

Die Grenzen transnationaler Rechtspolitik und die politischen Paradoxien des fragmentierten globalen Konstitutionalismus

Holmes, Pablo

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
Verlag Barbara Budrich

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Holmes, P. (2015). Die Grenzen transnationaler Rechtspolitik und die politischen Paradoxien des fragmentierten globalen Konstitutionalismus. *ZPTh - Zeitschrift für Politische Theorie*, 6(2), 223-239. <https://doi.org/10.3224/zpth.v6i2.22879>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-SA Lizenz (Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-SA Licence (Attribution-ShareAlike). For more Information see: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0>

Die Grenzen transnationaler Rechtspolitik und die politischen Paradoxien des fragmentierten globalen Konstitutionalismus

Pablo Holmes*

Schlüsselwörter: Weltpolitik – Politisierung – Systemtheorie – Claude Lefort

Abstract: Dieser Artikel befasst sich mit der aktuellen Debatte über den transnationalen Konstitutionalismus und den theoretischen Überlegungen über die Möglichkeiten einer internen Politisierung der transnationalen *Governance*. Nach einer Zusammenfassung der Debatte über die Transnationalisierung des Rechts und die Entstehung von fragmentierten Formen transnationaler *Governance*, versuche ich neue Formen im Verfassungsrecht innerhalb der fragmentierten Rechtsregime der *Global Governance* zu beschreiben. Im Anschluss daran untersuche ich die von einigen Rechtsgelehrten vertretene Annahme, auf der Möglichkeit einer internen Politisierung des Rechtsdiskurses zu beharren, um die sogenannte Expertenherrschaft im transnationalen Recht infrage zu stellen. Unter Bezugnahme auf Claude Leforts sozialtheoretische und politisch-philosophische Überlegungen beschreibe ich anschließend das, was ich als soziale Bedingungen einer ‚Polarisierung des Rechts‘ bezeichne. Mein Argument dabei ist, dass die Möglichkeit, die Politik des Rechts in irgendeiner Weise zu verwirklichen, auf Merkmalen beruhen muss, die für die politische Konstitutionalisierung des Rechts typisch sind, aber in der heutigen transnationalen Governance nicht vorhanden zu sein scheinen.

Abstract: This essay addresses the ongoing debate on transnational constitutionalism and the theoretical assumptions related to the possibilities of internal politicization of transnational governance. After reconstructing the debate on the transnationalization of law and the emergence of fragmented forms of transnational governance, I engage on the description of emerging forms of constitutional law within the fragmented legal regimes of global governance. After doing that, I explore the assumption exposed by some legal scholars, which insists on the possibility of an internal politicization of legal discourse as a way to challenge the so-called “rule of experts” in transnational law. Drawing on social-theoretical and political-philosophical formulations of Claude Lefort, I will then address what I call the social conditions of the politicization of law. My claim is that the very possibility of carrying out a certain politics of law depends on features, typical of the political constitutionalization of law, which do not seem to be present in transnational governance

1. Einleitung

Leben wir heute in einer zunehmend transnationalen Weltgesellschaft, in der die sozialen Formen der Interaktion und Kommunikation in den unterschiedlichen sozialen Bereichen (Pries 2008: 9–47; Meyer 2000: 233; Sassen 2000: 372), wie etwa Wirtschaft, Wissenschaft, Sport oder Massenkommunikation, nicht länger durch die politischen Grenzen ei-

* Prof. Dr. Pablo Holmes, Universidade de Brasília
Kontakt: pabloholmes@unb.br

ner nationalen souveränen Rechtsordnung eingeschränkt werden, müssen wir die Tatsache hinnehmen, dass es auch Recht auf diesem Niveau geben soll (Fischer-Lescano 2005: 65–67).

Darüber hinaus ist in soziologischer Perspektive festzustellen, dass die Komplexität einer konkreten Gesellschaft entscheidend die Komplexität ihres Rechtssystems beeinflusst (Luhmann 1993: 131–143). Dies bedeutet nicht, dass sich Gesellschaft in einem stetigen Voranschreiten in Richtung höherer ‚Entwicklung‘ befindet. Es heißt vielmehr, dass die soziale Komplexität ganz grundsätzlich mit gewissen sozialen Strukturen korrespondieren muss, die auf einer normativen Ebene, etwa in einem Regelwerk, in ähnlich komplexer Weise organisiert sind. Im Fall der Transnationalisierung der Weltgesellschaft ist es nicht schwierig, innerhalb der letzten zwei oder drei Jahrzehnte die Entstehung umfangreicher Verrechtlichungsprozesse zu identifizieren, die diesen Umständen Rechnung tragen. Diese Prozesse sind nicht nur extrem komplex, sondern sie verweisen auf den zunehmend atopischen Charakter sozialer Kommunikation auf globaler Ebene. In der Zwischenzeit sind diese rechtlichen Mechanismen zu einem der wichtigsten Studienobjekte in unterschiedlichen Forschungsfeldern geworden.

Wenn man andererseits berücksichtigt, dass neu entstehende Rechtsformen jenseits nationalstaatlicher Grenzen operieren, darf eine weitere Implikation dieser Tatsache nicht vergessen werden. In der rechtstheoretischen Tradition ist zum einen auf die Existenz der „rules of recognition“ aufmerksam gemacht worden (Hart 1967: 92), die auf den Letztgrund der Normgültigkeit in einem konkreten System verweisen. Zum anderen wurde auf die logische Notwendigkeit verwiesen, die Existenz einer „Grundnorm“ anzunehmen, die andere Gesetzesnormen mit von ihr abgeleiteter Gültigkeit ausstattet (Kelsen 1960: 198). Innerhalb der zeitgenössischen Rechtstheorie erscheint eine solche Erklärung gesetzlicher Gültigkeit, die sich auf logische, faktische oder moralische Formen der Legitimität stützt, als nicht mehr nützlich oder notwendig (Luhmann 1993 66–74; Fischer-Lescano/Christensen 2006: 8–14). Anstatt über theoretische Grundlegungen zu mutmaßen, betrachtet die Rechtstheorie die im Rechtssystem selbst vorhandenen Gültigkeitsgrundsätze – nämlich in jenen, durch einen Vorrat von *verfassungsrechtlichen Regeln* bestimmten internen Bedingungen, welche die rechtlichen Kompetenzen und die materiellen Grenzen normativer Macht regulieren. Gültigkeit wird zu einem operativ rekursiven Einheitssymbol des Rechts, das nicht letztendlich definiert werden darf, aber ständig mit dem Recht mitläuft.

Anhand dessen hat sich schrittweise ein theoretischer Diskurs über die Existenz transnationaler Rechtsordnungen entwickelt, die innerhalb ihres eigenen verfassungsrechtlichen Rahmens funktionieren. Mit einem verfassungsrechtlichen Rahmen ist hier indes natürlich nicht die politisch motivierte Übereinkunft innerhalb des demokratischen Konstitutionalismus gemeint, sondern die Existenz eines Rechts zweiter Ordnung, das innerhalb der transnationalen Rechtsordnung das Problem rechtlicher Reflexivität erfasst. Indem ich die Existenz eines verfassungsrechtlichen Rahmens *hinter* der Existenz politischer Verfassungen annehme, folge ich im Wesentlichen der Argumentation Günther Teubners (2012) und David Sciullis (1992). Die Kontroversen um diesen Punkt werde ich an späterer Stelle in diesem Text thematisieren. In Bezug auf globales und transnationales Recht beinhaltet eine dieser Kontroversen Folgendes: Wenn ein globales Recht existiert, das die Grenzen des territorial segmentierten politischen Systems der Weltgesellschaft überschreitet, dann muss es auch einen konstitutionellen Rahmen geben, von dem Kriterien ableitbar sind, um die Gültigkeit einer Rechtsnorm zu bestimmen. Zumindest sollte über die verfassungsrechtlichen Probleme gesprochen werden, die dort auftauchen, wo die

Existenz politischer Verfassungen von Nationalstaaten die Kommunikation über das Recht nicht mehr an den politischen demokratischen Prozess binden kann (Neves 2013: 2). Wie wir sehen werden, zielt die Debatte über den transnationalen Konstitutionalismus, die nun seit mehr als einem Jahrzehnt vorherrschend ist, auf nichtdemokratische Formen rechtlicher Reflexivität ab, die Rechtsordnungen jenseits des Staates hervorzubringen scheinen.

In der Folge werde ich versuchen, das Problem der rechtlichen Transnationalisierung als ein immer stärker werdendes Gesellschaftsphänomen zu beschreiben, das die moderne Form des demokratischen Verfassungsdiskurses gefährdet. Für viele TheoretikerInnen ist der verfassungsrechtliche Diskurs ausschlaggebend, um die politischen Konsequenzen der rechtlichen Willensbildung auf transnationaler Ebene zu rahmen. Dementsprechend sind auch die politischen Folgen rechtlicher Entscheidungen auf dieser Ebene teilweise durch die, in einem konkreten Rechtssystem gültigen, verfassungsrechtlichen Prinzipien bestimmt (Koskeniemi 2006: 9).

2. Rechtliche Transnationalisierung und *Global Governance*: Neue Formen der Regulierung

Jeder, der versuchen will zu verstehen, wie neu entstehende transnationale Regulierungsformen operieren, muss hinter das höchst vereinfachte – und im Bereich der internationalen Beziehungen und der Politikwissenschaft übliche – Vokabular des staatszentrierten Realismus schauen und den verschlungenen Beziehungen zwischen dem Recht und den unterschiedlichen Sektoren der Weltgesellschaft Aufmerksamkeit schenken. Global-Governance-Regime ähneln einem „ungleichen Durcheinander“ von Organisationen, Institutionen und Rechtsprechungen, die in größerem Widerspruch zueinander stehen können als die strukturierten Resultate der Willensbildung, die von den Nationalstaaten durchgeführt wird (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 19). Beschreibungen der *Global Governance* als das Ergebnis hegemonischer oder homogener Blöcke politischer Macht, die ausschließlich von den Nationalstaaten repräsentiert werden, sind kaum in der Lage, die Komplexität einer postnationalen Konstellation und den Pluralismus der transnationalen regulatorischen Dynamik abzubilden (Keohane 1984: 56–58). In diesem Rahmen verweist die wissenschaftliche Debatte über die ‚Verrechtlichung globaler Politikregime‘ (Abbott et al. 2000: 401–408) auf die wichtigen Entwicklungen in der Entstehung eines globalen Rechts und seiner Beziehungen zu neuen Formen der *Governance*.

Die produktivste Auseinandersetzung mit der Entstehung neuer globaler Rechtsordnungen wird immer noch von denjenigen geführt, die der rechtstheoretischen Argumentation folgen, die Philip Jessup schon 1956 aufgestellt hat. Jessups überzeugender Definition zufolge sollte die Rechtstheorie anstelle des Terminus ‚internationales Recht‘ den Begriff ‚transnationales Recht‘ verwenden, um auf diese Weise all jenes Recht einzuschließen, das Aktivitäten oder Ereignisse regulieren, bei denen nationale Grenzen überschritten werden, gleichgültig „ob sie nun staatliche oder nicht-staatliche Akteure involvieren“ (Jessup 1956: 2). Transnationales Recht sollte sowohl „öffentliches und privates internationales Recht“ einbeziehen als auch „andere Regeln, die nicht vollkommen in solche Standardkategorien passen“ (ebd.: 2). Im Gegensatz zu ‚international‘, das sich auf Phänomene bezieht, die ‚zwischen‘ Staaten passieren, verweist der Begriff ‚transnational‘, mit dem diese neu entstehenden Rechtsregime bezeichnet werden, auf Phänomene, die „jen-

seits“ des Staates, „über“ Staaten „hinweg“ oder „durch“ Staaten „hindurch“ stattfinden (Scott 2009: 866). Mit der zunehmenden Relativierung der regulatorischen Kraft des Staates ist in der Tat mehr Raum für gesellschaftliche Organisationen wie Unternehmen, Universitäten, Sportverbände und Informationsnetzwerke vorhanden, um ihre eigenen Formen gesellschaftlicher Regulierung sowohl national wie auch trans- und international durchzusetzen (Hall/Biersteker 2002: 3–10).

Vom Standpunkt des rechtlichen Realismus und Pluralismus aus gesehen, ist die Einsicht, dass die Gesellschaft rechtliche Mechanismen und soziale Formen der Regulierung herstellt, die weit über das ‚staatliche Recht‘ hinausgehen, nicht neu (Macaulay 2005: 365; Santos 1977). Dennoch scheint das „lebende Recht“ (Ehrlich 1989: 402) der Weltgesellschaft dank des radikalen Transnationalisierungsprozesses einen neuen Autonomie-spielraum zu gewinnen. Eine sorgfältige Beobachtung der regulativen Dynamiken in der heutigen Weltgesellschaft sollte in der Lage sein zu zeigen, dass transnationales Regierungshandeln in vielfältiger Weise durch gesellschaftliche Regulierungsprozesse beeinflusst ist, die in expliziter Konkurrenz zu nationalen oder internationalen politischen Prozessen staatlicher Gesetzgebung stehen.

Über informelle und manchmal nicht eindeutig legale (wenn auch nicht eindeutig illegale) Mechanismen sind Großunternehmen in der Lage, ihre Interessen auf vielfältige Weise in die Sprache öffentlicher Regulierung zu übersetzen (Picciotto 2012: 165–171; Crouch, 2010: 161–168). Auch wenn dieses Phänomen wahrscheinlich nicht ganz neu ist, ist sein Einflussbereich doch nie größer gewesen als in den letzten Jahrzehnten (Igan 2009).¹ Darüber hinaus wäre die alleinige Begründung dieser Veränderung über die „neoliberale Hegemonie“ (Crouch 2011: 23) nichts anderes als eine vorschnelle Politisierung einer theoretischen Analyse. Nichtsdestoweniger sollte man auf die Ursprünge dieses Prozesses blicken, die eindeutig auf den ökonomischen und institutionellen Veränderungen beruhen, die die Intensivierung wirtschaftlicher Transnationalisierung mit sich brachte. Als ihre Konsequenz können Firmen wie auch andere transnationale oder supranationale Organisationen staatliche Akteure und politische Körperschaften mit Mitteln der Erpressung und der indirekten Rechtswahl unter Druck setzen (Crouch 2006: 1545). Sogar noch interessanter sind die Fälle informeller *Governance*-Netzwerke wie diejenigen, die um den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht entstanden sind, und die in der Lage sind, Staatspolitik auf nationaler Ebene umfassend zu beeinflussen (Picciotto 1997: 1040–1041).

Zudem lässt sich kaum bestreiten, dass supranationale Organisationen wie die Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD), die Weltbank, die Welthandelsorganisation (WTO), der Internationale Währungsfond (IWF) und ebenso regionale Organisationen wie die Europäische Union (EU) und das Nordamerikanische Freihandelsabkommen (NAFTA) oder sogar private Sportorganisationen wie der Weltfußballverband FIFA oder der Internationale Sportgerichtshof (CAS) in den letzten Jahrzehnten eindeutig abgegrenzte Rechtswege entwickelt haben. Supranationales Recht kann nationale Souveränität in vielfacher Hinsicht beeinflussen, begrenzen oder binden, und zwar in den unterschiedlichsten Bereichen wie etwa der Besteuerung, des internationalen Handels oder der Umweltgesetzgebung. Hinzu kommt, dass ebenfalls in den letzten Jahr-

1 Igan hat politisches Lobbying als einen der Hauptgründe für die Marktinstabilität beschrieben, der 2008 zur Finanzkrise geführt hat, und des Weiteren Belege dafür geliefert, dass der politische Einfluss der Finanzindustrie das Potenzial haben könnte, Auswirkungen auf die Finanzstabilität auszuüben.

zehnten einige supranationale Rechtsinstitutionen Charakteristika entwickelt haben, die eigentlich für nationale Rechtssysteme typisch sind, nämlich die Einrichtung von Gerichtshöfen, Verfahrensvorschriften und Gesetzgebungen (Kjaer 2011: 395–402).

3. Transnationaler Konstitutionalismus: Funktionale gesellschaftliche Ordnung jenseits des Staates

Probleme bezüglich der Strukturen der *Global Governance* sind nicht länger ein Gegenstand, mit dem sich nur Diplomaten, international tätige Anwälte oder öffentliche Behörden auf höherem Niveau befassen müssen. Im 21. Jahrhundert erscheinen zunehmend Probleme des täglichen Lebens mit globalen und transnationalen Fragestellungen verbunden (Kennedy 2009: 37–40). Transnationale Unternehmen verletzen Menschenrechte in verschiedenen Ländern, während sie Computer oder Sportschuhe produzieren (Rodríguez-Garavito 2005: 203–233); die WTO trifft Entscheidungen über den Gebrauch genetisch modifizierter Organismen (GMO), die die Umwelt in weit entfernten Regionen Lateinamerikas ebenso bedrohen können wie in Europa.²

Unzählige globale Probleme und Entscheidungen globaler Rechtsprechung werden zwar nur lokal erfahren, besitzen aber eine eindeutig politische und sogar konstitutionelle Qualität. Sie betreffen nicht nur staatliche Politiken, sondern auch zivile, politische und soziale Rechte, die konstitutionell gegründet sind. Kontinuierlich können sowohl private wie auch öffentliche transnationale Akteure und Behörden national eingebettete Grundrechte angreifen, ohne durch nationale politische und rechtliche Organisationen kontrolliert werden zu können. Der Gedanke, dass ein globales Rechtssystem im Entstehen ist, bricht mit dem herkömmlichen Rahmen der Verfassungstheorie, nämlich den zwei Kernideen nationalen Rechts: der Territorialität und der Einheit des nationalen Rechtssystems.

In der Tat sind Rechts- und Politiktheorien immer fast ausschließlich mit den territorialen Grenzen der Rechts- und Politikregime befasst gewesen, ohne zu bemerken, dass ihnen in vielen Hinsichten Bedeutung entzogen wurde. Nationale Territorialität bildete den Kern der Verfassungstheorie und der rechtlichen wie politischen Reflexion des „keynesianisch-westfälischen Paradigmas“ (Fraser 2005: 1). Es ist jedoch genau dieses „Netz aus klaren Grenzen“ zwischen den Regimen, das durch den Prozess der gesellschaftlichen und rechtlichen Transnationalisierung in Frage gestellt worden ist.³ Die augenscheinlichste Konsequenz daraus ist, dass es heutzutage keine „oberste Ordnung der Ordnungen“ gibt oder ein politisches Metaprinzip der Autorität, an dem die Analyse auf transnationaler Ebene auszurichten wäre (Walker 2008a: 376). Es ist insbesondere nicht länger selbstverständlich, dass Gerichte und politische Institutionen sich ausschließlich auf Grundlage hierarchischer Mechanismen (innerhalb einer innerstaatlichen Ordnung) aufeinander beziehen oder auf Grundlage horizontaler Mechanismen mit klaren territorialen Grenzen, die ihre Rechtsprechung beschränken. Vielmehr haben verschiedene Formen eines supra-, trans- und intranationalen Rechts komplexe Wechselwirkungen zwischen einer Vielzahl

2 Panel Report, European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products. WT/291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R.

3 Mit vielen Beispielen zur verbindlichen Dimension transnationaler Rechtsordnungen vergleiche Renner (2011: 91–168).

von Körperschaften auf verschiedenen Ebenen geschaffen, die sowohl Wettbewerb als auch Koordination untereinander erfordern (Picciotto 2012: 461). Insofern passen in rechtlicher Hinsicht pluralistische Erklärungen sehr gut zu der neuen weltweiten Ordnung multipler transnationaler Regime und politischer Schichten, in der wir leben.

Die Interaktionen nationalen, internationalen und transnationalen Rechts in Augenschein zu nehmen, ist vielversprechend, weil damit enthüllt wird, wie die Weltgesellschaft nicht nur *um* politische Organisationen (wie den Staat) *herum* strukturiert ist, sondern auch *entlang* funktionaler Strukturen, die grenzüberschreitend global operieren (Zumbansen 2012: 25). Die Beschreibung einer zunehmenden Fragmentierung, die die Debatte über die *Global Governance* in den vergangenen Jahren geprägt hat und die alles andere als eine modische Referenz auf postmodernistische Tendenzen war (Koskeniemi 2009a: 795–797), gründete in den Strukturen der Weltgesellschaft selbst, die im Prozess der Transnationalisierung entstanden waren. Hiermit korrespondieren auch die Differenzierungsprozesse, die die Staaten nicht aufhalten können und die in der Weltgesellschaft durch erstarkende selbstreferenzielle Dynamiken in Wirtschaft, Wissenschaft, Kultur, Gesundheit, Transport und Sport hervorgerufen werden (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 19). Die Quellen rechtlicher Normen in diesen Regimen sind die selbstorganisierten Prozesse hochspezialisierter funktionaler Sektoren.⁴ Martti Koskeniemi (2007a: 4, Hervorhebung im Original) schreibt hierzu:

„Specializations such as ‚trade law‘, ‚human rights law‘, ‚environmental law‘, ‚criminal law‘, ‚security law‘, ‚European law‘ and so on started to *reverse* established legal hierarchies in favour of the structural bias in the relevant functional expertise. Even though this process was often organised through intergovernmental organisations, the governmental delegations were composed of technical (economic, environmental, legal) experts in a way that transposed the functional differentiation at the national level onto the international plane.“

Während die Rechtspluralität innerhalb des *keynesianisch-westfälischen framework* (Fraser 2005: 1) einer (staatszentrierten) Verfassungsordnung nur einen äußeren Druck auf vermutlich einheitliche Rechtssysteme ausübte, ist der Pluralismus unter den neuen Verhältnissen intern, nämlich der entstehenden Grundstruktur selbst eingeschrieben (Walker 2008b: 539). Er trägt zu einem wesentlichen Teil zum Verständnis des rechtlichen Konstitutionalismus bei (Somek 2012) und macht insofern aus dem transnationalen Konstitutionalismus von vornherein eine Art *Verfassungpluralismus* (Walker 2008a: 317; Teubner 2004: 5–7). Dementsprechend muss ein pluralistischer Konstitutionalismus (verstanden als eine Beschreibung der funktionstragenden Bedingungen des Rechtssystems) die Unordnung bei den Grenzziehungen *hierarchischer Rechtsregime* berücksichtigen, damit er eine adäquate Beschreibung zeitgenössischer Rechtsordnungen liefern kann (Walker 2002: 337–338).

Sicherlich wurden Verfassungen lange als das Ergebnis einer politischen Entscheidung angesehen, die nur einem begrenzten Gemeinwesen zugeschrieben werden konnte (Somek 2012; Walker 2008b: 527–529). Etwa nach der Art Carl Schmitts begriff man Verfassungen als ein Ausdruck der bevorstehenden politischen Einheit, die mit dem Souveränitätskonzept gleichzusetzen war. In diesem Zusammenhang wurde der Staat (als die politische Einheit *par excellence*) als einziger Träger einer *politischen Eigenidentität* angesehen, die mit einer Verfassung ausgestattet werden konnte (Lindahl 2008: 9–17).

4 Diesem Phänomen wird hier Aufmerksamkeit geschenkt: Study Group of the Int'l Law Comm'n, 58th Sess., May 1–June 9, July 3–Aug. 11, 2006, 1–2, U.N. Doc. A/CN.4/L.682; GAOR, 60th Sess. (Apr. 13, 2006).

Diese Denkweise wurde aus verschiedenen Gesichtspunkten sicherlich stark kritisiert (Möllers 2000: 256–271). Unter der neuen transnationalen Konstellation gibt es jedoch regulierende Prozesse, die von rechtlichen Mechanismen Gebrauch machen, aber nicht staatlich begründet sind. Das scheint definitiv mit dem Staatszentrismus des konstitutionellen Denkens zu brechen. Und daher tauchen einige Fragen auf, sobald man diese globale (Un-)Ordnung rechtlicher Regime betrachtet. Wie sollten Rechts- und Politiktheorie die Legitimität und rechtliche Gültigkeit regulierender Prozesse beschreiben – etwa die der Europäischen Union und ihres *comitology system*, das über eine große Bandbreite an Kräften verfügt, die nicht direkt von einer klaren Bevollmächtigung durch politische Entscheidungen eines einheitlichen Souveränen abgeleitet werden können (Joerges/Neyer 1997: 282)? Wie sollen die regulierenden Kräfte privater Autoritäten in Bereichen wie dem Cyberspace des Internets definiert werden, wo Entscheidungen bezüglich Auseinandersetzungen über IP-Adressen durch die *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) ohne Aufsicht staatlich begründeter nationaler oder internationaler Rechtsprechung getroffen werden (Teubner 2004: 5–6)? Wie kann die rechtliche Willensbildung der WTO verstanden werden, deren Gerichtsentscheidungen oft einen bedeutenden Einfluss im Bereich der Menschenrechte, der Einkommensverteilung und der Umweltproblematik ausüben, sogar wenn ihre Wirkmächtigkeit auf handelsbezogene Themen beschränkt sein sollte (Magnuson 2010; Trachtman 2006)? Wenn das Verfassungsrecht als eine Art reflexives Recht zu verstehen ist, das innerhalb des Rechts operiert, und wenn die transnationalen Bewegungen in Richtung einer Verrechtlichung regulierender Prozesse ernst genommen werden, ist zu bemerken, dass bereits heute verschiedene Formen des Verfassungsrechts in den globalen Regulierungsprozessen wirksam sind. Freilich besitzt transnationales Verfassungsrecht nicht dieselbe Qualität wie nationales Verfassungsrecht.

Transnationales Verfassungsrecht nimmt eine äußerst vielfältige Gestalt in jedem der fragmentierten Rechtsregime an, die die funktional differenzierten Strukturen der *Global Governance* ausmachen. Diese Regime fungieren als *atopische* transnationale Gemeinwesen (Willke 2001: 107–123), die im Gegensatz zu Staaten auf keinen Fall als politisch bezeichnet werden können. Innerhalb dieser Regime beziehen sich Verfassungsnormen nicht notwendigerweise auf politische Prozesse wie die parlamentarische Willensbildung oder die politischen Konflikte, die zwischen Parteien und in Wahlkämpfen ausgetragen werden, sondern auch auf das spezialisierte Wissen bestimmter funktionalen Gesellschaftsbereichen (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 41–48).

Funktionales Verfassungsrecht ist zudem nicht auf supra-, trans- oder internationale Organisationen beschränkt (Isiksel 2012: 106). Es entstammt auch einer Vielzahl vertraglicher Vereinbarungen und miteinander verzahnter Prozesse zwischen Organisationen wie Staaten, Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen, die sektorale Regime begründen (Teubner 2012: 139–158). Dies ruft übrigens Stephen Krasners klassische Regime-Definition ins Gedächtnis: „Regimes can be defined as sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations“ (Krasner 1982: 186). Wenn Normen die Form bindender Rechtsprechungen auf der operativen Ebene in verschiedenen funktional spezialisierten Bereichen und Organisationen annehmen, tauchen auch Normen auf höheren Ebenen von Reflexivität auf, die als Rahmen für diese primären Normen dienen.

Das entstehende transnationale Verfassungsrecht hat einen völlig neuen Charakter: Es besteht aus einem Vorrat an Regeln sowie Regeln über Regeln, die eng mit bestimmten Kenntnissen und Verteilungen gesellschaftlicher Macht in unterschiedlichen Themenge-

bieten verbunden sind. Jedes Regime scheint sein eigenes Verfassungsrecht zu entwickeln, was seinerseits auf einem bestimmten technischen Vokabular beruht. Darüber hinaus, so bemerkt Koskeniemi (2009b: 11), ist jedes dieser Vokabulare immer nur in der Lage, einige wenige Lösungen, Akteure und Interessen in den Mittelpunkt zu rücken, was wiederum zu Lasten anderer geht.

Was aber sind die politischen Konsequenzen aus dieser Verschiebung? Welche Interessen rückt ein spezifisches Regime in den Mittelpunkt? Wenn eine Entscheidung der WTO die Chancen einer Gruppe von Angehörigen einer ethnischen oder kulturellen Minderheit beschränkt, ist es für diese dann möglich, politische Forderungen gegenüber einem Parlament oder einem letztinstanzlichen Verfassungsgericht zu stellen? Denn welchen? All dies sind die immer dringenderen Fragen, denen die heutige Rechts- und Politiktheorie sich stellen muss.

4. Politik des Rechts: Das ‚Politische‘ des transnationalen Konstitutionalismus

Wenn man die sensiblen Themen internationaler Politik heutzutage bedenkt, zum Beispiel das Thema der genetisch veränderten Organismen und die daraus entstehenden sozialen, ökologischen und wirtschaftlichen Konsequenzen, taucht eine schwierige Frage auf, die Koskeniemi (2009a: 796) so formuliert: „What vocabulary would serve best to grasp [this] novel phenomenon?“ Sollte das Vokabular der Wirtschaft oder der Ökologie benutzt werden? Sollte die Sprache der Menschenrechte oder des Handels Verwendung finden? Von dieser Wahl hängt vieles ab, denn sobald wir wissen, welches Vokabular angewendet wird, haben wir schon eine Vorstellung davon, wie mit einem Sachverhalt umgegangen wird (Koskeniemi 2009a: 797).

Tatsächlich bestimmen sogenannte *issue regimes*, die üblicherweise von hochspezialisierten epistemischen Gemeinschaften dominiert werden (Haas 1992: 3–4), zunehmend die Politikgestaltung und das Recht auf transnationaler Ebene. Diese Tatsache zeigt sich auch darin, wie in Regimen der *Global Governance* mit rechtlichen Willensbildungen umgegangen wird, die in bestimmten Regulierungsbereichen in den Fokus der ExpertInnen gerückt sind. *Global Governance* bezieht sich zunehmend auf die Bereitstellung optimaler Vorteile für die jeweiligen Akteure eines bestimmten sozialen Sektors (Koskeniemi 2007b: 70–71). Soziale Probleme werden daher in Bezug zu einem neuen Vokabular beschrieben, das sich von dem Vokabular des demokratisch-politischen Konstitutionalismus sehr unterscheidet.

Bedeutet nun die Fragmentierung der Rechtsregime und die technokratische Willensbildung in der *Global Governance* eine Entpolitisierung der Gesellschaft (Teubner 2012: 175–179)? Macht es noch Sinn, über Politisierung auf die gleiche Art und Weise zu sprechen wie sie sich in der sogenannten „contentious politics“ innerhalb eines Staates vollzieht (Tilly 2004: 6) – einer Politik, in der Menschen gemeinschaftliche Ansprüche geltend machen, die sich auf die Interessen des Anderen auswirken? Ist nicht eine postdemokratische Veränderung der Weltpolitik zu beobachten, die das Potenzial für Transformationen, die aus „politischen Auseinandersetzungen um Interessen“ entstehen, unterdrückt (Crouch 2004: 70–76)?

Einige AutorInnen reagieren auf diesen Punkt, indem sie einen Schritt zurücktreten und alte Konzepte der Politisierung bemühen. Im Kontext der Verfassungstheorie wird

ein Begriff der Politisierung entwickelt, die nicht auf funktionalen Unterscheidungen basiert. Das Politische wird mithin jenseits der institutionellen Rahmen des politischen Systems gebracht und auf den rechtlichen Bereich erstreckt, indem die Kontingenz von rechtlichen Entscheidungen mit Bezug auf verschiedene gesellschaftliche Bereiche bestritten wird und somit als Verfassungsfrage auftaucht. Dabei beschränken sie sich jedoch nicht auf die laufende Diskussion über die Politisierung der internationalen Beziehungen, wie es in den letzten Jahren in deutscher Sprache durchgeführt wird (Zürn/Ecker-Ehrhardt 2013). Politisierung wird dann nicht als der Prozess betrachtet, „mittels dessen Entscheidungskompetenzen und die damit verbundenen autoritativen Interpretationen von Sachverhalten in die politische Sphäre gebracht werden“ (Zürn 2013: 19). Stattdessen wird Politisierung als eine Umschreibung der Kontingenzsichtbarkeit in die funktionale Sprache des Rechts verstanden. Somit wird gemeint, dass das Politische auch im Recht anwesend ist, aber rechtliche Politisierung sich nur unter den internen Bedingungen der Kontingenzbeobachtung des Rechtsentscheidens zustande bringen lässt.

Besonders in Hinblick auf die Rechtsdisziplin machen sie geltend, dass Politisierung kein exklusives Phänomen des politischen Systems ist (Teubner 2012: 172–175). Wenn man die Mechanismen der Repräsentation und der Politisierung von Interessen bedenkt, ist eine rechtliche Politisierung ebenso wie eine Weiterentwicklung der Rechtsmethodologie durchaus möglich. Die Rechtstheorie ist sich historisch immer schon der Möglichkeiten der Politisierung innerhalb des Rechts bewusst gewesen. Seit dem neunzehnten Jahrhundert haben der *Rechtsrealismus* und die *Freirecht-Bewegung* darauf bestanden, dass es unmöglich sei, rechtliche Willensbildung auf eine ausschließlich wörtliche und neutrale Interpretation zu beschränken (Larenz 1991: 59–69; Horwitz 1992: 169–172). In der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts war sich auch Hans Kelsen (1960) der Tatsache bewusst, dass ein unvermeidliches Moment der *Kreativität*, die immer auch einen gewissen politischen Inhalt hat, jenseits der logischen Strukturen des Rechts, dem eigentlichen Untersuchungsgegenstand der Rechtswissenschaft, liegen muss. Und auch die *Critical Legal Studies/CLS* hat sich mit der Dekonstruktion rechtlicher Formalismen beschäftigt, indem sie zeigte, dass Recht immer eine Form von Unbestimmtheit birgt, die im Moment der rechtlichen Willensbildung *politisch* auftaucht (Kennedy 1997: 359). Die Kritische Rechtslehre hatte übrigens einen langen Bestand in der Rechtsdisziplin, dem internationalen Recht eingeschlossen.

In Anlehnung an diese lange Tradition haben dann eine große Anzahl von Gelehrten und RechtspraktikerInnen konzeptionelle Mittel zu entwickeln versucht, um die Rolle der Politik innerhalb des transnationalen und globalen Rechts zu verstehen. Martti Koskeniemi beispielsweise, der CLS auf das öffentliche internationale Recht angewendet hat, hat im letzten Jahrzehnt versucht, die Politik des Rechts mit einer anderen Sprache zu beschreiben. Für ihn ist auf dieser Ebene eine andere Art von politischer Auseinandersetzung maßgeblich: „the politics of re-definition“ (Koskeniemi 1990: 11). Demzufolge ist es nicht so wichtig, den Platz der Entscheidung zu besetzen, sondern darüber zu entscheiden, welche Sprache für die Beschreibung eines bestimmten Problems gebraucht werden soll und wie sie das Problem zum Ausdruck bringt (ebd.: 11–12). Das Vokabular der jeweiligen Themengebiete, das neutrale Methoden und wissenschaftliche Beschreibung involviert, macht es für eine bestimmte Gruppe einfacher, eine partikuläre Beschreibung der Realität als Realität zu verallgemeinern. Die Realität jedoch lässt sich, abhängig davon, welches Vokabular benutzt wird, auf sehr verschiedene Weisen beschreiben. Dasselbe Problem oder derselbe Rechtsstreit kann etwa aus der Perspektive der Ökologie oder der

Wirtschaft beschrieben werden – und dann sehr unterschiedliche Lösungen nach sich ziehen: „To this extent the vocabularies act as ‚ideologies‘ in the technical sense of reifying, making seem necessary or neutral something that is partial and contested“ (ebd.: 12).

Diese verstärkt ideologische Spezialisierung des Vokabulars der *Global Governance* lässt sich mit einer neuen Perspektive auf das Recht begründen, die Koskeniemi das „managerial mindset“ nennt. Diese Perspektive ist die Konsequenz der „Entformalisierung“, der „Fragmentierung“ und des „Empire“ im Reich des internationalen und transnationalen Rechts (Koskeniemi 2006: 13). Unter *Entformalisierung* versteht Koskeniemi „the process whereby the law retreats solely to the provision of procedures or broadly formulated directives to experts“; unter *Fragmentierung* „the splitting of law into functionally defined ‚regimes‘“; und unter *Empire* fasst er „the emergence of patterns of constraint deliberately intended to advance the objectives of a single dominant actor, either through the law or irrespective of it“ (ebd.). Das *managerial mindset* ersetzt, mit den funktionalen Dialekten der transnationalen Regime ausgestattet, nach und nach die Rechtssprache, die das Recht üblicherweise in seiner politisch konstitutionalisierten Form hatte. Die Expertenherrschaft ist notwendigerweise parteiisch, weil sie strukturell durch das spezialisierte funktionale Regime gestützt wird, durch das die Welt in den Blick genommen wird. Diese Herrschaftsform ist der des europäischen Ancien Régime sehr ähnlich: „Ancien régimes, after all, were also regimes“ (ebd.: 17).

Koskeniemi lehnt das *managerial mindset* aus einer entgegengesetzten Perspektive heraus ab, die in der Tradition des politischen Konstitutionalismus begründet ist. Das *constitutional mindset* korrespondiert mit der politischen Tradition, die sich bis zur Kantischen Begründung für die Existenz einer internen Gesetzmäßigkeit des Rechts zurückverfolgen lässt, dessen Gültigkeit auf seiner eigenen internen Normativität beruht. Recht sollte entsprechend dieser Annahme als eine normative Ordnung für sich betrachtet werden, die auf Vernunft und auf der Kompetenz, ihre eigenen Gesetze zu schaffen, beruht. Indem Koskeniemi Kants Kritik des utilitaristischen Denkens und seinem Argument folgt, dass Freiheit als Selbstbestimmung verstanden werden muss, behauptet er: „[L]aw is needed for legislation to exist, and legislation is needed for self-determination to be possible“ (Koskeniemi 2006: 16). Recht muss demzufolge der Ausdruck des selbstbestimmten Willens einer Gemeinschaft sein.

Anders als das *managerial mindset* berücksichtigt das Kantische *constitutional mindset* die politischen Interessen eines jeden. Während jedoch für Kant die politische Dimension des Rechts letztlich durch die moralische Dimension der allgemeinen Vernunft beschränkt ist, stellt für Koskeniemi die („Kantische“) Moralpolitik nichts anderes als eine politische Option dar, für die sich jede Juristin und jeder Jurist bewusst entscheiden muss. Die Kantische Moralpolitik wird so zu einem politischen Projekt, das gegenüber anderen politischen Projekten behauptet werden muss. Im besonderen Fall des internationalen Rechts muss es gegen das *managerial mindset* des entformalisierten *Empire*-Rechts verteidigt werden. Konstitutionalismus lässt sich daher als ein *political mindset* beschreiben.

Die Aufgabe der heutigen Politik des Rechts wäre dieser Einsicht zufolge, die Bestätigung des Konstitutionalismus als ein kollektives Projekt, das die Expertenherrschaft infrage stellt, weiter zu verfolgen. Das politische Projekt des Kantischen Universalismus wird jedoch auf diese Weise von der Kantischen Prämisse der universalen Vernunft getrennt, die in den institutionellen Mechanismen privater und öffentlicher Selbstgesetzgebung wirksam ist. Es wird ein politisches Projekt unter anderen, das um Vorherrschaft

über das ‚konstitutionelle Vokabular‘ im globalen und transnationalen Recht ringt, ohne jede Rücksicht auf seine eigenen strukturellen Existenzbedingungen.

Für diejenigen, die eine Politisierung des Rechts ohne Rücksicht auf seine politische Demokratisierung durch institutionelle und politische Reformen verteidigen, wird die zentrale Frage der heutigen Politik des Rechts folgende: „Welche Art von [...] Recht und welche Art von (und wessen) Präferenz“ bestimmt, wie soziale Probleme rechtlich gehandhabt werden (Koskeniemi 2009b: 17)? Dennoch beruht die Neudefinition der „managerial world“ in der konstitutionellen Sprache eines „Kantischen *mindsets*“ oder des öffentlichen Verwaltungsrechts nicht auf dem „intrinsischen Wert dieser Vokabulare“, sondern macht nur Sinn um der „kritischen Herausforderung“ willen, die sie für „die heutige Kultur der a-politischen Expertenhegemonie“ darstellt (ebd.). Mit anderen Worten: Das „Kantische *mindset*“ des Konstitutionalismus fungiert für diejenigen, die dieser Art ‚Gramscianischen‘ Ansatz folgen, als Grundlage für eine kontrahegemoniale Technik, die eine Kontrolle der herrschenden Sprache innerhalb des internationalen Rechts anstrebt.

Der Kampf um Hegemonie über die konstitutionelle Sprache des globalen und transnationalen Rechts könnte nun als Kampf um die Definition des Universellen im Sinne einer *Weltanschauung* definiert werden (Fischer-Lescano/Buckel 2009: 442). Demzufolge normalisieren Kämpfe um die Hegemonie der Rechtssprache partikuläre Weltanschauungen durch die formale Sprache des Rechts, indem sie ihnen einen Weg zu Universalisierung und Anschlussfähigkeit ebnen. Durch dieses Verfahren kann eine partikuläre Rechtshegemonie das Vorrecht gewinnen (ebd.: 447). Der verfassungsrechtliche Diskurs, der die Sprache des Rechts aus dem Rechtssystem selbst heraus artikuliert, befände sich im Zentrum heutiger Möglichkeiten der Politisierung der Weltgesellschaft.

5. Grenzen der transnationalen Rechtspolitik

Wenn Koskeniemi argumentiert, dass die neuen *Global-Governance*-Regime wie neue totalitäre Ancien Régime scheinen, die auf einem naturalistischen Rechtsverständnis basieren, sollte er auch berücksichtigen, dass es im Ancien Régime den Bürgern nicht richtig möglich war, den Souverän *politisch* infrage zu stellen (Thornhill 2011: 88–112). Mindestens nicht im selben Sinne, wie er für die heutige Expertenhegemonie für möglich zu halten scheint. Dies war nicht nur deswegen so, weil das Regime totalitär war, sondern auch, weil die Gesellschaft über kein Vokabular verfügte, das politische und rechtliche Willensbildung als möglichen Gegenstand einer solchen Politisierung beschreiben konnte.

In traditionellen Gesellschaftsformen ist in der Tat nicht nur das politische System verhindert, interne Formen des sozialen Konflikts zu entwickeln, sondern auch andere soziale Bereiche sind für gewöhnlich in einer totalitär-moralischen Lebensform zusammengefasst, die jedem Individuum und jeder sozialen Gruppe nur sehr eng determinierte soziale Rollen und Positionen in der Gesellschaft zuweist (Luhmann 1997: 678–707). Unter der sozialen Organisation des Ancien Régimes waren Individuen und Gruppen von Individuen nicht in der Lage, ein Selbstverständnis zu entwickeln, das es ihnen ermöglichte, sich selbst als politische Akteure wahrzunehmen (Luhmann 1997: 1016–1036; 1989: 149, 208–215). Auch das Recht war totalitären Organisationsformen unterworfen, was es wiederum zu einem bloßen Reproduktionsmedium der strukturellen Gesellschaftshierarchien machte. Unter diesen Umständen war rechtliche Willensbildung nicht die Aufgabe eines ausdifferenzierten Rechtssystems. Und aus diesem Grund war es schlicht unmöglich, eine

Politik des Rechts zu entwerfen, die in Form von Auseinandersetzungen um die Hegemonie über eine ‚konstitutionelle Sprache‘ ausgetragen werden konnte. Anciens Régime sind normative Ordnungen, die jede andere soziale Ordnung in dieselben natürlichen oder metaphysischen Semantiken einordnen, die das gesellschaftliche Leben mit Bedeutung versehen müssen.

Damit will man behaupten, dass die Möglichkeit der Politisierung des Rechts von innen heraus folglich von gewissen gesellschaftlichen Bedingungen abhängt, nämlich von der sozialen Differenzierung des Rechtssystems von anderen gesellschaftlichen normativen Ordnungen.

Das bringt mich zu dem, was Claude Lefort (1986: 305) das „Moment des Politischen“ genannt hat. Dies würde für Lefort von einem tiefliegenden Gesellschaftswandel abhängen (ebd.: 302), die nicht nur auf die Ausdifferenzierung des Rechts selbst ankommt. Traditionelle Gesellschaften wurden demzufolge bis zur Moderne als ein sozialer Körper betrachtet, in dem Politik, Religion, Moral und Wissenschaft vereint waren. Der Prozess, der die gesellschaftlichen Möglichkeiten der Beobachtung und Identifizierung sozialer, politischer und rechtlicher Kontingenzen angestoßen und damit die Politisierung der Gesellschaft und auch des Rechts ermöglicht hat, hat für Lefort seine Wurzeln in der Fragmentierung dieser Einheit. Dieser Fragmentierungsprozess hätte nun unter der politischen Ordnung des Ancien Régimes begonnen (Lefort 1988a: 9; Marchart 2007: 90–91) und sich erst nach einem institutionellen Wandel stabilisiert, der eine Prozeduralisierung politischer Konflikte durch den Einschluss von Individuen in politische Prozesse möglich gemacht hat.

Das sogenannte „Königreich der Einheit“ wurde also als Konsequenz aus Modernisierung und Individualisierung (man könnte vielleicht auch aus funktionaler Differenzierung sprechen) folglich nicht sofort abgeschafft. Sogar das erstarkende Bürgertum, das die „zwei Körper des Königs“ (Kantorowicz 1998: 441–448) symbolisch wie auch real durch die Enthauptung Ludwigs XVI. zu beseitigen suchte, zielte darauf ab, eine Art soziale Einheit wieder zu etablieren (Lefort 1986: 304), um die Möglichkeit der Politisierung ihrer eigenen Privilegien zu vermeiden. Zeitlose und ahistorische Ideale wie das des unbegrenzten Privateigentums, der staatlichen Souveränität, oder selbst die Nation haben diesem Zweck gedient, da sie zum Ziel hatten, neue politische Ordnungen zu gründen, die auf gesellschaftlichen Fundamenten beruhen, welche nicht zum Gegenstand politischer Auseinandersetzungen werden konnten.

Für Lefort war also klar, dass die Differenzierung von Politik, Recht und Wissenschaft nur durch einen umfassenden Prozess der politischen Demokratisierung stabilisiert werden kann, der von der rechtlichen Institutionalisierung einer demokratischen Revolution mittels der Konstitutionalisierung politischer Rechte abhängt (ebd.: 302–303). Somit würde jegliche gesellschaftliche Forderung nach Macht verhindert, die die politische Ordnung durch ein letztes unbestreitbares Fundament begründen wollte. Es geht folglich darum, ein Wiederauftauchen *erneuerter* Ausdrucksformen des Ancien Régimes zu vermeiden (ebd.: 239, 256–257).

Dies drückt für Lefort (1988a: 19) die wechselseitige Beziehung zwischen dem Auftauchen eines demokratisierten politischen Systems und der Differenzierung einer autonomen Rechtsordnung aus, das die Ausübung von Macht den „Prozeduren periodischer Neuverteilungen“ in Form von Wahlkämpfen unterwirft. Als Folgerung daraus wird der „Ort der Macht“ in der Gesellschaft „eine leere Stelle“ und demokratische Politik kann als eine „Institutionalisierung von Konflikten“ auftauchen, die kein letztes Fundament als

Begründungsform des politischen Entscheidens auftauchen lässt (ebd.). Das Rechtssystem kann andererseits das Entstehen interner Formen von Kontingenz beobachten, was wiederum interne Politisierungsbewegungen ermöglicht.

Der Vorgang politischer Demokratisierung hängt jedoch nicht nur von der Konstitutionalisierung von *Rechten* ab. In seinen Studien zum Phänomen des Totalitären geht Lefort in seiner Verteidigung des Demokratisierungsprozesses noch weiter und versteht ihn als Schlüssel dazu, die Möglichkeiten der sozialen Differenzierung und Politisierung in den unterschiedlichen Gesellschaftsbereichen zu verstehen. Indem er betrachtet, wie die Sichtbarkeit sozialer Kontingenzen unter einem totalitären Regime eingeschränkt wird, versucht er zu zeigen, wie die schiere Möglichkeit der Entstehung sozialer Konflikte institutionalisiert werden muss, wenn soziale Kontingenz sichtbar bleiben soll (Lefort 1988b: 51). Er argumentiert, dass konstitutionelle Prozesse – vor allem inkludierende Wahlverfahren – notwendig sind, damit soziale Kontingenz aktiv bleibt und um Konflikte als eine permanente Möglichkeit zu verrechtlichen und zu institutionalisieren (Lefort 1988a: 18). Die Institutionalisierung von Konflikten durch den Wahlkampf und ein freies und allgemeines Wahlrecht ermöglichen nicht nur die Fragmentierung einer vereinheitlichten normativen Ancien-Régime-Ordnung, sondern auch die soziale Kontingenz in unterschiedlichen Gesellschaftsbereichen. Gesellschaften, die unter einem totalitären Politikregime leben, welches über keine rechtlich regulierten demokratischen Konfliktvorgänge verfügt, neigen folglich dazu, einen wachsenden *Entdifferenzierungsprozess* zwischen den Gesellschaftsbereichen der politischen Macht, des Rechts, und der (auch wissenschaftlichen) Wahrheit zu beobachten, indem diese unter derselben totalitären normativen Ordnung zusammengefasst werden. Auf diese Weise wird die soziale Sichtbarkeit der Kontingenz in den unterschiedlichen Bereichen immer weiter gefährdet. Wenn das Rechtssystem nicht auf einer stabilen „Institutionalisierung von Konflikten“ beruht, lässt es sich von zeitlosen Einheitskonzepten stärker angreifen, die interne Formen der Politisierung selbst dann einschränken können, wenn ausgeklügelte Techniken des rechtlichen Managements und Denkens vorhanden sind. Die Erfahrungen des Totalitarismus im 20. Jahrhundert sind reich an Beispielen von politischen Herrschaftsformen, von denen sich kaum sagen lässt, dass sie auf rechtsfreien Regimen aufbauen. Trotz dieser Tatsache ist es klar, dass das Rechtssystem in diesen Regimen im Interesse politischer Anführer ausgenutzt und für interne Formen der Politisierung weitgehend unzugänglich wurde. Lefort (2007: 158) zufolge wurde das Recht in diesen Zusammenhängen sehr oft zum Gegenstand sozialer *Materialisierungsprozesse*. Als Beispiel für dieses Phänomen nennt er das „Recht des Lebens“ im Nationalsozialismus und das „Recht der Geschichte“ in der Sowjetunion (ebd.: 45–48).

In der politischen Demokratie werden diesem Argument zufolge soziale Hierarchieformen und willkürliche Traditionen nicht nur innerhalb politischer Organisationen, sondern auch entlang sozialer Funktionen und Sektoren andauernd der Möglichkeit der Kritik ausgesetzt. Wie es Lefort ausdrückt, wird die politische Konstitutionalisierung aus diesem Grund zur wesentlichen Bedingung, die es vermag, den gesellschaftlichen „Ort der Macht“ unbesetzt zu halten. Aber die Demokratisierung des politischen Systems ist dadurch unentbehrlich, dass nur die politische Konstitutionalisierung die soziale Sichtbarkeit der Kontingenz hervorrufen kann, welche die Politisierung der Willensbildung innerhalb verschiedener Gesellschaftsbereiche, des Rechts eingeschlossen, möglich macht.

Demokratische Politik wird ebenso zur zentralen Bedingung für die Möglichkeit jeglicher Politisierung des Rechts, wie es die Sichtbarkeit von Kontingenz innerhalb des Systems ermöglicht. Wenn man an die Annahmen denkt, die die konstitutionellen Überle-

gungen zum transnationalen Recht hervorgebracht haben, wird man bemerken, dass sie eindeutig dazu tendieren, rechtliche Politisierung in gewissem Maße als ein asoziales und bedingungsloses Phänomen zu behandeln, das mit jedem Rechtsregime einhergeht. In dieser Hinsicht kann Leforts Überlegung sehr nützlich sein, um diese Annahmen des transnationalen Konstitutionalismus zu erklären. Wenn der Nationalstaat – und mit ihm die konstitutionalisierte Politikform – seine Kraft als alleinige Quelle der Rechtsproduktion einbüßt und wenn, als Konsequenz daraus, die politische, konstitutionelle Form des Rechts nicht mehr denselben strukturellen Bedingungen unterworfen gilt, denen sie im demokratischen Konstitutionalismus unterworfen war, ist es gut möglich, dass die interne Sichtbarkeit der Kontingenz rechtlicher Willensbildung zunehmend auf dem Spiel steht und verloren gehen kann. Aus diesem Grund macht es Sinn, wenn Martti Koskeniemi vom Auftauchen eines „neuen“ alten Regimes fragmentierter funktionaler Rechtsregime spricht, in denen die Expertenherrschaft dominiert. Tatsächlich ist diese Idee nicht der Beschreibung einer neuen Art von Absolutismus fremd, der sich in Form entterritorialisierter Regime zeigt, die auf der fragmentierten Herrschaft eines immer nur fachspezifischen Wahrheitsanspruchs beruhen, den technische Einrichtungen geltend machen.

Die politischen Auseinandersetzungen, die im transnationalen Recht ausgetragen werden, sollten jedoch stärker theoretisch in den Blick genommen werden. Sich nur auf die Annahme zu verlassen, dass die wichtigste Aufgabe eines kritischen Rechtsdenkens darin besteht, kontrahegemoniale Techniken gegen die immer mehr an Einfluss gewinnende Expertenherrschaft zu ersinnen, kann in vielfacher Hinsicht irreführend sein. Es ist nur schwer vorstellbar, dass die politischen Auseinandersetzungen in der transnationalen *Governance* als ‚Politik der Neudefinition‘ aufgefasst werden. Dass es Kämpfe um die Vorherrschaft in der Sprache des transnationalen Rechts gibt, bedeutet nicht zwingend, dass die fragmentierten Regime transnationaler *Governance* in der Sprache kollektiver Konflikte politisiert werden können.

Wenn man auf die Formen heutiger *Governance* auf globaler und transnationaler Ebene schaut, fällt es nicht schwer, pessimistisch zu werden angesichts der Möglichkeit, die dortigen fragmentierten Rechtsregime tatsächlich zu verändern und zu politisieren. Wenn man andererseits die gesellschaftlichen Bedingungen der politischen Konstitutionalisierung rekonstruiert, wie ich es anhand von Leforts Arbeit versucht habe, scheint es der Fall zu sein, dass die Abwesenheit eines globalen Konstitutionalismus notwendigerweise die Entdifferenzierung des Rechts impliziert, nämlich in einer irgendwie gearteten formlosen und fragmentierten Management-Ordnung, die eine einfache Beute für private Interessen wird, sobald diese die Sprache der *Governance* sprechen. Vielleicht sollten die Auseinandersetzungen um die Vorherrschaft über die transnationale Sprache des Rechts weder als Krieg der Disziplinen (bei der das öffentliche internationale Recht die Rolle des Universellen im Sinne eines ‚Kantischen‘ konstitutionellen *mindsets* spielen und der Partikularität der unterschiedlichen *managerial mindsets* gegenüberstehen würde) noch als Kämpfe um die konstitutionelle Sprache des transnationalen Rechts beschrieben werden. Es könnte vielmehr der Fall sein, dass die beste Beschreibung einer neuen Politik des transnationalen Rechts diejenige ist, welche die Notwendigkeit seiner Demokratisierung widerspiegelt. Wie Andreas Fischer-Lescano und Sonja Buckel paradoxerweise zeigen, müssen die politischen Auseinandersetzungen in der Welt die Sprache des Rechts mit den in rechtlicher Hinsicht kreativen gesellschaftlichen Bewegungen verbinden, welche die einzige Kraft darstellen, die das transnationale Recht zur Aufnahme neuer Formen politischer Inklusion bewegen kann (Fischer-Lescano 2009: 450–452). Diese sollte jedoch

nicht als Auseinandersetzung um die Universalisierung einiger ‚ästhetischer Urteile‘ missverstanden werden, die partikuläre Formen des Leids so verallgemeinern könnten, als wären sie nun nachträglich kollektiv erfahrbar. Auch wenn es philosophisch möglich klingt, das Partikuläre ästhetisch in das Universelle zu verwandeln, kann die benötigte ästhetische Sprache nur unter höchst selektiven Bedingungen entstehen und ihre Wirksamkeit beweisen: Auch die Vorstellung eines freien und universellen Verständnisses ästhetischer Schönheit hat ihre Wurzeln in der modernen Differenzierung eines freien künstlerischen Ausdrucks, der ebenfalls auf konstitutionellen und inkludierenden Rechten beruhen muss. Anstelle auf solchen heterodoxen und abstrakten Hypothesen einer ubiquitären Politisierung der Gesellschaft zu insistieren, sollte die Rechtstheorie vielleicht zu jener institutionellen Ebene zurückkehren, auf der politische Inklusion, partizipatorische Politik und die rechtliche Institutionalisierung sozialer Konflikte ihre materielle Grundlage haben.

Die Politik des transnationalen Rechts würde nur dann sinnvoll sein, wenn sie auf die institutionelle Ebene demokratischer Konstitutionalisierung konzentriert wäre. Da es sehr unwahrscheinlich ist, dass wir zu derjenigen institutionellen Demokratieform zurückkehren werden, die wir aus dem Nationalstaat kennen, ist es eindeutig, dass eine der wichtigsten praktischen und theoretischen Fragen heutzutage darin besteht, ob es der transnationalen Welt möglich sein wird, funktionale Äquivalente zur demokratischen politischen Verfassung auf einer transnationalen Ebene zu entwickeln (Brunkhorst 2002: 203–218). Eine transnationale Demokratie wäre mit Sicherheit von der nationalen verschieden. Sie muss jedoch in der Lage sein, über verfahrensrechtliche Wege der Willensbildung, welche stark politisierten Formen gesellschaftlichen Konflikts und gesellschaftlicher Kritik unterliegen können, weite Bereiche der Gesellschaft einzuschließen.

Literaturverzeichnis

- Abbott, Kenneth W. / Keohane, Robert O. / Moravcsik, Andrew / Slaughter, Anne-Marie / Snidal, Duncan, 2000: The Concept of Legalization. In: *International Organization*, 54, 401–419.
- Brunkhorst, Hauke, 2002: *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt (Main).
- Buckel, Sonja / Fischer-Lescano, Andreas, 2009: Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law. In: *Leiden Journal of International Law* 22, 437–454.
- Christensen, Ralph / Fischer-Lescano, Andreas, 2006: Die Einheit der Rechtsordnung: Zur Funktionsweise der holistischen Semantik. In: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 4, 8–14.
- Crouch, Colin, 2004: *Post-Democracy*, Cambridge.
- Crouch, Colin, 2006: Modelling the Firm in its Market and Organizational Environment: Methodologies for Studying Corporate Social Responsibility. In: *Organization Studies* 27, 1533–1551.
- Crouch, Colin, 2010: The Global Firm: The Problem of the Giant Firm in Democratic Capitalism. In: David Coen / Wyn Grant / Graham Wilson (Hg.), *The Oxford Handbook of Business and Government*, Oxford, 148–172.
- Crouch, Colin, 2011: *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Cambridge.
- Ehrlich, Eugen, 1989: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin.
- Fischer-Lescano, Andreas, 2005: *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerwirst.
- Fischer-Lescano, Andreas / Teubner, Gunther, 2006: *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt (Main).
- Fraser, Nancy, 2005: Reframing Justice in a Globalizing World. In: *New Left Review* 36, 69–88.
- Haas, Peter M., 1992: Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination. In: *International Organization* 46, 1–35.

- Hall, Rodney B. / Biersteker, Thomas J., 2002: The Emergence of Private Authority in the International System. In: Rodney B. Hall / Thomas J. Biersteker (Hg.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, 3–22.
- Hart, Herbert L. A., 1967: *The Concept of the Law*, Oxford.
- Horwitz, Morton J., 1992: *The Transformation of American Law, 1870–1960*, Cambridge (Mass.).
- Igan, Deniz / Mishra, Prachi / Tresselt, Thierry, 2009: A Fistful of Dollars: Lobbying and the Financial Crisis. International Monetary Fund Working Paper No. 287; <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2009/wp09287.pdf>, 03.12.2014.
- Isiksel, Turkuler, 2012: On Europe's Functional Constitutionalism: Towards a Constitutional Theory of Specialized International Regimes. In: *Constellations* 19, 102–120.
- Jessup, Philip C., 1956: *Transnational Law*, New Haven.
- Joerges, Christian / Neyer, Jürgen, 1997: From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology. In: *European Law Journal* 3, 273–299.
- Kantorowicz, Ernst H., 1998: *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton.
- Kelsen, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*, Wien.
- Kennedy, Duncan, 1997: The Paradox of American Critical Legalism. In: *European Law Journal* 3, 359–377.
- Kennedy, David, 2009: The Mystery of Global Governance. In: Jeffrey L. Dunoff / Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 37–68.
- Keohane, Robert O., 1984: *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton.
- Kjaer, Poul F., 2012: Law and Order Within and Beyond National Configurations. In: Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, 395–430.
- Koskenniemi, Martti, 1990: The Politics of International Law. In: *European Journal of International Law* 1, 4–32.
- Koskenniemi, Martti, 2006: Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization. In: *Theoretical Inquiries in Law* 8, 9–36.
- Koskenniemi, Martti, 2007a: The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics. In: *The Modern Law Review* 70, 1–30.
- Koskenniemi, Martti, 2007b: Formalismus, Fragmentierung, Freiheit – Kantische Themen im heutigen Völkerrecht. In: Regina Kreide / Andreas Niederberger (Hg.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt (Main).
- Koskenniemi, Martti, 2009a: Legal Fragmentation(s): An Essay on Fluidity and Form. In: Graf-Peter Calliess / Andreas Fischer-Lescano / Dan Wielsch / Peer Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 795–810.
- Koskenniemi, Martti, 2009b: The Politics of International Law – 20 Years Later. In: *European Journal of International Law* 20, 7–19.
- Krasner, Stephen D., 1982: Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. In: *International Organization* 36, 185–205.
- Larenz, Karl, 1991: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin.
- Lefort, Claude, 1986: The Image of the Body and Totalitarianism. In: Claude Lefort, *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*, Cambridge (Mass.), 292–306.
- Lefort, Claude, 1988a: The Question of Democracy. In: Claude Lefort, *Democracy and Political Theory*, Cambridge, 9–20.
- Lefort, Claude, 1988b: Hannah Arendt and the Political. In: Claude Lefort, *Democracy and Political Theory*, Cambridge, 45–55.
- Lefort, Claude, 2007: *Complications. Communism and the Dilemmas of Democracy*, New York.
- Lindahl, Hans, 2008: 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, 9–24.

- Luhmann, Niklas, 1989: Individuum, Individualität, Individualismus. In: Niklas Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft Band 3, Frankfurt (Main), 149–258.
- Luhmann, Niklas, 1993: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt (Main).
- Luhmann, Niklas, 1997: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt (Main).
- Macaulay, Stewart, 2005: The New Versus the Old Legal Realism: “Things Ain’t What They Used to Be”. In: Wisconsin Law Review, 365–403.
- Magnuson, William, 2010: WTO Jurisprudence & Its Critiques: The Appellate Body’s Anti-Constitutional Resistance. In: Harvard International Law Journal Online 51, 121–154.
- Marchart, Oliver, 2007: Post-Foundational Political Thought: Political Difference in Nancy, Lefort, Badiou and Laclau, Edinburgh.
- Meyer, John W., 2000: Globalization: Sources and Effects on National States and Societies. In: International Sociology 15, 233–248.
- Möllers, Christoph, 2000: Staat als Argument, Tübingen.
- Picciotto, Sol, 1997: Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism. In: Northwestern Journal of International Law & Business 17, 1014–1056.
- Picciotto, Sol, 2012: Regulating Global Corporate Capitalism, Cambridge.
- Pries, Ludger, 2008: Die Transnationalisierung der sozialen Welt, Frankfurt (Main).
- Renner, Moritz, 2011: Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, Baden-Baden.
- Rodríguez-Garavito, César A., 2005: Global Governance and Labor Rights: Codes of Conduct and Anti-Sweatshop Struggles in Global Apparel Factories. In: Politics & Society 33, 203–233.
- Sassen, Saskia, 2000: Territory and Territoriality in the Global Economy. In: International Sociology 15, 372–393.
- Scott, Craig, 2009: “Transnational Law” as Proto-Concept: Three Conceptions. In: German Law Journal 10; <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1147>, 12.09.2014.
- Somek, Alexander, 2012: The Constituent Power in National and Transnational Context. University of Iowa Legal Studies, Research Paper No. 12; <http://ssrn.com/abstract=2172054>, 12.09.2014.
- Sousa Santos, Boaventura, 1977: The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. In: Law & Society Review 12, 5–126.
- Thornhill, Chris, 2011: A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective, Cambridge.
- Tilly, Charles, 2004: Contention and Democracy in Europe: 1650–2000, Cambridge.
- Trachtman, Joel P., 2006: The Constitutions of the WTO. In: European Journal of International Law 17, 623–646.
- Walker, Neil, 2002: The Idea of Constitutional Pluralism. In: The Modern Law Review 65, 317–383.
- Walker, Neil, 2008a: Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders. In: International Journal of Constitutional Law 6, 373–396.
- Walker, Neil, 2008b: Taking Constitutionalism Beyond the State. In: Political Studies 54, 519–543.
- Willke, Helmut, 2001: Atopia: Studien zur atopischen Gesellschaft, Frankfurt (Main).
- Zumbansen, Peer, 2012: Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order. In: Global Constitutionalism 1, 16–52.
- Zürn, Michael, 2013: Politisierung als Begriff der internationalen Beziehungen. In: Michael Zürn / Matthias Ecker-Ehrhardt (Hg.), Die Politisierung der Weltpolitik, Berlin, 7–35.
- Zürn, Michael / Ecker-Ehrhardt, Matthias, 2013 (Hg.): Die Politisierung der Weltpolitik, Berlin.