Zusammenlebens selbst wählen. Dass diese Gruppen selbst adäquate Schemata des Schutzes ihres kulturellen Erbes ausformen, wäre Teil ihrer Selbstorganisation.

3. Interkulturelle Kollisionsnormen

Wenn die Grundrechte der Moderne die Verwirklichungsbedingungen des traditionellen Wissens in sich aufnehmen sollen, dann kann sich ihre ratio legis nicht darauf beschränken, »Kulturreservate« in ihrem gegenwärtigen Bestand zu erhalten. Eine Politik des »Artenschutzes« würde bloß auf Strukturautonomie und nicht auf Prozessautonomie zielen. Ein Grundrechtsschutz müsste vielmehr so angelegt sein, dass er den Rahmen schafft, eine eigenständige Entwicklung indigener Kulturen in Auseinandersetzung mit der Moderne dadurch zu ermöglichen, dass er die spezifischen Invasionen der Moderne beschränkt und als Kompensation einen Res-

73 Zu den Details dieser Rechtsformen und zu ihren Alternativen Christoph Graber, »Wanjina und Wungurr: The Propertisation of Aboriginal Rock Art Under Australian Law«, in: Gralf-Peter Calliess u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 275-297, hier S. 289 ff., 294 f.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 248-249 09.01.2012 08:44:47

sourcentransfer an Indigene anordnet. Hier lassen sich eine Reihe sinnvoller Ansätze skizzieren, die erste Anhaltspunkte für die weitere Ausgestaltung des globalen Grundrechtsschutzes liefern.

(1) Zuschreibung kommunal-kollektiver Rechte: Wer ist der Begünstigte des Rechtsschutzes? Der Autor des Wissens als Individuum – so heißt die selbstverständliche Antwort des modernen Rechts, auf die auch die transnationalen Regimes des Intellectual Property immer wieder rekurrieren. Diesem individualistischen Verständnis steht aber der kommunale oder kollektive Charakter traditionellen Wissens entgegen, wobei wiederum auch »kommunal« und »kollektiv« Kategorien der Moderne sind. In den australischen Gerichtsprozessen, in denen die Gerichte die Beziehung indigener Gruppen zu dem von ihnen besiedelten Territorium in modernen Kategorien des »Eigentums« zu fassen versuchten, zeigte sich die Kollision rechtskultureller Vorverständnisse dramatisch.[74] Um hier weiterzukommen, sollte man sich von der Zwangsvorstellung lösen, dass es stets eines personifizierten Kollektivs bedarf, auf das das traditionelle Wissen zugerechnet wird. Stattdessen kann man auf eine ganze Reihe von Zurechnungstechniken zurückgreifen, um Rechtsschutz für traditionelles Wissen zu ermöglichen.[75] Eine soziologisch fundierte Grundrechtstheorie, die Grundrechte als Institution versteht, rechnet sie unpersönlichen Kommunikationsprozessen als solchen und nicht bloß Individuen zu und kommt damit in der Sache, wenn auch über ganz andere Begrifflichkeiten, dem regionalkulturellen Selbstverständnis ein Stück entgegen. Doch dürfte es noch nicht ausreichend sein, in einem merkwürdigen interkulturellen Kompromiss, »Gemeinschaften, Verbände, Kooperativen, Familien, Abstammungsgemeinschaften«, also Gruppen oder Kollektive, zu Rechtsträgern zu erklären.[76] Vielmehr wäre das traditionelle Wissen selbst, nicht seine Autoren – weder als Individuum noch als Kollektiv – als Träger solcher institutionell

74 Daniel J. Gervais, »Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge«, in: *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 11 (2003), S. 467-495.

75 Siehe etwa die Zuschreibung in Onus v. Alcoa of Australia Ltd., C.L.R. 27 (1981), 149, Mason, J.

76 So der Vorschlag von Thomas Cottier und Marion Panizzon, »Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection«, in: *Journal of International Economic Law* 7 (2004), S. 371-399; Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1996.

verstandener Grundrechte zu verstehen. Die Richtungsangabe für das globale Recht hieße, Grundrechte zu entindividualisieren, indigene Kommunikationsprozesse selbst als Grundrechtsträger anzuerkennen und darauf zugeschnittene Rechtsschutzverfahren zu entwerfen.[77] Dies schließt an andere Konzeptionen an, die Grundrechte nicht nur Individuen oder Kollektiven, sondern bestimmten sozialen Prozessen selbst zurechnen.[78] »Indigene Kulturrechte« wären dann als dritte, als »hybride« Form von Rechten im Unterschied zu Individualrechten und Kollektivrechten anzuerkennen: *Kulturelle Prozesse zu Grundrechtssubjekten zu erheben*, erleichtert es der Grundrechtsdogmatik, Rechtsträger traditionellen Wissens in fremden Kulturen zu identifizieren.

Eine solche prozessorientierte Sichtweise dürfte auch in der Lage sein, die »kulturalistischen« Verengungen zu überwinden, die von einer starren Dichotomie Tradition/Moderne ausgehen. Statt sich unhistorisch auf einen permanenten Clash of Civilizations zu fixieren, kann sie die »Gleichzeitigkeit unterschiedlicher Formen von Neo-Traditionalismus, von staatlichen Recht, von ›unnamed law‹ und von transnationalen Rechtsnormen«[79] auch rechtlich wahrnehmen, wenn der kulturelle Wandlungsprozess selbst der Rechtsträger ist. Sie kann dann eher den vielfältigen Auseinandersetzungs- und Aneignungsprozessen und der Herausbildung von hybriden Kulturpraktiken gerecht werden und den Rechtsschutz gerade darauf ausrichten.[80]

(2) Partizipationsrechte: Indigenen Gruppen selbst die Entscheidung über den Zugang anderer zum traditionellen Wissen zu reservieren, ist das Leitprinzip. Über »prior informed consent« ist

77 Das kanadische Verfassungsrecht dürfte in seinem kollektiven und institutionellen Verständnis dieser Grundrechtskonzeption entgegenkommen: Art. 84 Canadian Constitution, vgl. Gervais, »Spiritual but not Intellectual?«, S. 491.

78 Ridder hat das Konzept der impersonalen Grundrecht entworfen, das das Grundrecht der Meinungsfreiheit unmittelbar auf den Prozess der politischen Willensbildung bezieht, Ridder, *Soziale Ordnung des Grundgesetzes*, S. 85; daran anknüpfend Ladeur, »Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie«; Teubner, »Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure«.

79 Eckert, »Rechtsaneignung«, S. 193.

80 Zur Kritik an einem unhistorischen Rechtskulturalismus und zu dessen Alternative eines konflikthaften dynamischen Rechtswandels aufschlussreich ebda., S. 201 ff.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 250-251 09.01.2012 08:44:47

zu gewährleisten, dass die kommunalen Gruppen an den für sie relevanten Entscheidungsprozessen beteiligt sind[81] und sie gegebenenfalls das Recht haben, den Zugang zu verweigern.[82]

Insbesondere bei der Frage, wie die Zustimmung verfahrensmäßig zu organisieren ist und welche Sekundärhaftung in Form von Pönalisierungs- oder Restitutionspflichten anzuwenden ist, wird bedeutsam, welche Anforderungen die jeweilige epistemische Gemeinschaft selbst an den Konsens stellt.[83] Dazu ist eine Herkunftszertifizierung von entscheidender Bedeutung.[84] Denn die Pflicht für die wissensverwertenden Organisationen, die Herkunft des Wissens offenzulegen, »disclosure of origin«, bezweckt nicht nur sicherzustellen, dass nur wirkliche Neuerfindungen patentiert werden, sondern ermöglicht zugleich, die Inhaber der Rechte zur Kontrolle der etablierten Verfahrensrechte zu identifizieren.

(3) Monetäre Kompensation: Sofern die Gewinnteilungsnormen den indigenen Gruppen eine ökonomische Mitverwertung des traditionellen Wissens gegenüber dem Nutznießer, dem Usufructuary, sicherstellen sollen, scheinen Verträge über die Verwertung weniger geeignet, denn das bedeutete den Schutz von kultureller Autonomie durch Zerstörung der kulturell-religiösen Gehalte. Vom interkulturellen Standpunkt aus bieten sich daher eher Fondslösungen an.[85]

81 *Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights*, *Working Group on Indigenous Populations*, 22. Sitzung, 19.-13. Juli 2004, S. 5: »Free, prior and informed consent recognizes indigenous peoples' inherent and prior rights to their lands and resources and respects their legitimate authority to require that third parties enter into an equal and respectful relationship with them, based on the principle of informed consent.«

82 Details bei Ulrich Brand und Christoph Görg, *Postfordistische Naturverhältnisse. Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates*, Münster 2003, S. 75 ff.

83 So verweisen liability regime regelmäßig zugleich auf customary law, vgl. Tracy Lewis und Jerome H. Reichman (2004), *Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: A Law and Economics Primer*, ⟨http://www.earthinstitute.columbia.edu/cgsd/documents/lewisreichman.pdf⟩.

84 Siehe zuletzt *CBD*, Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance, 20. Februar 2007, UNEP/CBD/WG-ABS/5/2.

85 *Report of the United Nations Conference on Environment and Development,* Rio de Janeiro, 3.-14. Juni 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), ⟨http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm⟩.

IV. Leitprinzipien unterschiedlicher Verfassungskollisionen

Im Vergleich zum traditionellen Kollisionsrecht der Nationalstaaten weisen die hier angesprochenen Kollisionen, sowohl die Inter-Regime-Kollisionen als auch die interkulturellen Kollisionen, Besonderheiten auf, die es nahelegen, jeweils darauf zugeschnittene Kollisionsnormen neu zu entwickeln. Maßgeblich für die unterschiedliche Ausgestaltung der Normen ist, dass die drei involvierten Verfassungsordnungen – Nationalstaaten, transnationale Regimes und indigene Gruppen – zu einem unterschiedlichen Grad gesellschaftlich eingebettet sind.

Den geringsten Grad gesellschaftlicher Einbettung weisen transnationale Regimeverfassungen auf. Sie sind exklusiv auf einen funktional ausdifferenzierten Sektor der Weltgesellschaft zugeschnitten und konstituieren als Folge hiervon ein »self-contained regime«, das spezialisierte Normen entwickelt, welche die Eigenrationalität des an sie gekoppelten gesellschaftlichen Sektors widerspiegeln. Regimeverfassungen sind Teilverfassungen ohne Rückhalt in gesamtgesellschaftlichen, das heißt in auf das »Gemeinwohl« gerichteten, Prozessen.

Nationalstaatliche Verfassungen dagegen sind dagegen immerhin in eine nationale Gesamtrechtsordnung eingebettet. Sie bilden zwar ebenso wie transnationale Regimeverfassungen nur einen Teilbereich des Rechtssystems der Weltgesellschaft, sie verfassen nur das politische System, nicht die Gesamtgesellschaft. Sie verfügen aber, wie oben näher erläutert, in dem Sinne über eine »innere Balance«, dass ihre Rechtsnormen, so funktional spezifisch sie im Einzelfall auch sein mögen, immer schon im Kontext anderer Rechtsnormen stehen, also die Lösungen unterschiedlicher gesellschaftlicher Konflikte sind. Die Rechtsnormen der nationalen Verfassungen, besonders die Grundrechte, stehen in einer Beziehung der ständigen gegenseitigen (Selbst-)Beschränkung.

Indigene Normordnungen sind sehr viel stärker gesamtgesellschaftlich eingebettet als nationalstaatliches Recht. Der Grund hierfür liegt darin, dass sie in Gesellschaftsbereichen auftreten, in denen sich ein funktional ausdifferenziertes Rechtssystem nicht ausgebildet hat: Ihre Normen sind inhaltlich und genetisch untrennbar verwoben mit religiösen, politischen, wirtschaftlichen

29628 Teubner 1. Lauf.indd 252-253 09.01.2012 08:44:47

und auf traditionelles Wissen bezogenen Interaktionssystemen.

Aus diesen Unterschieden zwischen den drei Ordnungen sind Konsequenzen für die Auflösung ihrer Verfassungskollisionen zu ziehen. Beanspruchen in Inter-Regime-Konflikten die miteinander kollidierenden Regimes, jeweils nur ihre eigenen Verfassungsstandards anzuwenden, ist der »substantive law approach« am besten geeignet. Er greift jeweils Elemente aus den kollidierenden Verfassungsnormen auf und reflektiert diese im Gestalt einer neuen Sachnorm, die sich zugleich am *ordre public transnational* orientiert. Das führt in dem Sinne zu einem hybriden Recht, als die Sachnorm aus Sicht des entscheidenden Spruchkörpers fremde Verfassungsstandards in das eigene Recht internalisiert, gleichzeitig aber dessen Autonomie unberührt lässt. Demgegenüber ist in interkulturellen Kollisionen die Lage durch die Beteiligung indigener Fundamentalnormen charakterisiert, dann sind diese in Gestalt von durch Grundrechte geschützten Bereichen, die die Expansionstendenzen des Funktionalregimes beschränken, anzuerkennen.

Bei allen Unterschieden weisen die Verfassungskollisionen die Gemeinsamkeit auf, dass die Verweisungstechnik des klassischen Kollisionsrechts als nur wenig geeignet erscheint. Stattdessen sind in einer Art Common Law Approach Sachnormen eines transnationalen Verfassungsrechts zu entwickeln. Dessen Besonderheit besteht darin, dass es nicht von einer hierarchischen Zentralinstanz für die Gesamtordnung, sondern von den kollidierenden Regimes selbst entwickelt wird.

Das Gerechtigkeitsprinzip, das solchen dezentral erzeugten Verfassungsnormen zugrunde liegt, dürfte eine Art Nachhaltigkeitsprinzip sein, das ursprünglich als eine Begrenzung ökonomischen Wachstums zum Schutz der natürlichen Umwelt in Hinblick auf künftige Lebensbedingungen entwickelt worden ist. Die heutige Herausforderung aber ist, dass das Nachhaltigkeitsprinzip in zweifacher Hinsicht verallgemeinert werden muss.[86] *Nachhaltigkeit kann sich nicht mehr nur auf das Verhältnis der Wirtschaft zur Natur, also auf das Verhältnis nur eines Sozialsystems zu nur einer seiner Umwelten, beschränken. Das Prinzip der Nachhaltigkeit ist über die Wirtschaft hinaus auf sämtliche funktionalen Regimes umzudenken. Zugleich muss es über die natürliche Umwelt hinaus sämtliche relevanten Umwelten der Regimes einbeziehen*. Umwelt ist hier im weitesten Sinne zu denken, als die natürliche, die soziale und die humane Umwelt transnationaler Regimes.

86 Zur Verantwortung sozialer Institutionen für nachhaltige Entwicklung Amartya Sen, »Sustainable Development and Our Responsibilities«, in: *Notizie di Politeia* 26 (2010), S. 129-137.

Eine regimespezifisch ausgebildete Nachhaltigkeit verlangt von jedem Regime, dass es seine Optionen beschränken muss, um selbstdestruktive Tendenzen zu konterkarieren und von ihnen ausgelöste Umweltschädigungen zu vermeiden. Das wurde hier mehrfach als die limitative Funktion der Regime-Verfassungen bezeichnet, die heute zu Recht im Vordergrund des gesellschaftlichen Konstitutionalismus steht. Sehr viel anspruchsvoller und mit sehr viel größeren Realisierungsschwierigkeiten belastet wäre dagegen ein Verfassungskonzept der Nachhaltigkeit, das über die Selbstlimitierung der Regimes hinaus die Unterstützung, ja sogar die aktive Förderung der jeweiligen Umwelten anstrebte. Entsprechend vorsichtig fiel in den vorherigen Kapiteln das Plädoyer für eine solchen Begriff von Nachhaltigkeit aus, am deutlichsten noch bei der Horizontalwirkung der Grundrechte und bei den Autonomiegarantien für indigene Kulturen.

Doch letztlich zielt der gesellschaftliche Konstitutionalismus auf eine solche intensivierte Nachhaltigkeit. Zugrunde liegt immer die Kovarianz von gesellschaftlichen Organisationsformen und verfassungsrechtlichen Prinzipien. Emile Durkheim konnte noch formulieren, dass die moderne gesellschaftliche Arbeitsteilung eine gesellschaftliche Verfassung der »organischen Solidarität« erforderte.[87] Denkt man von bloßer Arbeitsteilung auf funktionale Differenzierung der Gesellschaft um, dann fordert die hochgetriebene Autonomie der globalen Funktionssysteme jedes dieser Systeme dazu heraus, in seiner Eigenverfassung eine neuartige Nachhaltigkeit, eine neue Sensibilität für seine Umwelten, zu entwickeln. Nicht umsonst ist eine solche Gratwanderung auf der Grenze von Systemerhaltung und Umweltförderung, die beide gleichermaßen in den Blick nimmt, um ihre wechselseitigen Auswirkungen zu bedenken, als die heute einzig mögliche Form von Rationalität – in Äquidistanz zu ihren Konkurrenten Rational Choice und diskursiver Rationalität – identifiziert worden. Rationalität zu verwirklichen, heißt: »Die Irritabilität der Systeme muss verstärkt werden.«[88]

87 Durkheim, *Teilung der sozialen Arbeit*, S. 152 ff.

88 Luhmann, *Gesellschaft der Gesellschaft*, S. 171 ff., 182, 185 (Zitat).

29628 Teubner 1. Lauf.indd 254-255 09.01.2012 08:44:47

Wenn es stimmt, dass politische und gesellschaftliche Teilverfassungen doppelte Reflexivität, also die mediale Reflexivität des jeweiligen Sozialbereichs und die des Rechts, herstellen, dann wird es zur genuinen Aufgabe ihrer Verfassungen, die normativen Voraussetzungen für ihre innere Politisierung zu schaffen. Und innere Politisierung bedeutet, dass sowohl über die gesamtgesellschaftliche Rolle des Sozialbereichs als auch über seine möglichen Gefährdungen gegenüber den natürlichen, sozialen und humanen Umwelten und über seine positiven Leistungen für diese Umwelten gestritten und entschieden wird.

Bibliographie

Abbott, Kenneth und Duncan Snidal, »Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit«, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (2009), S. 501-571.

Abelshauser, Werner, *Kulturkampf: Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Kadmos, Berlin 2003.

Ackerman, Bruce A., *We the People: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000.

Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2002.

Albert, Mathias und Rudolf Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, VS, Wiesbaden 2007.

Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1994.

Algan, Yann und Pierre Cahuc, *La société de défiance: Comment le modèle social francais s'autodétruit*, Éditions rue d'Ulm, Paris 2007.

Allott, Philip, »The Emerging Universal Legal System«, in: *International Law Forum du droit international* 3 (2001), S. 12-17.

Alvarez, José, »Constitutional Interpretation in International Organizations«, in: Jean M. Coicaud, Veijo Hejskanen (Hg.), *The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, Tokio 2001, S. 104-154.

Amerasinghe, Chittharanjan F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

Amstutz, Marc, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 2001.

Amstutz, Marc, »In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning«, in: *European Law Journal* 11 (2005), S. 766-784.

Amstutz, Marc, Andreas Abegg und Vagios Karavas, *Soziales Vertragsrecht: Eine rechtsevolutorische Studie*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2006.

Amstutz, Marc, Andreas Abegg und Vagios Karavas, »Civil Society Constitutionalism: the Power of Contract Law«, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14 (2007), S. 235-258.

Amstutz, Marc und Vagios Karavas, »Rechtsmutation: Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum«, in: *Rechtsgeschichte* 8 (2006), S. 14-32.

Amstutz, Marc und Vagios Karavas, »Weltrecht: Ein Derridasches Monster«, in: Gralf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch,

29628 Teubner 1. Lauf.indd 256-257 09.01.2012 08:44:47

Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 2009, S. 646-672.
Anderson, Gavin W., »Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism«, in: *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 17 (2004), S. 31-59.
Anderson, Gavin W., *Constitutional Rights after Globalization*, Hart, Oxford 2005.
Anderson, Gavin W., »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.
Anderson, Gavin W., »Counterhegemonic Constitutionalism Without the State«, in: *Social and Legal Studies* 20 (2011), im Erscheinen.
Augsberg, Ino, Tobias Gostomzyk und Lars Viellechner, *Denken in Netzwerken: Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
Ayres, Ian und John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending The Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York 1992.

Backer, Larry Catá, »Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law«, in: *Columbia Human Rights Law Review* 37 (2005), S. 101-192.
Backer, Larry Catá, »The Autonomous Global Enterprise: On the Role of Organizational Law Beyond Asset Partitioning and Legal Personality«, in: *Tulane Law Journal* 41 (2006), S. 541-572.
Backer, Larry Catá, »Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation«, in: *ILSA Journal of International & Comparative Law* 14 (2008), S. 1-26.
Backer, Larry Catá (2009), Transnational Corporate Constitutionalism?, ⟨http://lcbackerblog.blogspot.com/2009/06/gunther-teubner-on-complications-of.html⟩.
Badura, Peter, »Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), S. 347-358.
Baecker, Dirk, »The Power to Rule the World«, in: Gralf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 2009, S. 673-686.
Barak, Aharon, »Constitutional Human Rights and Private Law«, in: *Review on Constitutional Studies* 3 (1996), S. 218-281.

Barry, Brian, *Theories of Justice: A Treatise on Social Justice I*, Harvester Wheatsheaf, London 1989.
Beck, Ulrich und Natan Sznaider, »Unpacking Cosmopolitanism for the Social Sciences: A Research Agenda«, in: *The British Journal of Sociology* 57 (2006), S. 1-23.
Beckenkamp, Martin, »The Herd Moves? Emergence and Self-organization in Collective Actors«, in: *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 14* (2006), S. 1-50.
Behrens, Peter, »Weltwirtschaftsverfassung«, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 19 (2000), S. 5-27.
Benz, Arthur, »Regionalpolitik zwischen Netzwerkbildung und Institutionalisierung: Zur Funktionalität paradoxer Strukturen«, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1 (1996), S. 23-43.
Berman, Harold J., »World Law: An Ecumenical Jurisprudence of the Holy Spirit«, in: *Emory University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series* Research Paper No. 05-4 (2005), S. 1-16.
Berman, Paul Schiff, »The Globalization of Jurisdiction«, in: *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2002), S. 311-545.
Berman, Paul Schiff, »Global Legal Pluralism«, in: *Southern California Law Review* 80 (2007), S. 1155-1238.
Bieber, Daniel, »Probleme unternehmensübergreifender Organisation von Innovationsprozessen«, in: Daniel Bieber (Hg.), *Technikentwicklung und Industriearbeit: Industrielle Produktionstechnik zwischen Eigendynamik und Nutzerinteressen*, Campus, Frankfurt/M. 1997, S. 111-140.
Bieling, Hans-Jürgen, »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*, Nomos, Baden-Baden 2007, S. 143-160.
Binswanger, Hans Christoph, *Die Wachstumsspirale: Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses*, Metropolis, Marburg 2006.
Binswanger, Hans Christoph, *Vorwärts zur Mässigung: Perspektiven einer nachhaltigen Wirtschaft*, Murmann, Hamburg 2009.
Binswanger, Hans Christoph, »Die deutsche Wirtschaft wächst zu schnell«, in: *Spiegel-Online* am 12. 12. 2010.
Black, Julia, »Constitutionalising Self-Regulation«, in: *Modern Law Review* 59 (1996), S. 24-55.
Black, Julia, »New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis Institutionalist Approaches to Regulatory Decision Making«, in: *Law & Policy* 19 (1997), S. 51-93.
Block, Walter E., »A Critical Look at The Calculus of Consent«, in: *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 8 (2010), S. 433-450.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 258-259 09.01.2012 08:44:47

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, »Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes als Grenzbegriff des Rechts«, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1991, S. 90-112.
Bogdandy, Armin von, »Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany«, in: *Harvard International Law Journal* 47 (2006), S. 223-242.
Böhm, Franz, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Heymanns, Berlin 1933.
Böll, Heinrich, *Die verlorene Ehre der Katharina Blum oder: Wie Gewalt entstehen und wohin sie führen kann*, Kiepenheuer und Witsch, Köln 1992.
Bomhoff, Jacco und Anne C. Meuwese, »The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation«, in: *Journal of Law and Society* 38 (2011), S. 138-162.
Bommes, Michael und Veronika Tacke (Hg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, VS, Wiesbaden 2011.
Braithwaite, John, »Enforced Self-regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control«, in: *Michigan Law Review* 80 (1982), S. 1466-1507.
Brand, Ulrich und Christoph Görg, *Postfordistische Naturverhältnisse. Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates*, Westfälisches Dampfboot, Münster 2003.
Braun, Joachim von und Ruth Meinzen, »›Land Grabbing‹ by Foreign Investors in Developing Countries: Risks and Opportunities«, in: *International Food Policy Research Institute (IFPRI) Policy Brief* 13 (2009), S. 1-4.
Brüggemeier, Gert, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Band 2: Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, Syndikat, Frankfurt/M. 1979.
Brüggemeier, Gert, »Constitutionalisation of Private Law: The German Perspective«, in: Tom Barkhuysen, Siewert Lindenbergh (Hg.), *Constitutionalisation of Private Law*, Brill, Leiden 2006, S. 59-82.
Brüggemeier, Gert, Aurelia Colombi Ciacchi und Giovanni Comandé (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
Brunkhorst, Hauke, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2002.
Brunkhorst, Hauke, »Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft«, in: *Zeitschrift für Soziologie: Sonderheft Weltgesellschaft* (2005), S. 330-348.
Brunkhorst, Hauke, »Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft: Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit«, in: Mathias Albert, Rudolf Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, S. 63-108.
Brunnengräber, Achim, Ansgar Klein und Heike Walk (Hg.), *NGOs im Prozess der Globalisierung: Mächtige Zwerge – umstrittene Riesen*, Wiesbaden, VS 2005.
Buchanan, James M., *Constitutional Economics*, Blackwell, Oxford 1991.
Buchanan, James M., *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1994.
Buchanan, Ruth, »Legitimating Global Trade Governance: Constitutional and Legal Pluralist Approaches«, in: *Northern Ireland Legal Quarterly* 57 (2006), S. 657-672.
Buchanan, Ruth, »Reconceptualizing Law and Politics in the Transnational Constitutional and Legal Pluralist Approaches«, in: *Socio-Legal Review* 5 (2008), S. 21-39.
Burnicki, Ralf, *Anarchismus und Konsens: Gegen Repräsentation und Mehrheitsprinzip: Strukturen einer nichthierarchischen Demokratie*, Verlag Edition AV, Frankfurt/M. 2002.

Calliess, Gralf-Peter, *Prozedurales Recht*, Nomos, Baden-Baden 1999.
Calliess, Gralf-Peter, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
Calliess, Gralf-Peter und Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart, Oxford 2010.
Campagna, Julie, »United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights: The International Community Asserts Binding Law on the Global Rule Makers«, in: *John Marshall Law Review* 37 (2004), S. 1205-1252.
Canaris, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*, De Gruyter, Berlin 1999.
Carmody, Chios, »A Theory of WTO Law«, in: *Journal of International Economic Law* 11 (2008), S. 527-557.
Cass, Deborah Z., *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, Oxford 2005.
Cassese, Sabino, »Adminstrative Law Without the State: The Challenge of Global Regulation«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 37 (2005), S. 663-694.
Cheadle, Halton und Dennis Davis, »The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere«, in: *South African Journal of Human Rights* 44 (1997), S. 39-60.
Chernilo, Daniel, *A Social Theory of the Nation-State: The Political Forms of Modernity beyond Methodological Nationalism*, Routledge, London 2007.
Christodoulidis, Emilios, »Against Substitution: The Constitutional Thin-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 260-261 09.01.2012 08:44:47

king of Dissensus«, in: Martin Loughlin, Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, New York 2007, S. 189-208.
Clapham, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford University Press, Oxford 1996.
Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford 2006.
Collins, Hugh, »Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens«, in: Stefan Grundmann, Karl Riesenhuber, Florian Möslein (Hg.), *Contract Governance*, Kluwer, Amsterdam 2012, im Erscheinen.
Coombe, Rosemary J., »Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity: Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge«, in: Keith Maskus, Jerome Reichman (Hg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 559-614.
Cottier, Thomas und Marion Panizzon, »Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection«, in: *Journal of International Economic Law* 7 (2004), S. 371-399.
Cover, Robert M., »The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative«, in: *Harvard Law Review* 97 (1983), S. 4-68.
Creutz, Helmut, »Vollgeld und Grundeinkommen«, in: *Zeitschrift für Sozialökonomie* 133 (2002), S. 14-19.
Crouch, Colin, *Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus*, Suhrkamp, Berlin 2011.

Daes, Erica-Irene, »Intellectual Property and Indigenous Peoples«, in: *American Society of International Law Proceedings* 95 (2001), S. 143-150.
Dahl, Robert A., *After the Revolution? Authority in a Good Society*, Yale University Press, New Haven 1990.
Dalhuisen, Jan H., »Legal Orders and their Manifestations: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and its Lex Mercatoria«, in: *Berkeley Journal of International Law* 24 (2006), S. 129-191.
De Schutter, Olivier (Hg.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, Oxford 2006.
de Wet, Erika, »The International Constitutional Order«, in: *The International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 51-76.
Delmas Marty, Mireille, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart, Oxford 2009.
Derrida, Jacques, *Gesetzeskraft: Der ›mystische Grund der Autorität‹*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1991.

Derrida, Jacques, *Das andere Kap: Die vertagte Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992.
Derrida, Jacques, *Falschgeld: Zeitgeben I*, Fink, München 1993.
Derrida, Jacques, »Otobiographien: Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens«, in: Jacques Derrida, Friedrich Kittler, *Nietzsche – Politik des Eigennamens: Wie man abschafft, wovon man spricht*, Merve, Berlin 2000, S. 7-63.
Dicey, Albert, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, London 1964 [1889].
Diederichsen, Uwe, »Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 197 (1997), S. 57-64.
Diederichsen, Uwe, »Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 198 (1998), S. 171-260.
Dilling, Olaf, Martin Herberg und Gerd Winter (Hg.), *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Hart, Oxford 2008.
Dinwoodie, Graeme B., »A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms«, in: *University of Pennsylvania Law Review* 149 (2000), S. 469-581.
Dinwoodie, Grame B., »Trademarks and Territory: Detaching Trademark Law from the Nation-State«, in: *Houston Law Review* 41 (2004), S. 885-973.
Dobner, Petra, »More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 141-161.
Dorf, Michael C. und Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2003.
Dunoff, Jeffrey L., »Constitutional Conceits: The WTO's ›Constitution‹ and the Discipline of International Law«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 647-675.
Dunoff, Jeffrey L., »A New Approach to Regime Interaction«, in: Margaret Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, S. 136-174.
Dunoff, Jeffrey L. und Joel Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
Dupuy, Pierre-Marie, »The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1 (1997), S. 1-33.
Dupuy, Pierre-Marie, »L'unité de l'ordre juridique international«, in: *Recueil des Cours* 297 (2002), S. 9-489.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 262-263 09.01.2012 08:44:47

Dürig, Günter, »Grundrechte und Zivilrechtsprechung«, in: Theodor Maunz (Hg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift Hans Nawiasky*, Isar, München 1956, S. 157-210.
Durkheim, Emile, Über die Teilung der sozialen Arbeit, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2004 [1883].

Eckert, Julia, »Rechtsaneignung: Paradoxien von Pluralisierung und Entpluralisierung in rechtspluralen Situationen«, in: Matthias Kötter, Gunnar F. Schuppert (Hg.), *Normative Pluralität ordnen: Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 191-206.
Ellis, Jaye, »Sustainable Development and Fragmentation in International Society«, in: Duncan French (Hg.), *Environmental Justice and Sustainable Development*, Martinus Nijhoff, Leiden 2009, S. 57-73.
Engi, Lorenz, »Gemachtes Recht – gegebenes Recht Made Law – Given Law«, in: *Ancilla Juris* 2 (2007), S. 48-59.
Engle, Karen, »After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights«, in: Dorinda G. Dallmeyer (Hg.), *Reconceiving Reality: Women and International Law*, American Society of International Law, Washington 1993, S. 143-155.
Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 1956.
Esty, Daniel, »Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law«, in: *Yale Law Journal* 115 (2006), S. 1490-1562.

Fassbender, Bardo, »The Meaning of International Constitutional Law«, in: Douglas M. Johnston, Ronald StJ. Macdonald (Hg.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Martinus Nijhoff, Leiden 2005, S. 837-851.
Fassbender, Bardo, »›We the Peoples of the United Nations‹: Constituent Power and Constitutional form in International Law«, in: Neil Walker, Martin Loughlin (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 269-290.
Fischer-Lescano, Andreas, *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Velbrück, Weilerswist 2005.
Fischer-Lescano, Andreas und Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006.
Fischer-Lescano, Andreas und Moritz Renner, »Europäisches Verwaltungsrecht und Völkerrecht«, in: Jörg P. Terhechte (Hg.), *Verwaltungsrecht in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2011, S. 359-371.

Fisher, Irving, *100% Money*, Pickering & Chatto, London 1997 [1935].
Foerster, Heinz von, *Observing Systems*, Intersystems Publications, Seaside, Cal. 1981.
Foucault, Michel, »Räderwerke des Überwachens und Strafens: Ein Gespräch mit J.-J. Brochier«, in: Michel Foucault, *Mikrophysik der Macht*, Merve, Berlin 1976, S. 31-47.
Foucault, Michel, Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1976.
Fried, Charles, »Constitutionalism, Privatization, and Globalization«, in: *Cardozo Law Review* 21 (2000), S. 1091-1094.
Friedman, Daniel und Daphne Barak-Erez (Hg.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford 2001.
Frowein, Jochen A., »Konstitutionalisierung des Völkerrechts«, in: Klaus Dicke, Waldemar Hummer, Daniel Girsberger, Boele-Woelki, Christoph Engel, Jochen A. Frowein (Hg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Müller, Heidelberg 2000, S. 427-447.
Fuchs, Peter, *Der Eigen-Sinn des Bewußtseins: Die Person – die Psyche – die Signatur*, transcript, Bielefeld 2003.

Gallie, Walter B., »Essentially Contested Concepts«, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), S. 167-198.
Gamillscheg, Franz, »Die Grundrechte im Arbeitsrecht«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 164 (1964), S. 385-445.
Gardbaum, Stephen, »The ›Horizontal Effect‹ of Constitutional Rights«, in: *Michigan Law Review* 102 (2003), S. 387-459.
Gardbaum, Stephen, »Human Rights and International Constitutionalism«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, S. 233-257.
Gervais, Daniel J., »Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge«, in: *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 11 (2003), S. 467-495.
Gierke, Otto von, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlin 1863.
Gill, Stephen, *Power and Resistance in the New World Order*, Macmillan, Hampshire 2003.
Glendon, Ann, »Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse«, in: Don E. Eberly (Hg.), *The Essential Civil Society Reader*, Rowman Littlefield, Oxford 2000, S. 305-316.
Goldstone, Richard und Rebecca Hamilton, »Bosnia v. Serbia: Lessons

29628 Teubner 1. Lauf.indd 264-265 09.01.2012 08:44:48

from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 95-112.
Graber, Christoph und Gunther Teubner, »Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere«, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), S. 61-74.
Graber, Christoph, »Using Human Rights to Tackle Fragmentation in the Field of Traditional Cultural Expressions: An Institutional Approach«, in: Christoph Graber, Mira Burri-Nenova (Hg.), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expression in a Digital Environment*, Elgar, Cheltenham 2008, S. 96-120.
Graber, Christoph, »Wanjina und Wungurr: The Propertisation of Aboriginal Rock Art Under Australian Law«, in: Gralf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 2009, S. 275-297.
Grande, Edgar, Markus König, Patrick Pfister und Paul Sterzel, »Politische Transnationalisierung: Die Zukunft des Nationalstaats – Transnationale Politikregime im Vergleich«, in: Stefan Schirm (Hg.), *Globalisierung. Forschungsstand und Perspektiven*, Nomos, Baden-Baden 2006, S. 119-145.
Graziani, Augusto, *The Monetary Theory of Production*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
Grimm, Dieter, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1987.
Grimm, Dieter, »Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus«, in: Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1991, S. 31-66.
Grimm, Dieter, »The Constitution in the Process of Denationalization«, in: *Constellations* 12 (2005), S. 447-463.
Grimm, Dieter, »Gesellschaftlicher Konstitutionalismus: Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?«, in: Matthias Herdegen, Hans Hugo Klein, Hans-Jürgen Papier, Rupert Scholz (Hg.), *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, C.H. Beck, München 2009, S. 67-81.
Grimm, Dieter, »The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 3-22.
Gunningham, Neil und Joseph Rees, »Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective«, in: *Law and Policy* 19 (1997), S. 363- 414.

Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, C. F. Müller, Heidelberg 1983.
Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Neuwied 1962.
Habermas, Jürgen, *Protestbewegung und Hochschulreform*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1969.
Habermas, Jürgen, »Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien«, in: *Merkur* 39 (1985), S. 1-14.
Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992.
Habermas, Jürgen, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, in: Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2004, S. 113-193.
Haines, Fiona, »Regulatory Failures and Regulatory Solutions: A Characteristic Analysis of the Aftermath of Disaster«, in: *Law and Society Inquiry* 34 (2009), S. 31-57.
Hall, Peter A. und David Soskice (Hg.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford University Press, Oxford 2005.
Haltern, Ulrich, »Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 128 (2003), S. 511-557.
Haltern, Ulrich, »Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in European Imagination«, in: *European Law Journal* 9 (2003), S. 14-44.
Hamm, Brigitte, *Menschenrechte: Das internationale Normensystem des 21. Jahrhunderts*, Leske & Budrich, Opladen 2003.
Hardt, Michael und Antonio Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, Penguin, New York 2004.
Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford 1961.
Harvey, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford 2005.
Hauriou, Maurice, »La théorie de l'institution et de la fondation: Essai de vitalisme social«, in: Maurice Hauriou, *Aux sources du droit*, Bloud & Gay, Caen 1986 [1933], S. 89-128.
Hayek, Friedrich A., *Denationalization of Money: An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*, Institute of Economic Affairs, London 1978.
Hayoz, Nicolas, *L'étreinte soviétique: aspects sociologiques de l'effondrement programmé de l'URSS*, Droz, Genf 1997.
Hayoz, Nicolas, »Regionale, organisierte Gesellschaften und ihre Schwie-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 266-267 09.01.2012 08:44:48

rigkeiten mit der Realität funktionaler Differenzierung«, in: *Soziale Systeme* 13 (2007), S. 160-172.
Hebekus, Uwe, Ethel Matala de Mazza und Albrecht Koschorke (Hg.), *Das Politische: Figurenlehren des sozialen Körpers nach der Romantik*, Fink, München 2003.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008 [1821].
Herberg, Martin, *Globalisierung und private Selbstregulierung: Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, Campus, Frankfurt/M. 2007.
Herberg, Martin, »Bringing Professions Back in: A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society«, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Hart, Oxford 2011, S. 107-129.
Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambrigde (Mass.) 2004.
Hirschl, Ran, »The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide«, in: *Fordham Law Review* 75 (2006), S. 721- 752.
Hirst, Paul, »Democracy and Governance«, in: Jon Pierre (Hg.), *Debating Governance*, Oxford University Press, Oxford 2000, S. 13-35.
Höffe, Otfried, *›Königliche Völker‹: Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2001.
Höffe, Otfried, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München 2002.
Höffe, Otfried, »Vision Weltrepublik: Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung«, in: Dieter Ruloff, Christoph Bertram, Bruno Frey (Hg.), *Welche Weltordnung?*, Rüegger, Zürich 2005, S. 33-53.
Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hg.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin 2001.
Hofmann, Hasso, »Von der Staatsoziologie zu einer Soziologie der Verfassung«, in: *Juristenzeitung* 22 (1999), S. 1065-1074.
Holmes, Pablo, »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.
Horwitz, Morton J., »The History of the Public/Private Distinction«, in: *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), S. 1423-1428.
Howard-Grenville, Jennifer, Jennifer Nash und Cary Coglianese, »Constructing the License to Operate: Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions«, in: *Law and Policy* 30 (2008), S. 73-107.
Howse, Robert und Kalypso Nicolaidis, »Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity«, in: *Governance* 16 (2003), S. 73-94.
Howse, Robert und Kalypso Nicolaidis, »Legitimacy through ›Higher Law‹? Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far«, in: Thomas Cottier, Petros C. Mavroidis, Patrick Blatter (Hg.), *The Role Of The Judge In International Trade Regulation: Experience And Lessons For The WTO*, University of Michigan Press, Ann Arbor 2003, S. 307-348.
Huber, Joseph (2009), Geldordnung II: Reform der Geldschöpfung. Vollgeld-Konzept und Seigniorage Reform, ⟨http://www.soziologie.uni-halle.de/huber/docs/geldordnung-ii-reform-der-geldschoepfung-durch-vollgeld-mai-09.pdf⟩.
Huber, Joseph, *Monetäre Modernisierung: Zur Zukunft der Geldordnung*, Metropolis, Marburg 2010.
Huber, Joseph und James Robertson, *Geldschöpfung in öffentlicher Hand: Weg zu einer gerechten Geldordnung im Informationszeitalter*, Gauke, Kiel 2008.
Hueck, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, C.H. Beck, München 1958.
Hurrell, Andrew, *On Global Order*, Oxford University Press, Oxford 2007.
Hutter, Michael, »Global Regulation of the Internet Domain Name System: Five Lessons From the ICANN Case«, in: Karl-Heinz Ladeur (Hg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet: Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Nomos, Baden-Baden 2003, S. 39-52.

Jäger, Herbert, *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1989.
Jefferson, Thomas, »Thomas Jefferson to John Wayles Eppes, June 24, 1813.«, in: Paul L. Ford (Hg.), *The Works of Thomas Jefferson. Federal Edition*, G.P. Putnam's Sons, New York 1813, S. 297.
Joerges, Christian, »Europarecht als Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann«, in: Martin Führ, Rainer Wahl, Peter von Wilmowsky (Hg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft: Festschrift für Eckard Rehbinder*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2007, S. 719-747.
Joerges, Christian und Florian Rödl, »Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der postnationalen Konstellation«, in: Gralf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 2009, S. 765-778.
Joerges, Christian, »The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form«, in: Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann

29628 Teubner 1. Lauf.indd 268-269 09.01.2012 08:44:48

(Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, Oxford 2010, S. 491-528.
Joerges, Christian, »A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation«, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Hart, Oxford 2011, S. 465-501.
Joerges, Christian und Josef Falke, *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets*, Hart, Oxford 2011.
Joseph, Sarah, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart, Oxford 2004.

Kalyvas, Andreas, »Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power«, in: *Constellations* 12 (2005), S. 223-244.
Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten. Werke in zwölf Bänden. Band 8*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1977.
Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008 [1785].
Karavas, Vagios, *Digitale Grundrechte: Zur Drittwirkung der Grundrechte im Internet*, Nomos, Baden-Baden 2006.
Karavas, Vagios, »Grundrechtsschutz im Web 2.0: Ein Beitrag zur Verankerung des Grundrechtsschutzes in einer Epistemologie hybrider Assoziationen zwischen Mensch und Computer«, in: Christoph Bieber, Martin Eifert, Thomas Groß, Jörn Lamla (Hg.), *Soziale Netze in der digitalen Welt: Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht*, Campus, Frankfurt/M. 2010, S. 301-326.
Kegel, Gerhard und Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck, München 2004.
Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960 [1934].
Kennedy, David, »Background Noise? The Underlying Politics of Global Governance«, in: *Harvard International Review* 3 (1999), S. 52-57.
Kennedy, David, »One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream«, in: *New York University Review of Law & Social Change* 31 (2007), S. 641-659.
Kennedy, David, »The Mystery of Global Governance«, in: *Ohio Northern University Law Review* 34 (2008), S. 827-860.
Keohane, Robert und Joseph Nye, *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Little Brown, Boston 2001.
Kerber, Wolfgang und Viktor Vanberg, »Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits: The Perspective of Constitutional Economics«, in: Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (Hg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlin 2001, S. 49-79.

Kingsbury, Benedict, »International Law as Inter-Public Law«, in: Henry R. Richardson, Melissa S. Williams (Hg.), *NOMOS XLIX: Moral Universalism and Pluralism*, New York University Press, New York 2009, S. 167-204.
Kingsbury, Benedict, Nico Krisch, Richard B. Stewart und Jonathan B. Weiner, »Symposium: The Emergence of Global Administrative Law«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), S. 15-61.
Kjaer, Poul F., »The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space«, in: *Wisconsin Law Review* (2010), S. 489-534.
Klabbers, Jan, »Setting the Scene«, in: Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein (Hg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 1-44.
Klein, Hans, »Global Democracy and the ICANN Elections«, in: *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications* 3 (2001), S. 255-257.
Klösel, Daniel, *Prozedurale Unternehmensverfassung: Zur Rekonstruktion der privatrechtlichen Kontrollvorbehalte für eine private Regelsetzung im Fall von Compliance-Richtlinien multinationaler Konzerne*, Nomos, im Erscheinen, Baden-Baden 2012.
Kollewijn, Roeland Duco, »Conflicts of Western and Non-Western Law«, in: *International Law Quarterly* 4 (1951), S. 307-325.
Köndgen, Johannes, »Privatisierung des Rechts: Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 206 (2006), S. 477-525.
Kooiman, Jan, »Societal Governance: Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction«, in: Jon Pierre (Hg.), *Debating Governance*, Oxford University Press, Oxford 2000, S. 138-163.
Koselleck, Reinhart, »Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung«, in: Reinhart Koselleck, *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantk und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006, S. 365-401.
Koskenniemi, Martti (2003), Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law. The Function and Scope of the lex specialis rule and the question of ›self-contained regimes‹, ⟨http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf⟩.
Koskenniemi, Martti (2005), Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought, ⟨http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKPluralism-Harvard-05d%5B1%5D.pdf⟩.
Koskenniemi, Martti, »Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), S. 9-36.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 270-271 09.01.2012 08:44:48

Koskenniemi, Martti, »The Politics of International Law – 20 Years Later«, in: *European Journal of International Law* 29 (2009), S. 7-19.
Koskenniemi, Martti, »Hegemonic Regimes«, in: Margaret Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, S. 305-324.
Krasner, Stephen D., »Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables«, in: *International Organization* 36 (1982), S. 185-205.
Krüger, Herbert, »Subkonstitutionelle Verfassungen«, in: *Die Öffentliche Verwaltung* (1976), S. 613-624.
Kumm, Mattias, »The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis«, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 907-931.
Kumm, Mattias, »Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics: Why Europe Has a Constitution Properly So Called«, in: *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), S. 505-530.
Kumm, Mattias, »Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law«, in: *German Law Journal* 7 (2006), S. 341-369.
Kumm, Mattias, »Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement«, in: Sujit Choudhry (Hg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, S. 256-293.
Kumm, Mattias, »The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtmann (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 258-324.
Kumm, Mattias, »The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 201-219.
Kumm, Mattias, »An Integrative Theory of Global Public Law: Cosmopolitan, Pluralist, Public Reason Oriented«, in: *Ms Berlin WZB* (2012), S.
Kuo, Ming-Sung, »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.
Kuo, Ming-Sung, »(Dis)Embodiments of Constitutional Authorship: Global Tax Competition and the Crisis of Constitutional Democracy«, in: *George Washington International Law Review* 41 (2009), S. 181-242.
Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford 1996.

Ladeur, Karl-Heinz, *›Abwägung‹ – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Campus, Frankfurt/M. 1984.
Ladeur, Karl-Heinz, »Die Autonomie der Bundesbank: Ein Beispiel für die institutionelle Verarbeitung von Ungewißheitsentscheidungen«, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 3 (1992), S. 486-508.
Ladeur, Karl-Heinz, »Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Network Concept«, in: *European Law Journal* 3 (1997), S. 33-54.
Ladeur, Karl-Heinz, »Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie«, in: *Kritische Justiz* 32 (1999), S. 281-300.
Ladeur, Karl-Heinz, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Mohr Siebeck, Tübingen 2000.
Ladeur, Karl-Heinz, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
Ladeur, Karl-Heinz, *Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der, Privatrechtsgesellschaft‹*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
Ladeur, Karl-Heinz, »Methodische Überlegungen zur gesetzlichen Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), S. 643-667.
Ladeur, Karl-Heinz und Lars Viellechner, »Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes«, in: *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 42-73.
Ladeur, Karl-Heinz, »Die Netzwerke des Rechts«, in: Michael Bommes, Veronika Tacke (Hg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, VS, Wiesbaden 2011, S. 143-171.
Lalive, Pierre, »Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration«, in: Pieter Sanders (Hg.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer, Antwerpen 1987, S. 257-318.
Legendre, Pierre, *Das Verbrechen des Gefreiten Lortie: Abhandlung über den Vater*, Rombach, Freiburg 1998.
Legendre, Pierre, »Der mordende Mensch«, in: Pierre Legendre, *Die Fabrikation des abendländischen Menschen*, Turia & Kant, Wien 1999, S. 37-61.
Lewis, Tracy und Jerome H. Reichman (2004), Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: A Law and Economics Primer, ⟨http://www.earthinstitute.columbia.edu/cgsd/documents/lewisreichman.pdf⟩.
Linarelli, John, »Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law«, in: *Penn State Law Review* 114 (2009), S. 119-215.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 272-273 09.01.2012 08:44:48

Lindahl, Hans, »Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood«, in: Martin Loughlin, Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 9-24.
Lindahl, Hans, »A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries«, in: *Modern Law Review* 73 (2010), S. 30-56.
Locke, Richard, Fei Quin und Alberto Brause, »Does Monitoring Improve Labour Standards? Lessons from Nike«, in: *Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24 (John F. Kennedy School of Government, Harvard University)* (2006), S. 1-47.
Loughlin, Martin und Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007.
Loughlin, Martin, »What Is Constitutionalisation?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 47-72.
Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1965.
Luhmann, Niklas, »Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems«, in: *Der Staat* 12 (1973), S. 1-22, 165-182.
Luhmann, Niklas, »Die Weltgesellschaft«, in: Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung Band 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1975, S. 51-71.
Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1981.
Luhmann, Niklas, »Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft«, in: Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 2*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1981, S. 45-104.
Luhmann, Niklas, »Der Staat als historischer Begriff«, in: Marcel Storme (Hg.), *Mijmeringen van een Jurist*, Kluwer, Antwerpen 1984, S. 139-154.
Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1984.
Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1987 [1972].
Luhmann, Niklas, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1988.
Luhmann, Niklas, »Grenzen der Steuerung«, in: Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1988, S. 324-349.
Luhmann, Niklas, »Politische Steuerung: Ein Diskussionsbeitrag«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 30 (1989), S. 4-9.
Luhmann, Niklas, »Zwei Seiten des Rechtsstaates«, in: The Institute of Comparative Law in Japan (Hg.), *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Chuo University Press, Tokyo 1989, S. 493-506.
Luhmann, Niklas, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1990.
Luhmann, Niklas, »Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 11 (1990), S. 137-160.
Luhmann, Niklas, »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«, in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 176-220.
Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993.
Luhmann, Niklas, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? Heidelberger Universitätsreden 4*, Müller, Heidelberg 1993.
Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1997.
Luhmann, Niklas, *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2000.
Luhmann, Niklas, *Organisation und Entscheidung*, Westdeutscher Verlag, Opladen 2000.
Lyotard, Jean-François, *Der Widerstreit*, 2. Auflage, Fink, München 1989.

Mahlmann, Matthias, »Varieties of Transnational Law and the Universalistic Stance«, in: *German Law Journal* 10 (2009), S. 1325-1336.
Marchart, Oliver, *Die politische Differenz: Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2010.
Mason, Tim W., *Social Policy in the Third Reich: The Working Class and the ›National Community‹*, Berg, Oxford 1993.
Mastronardi, Philippe (2011), Monetäre Modernisierung: Plattform für eine neue Geld- und Finanzmarktverfassung, ⟨http://www.monetative.ch/Veranstaltung_Mai_13.html⟩.
Mattli, Walter und Ngaire Woods, »In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics«, in: Walter Mattli, Ngaire Woods (Hg.), *The Politics of Global Regulation*, Princeton University Press, Princeton 2009, S. 1-43.
Mavroidis, Petros C., »No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts?«, in: *American Journal of International Law* 102 (2008), S. 421-474.
McCorquodale, Robert und Penelope C. Simons, »State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law«, in: *Modern Law Review* 70 (2006), S. 598-625.
Medicus, Dieter, »Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 192 (1992), S. 35-70.
Menke, Christoph und Arnd Pollmann, *Philosophie der Menschenrechte*, Junius, Hamburg 2007.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 274-275 09.01.2012 08:44:48

Menke, Christoph, »Subjektive Rechte: Zur Paradoxie ihrer Form«, in: Gunther Teubner (Hg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Lucius, Stuttgart 2008, S. 81-108.
Mestmäcker, Ernst Joachim, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2003.
Michaels, Ralf, »The Re-State-ment of Non-State-Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism«, in: *Wayne Law Review* 51 (2005), S. 1209-1259.
Michaels, Ralf, »Global Legal Pluralism«, in: *Annual Review of Law & Social Science* 5 (2009), S. 243-262.
Michaels, Ralf und Joost Pauwelyn, »Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law«, in: Tomer Broude, Yuval Shany (Hg.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law* Hart, Oxford 2011, S. 19-68.
Michelman, Frank, »Constitutional Authorship«, in: Lamy Alexander (Hg.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, S. 64-98.
Möllers, Christoph, *Staat als Argument*, C.H. Beck, München 2000.
Möllers, Christoph, »Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung: Begriffe der Verfassung in Europa«, in: Armin von Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Wien 2003, S. 36-46.
Morin, Edgar, *La méthodem Bd. 3, La connaissance de la conaissance*, Seuil, Paris 1986.
Mortensen, Jens L., »The Institutional Requirements of the WTO in the Era of Globalisation: Imperfections in the Global Economic Polity«, in: *European Law Journal* 6 (2000), S. 176-204.
Murphy, Alexander D., »The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations«, in: Thomas Biersteker, Cynthia Weber (Hg.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, S. 81-120.
Murphy, Sean D., »Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level«, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), S. 389-431.

Neyer, Jürgen, *Postnationale politische Herrschaft: Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates*, Nomos, Baden-Baden 2004.
Nolte, Ernst, *Der Faschismus in seiner Epoche: Action Francaise, Italienischer Faschismus, Nationalsozialismus*, Piper, München 2008.
Nowrot, Karsten, »Die transnationale Verantwortungsgemeinschaft im internationalen Wirtschaftsrecht«, in: Christian Tietje, Karsten Nowrot (Hg.), *Verfassungsrechtliche Dimensionen des internationalen Wirtschaftsrechts*, Boorberg, Stuttgart 2007, S. 55-101.

O'Brien, Robert, Anne Marie Goetz, Jan A. Scholte und Marc Williams, *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.
Ogus, Anthony L., »Rethinking Self-Regulation«, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), S. 97-108.
Okruch, Stefan, »Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive«, in: Klaus Beckmann, Jürgen Dieringer, Ulrich Hufeld (Hg.), *Eine Verfassung für Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, S. 91-115.
Oliver, Dawn und Jorg Fedtke (Hg.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge, New York 2007.
Orakhelashvilli, Alexander, »The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?«, in: *European Journal of International Law* 19 (2008), S. 161-182.
Orellana, Marcos, »The Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO«, in: *Nordic Journal of International Law* 71 (2002), S. 55-82.

Parsons, Talcott und Charles Ackerman, »The Concept of ›Social System‹ as a Theoretical Device«, in: Gordon J. DiRenzo (Hg.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, Random House, New York 1966, S. 19-40.
Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
Payne, Stanley, *Geschichte des Faschismus: Aufstieg und Fall einer europäischen Bewegung*, Propyläen, Berlin 2001.
Perez, Oren, »Private Environmental Governance as Ensemble Regulation: A Critical Examination of Sustainable Business Indexes and the New Ensemble Politics«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 12 (2011), S. 543-579.
Peters, Anne, »Compensatory Constitutionalism: The Function and Potenzial of Fundamental International Norms and Structures«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 579-610.
Petersmann, Ernst-Ulrich, »The WTO Constitution and Human Rights«, in: *Journal of International Economic Law* 3 (2000), S. 19-25.
Petersmann, Ernst-Ulrich, »Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for the World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 633-667.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 276-277 09.01.2012 08:44:48

Picciotto, Sol, »The WTO's Appellate Body: Formalism as a Legitimation of Global Governance«, in: *Governance* 18 (2005), S. 477-503.
Pieroth, Bodo und Bernhard Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, C.F.Müller, Karlsruhe 1998.
Polanyi, Karl, *The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1995 [1944].
Pollack, Detlef, »Das Ende einer Organisationsgesellschaft – Systemtheoretische Überlegungen zum gesellschaftlichen Umbruch in der DDR«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 19 (1991), S. 292-307.
Post, David G., »Governing Cyberspace«, in: *Wayne Law Review* 43 (1997), S. 155-171.
Post, David G., »The ›Unsettled Paradox‹: The Internet, the State, and the Consent of the Governed«, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 5 (1998), S. 521-543.
Prandini, Riccardo, »The Morphogenesis of Constitutionalism«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 309-326.
Preuss, Ulrich K., »The German *Drittwirkung* Doctrine and Its Socio-Political Background«, in: Andras Sajo, Renáta Uitz (Hg.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International, Utrecht 2005, S. 23-32.
Preuss, Ulrich K., »Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Promising Concept?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 23-46.
Preuss, Ulrich K., »The Guarantee of Rights: Horizontal Rights«, in: Michel Troper, Dominique Chagnollaud (Hg.), *Traité International de Droit Constitutionnel, Tome III*, Dalloz, Paris 2012, im Erscheinen.
Prien, Thore, »Landgrabbing: Symptom einer postneoliberalen Rechtsordnung?«, in: *Juridikum* 4 (2010), S. 425-435.
Priest, George L., »The New Legal Structure of Risk Control«, in: *Daedalus* 119 (1990), S. 207-227.

Raiser, Ludwig, »Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht«, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 111 (1948), S. 75-101.
Raiser, Ludwig, »Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht«, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Hg.), *Summum ius summa iniuria*, Mohr Siebeck, Tübingen 1963, S. 145-167.
Rasilla del Moral, Ignacio de la, »At King Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times«, in: *International Journal of Constitutional Law* 8 (2011), S. 580-610.

Rawls, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1975.
Renner, Moritz, »Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?«, in: *Journal of International Arbitration* 26 (2009), S. 533-555.
Renner, Moritz, *Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Nomos, Baden-Baden 2011.
Ridder, Helmut, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat*, Fischer, Stuttgart 1960.
Ridder, Helmut, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1975.
Rieth, Lothar, »Deutsche Unternehmen, Soziale Verantwortung und der Global Compact«, in: *Zeitschrfit für Wirtschafts- und Unternehmensethik* 4 (2003), S. 372-391.
Risse, Thomas, Stephen Ropp und Kathryn Sikkink (Hg.), *The Power of Human Rights; International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.
Robertson, James (2009), National and International Financial Architecture: Two Proposals, Inquiry into the Banking Crisis. Evidence Submitted to The House of Commons Select Committee on the Treasury, ⟨http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/treasury_committee/tc0708pn85.cfm⟩.
Rödl, Florian, »Constitutional Integration of Labour Constitutions«, in: Erik Eriksen, Christian Joerges, Florian Rödl (Hg.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, Routledge, London 2009, S. 152-171.
Röhl, Klaus F. und Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Heymann, Köln 2008.
Röhl, Klaus F. (2010), Begriffssoziologie I: Fragmentierung, ⟨http://www.rsozblog.de/?p=1424⟩.
Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florenz 1918.
Rosa, Hartmut, *Beschleunigung: Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2005.
Rosa, Hartmut und William E. Scheuerman (Hg.), *High-Speed Society: Social Acceleration, Power and Modernity*, Penn State Press, University Park 2009.
Rosenau, James, »Change, Complexity, and Governance in Globalizing Space«, in: Jon Pierre (Hg.), *Debating Governance*, Oxford University Press, Oxford 2000, S. 167-200.
Rosenau, James, »Strong Demand, Huge Supply: Governance in an Emerging Epoch«, in: Ian Bache, Matthew Flinders (Hg.), *Multilevel Governance*, Oxford University Press, Oxford 2004, S. 31-48.
Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Rey, Paris 1762.
Rühl, Giesela, »Party Autonomy in the Private International Law of Con-

29628 Teubner 1. Lauf.indd 278-279 09.01.2012 08:44:48

tracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency«, in: Eckart Gottschalk, Ralf Michaels, Giesela Rühl, Jan von Hein (Hg.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, S. 153-183.

Sack, Robert D., *Human Territoriality: Its Theory and History*, Cambridge University Press, Cambridge 1986.

Sajó, András und Renáta Uitz (Hg.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International, Utrecht 2005.

Santos, Boaventura de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Northwestern University Press, Evanston 2003.

Sassen, Saskia, *Das Paradox des Nationalen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008.

Savigny, Carl von, *System des heutigen römischen Rechts. Band 2*, Veit und Comp., Berlin 1840.

Schäfer, Hans-Bernd und Katrin Lantermann, »Choice of Law from an Economic Perspective«, in: Jürgen Basedow, Toshiyuko Kono (Hg.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, S. 87-120.

Schanze, Erich, »International Standards: Functions and Links to Law«, in: Peter Nobel (Hg.), *International Standards and the Law*, Staempfli, Bern 2005, S. 83-103.

Schepel, Harm, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart, Oxford 2005.

Schermers, Henry G. und Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, Martinus Nijhoff, Leiden 2004.

Scheuerman, William E., »Review of Hauke Brunkhorst, Solidarity: From Civic Friendship to Global Legal Community«, in: *Ethics & International Affairs* 19 (2005), S. 113-115.

Schierbeck, Jens, »Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations«, in: Asbjorn Eide, Ole Bergesen, Pia Goyer (Hg.), *Human Rights and the Oil Industry* Intersentia, Antwerpen 2000, S. 161-177.

Schiller, Friedrich, Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2009 [1879].

Schluchter, Wolfgang, *Religion und Lebensführung, Band 1*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1988.

Schmitt, Carl, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Klett, Stuttgart 1984.

Schmitter, Philippe C., »Still the Century of Corporatism?«, in: Fredrick B. Pike, Thomas Stritch (Hg.), *The New Corporatism. Social-Political Structures in the Iberian World*, University of Notre Dame Press, London 1974, S. 85-131.

Schmuhl, Hans-Walter, *Grenzüberschreitungen: Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, Wallstein, Göttingen 2005.

Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Schneiderman, David, »Legitimacy and Reflexivity in International Investment Arbitration: A New Self-Restraint?«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 2 (2011), S. 1-25.

Scholz, Rupert, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, C.H. Beck, München 1971.

Scholz, Rupert, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, Duncker & Humblot, Berlin 1978.

Schumpeter, Joseph A., *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Duncker und Humblodt, Leipzig 1926.

Schütz, Anton, »The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems, and Observing World Society«, in: Gunther Teubner (Hg.), *Global Law Without A State*, Dartmouth Gower, Aldershot 1997, S. 257-293.

Schütz, Anton, »Imperatives without an Imperator«, in: *Law and Critique* 20 (2009), S. 233-243.

Sciulli, David, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxistic Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.

Sciulli, David, »The Critical Potenzial of the Common Law Tradition: Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory«, in: *Columbia Law Review* 94 (1994), S. 1076-1123.

Sciulli, David, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York University Press, New York 2001.

Searle, John. R., »Social Ontology: Some Basic Principles«, in: *Anthropological Theory* 6 (2006), S. 12-29.

Seiderman, Ian D., *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, Hart, Oxford 2001.

Selznick, Philip, *Law, Society and Industrial Justice*, Russell Sage, New York 1969.

Semlinger, Klaus, »Effizienz und Autonomie in Zulieferungsnetzwerken: Zum strategischen Gehalt von Kooperation«, in: Wolfgang H. Staehle, Jörg Sydow (Hg.), *Managementforschung 3*, De Gruyter, Berlin 1993, S. 309-354.

Sen, Amartya, *Social Exclusion: Concept, Application, and Scrutiny*, Asian Development Bank, Manila 2000.

Sen, Amartya, »Sustainable Development and Our Responsibilities«, in: *Notizie di Politeia* 26 (2010), S. 129-137.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 280-281 09.01.2012 08:44:49

Senf, Bernd, *Bankgeheimnis Geldschöpfung*, ⟨http://www.goldseiten.de/content/kolumnen/artikel.php?storyid=12360 2009⟩.
Simma, Bruno, »Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 265-297.
Sinha, Surya P., »Legal Polycentricity«, in: Hanne Petersen, Henrik Zahle (Hg.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth, Aldershot 1995, S. 31-69.
Sinzheimer, Hugo, »Das Wesen des Arbeitsrechts«, in: Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt/M. 1976 [1927], S. 108-114.
Skinner, Quentin, »States and the Freedom of Citizens«, in: Quentin Skinner, Bo Strath (Hg.), *States and Citizens*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, S. 11-27.
Skordas, Achilles, »Self-Determination of Peoples and Transnational Regimes: A Foundational Principle of Global Governance«, in: Nicholas Tsagourias (Hg.), *Transnational. Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, S. 207-268.
Somek, Alexander, *Individualism: An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2008.
Somek, Alexander, »Transnational Constitutional Law: The Normative Question«, in: *Journal of International Constitutional Law* (2009), S. 144-149.
Speta, James B., »Common Carrier Approach to Internet Interconnection«, in: *Federal Communications Law Journal* 54 (2002), S. 225-279.
Stäheli, Urs und Rudolf Stichweh (Hg.), *Exclusion and Socio-Cultural Identities: Systems Theoretical and Poststructuralist Perspectives*, Lucius & Lucius, Stuttgart 2002.
Stäheli, Urs, »Political Epidemiology and the Financial Crisis«, in: Poul F. Kjaer, Gunther Teubner, Alberto Febbrajo (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford 2011, S. 123-142.
Steffek, Jens, »The Legitimation of International Governance: A Discourse Approach«, in: *European Journal of International Relations* 9 (2003), S. 249-275.
Stein, Ursula, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Klostermann, Frankfurt/M. 1995.
Steinhauer, Fabian, »Medienverfassung«, in: *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung* 2 (2011), S. 157-171.
Stichweh, Rudolf, »Strukturbildung in der Weltgesellschaft: Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt«, in: Thomas Schwinn (Hg.), *Die Vielfalt und Einheit der Moderne: Kultur- und strukturvergleichende Analysen*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 239-257.
Stichweh, Rudolf, »Dimensionen des Weltstaats im System der Weltpolitik«, in: Mathias Albert, Rudolf Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler Strukturbildung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, S. 25-61.
Stichweh, Rudolf, »Einheit und Differenz im Wissenschaftssystem der Moderne«, in: Jost Halfmann, Johannes Rohbeck (Hg.), *Zwei Kulturen der Wissenschaft – revisited*, Velbrück, Weilerswist 2007, S. 213-228.
Stichweh, Rudolf, »Towards a General Theory of Function System Crisis«, in: Poul F. Kjaer, Gunther Teubner, Alberto Febbrajo (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford 2011, S. 53-72.
Stiglitz, Joseph, *Globalization and Its Discontents*, Penguin, London 2002.
Stone, Alec, »What Is a Supranational Constitution? An Essay in International Relations Theory.«, in: *Review of Politics* 56 (1994), S. 441-474.
Streeck, Wolfgang und Philippe C. Schmitter, *Private Interest Government: Beyond Market and State*, Sage, London 1985.
Streeck, Wolfgang und Philippe C. Schmitter, »From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market«, in: *Politics and Society* 19 (1991), S. 133-164.
Streeck, Wolfgang, *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Campus, Frankfurt/M. 1998.
Streeck, Wolfgang und Lane Kenworthy, »Theories and Practices of Neocorporatism«, in: Thomas Janoski, Robert R. Alford, Alexander Hicks, Mildred Schwartz (Hg.), *The Handbook of Political Sociology*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 441-460.
Streeck, Wolfgang, »Korporatismus«, in: Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch, Axel Werder (Hg.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Band 1*, De Gruyter, Berlin 2008, S. 655-658.
Streeck, Wolfgang, *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford University Press, Oxford 2009.

Taubman, Anthony, »Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge«, in: Keith Maskus, Jerome Reichman (Hg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 521-564.
Teubner, Gunther, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1978.
Teubner, Gunther, »Unternehmenskorporatismus: New Industrial Policy

29628 Teubner 1. Lauf.indd 282-283 09.01.2012 08:44:49

und das Wesen der Juristischen Person«, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2 (1987), S. 61-85.
Teubner, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1989.
Teubner, Gunther und Michael Hutter, »Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen«, in: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Hg.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1994, S. 110-145.
Teubner, Gunther, »Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus«, in: *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), S. 255-290.
Teubner, Gunther, »Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 19 (1998), S. 8-36.
Teubner, Gunther, »Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism«, in: *Soziale Systeme* 5 (1999), S. 7-25.
Teubner, Gunther, »Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken«, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften* 83 (2000), S. 388-404.
Teubner, Gunther, »Globale Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen der Weltgesellschaft«, in: Dieter Simon, Manfred Weiss (Hg.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Nomos, Baden-Baden 2000, S. 437-453.
Teubner, Gunther, »Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktregimes«, in: Günther Dux, Frank Welz (Hg.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Leske und Budrich, Opladen 2001, S. 351-381.
Teubner, Gunther und Vagios Karavas, ⟨http://www.CompanyNameSucks.com⟩ Drittwirkung der Grundrechte gegenüber ›Privaten‹ im autonomen Recht des Internet«, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Karl-Heinz Ladeur (Hg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Nomos, Baden-Baden 2003, S. 249-272.
Teubner, Gunther, »Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), S. 1-28.
Teubner, Gunther, »Codes of Conduct multinationaler Unternehmen: Unternehmensverfassung jenseits des Corporate Governance und Mitbestimmung«, in: Armin Höland, Christine Hohmann-Dennhardt, Marlene Schmidt, Joachim Seifert (Hg.), *Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt: Liber Amicorum Manfred Weiss*, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2005, S. 109-117.

Teubner, Gunther, »Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private transnationale Akteure«, in: *Der Staat* 45 (2006), S. 161-188.
Teubner, Gunther, »State Policies in Private Law? Comment on Hanoch Dogan«, in: *The American Journal of Comparative Law* 56 (2008), S. 835-844.
Teubner, Gunther, »Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller Diversität durch transnationales Recht?«, in: Aurelia Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley J. Smith (Hg.), *Haftungsrecht im dritten Millenium: Liber amicorum Gert Brüggemeier*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 553-576.
Teubner, Gunther und Peter Korth, »Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft«, in: Matthias Kötter, Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Normative Pluralität ordnen: Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 137-168.
Teubner, Gunther, »Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Corporate Codes of Conduct«, in: Grundmann. Stefan, Hanno Merkt, Peter Mülbert, Marina Wellenhofer (Hg.), *Unternehmen, Markt, Verantwortung: Festschrift für Klaus Hopt*, De Gruyter, Berlin 2010, S. 1449-1470.
Thornhill, Chris, »Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy«, in: *Theory and Society* 37 (2008), S. 161-197.
Thornhill, Chris, »Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions«, in: *Journal of Classical Sociology* 10 (2010), S. 1-23.
Thornhill, Chris, »Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner«, in: *Social and Legal Studies* 19 (2011), S. 244-247.
Thornhill, Chris, »The Future of the State«, in: Poul F. Kjaer, Gunther Teubner, Alberto Febbrajo (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford 2011, S. 381-418.
Thornhill, Chris (2011), *Public Law and the Emergence of the Political, Conference: After Public Law*, University of Edinburgh, ⟨http://www.law.ed.ac.uk/conferences/afterpubliclaw/files/CT%20-%20Public%20Law%20and%20the%20Emergence%20of%20the%20Political.doc⟩.
Thornhill, Chris, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
Thornhill, Chris, »State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms: Outline for a Sociology of Constitutions«, in:

29628 Teubner 1. Lauf.indd 284-285 09.01.2012 08:44:49

Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (Hg.), *Towards a Sociology of Human Rights: New Theoretical and Empirical Contributions*, Hart, Oxford 2012,im Erscheinen.
Tomkins, Adam, »On Being Sceptical about Human Rights«, in: Tom Campbell, Keith D. Ewing, Adam Tomkins (Hg.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University, Oxford 2001, S. 1-11.
Tomuschat, Christian, »International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law«, in: *Recueil des Cours* 281 (1999), S. 23-438.
Trachtman, Joel P., »Institutional Linkage: Transcending ›Trade and …‹«, in: *American Journal of International Law* 96 (2002), S. 77-93.
Trachtman, Joel P., »The Constitutions of the WTO«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 623-646.
Tully, James, »The Imperialism of Modern Constitutional Democracy«, in: Neil Walker, Martin Loughlin (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 315-338.
Tuori, Kaarlo, »The Many Constitutions of Europe«, in: Kaarlo Tuori, Sankari Suvi (Hg.), *The Many Constitutions of Europe*, Ashgate, Farnham 2010, S. 3-30.

Vanberg, Viktor, »Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy«, in: *Journal of Institutional Economics* 1 (2005), S. 23-49.
Verschraegen, Gert, »Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory«, in: *Journal of Law and Society* 29 (2002), S. 258-281.
Verschraegen, Gert, »Systems Theory and the Paradox of Human Rights«, in: Michael King (Hg.), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Hart, Oxford 2006, S. 223-245.
Verschraegen, Gert, »Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights«, in: Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (Hg.), *Towards a Sociology of Human Rights: New Theoretical and Empirical Contributions. Oxford: Hart*, Hart, Oxford 2012, im Erscheinen.
Vesting, Thomas, »Politische Verfassung? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion«, in: Gralf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 2009, S. 609-626.
Vesting, Thomas, »Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne«, in: Stefan Korioth, Thomas Vesting (Hg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, im Erscheinen.
Viellechner, Lars, »Können Netzwerke die Demokratie ersetzen? Zur Legitimation der Regelbildung im Globalisierungsprozess«, in: Sigrid Boysen, Ferry Bühring, Claudio Franzius, Tobias Herbst, Matthias Kötter, Anita Kreutz, Kai von Lewinski, Florian Meinel, Jakob Nolte, Sabrina Schönrock (Hg.), *Netzwerke: 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, Baden-Baden 2007, S. 36-57.
Viellechner, Lars, »The Constitution of Transnational Governance Arrangements: Karl Polanyi's Double Movement in the Transformation of Law«, in: Christian Joerges, Josef Falke (Hg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potenzial of Law in Transnational Markets* Hart, Oxford 2011, S. 436-464.
Voser, Nathalie, »Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration«, in: *The American Review of International Arbitration* 7 (1996), S. 319-358.

Wahl, Rainer, »Der Vorrang der Verfassung«, in: *Der Staat* 20 (1982), S. 485-516.
Wahl, Rainer, »Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?«, in: Carl-Eugen Eberle, Martin Ibler, Dieter Lorenz (Hg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart*, C.H.Beck, München 2002, S. 191-207.
Wahl, Rainer, »Verfassungsdenken jenseits des Staates«, in: Ivo Appel, Georg Hermes (Hg.), *Mensch-Staat-Umwelt*, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 135-154.
Wahl, Rainer, »In Defence of ›Constitution‹«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 220-244.
Walker, Neil, »The Idea of Constitutional Pluralism«, in: *Modern Law Review* 65 (2002), S. 317-359.
Walker, Neil, »Post-Constituent Constitutionalism: The Case of the European Union«, in: Martin Loughlin, Neil Walker (Hg.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 247-268.
Walker, Neil, »Beyond the Holistic Constitution?«, in: Petra Dobner, Martin Loughlin (Hg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 291-308.
Walter, Christian, »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.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 286-287 09.01.2012 08:44:49

Weber, Max, »Politik als Beruf«, in: Max Weber, *Gesammelte politische Schriften*, Mohr Siebeck, Tübingen 1958 [1919], S. 505-560.
Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 1968.
Weiler, Joseph H. und Marlene Wind (Hg.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
Weinrib, Lorraine und Ernest J. Weinrib, »Constitutional Values and Private Law in Canada«, in: Daphne Barak-Erez, Daniel Friedmann (Hg.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford 2001, S. 43-72.
White, Harrison C., *Identity and Control: A Structural Theory of Action*, Princeton University Press, Princeton 1992.
Wieacker, Franz, »Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts«, in: Ernst Forsthoff (Hg.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Schwartz, Göttingen 1973, S. 339-383.
Wielsch, Dan, *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
Wielsch, Dan, »Die epistemische Analyse des Rechts: Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft«, in: *Juristenzeitung* 64 (2009), S. 67-76.
Wielsch, Dan, »Iustitita Mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz«, in: Gralf Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 2009, S. 395-414.
Wiethölter, Rudolf, »Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm«, in: Alexander Lüderitz (Hg.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, Metzner, Frankfurt/M. 1977, S. 213-263.
Wiethölter, Rudolf, »Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers«, in: *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3 (1988), S. 1-28.
Wiethölter, Rudolf, »Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 45* 78 (1992), S. 222-240.
Wiethölter, Rudolf, »Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?«, in: Gunther Teubner (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Nomos, Baden-Baden 1994, S. 89-120.
Wiethölter, Rudolf, »Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts«, in: Christian Joerges, Gunther Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden 2003, S. 1-21.

Williamson, Peter J., *Varieties of Corporatism: A Conceptual Discussion*, Cambridge University Press, Cambridge 1985.
Willke, Helmut, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992.
Willke, Helmut, *Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*, UTB, Stuttgart 1995.
Wimmer, Andreas und Nina Glick-Schiller, »Methodological Nationalism and Beyond: Nation State Building, Migration and the Social Sciences«, in: *Global Networks. A Journal of Transnational Affairs* 2 (2002), S. 301-334.
Windeler, Arnold, *Unternehmungsnetzwerke: Konstitution und Strukturation*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2001.

Young, Margaret, »Introduction: The Productive Friction Between Regimes«, in: Margaret Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, S. 1-20.

Zangl, Bernhard, »Judicialization Matters! A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO«, in: *International Studies Quarterly* 52 (2008), S. 825-854.
Zarlenga, Stephen A., *The Lost Science of Money*, American Monetary Institute, Valatie, New York 2002.
Zöllner, Wolfgang, »Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den so genannten Ungleichgewichtslagen«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 196 (1996), S. 1-36.

29628 Teubner 1. Lauf.indd 288-289 09.01.2012 08:44:49

((eBook epub))

Zur Gewährleistung der Zitierbarkeit
zeigen die grau hinterlegten Ziffern
die jeweiligen Seitenanfänge der Printausgabe an.

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.

eBook Suhrkamp Verlag Berlin 2012
© dieser Ausgabe 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.
eISBN 978-3-77280-5
www.suhrkamp.de

((eBook pdf))

eBook suhrkamp wissenschaft

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.

eBook Suhrkamp Verlag Berlin 2012
© dieser Ausgabe 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.
eISBN 978-3-77281-2
www.suhrkamp.de

29628 Teubner 1. Lauf.indd 290-291 09.01.2012 08:44:49