

Verfassung als Chiffre

Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts

Lars Vellechner*

Abstract	233
I. Einführung	234
II. Globaler Konstitutionalismus	236
1. Assoziation	237
2. Assimilation	238
3. Kompensation	240
4. Kondensation	241
5. Kritik	242
III. Globaler Rechtspluralismus	243
1. Fragmentierung	244
2. Differenzierung	246
3. Pluralismus	248
4. Kritik	249
IV. Konvergenz	250
1. Systemtheorie	250
2. Verfassungspluralismus	255
V. Schlussfolgerung	257

Abstract

Das Konzept des globalen Konstitutionalismus ist nach wie vor unklar und umstritten. Deskriptive und normative Verwendungsweisen lassen sich nicht immer klar trennen, während Möglichkeit und Wünschbarkeit von Konstitutionalisierung in der postnationalen Konstellation gleichermaßen hinterfragt werden. Dennoch greifen sogar einige rechtspluralistische Ansätze, die grundsätzlich für eine noch radikalere Abkehr von der staatsbezogenen Sicht auf das Recht plädieren, explizit oder implizit auf den modernen Verfassungsbegriff zurück. Angeleitet von der demokratischen For-

* Prof. Dr. *iur.* (Berlin), LL.M. (Yale), lic. dr. (Paris II). Juniorprofessor für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht, Verfassungstheorie, Rechtsphilosophie, Transnationales Recht an der Universität Bremen. Eine frühere Fassung in englischer Sprache ist erschienen in: *GoJIL* 4 (2012), 599 ff.

derung, alle vom Recht Betroffenen an dessen Erzeugung zu beteiligen, sowie der Sorge um die Gewährleistung von hinreichendem Grundrechtsschutz, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, skizzieren sie ein neuartiges Kollisionsrecht, das die gegenseitige Anerkennung der verschiedenen Rechtsordnungen in der Weltgesellschaft ermöglicht. Der Begriff der Verfassung erscheint insofern nur noch als Reminiszenz an eine historische Errungenschaft in ihrer Maßstäblichkeit. Er dient als Chiffre, unter der das Umdenken von Recht in Anbetracht der Globalisierung begonnen worden ist und so lange fortgeführt werden wird, bis überzeugendere Kategorien gefunden sind.

I. Einführung

Die Veränderungen des Rechts unter Bedingungen der Globalisierung sind bislang unter zwei scheinbar gegensätzlichen Schlagworten thematisiert worden: „Konstitutionalisierung“¹ einerseits und „Fragmentierung“² andererseits oder – weniger den tatsächlichen Vorgang als die normative Richtung betonend – „globaler Konstitutionalismus“³ einerseits und „globaler Rechtspluralismus“⁴ andererseits. Beide Ansätze gehen übereinstimmend davon aus, dass neben den staatlichen Rechtsordnungen zahlreiche neuartige internationale oder transnationale Rechtsregimes entstanden sind, die sich gegenseitig überlagern und überlappen. Insofern überwinden beide Ansätze gleichermaßen die früheren Lehren von Monismus und Dualismus, die allein staatliches Recht und Völkerrecht in den Blick nahmen und hier von einer klaren Trennung zumindest der Regelungsgegenstände ausgingen.⁵

¹ J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009; T. Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, 2012.

² M. Koskeniemi/P. Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, LJIL 15 (2002), 553 ff.; G. Hafner, *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, Mich. J. Int'l L. 25 (2004), 849 ff.

³ R. A. Falk, *The Pathways of Global Constitutionalism*, in: R. A. Falk/R. C. Johansen/S. S. Kim (Hrsg.), *The Constitutional Foundations of World Peace*, 1993, 13 ff.; A. Peters, *The Merits of Global Constitutionalism*, Ind. J. Global Legal Stud. 16 (2009), 397 ff.

⁴ G. Teubner, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 255 ff.; P. S. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, 2012.

⁵ Vgl. zum Dualismus H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, 9 ff.; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Vol. 1: introduzione, teorie generali, 3. Aufl. 1928, 47 ff.; zum Monismus mit Primat des staatlichen Rechts C. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1876, 18 ff.; G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge: Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*, 1880, 7 ff.; zum Monismus mit

Beiden Ansätzen wird jedoch meist unterstellt, dass sie – ebenso wie die früheren Lehren von Monismus und Dualismus – uneinig über die maßgeblichen Rechtsquellen und damit das Verhältnis der verschiedenen Rechtsordnungen zueinander sind. Die konstitutionalistische Perspektive versuche, so wird behauptet, ein staatsbezogenes Rechtskonzept auf die globale Ebene zu übertragen.⁶ Die pluralistische Perspektive erstrebe dagegen einen grundsätzlichen Bruch mit der staatlichen Tradition.⁷ Die Wahl besteht demnach offenbar zwischen zwei unvereinbaren Alternativen: entweder einem einheitlichen und hierarchisch strukturierten Rechtssystem globalen Ausmaßes oder einer “disorder of normative orders”,⁸ die unverbunden nebeneinander stehen. Während die erste Vorstellung einigen Beobachtern angesichts der Heterogenität der Weltgesellschaft schon tatsächlich unerreichbar erscheint,⁹ halten andere Kommentatoren die Verwirklichung der zweiten jedenfalls nicht für wünschenswert.¹⁰ Insofern kommt es zu einer Wiederbelebung von Argumenten aus der früheren Debatte über Monismus und Dualismus.¹¹ Ebenso wie damals sind deskriptive und normative Perspektiven auch nicht immer klar auseinanderzuhalten.¹²

Tatsächlich stellen sich die Meinungsunterschiede aber nicht so deutlich dar wie gemeinhin angenommen. Vielmehr lassen zwei Umstände die gegenwärtige Debatte undurchsichtiger erscheinen als zunächst vermutet. Zum einen tritt keiner der Ansätze als einheitliche Schule auf. Im Gegenteil

Primat des Völkerrechts *H. Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, 2. Aufl. 1928, 204 ff.; *G. Scelle*, Précis de droit des gens, t. 1: principes et systématique, 1932, 32 f.

⁶ Vgl. *D. Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Festschrift P. Badura, 2004, 145 ff.

⁷ Vgl. *N. Krisch*, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law, 2010, 14 ff.

⁸ *N. Walker*, Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders, I.CON 6 (2008), 373 ff.

⁹ Vgl. *D. Kennedy*, One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream, N.Y. U. Rev. L. & Soc. Change 31 (2007), 641 ff.; *G. Teubner*, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, 29 ff.

¹⁰ Vgl. *P. Eleftheriadis*, Pluralism and Integrity, Ratio Juris 23 (2010), 365 ff.; *G. Letsas*, Harmonic Law: The Case Against Pluralism, in: J. Dickson/P. Eleftheriadis (Hrsg.), Philosophical Foundations of European Union Law, 2012, 77 ff. Dagegen *N. Krisch*, The Case for Pluralism in Postnational Law, in: G. de Búrca/J. H. H. Weiler (Hrsg.), The Worlds of European Constitutionalism, 2012, 203 ff.

¹¹ Vgl. *A. Somek*, Monism: A Tale of the Undead, in: M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.), Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, 2012, 343 ff.

¹² Vgl. *H. Wagner*, Monismus und Dualismus: Eine methodenkritische Betrachtung zum Theorienstreit, AöR 89 (1964), 212 (214): “Die verschiedenen Rechtslehren ... fluktuieren ... zwischen materialistischen und idealistischen und zwischen soziologischen und normativen Polen.”

kommt jeder von ihnen in verschiedenen und gelegentlich sogar widersprüchlichen Fassungen zum Ausdruck.¹³ Zum anderen werden einzelne Aspekte ihrer Anschauungen oft unzutreffend oder zumindest überzeichnet wiedergegeben. Gelegentlich wird eine Position sogar bewusst zum Gegner aufgebaut, um sie anschließend demontieren zu können.¹⁴ In ihren Grundannahmen kommen sich beide Ansätze indes recht nahe. Das ist an neueren Theorien von "Verfassungspluralismus"¹⁵ schon der Bezeichnung nach klar erkennbar.

Nach einer genaueren Untersuchung der Theorien von globalem Konstitutionalismus (II.) und globalem Rechtspluralismus (III.) sowie der Aufdeckung ihrer jeweiligen Unstimmigkeiten soll daher gezeigt werden, inwiefern sie zusammenfallen (IV.). Daraus folgt der Schluss, dass der Begriff der Verfassung in der gegenwärtigen Rechtstheorie nur noch als Chiffre dient, unter der sich das Umdenken von Recht in Anbetracht der Globalisierung vollzieht (V.).

II. Globaler Konstitutionalismus

Obwohl das Konzept des globalen Konstitutionalismus inzwischen schon länger im Umlauf ist, bleibt es noch immer unklar und umstritten. Selbst Befürworter seiner Verwendung konnten sich bislang nicht auf ein gemeinsames Verständnis einigen. Bei näherer Betrachtung lassen sich aber vier Bedeutungsgehalte ausmachen, die beinahe alle Auffassungen zu teilen scheinen.¹⁶

¹³ Vgl. zum globalen Konstitutionalismus die verschiedenen Beiträge in J. L. Dunoff/J. P. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 2009; P. Dobner/M. Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010; zum globalen Rechtspluralismus den Überblick bei R. Michaels, *Global Legal Pluralism*, *Annual Review of Law & Social Science* 5 (2009), 243 ff.

¹⁴ Vgl. N. Krisch (Anm. 7), 27 ff.

¹⁵ Der Begriff geht zurück auf N. MacCormick, *Judicial Pluralism and the Risk of Constitutional Conflict*, in: N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, 1999, 97 (104): "Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over another. In this case, 'constitutional pluralism' prevails."

¹⁶ Vgl. zum Folgenden bereits L. Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, 89 ff. Andere Analysen bei S. Kadelbach/T. Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht: Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, AVR 44 (2006), 235 ff.; O. Diggelmann/T. Altwicker, *Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate*

1. Assoziation

Im Ausgang knüpft das Konzept des globalen Konstitutionalismus an die "Errungenschaft"¹⁷ einer rechtlichen Verfassung an, wie sie im Zuge der bürgerlichen Revolutionen am Ende des 18. Jahrhunderts zunächst in den Vereinigten Staaten von Amerika sowie Frankreich aufgekommen ist und sich anschließend in der gesamten westlichen Hemisphäre verbreitet hat. Nach den politischen Umwälzungen in Osteuropa am Ende des 20. Jahrhunderts hat sich das Konzept auch in vormals kommunistischen Staaten etabliert.¹⁸ Gerade sein Erfolg und seine offensichtliche Alternativlosigkeit innerhalb des Staates erklären seine Attraktivität für die Übertragung auf andere Zusammenhänge.

Das Konzept des globalen Konstitutionalismus bezieht sich insofern nicht auf eine einzelne geschriebene Verfassung. Vielmehr versteht es Verfassung als "mindset",¹⁹ "prism",²⁰ "framing mechanism",²¹ "Idee"²² oder "Weltanschauung",²³ die eine bestimmte historisch etablierte Bedeutung in sich trägt und ihren rechtlichen Ausdruck zunächst im Nationalstaat fand. Der Unterschied wird in der Verfassungstheorie häufig in der Gegenüberstellung von "Verfassung" und "Verfassungsgesetz"²⁴ oder – im anglo-

on World Constitutionalism, *ZaöRV* 68 (2008), 623 ff.; *I. Ley*, Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich, *ZaöRV* 69 (2009), 317 ff.; *C. E. J. Schwöbel*, Situating the Debate on Global Constitutionalism, *I.CON* 8 (2010), 611 ff.

¹⁷ *N. Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 176 ff.; *D. Grimm*, Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt, in: *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, 2012, 315 ff.

¹⁸ Vgl. *J. Elster*, Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction, *U. Chi. L. Rev.* 58 (1991), 447 ff.; *G. Frankenberg*, Verfassungsgebung zwischen Hobbesianischem Naturzustand und Zivilgesellschaft: Die Verfassung der Republik Albanien, *JöR N. F.* 49 (2001), 443 ff.

¹⁹ *M. Koskeniemi*, Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), 9 (31).

²⁰ *J. H. H. Weiler*, The Reformation of European Constitutionalism, *J. Common Mkt. Stud.* 35 (1997), 97 (99).

²¹ *N. Walker*, Taking Constitutionalism Beyond the State, *Pol. Stud.* 56 (2008), 519 (525). Ähnlich *E. de Wet*, The International Constitutional Order, *ICLQ* 55 (2006), 51 (52): "frame of reference".

²² *G. Biagini*, Die Idee der Verfassung: Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?, *ZSR* 119 (2000), 445 ff.

²³ *L. C. Backer*, From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems, *Penn State Law Review* 113 (2009), 671 (719).

²⁴ *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 20 ff.; *P. Badura*, Verfassung und Verfassungsgesetz, in: *Festschrift U. Scheuner*, 1973, 19 ff.

ZaöRV 75 (2015)

amerikanischen Rechtskreis – von “constitutionalism” und “constitution”²⁵ formuliert. Die Anleihe im globalen Zusammenhang wird dann von der Überzeugung getragen, “that there is something of value in our statist constitutional heritage that is worth preserving and applying to the non-state context”.²⁶ Demnach handelt es sich bei dem Konzept des globalen Konstitutionalismus, erstens und vor allem, um ein Assoziationskonzept.²⁷

2. Assimilation

Der Begriff der Verfassung kann vom Nationalstaat als historischem Bezugspunkt allerdings nicht ohne jede Veränderung abgelöst werden. Die Übertragung auf andere Zusammenhänge verlangt daher nach einer Anpassung.²⁸ Insofern ist globaler Konstitutionalismus, zweitens, ein Assimilationskonzept. Dieses Merkmal tritt besonders deutlich in solchen Auffassungen hervor, die von “Konstitutionalisierung”²⁹ als einem unabgeschlossenen Prozess sprechen. Die Anpassung verläuft dabei in doppelter Richtung: Sowohl Rechtsideal als auch Rechtswirklichkeit bewegen sich wechselseitig aufeinander zu.³⁰ Einerseits wird die Forderung nach bestimmten Entwicklungen des Rechts erhoben, die andererseits aber teils schon tatsächlich be-

²⁵ T. C. Grey, *Constitutionalism: An Analytic Framework*, in: J. R. Pennock/J. W. Chapman (Hrsg.), *Constitutionalism*, 1979, 189 ff.; W. F. Murphy, *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in: D. Greenberg/S. N. Katz/M. B. Oliviero/S. C. Wheatley (Hrsg.), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, 1993, 3 ff. Ebenso in Frankreich, vgl. O. Beaud, *La notion de constitution chez Montesquieu: contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme*, in: Festschrift H. Quaritsch, 2000, 407 ff.

²⁶ N. Walker, *Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation*, in: J. H. H. Weiler/M. Wind (Hrsg.), *European Constitutionalism Beyond the State*, 2003, 27 (32).

²⁷ Dagegen B. Fassbender, *The Meaning of International Constitutional Law*, in: R. St. J. Macdonald/D. M. Johnston (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, 2005, 837 (848): “autonomous concept”. Allerdings vergleicht B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, *Colum. J. Transnat'l L.* 36 (1998), 529 ff., die Charta der Vereinten Nationen mit der Staatsverfassung.

²⁸ Vgl. T. Cottier/M. Hertig, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, *Max Planck UNYB* 7 (2003), 261 ff.; U. K. Preuß, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in: P. Dobner/M. Loughlin (Anm. 13), 23 ff.

²⁹ R. Wahl, *Konstitutionalisierung: Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in: Festschrift W. Brohm, 2002, 191 ff.; M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in: P. Dobner/ M. Loughlin (Anm. 13), 47 ff.

³⁰ Vgl. A. v. Bogdandy, *Grundprinzipien*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, 13 (17 ff.): “dogmatischer Konstruktivismus”.

obachtet werden, insbesondere Ausdruck in der Rechtsprechung finden, ohne dass dadurch weitergehende Forderungen ausgeschlossen wären, die ihrerseits den veränderten Umständen angepasst werden.³¹

Beispielsweise hat der Europäische Gerichtshof schon früh ungeschriebene Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze der damaligen Europäischen Gemeinschaft anerkannt.³² Das Völkerrecht wiederum hat durch die Entwicklung der internationalen Menschenrechte und des internationalen Strafrechts nicht nur einen Individualbezug gewonnen,³³ sondern kann sich infolge der Herausbildung von „*ius cogens*“³⁴ und Verpflichtungen „*erga omnes*“³⁵ auch über den Willen einzelner Staaten erheben.³⁶ Beide Entwicklungen sind als Elemente einer Konstitutionalisierung gedeutet worden.³⁷ Dennoch sind in beiden Fällen weitergehende Forderungen, insbesondere nach einer Demokratisierung der jeweiligen Rechtsetzungsverfahren, erhoben worden.³⁸ Das Konzept des globalen Konstitutionalismus enthält insofern sowohl deskriptive als auch normative Elemente.

³¹ Vgl. A. Peters, Global Constitutionalism in a Nutshell, in: Liber Amicorum J. Delbrück, 2005, 535 ff.; W. Werner, The Never-Ending Closure: Constitutionalism and International Law, in: N. Tsagourias (Hrsg.), Transnational Constitutionalism: International and European Models, 2007, 329 ff.

³² Vgl. EuGH, Rs. C-29/69, Slg. 1969, 419 (425) – *Stauder v. Stadt Ulm*; Rs. C-11/70, Slg. 1970, 1125 (1135) – *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

³³ Vgl. H. Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, Berichte DGVR 4 (1961), 39 ff.; M. W. Janis, Individuals as Subjects of International Law, Cornell Int'l L.J. 17 (1984), 61 ff.

³⁴ H. Mosler, Ius Cogens im Völkerrecht, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 25 (1968), 9 ff.; L. Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status, 1988.

³⁵ J. A. Frowein, Die Verpflichtungen erga omnes im Völkerrecht und ihre Durchsetzung, in: Festschrift H. Mosler, 1983, 241 ff.; M. Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes, 1997.

³⁶ Vgl. C. Tomuschat, Obligations Arising for States without or against their Will, RdC 241 (1993-IV), 195 ff. Nach Art. 53 S. 2 WVK werden die zwingenden Normen des Völkerrechts freilich „von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt“, finden ihrerseits also eine Grundlage im Staatenkonsens, vgl. dazu auch A. Verdross, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, AJIL 60 (1966), 55 ff.

³⁷ Vgl. für das europäische Recht E. Stein, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1 ff.; J. H. H. Weiler, The Transformation of Europe, Yale L. J. 100 (1991), 2403 ff.; für das Völkerrecht C. Tomuschat, International Law as the Constitution of Mankind, in: United Nations (Hrsg.), International Law on the Eve of the Twenty-First Century: Views from the International Law Commission, 1997, 37 ff.; J. A. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, Berichte DGVR 39 (2000), 427 ff.

³⁸ Vgl. für das europäische Recht A. Føllesdal, Democracy and the European Union: Challenges, in: A. Føllesdal/P. Koslowski (Hrsg.), Democracy and the European Union, 1998, 1 ff.; E. O. Eriksen, The Unfinished Democratization of Europe, 2009; für das Völkerrecht

3. Kompensation

Normativ erklärt sich die Forderung nach einer Verfassung für die globale Ebene aus dem Anliegen, die Ausübung öffentlicher Gewalt einschließlich der Rechtsetzung jenseits des Staates mit Wirkung auch für Individuen rechtlich einzuhegen.³⁹ Ziel ist damit die Gewährleistung der Legitimität des überstaatlichen Rechts.⁴⁰ Der Staatenkonsens, der im Zentrum des klassischen Völkerrechts stand, erscheint dazu nicht genügend.

Die staatlichen Verfassungen sind ihrerseits nicht in der Lage, die Ausübung öffentlicher Gewalt umfassend zu kontrollieren.⁴¹ Wenn einzelne von ihnen dessen ungeachtet globale Geltung beanspruchten, erschiene das auch undemokratisch, da sie in diesem Fall nicht alle potenziell Betroffenen einschließen.⁴² Aus globaler Perspektive stellen sich die Staatsverfassungen daher lediglich als "Teilverfassungen"⁴³ in einem weiterreichenden Rechtssystem dar. Bei den normativen Forderungen, die unter dem Konzept des globalen Konstitutionalismus erhoben werden, geht es daher auch um den Ausgleich der Verluste, welche die Staatsverfassungen durch Übertragung oder anderweitigen Verlust von Kompetenzen an internationale und trans-

J. Wouters/B. De Meester/C. Ryngaert, Democracy and International Law, NYIL 34 (2003), 139 ff.; *S. Wheatley*, The Democratic Legitimacy of International Law, 2010.

³⁹ Vgl. *U. Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft (2001), 131 ff.; *J. Habermas*, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, KJ 38 (2005), 222 ff. Zum Begriff der internationalen öffentlichen Gewalt näher *A. v. Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann*, Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, Der Staat 49 (2010), 23 (30 ff.).

⁴⁰ Vgl. *D. Bodansky*, The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?, AJIL 93 (1999), 596 ff.; *M. Kumm*, The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis, EJIL 15 (2004), 907 ff.

⁴¹ Vgl. *D. Grimm* (Anm. 6), 156 ff.; *F. I. Michelman*, W(h)ither the Constitution?, Cardozo L. Rev. 21 (2000), 1063 ff.

⁴² Vgl. *C. Joerges/J. Neyer*, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, ELJ 3 (1997), 273 (294); *M. Kumm*, The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State, in: *J. L. Dunoff/J. P. Trachtman* (Anm. 13), 258 (296 ff.).

⁴³ *C. Walter*, (Inter)national Governance in verfassungsrechtlicher Perspektive: Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen der Entwicklung eines "Internationalen Verfassungsrechts", in: *A. Héritier/M. Stolleis/F. W. Scharpf* (Hrsg.), European and International Regulation After the Nation State: Different Scopes and Multiple Levels, 2004, 31 (57); *A. Peters*, Privatisierung, Globalisierung und die Resistenz des Verfassungsstaates, ARSP-Beiheft 105 (2006), 100 (127). Vgl. bereits *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, Staatswissenschaften & Staatspraxis 1 (1990), 5 (28); *P. Häberle*, Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EG/EU: Eine Problemskizze, in: Festschrift H. Schiedermaier, 2001, 81 ff.

nationale Institutionen erleiden. Insofern handelt es sich, drittens, um ein Kompensationskonzept.⁴⁴

4. Kondensation

Es wird meist unterstellt, dass die Übertragung des staatsbezogenen Verfassungsbegriffs auf andere Zusammenhänge methodisch durch "Übersetzung"⁴⁵ bewerkstelligt werden könne. Dazu wird ein Doppelschritt von "Generalisierung" und "Respezifizierung" vorgeschlagen.⁴⁶ Demnach ist der Begriff der Verfassung von seinem Staatsbezug zu lösen, um ihn in anderen Zusammenhängen zur Geltung zu bringen und auf diese Weise sein ursprüngliches Anliegen auch angesichts veränderter tatsächlicher Umstände aufrechterhalten zu können.

Als normatives Substrat kristallisieren sich bei diesem Unterfangen meist Demokratie und Rechtsstaatlichkeit einschließlich der Grundrechte heraus.⁴⁷ Der Begriff der Verfassung wird damit auf wenige tragende Rechtsprinzipien reduziert.⁴⁸ Insofern stellt sich globaler Konstitutionalismus, viertens und letztens, als ein Kondensationskonzept dar.

Bei rechtstheoretischer Betrachtung wird das Wesen der Verfassung zudem häufig darin erkannt, dass sie den Bezugsgegenstand und Ausgangspunkt der Einheit und Hierarchie des Rechts darstellt.⁴⁹ Verschiedene Ansätze versuchen, auch diesen Zusammenhang jenseits des Staates zu rekonstruieren. Einige knüpfen dazu an die Vorstellung von der "Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft"⁵⁰ als rechtlichem Stufenbau an, die *Alfred Verdross* in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelt hat.⁵¹ Andere re-

⁴⁴ Vgl. *A. Peters*, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, *LJIL* 19 (2006), 579 ff.

⁴⁵ *N. Walker* (Anm. 26), 35 ff.

⁴⁶ *G. Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *ZaöRV* 63 (2003), 1 (2).

⁴⁷ Vgl. *J. Habermas*, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: *J. Habermas*, *Der gespaltene Westen*, 2004, 113 (133 ff.); *A. Wiener/A. F. Lang, Jr./J. Tully/M. Poiras Maduro/M. Kumm*, Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law, *Global Constitutionalism* 1 (2012), 1 ff.

⁴⁸ Vgl. *M. Kumm* (Anm. 40), 917 ff.

⁴⁹ Vgl. *R. Wabl*, Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), 485 ff.; *K. Greenawalt*, The Rule of Recognition and the Constitution, *Mich. L. Rev.* 85 (1987), 621 ff.

⁵⁰ *A. Verdross*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926. Vgl. auch *H. Mosler*, The International Society as a Legal Community, *RdC* 140 (1974-IV), 1 ff.

⁵¹ Vgl. *E. Benvenisti*, The Conception of International Law as a Legal System, *GYIL* 50 (2007), 393 ff.; *A. L. Paulus*, The International Legal System as a Constitution, in: *J. L. Dunoff/J. P. Trachtman* (Anm. 13), 69 ff.

duzieren ihre Erwartungen hinsichtlich der Systemhaftigkeit des globalisierten Rechts auf Vorstellungen von einer gewissen “Kohärenz” oder “Integrität”,⁵² wie sie etwa *Ronald Dworkin* für das Recht der Vereinigten Staaten von Amerika entwickelt hat.⁵³ Während die verschiedenen Auffassungen von Verfassung jenseits des Staates sich dabei zunächst auf einzelne internationale Organisationen⁵⁴ wie die Europäische Union⁵⁵ und die Welthandelsorganisation⁵⁶ bezogen, nehmen einige nun das globale Rechtssystem als Ganzes in den Blick, das sie als Mehrebenenverfassung sehen.⁵⁷ Manche Betrachter erkennen dabei die Charta der Vereinten Nationen an der Spitze.⁵⁸

5. Kritik

Entgegen einer verbreiteten Überzeugung, die gegenwärtig in der Debatte um den globalen Konstitutionalismus wieder auflebt, hat das moderne Konzept der Verfassung aber schon immer eine inhärente Spannung zwischen Einheit und Vielfalt sowie Universalität und Partikularität aufgewiesen.⁵⁹ Zum einen – was seine gesellschaftliche Grundlage anbelangt – gehen die meisten Theorien heute davon aus, dass es keine homogene Gemein-

⁵² *R. Dworkin*, *Law’s Empire*, 1986, 225 ff. Vgl. auch *R. Alexy/A. Peczenik*, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, *Ratio Juris* 3 (1990), 130 ff.

⁵³ Vgl. *P. Eleftheriadis*, *Cosmopolitan Law*, *ELJ* 9 (2003), 241 ff.; *S. Besson*, *From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?*, *ELJ* 10 (2004), 257 ff.

⁵⁴ Vgl. *E.-U. Petersmann*, *Constitutionalism and International Organizations*, *Nw. J. Int’l L. & Bus.* 17 (1997), 398 ff.; *A. Peters*, *The Constitutionalisation of International Organisations*, in: *N. Walker/J. Shaw/S. Tierney* (Hrsg.), *Europe’s Constitutional Mosaic*, 2011, 253 ff.

⁵⁵ Vgl. *G. F. Mancini*, *The Making of a Constitution for Europe*, *CML Rev.* 26 (1989), 595 ff.; *I. Pernice*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, *CML Rev.* 36 (1999), 703 ff.

⁵⁶ Vgl. *E.-U. Petersmann*, *The WTO Constitution and Human Rights*, *Journal of International Economic Law* 3 (2000), 19 ff.; *D. Z. Cass*, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, 2005.

⁵⁷ Vgl. *I. Pernice*, *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation*, in: *Festschrift C. Tomuschat*, 2006, 973 ff.; *E.-U. Petersmann*, *International Integration Law and Multilevel Constitutionalism*, in: *Festschrift R. Bieber*, 2007, 429 ff.

⁵⁸ Vgl. *B. Fassbender*, *United Nations Charter* (Anm. 27), 577 ff.; *P.-M. Dupuy*, *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, *Max Planck UNYB* 1 (1997), 1 ff.

⁵⁹ Vgl. *S. Holmes*, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in: *J. Elster/R. Slagstad* (Hrsg.), *Constitutionalism and Democracy*, 1988, 195 ff.; *M. Rosenfeld*, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, in: *M. Rosenfeld* (Hrsg.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, 1994, 3 ff.

schaft voraussetzt. Vielmehr erlaubt es nach verbreiteter Anschauung die kollektive Selbstbestimmung gerade auch von pluralistischen Gesellschaften wie etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika.⁶⁰ Da es keine bestimmte Auffassung vom Gemeinwohl vorgibt, sondern vermittels der Grundrechte gewisse Inhalte des Rechts lediglich negativ ausschließt, kann es sich mit einem Grundkonsens der Gesellschaft begnügen.⁶¹

Zum anderen – was seinen normativen Gehalt anbetrifft – verbindet das Konzept allgemeine Verbreitung mit besonderer Ausformung. Einerseits strebt zumal sein menschenrechtliches Element nach weltweiter Anerkennung.⁶² Aus diesem Blickwinkel handelt es sich um ein kosmopolitisches Konzept. Andererseits erlaubt vor allem seine demokratische Komponente die Pflege von Eigenheiten in vielfacher Hinsicht: “Democratic peoples are permitted, even expected, to take different paths. They are permitted, even expected, to go to hell in their own way”, formuliert *Jed Rubenfeld* drastisch.⁶³

III. Globaler Rechtspluralismus

Der pluralistische Ansatz als vermeintliche Gegenauffassung von der Entwicklung des Rechts unter Bedingungen der Globalisierung teilt sich ebenfalls in verschiedene Stränge, die sich kaum zusammenführen lassen. Die meisten von ihnen verstehen unter Rechtspluralismus aber gleichermaßen die Tatsache, dass “in a social field more than one source of ‘law’, more than one ‘legal order’, is observable”.⁶⁴ Eine solche Auffassung war zuvor allein unter Rechtshistorikern mit Blick auf das Mittelalter verbreitet.⁶⁵ Nach der Entstehung des modernen Staates vertraten sie neben verschiede-

⁶⁰ Vgl. *E. Fraenkel*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, Verhandlungen des Deutschen Juristentages 45 (1964/II), B5 ff.; *S. Tierney*, Constitutional Law and National Pluralism, 2004. Dagegen *C. Schmitt* (Anm. 24), 228 ff.

⁶¹ Vgl. *U. Scheuner*, Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem, in: G. Jakobs (Hrsg.), Rechtsgeltung und Konsens, 1976, 33 ff.; *J. Rawls*, The Idea of an Overlapping Consensus, Oxford J. Legal Stud. 7 (1987), 1 ff.

⁶² Vgl. *B. Ackerman*, The Rise of World Constitutionalism, Va. L. Rev. 83 (1997), 771 ff.; *T. Ginsburg*, Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases, 2003.

⁶³ *J. Rubenfeld*, Unilateralism and Constitutionalism, N.Y. U. L. Rev. 79 (2004), 1971 (2013).

⁶⁴ *J. Griffiths*, What is Legal Pluralism?, Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law 24 (1986), 1 (38).

⁶⁵ Vgl. *H. J. Berman*, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, 10; *P. Grossi*, L'ordine giuridico medievale, 1995, 223 ff.

nen Rechtsanthropologen in ihren Forschungen über ehemalige Kolonien⁶⁶ nur einige Rechtssoziologen.⁶⁷

1. Fragmentierung

Ihre Wurzeln findet die pluralistische Auffassung in der These von der Fragmentierung des Völkerrechts, die breit bekannt wurde, nachdem die Studiengruppe der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen unter Vorsitz von *Martti Koskeniemi* ihren Abschlussbericht zur Entwicklung des Völkerrechts vorgelegt hatte.⁶⁸ Darin heißt es, dass die Ausweitung des Völkerrechts auf solche Sachbereiche, die früher zu den internen Angelegenheiten der einzelnen Staaten zählten, mit dessen Aufspaltung in eine Vielfalt von verschiedenen Rechtsregimes einhergehe: “What once appeared to be governed by ‘general international law’ has become the field of operation for such specialist systems as ‘trade law’, ‘human rights law’, ‘environmental law’, ‘law of the sea’, ‘European law’ and even such exotic and highly specialized knowledges as ‘investment law’ or ‘international refugee law’ etc.”⁶⁹ Im Bereich des Handelsrechts beispielsweise findet sich mit der Welthandelsorganisation einschließlich ihres Streitbeilegungsverfahrens ein besonders weit entwickeltes Rechtsregime auf globaler Ebene.⁷⁰

Als hervorstechende Eigenschaften der Völkerrechtsregimes erkennt die Völkerrechtskommission deren funktionale Spezialisierung und relative Eigenständigkeit. Hinsichtlich der funktionalen Spezialisierung, also der Beschränkung auf einzelne Sachbereiche, sieht sie die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft, wie sie vor allem die Systemtheorie beschreibt,⁷¹ im Recht gespiegelt.⁷² Dadurch könnten die Völkerrechtsregimes

⁶⁶ Vgl. *L. Pospíšil*, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, 1971, 97 ff.; *M. B. Hooker*, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, 1975.

⁶⁷ Vgl. *J. Vanderlinden*, *Le pluralisme juridique: essai de synthèse*, in: *J. Gilissen* (Hrsg.), *Le pluralisme juridique*, 1971, 19 ff.; *M. Chiba*, *Legal Pluralism: Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture*, 1989.

⁶⁸ Vgl. ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group, 13.4.2006, U.N. Doc. A/CN.4/L.682.

⁶⁹ ILC (Anm. 68), para. 8.

⁷⁰ Vgl. *J. H. Jackson*, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, 2006; *J. P. Trachtman*, *The Constitutions of the WTO*, *EJIL* 17 (2006), 623 ff.

⁷¹ Vgl. *N. Luhmann*, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984, 30 ff.

⁷² Vgl. ILC (Anm. 68), para. 7: “One of the features of late international modernity has been what sociologists have called ‘functional differentiation’, the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts.”

ausschließlich ihrer eigenen Rationalität folgen: “Each rule-complex or ‘regime’ comes with its own principles, its own form of expertise and its own ‘ethos’, not necessarily identical to the ethos of neighbouring specializa-tion.”⁷³ Es bestehe daher die Gefahr von “relative ignorance of legislative and institutional activities in the adjoining fields and of the general princi-ples and practices of international law”.⁷⁴ Internationale Menschenrechtsregimes wie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte mit seinem Menschenrechtsausschuss⁷⁵ und regional ausgerichtete Rechtsregimes wie die Europäische Union einschließlich ihres Gerichtshofs⁷⁶ zei-gen allerdings, dass die Fragmentierung des Völkerrechts nicht allein entlang von funktionalen Grenzen verläuft.⁷⁷ Im Übrigen war das Völkerrecht, wie der Bericht der Völkerrechtskommission ebenfalls bemerkt, angesichts der Vielzahl und Verschiedenheit der an seiner Entstehung beteiligten Staaten schon immer vergleichsweise uneinheitlich.⁷⁸

Aus rechtstheoretischer Sicht erlangen die verschiedenen Völkerrechtsre-gimes eine relative Eigenständigkeit dadurch, dass sie sich an ihren eigenen Sekundärregeln im Sinne von *Herbert Hart*⁷⁹ orientieren. Solche Sekundär-regeln sind regelmäßig in den jeweiligen Gründungsverträgen enthalten.⁸⁰ Sie umfassen nicht nur Erkenntnisregeln, welche die eindeutige Bestim-mung der jeweils anwendbaren primären Verhaltensregeln ermöglichen, sondern auch Entscheidungsregeln, die Gerichte oder andere Streitentschei-dungsinstanzen zur verbindlichen Feststellung darüber ermächtigen, ob im Einzelfall eine maßgebende primäre Verhaltensregel verletzt wurde. Häufig bringt die “proliferation of international courts and tribunals”⁸¹ den Rechtspluralismus überhaupt erst zum Ausdruck, obwohl sie ihrerseits des-sen Folge ist. Dadurch können die verschiedenen Rechtsregimes selbstbe-

⁷³ ILC (Anm. 68), para. 15.

⁷⁴ ILC (Anm. 68), para. 8.

⁷⁵ Vgl. *T. Buergenthal*, *The Evolving International Human Rights System*, AJIL 100 (2006), 783 ff.; *P. Alston/R. Goodman*, *International Human Rights*, 2012.

⁷⁶ Vgl. *C. Schreuer*, *Regionalism v. Universalism*, EJIL 6 (1995), 477 ff.; *W. Mattli*, *The Logic of Regional Integration: Europe and Beyond*, 1999.

⁷⁷ Vgl. ILC (Anm. 68), paras. 195 ff.

⁷⁸ Vgl. ILC (Anm. 68), para. 16.

⁷⁹ *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 1961, 77 ff.

⁸⁰ Vgl. *K. C. Wellens*, *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends*, NYIL 25 (1994), 3 ff.; *A. Marschik*, *Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International Legal System*, EJIL 9 (1998), 212 ff.

⁸¹ *C. P. R. Romano*, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, N.Y. U. J. Int'l L. & Pol. 31 (1999), 709 ff.; *R. P. Alford*, *The Proliferation of Interna-tional Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, ASIL Proc. 94 (2000), 160 ff.

züglich operieren.⁸² So entscheidet beispielsweise der Europäische Gerichtshof allein nach dem “vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht” und betrachtet dieses daher als eine “eigene Rechtsordnung”.⁸³

Nach Auffassung der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen sind alle Völkerrechtsregimes aber weiterhin den Regeln des allgemeinen Völkerrechts unterworfen: “None of the treaty-regimes in existence today is self-contained in the sense that the application of general international law would be generally excluded.”⁸⁴ Die Völkerrechtsregimes gelangten nicht nur gemäß den Regeln des allgemeinen Völkerrechts zur Geltung. Sie würden dadurch auch ergänzt.⁸⁵ Normenkonflikte könnten daher nach dem “principle of systemic integration”⁸⁶ gelöst werden, das in Art. 31 Abs. 3 lit. c Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) zum Ausdruck komme. Danach ist bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags “jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz” zu berücksichtigen.⁸⁷

2. Differenzierung

Wie die systemtheoretische Auffassung von der Globalisierung des Rechts betont, können einzelne Rechtsregimes aber auch völlig unabhängig von Völkerrecht und nationalem Recht operieren, selbst wenn sie davon nicht gänzlich unbeeinflusst bleiben mögen.⁸⁸ Bei schärferer Zuspitzung entfernt sich die These, dass die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft verschiedene “strukturelle Kopplungen von teilbereichsspezifischen Ordnungsmustern und Rechtsnormen”⁸⁹ nach sich zieht, noch weiter vom staatsbezogenen Rechtsdenken. Sie stellt zudem heraus, dass neben die verschiedenen Völkerrechtsregimes einige “transnationale Regelungsarran-

⁸² Vgl. *N. MacCormick*, *Institutional Normative Order: A Conception of Law*, *Cornell L. Rev.* 82 (1997), 1051 (1058); *A. Fischer-Lescano/G. Teubner*, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006, 42 ff.

⁸³ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269 f.) – *Costa v. E.N.E.L.*

⁸⁴ ILC (Anm. 68), para. 172.

⁸⁵ Vgl. ILC (Anm. 68), paras. 177 ff. Ebenso *B. Simma/D. Pulkowski*, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, *EJIL* 17 (2006), 483 ff.

⁸⁶ Vgl. ILC (Anm. 68), para. 413. Ausführlich *C. McLachlan*, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, *ICLQ* 54 (2005), 279 ff.

⁸⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 927 (939).

⁸⁸ Vgl. *A. Fischer-Lescano/G. Teubner* (Anm. 82), 25 ff.; *G. Teubner* (Anm. 9), 72 ff.

⁸⁹ *G. Teubner* (Anm. 46), 17.

gements”⁹⁰ treten, die überwiegend private Akteure in Geltung setzen, um solche Regulierungsaufgaben zu erfüllen, über die ein Staatenkonsens nicht oder nicht rechtzeitig erzielt werden kann.

Zu den bekanntesten Beispielen zählt die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN).⁹¹ Dabei handelt es sich um eine nach kalifornischem Gesellschaftsrecht verfasste Körperschaft mit Sitz in Los Angeles, die über ein kompliziertes Netzwerk von Verträgen die Domains im Internet vergibt. Zur Entscheidung von Streitigkeiten über Domainnamen hat die ICANN sogar ein eigenes Streitschlichtungsverfahren eingerichtet, das auf der in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen formulierten Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) beruht.⁹² Die Unterwerfung unter die UDRP ist für alle Domaininhaber zwingend, wenngleich Klagen bei staatlichen Gerichten möglich bleiben. Dank der technischen Gegebenheiten des Internet kann die ICANN die Entscheidungen der akkreditierten Streitschlichter, zu denen auch die Schieds- und Schlichtungsstelle der Weltorganisation für geistiges Eigentum zählt, durch Löschung oder Übertragung der fraglichen Domain sogar unmittelbar elektronisch vollstrecken.

Solche transnationalen Regelungsarrangements finden ihre Grundlage nicht im allgemeinen Völkerrecht. Vielmehr kommen sie durch privatrechtliche Verträge zustande, an denen freilich auch einzelne staatliche Akteure beteiligt sein können. Nach der systemtheoretischen Betrachtung zeigt sich hier folglich eine radikalere Form von Rechtspluralismus, die als ein “Bild verschiedener gleichgeordneter Rechtsdiskurse”⁹³ erscheint. Keiner einzelnen Rechtsordnung komme dabei der Vorrang zu, so dass die Suche nach Einheit und Hierarchie im globalisierten Recht vergeblich sei.⁹⁴

⁹⁰ L. Viellechner (Anm. 16), 147 ff.; G.-P. Callies, Transnational Civil Regimes: Economic Globalisation and the Evolution of Commercial Law, in: V. Gessner (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges, 2009, 215 ff.

⁹¹ Vgl. A. M. Froomkin, Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution, Duke L. J. 50 (2000), 17 ff.; S. P. Crawford, The ICANN Experiment, Cardozo Journal of International & Comparative Law 12 (2004), 409 ff.

⁹² Vgl. L. A. Walker, ICANN’s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, Berkeley Technology Law Journal 15 (2000), 289 ff.; L. R. Helfer/G. B. Dinwoodie, Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, Wm. & Mary L. Rev. 43 (2001), 141 ff.

⁹³ G. Teubner, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in: Liber Amicorum J. Esser, 1995, 191 (201).

⁹⁴ Vgl. A. Fischer-Lescano/G. Teubner (Anm. 82), 34 ff.

3. Pluralismus

Die Beobachtungen der Systemtheorie teilen verschiedene Theorien über globalen Rechtspluralismus, von denen einige die konstitutionalistische Betrachtungsweise ausdrücklich ablehnen.⁹⁵ Solche Theorien knüpfen teilweise an die pluralistische Staatstheorie an, die *Harold Laski* und andere zu Beginn des 20. Jahrhunderts in England entwickelt haben.⁹⁶ Danach ist auch der moderne Staat “but one of the groups to which the individual belongs”.⁹⁷ Er bestehe aus einer Vielzahl von Vereinigungen, wie etwa Vereinen, Innungen und Gewerkschaften, die jeweils durch freiwilligen Zusammenschluss der Individuen gebildet würden. Souveränität heiße dann “no more than the ability to secure assent”.⁹⁸

Die pluralistische Staatstheorie reicht ihrerseits auf die Genossenschaftslehre zurück, die *Otto von Gierke* in der Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland entwickelt hat.⁹⁹ Sie findet auch Vorläufer in der frühen Föderalismuslehre, die Vorstellungen von geteilter oder schwebender Souveränität hervorgebracht hat.¹⁰⁰ So meinte *Alexis de Tocqueville* in seiner Analyse des amerikanischen Föderalismus, die Vereinigten Staaten hätten “deux gouvernements, entre lesquels la souveraineté allait se partager”.¹⁰¹ *Alexander Hamilton* hatte in der Debatte um die amerikanische Bundesverfassung ebenfalls die Auffassung vertreten, dass diese “certain exclusive and very important portions of sovereign power”¹⁰² bei den Einzelstaaten belasse. Die Annahme findet sich auch in einer der ersten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten von Amerika: “Every State in the Union in every instance where its sovereignty has not been delegated to the United States, I consider to be as completely sovereign, as the United

⁹⁵ Vgl. *N. Krisch* (Anm. 7), 27 ff.; *P. S. Berman* (Anm. 4), 61 ff.

⁹⁶ Vgl. *H. J. Laski*, *The Personality of Associations*, *Harv. L. Rev.* 29 (1916), 404 ff. Ferner *E. Barker*, *Political Thought in England: From Herbert Spencer to the Present Day*, 1915; *G. D. H. Cole*, *Social Theory*, 1920.

⁹⁷ *H. J. Laski*, *The Sovereignty of the State*, *Journal of Philosophy* 13 (1916), 85 (90).

⁹⁸ *H. J. Laski* (Anm. 97), 92.

⁹⁹ Vgl. *O. v. Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, 1868. Daran anschließend auch die Staatstheorie von *H. Preuß*, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889.

¹⁰⁰ Vgl. *O. Beaud*, *Théorie de la fédération*, 2007; *R. Schütze*, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, 2009.

¹⁰¹ *A. de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 1835, 165.

¹⁰² *A. Hamilton*, *The Federalist No. 9*, 1787, in: *J. E. Cooke* (Hrsg.), *The Federalist*, 1961, 50 (55). Vgl. auch *J. Madison*, *The Federalist No. 39*, 1788, in: *J. E. Cooke* (Anm. 102), 250 (257): “The proposed Constitution therefore is in strictness neither a national nor a federal constitution; but a composition of both.”

States are in respect to the powers surrendered.”¹⁰³ In Deutschland berief sich *Georg Waitz* nach der gescheiterten Revolution von 1848 auf *Tocquevilles* Gedanken, um auf die Möglichkeit der Bildung eines Bundesstaats aus souveränen Monarchien hinzuweisen. Seiner Auffassung nach blieb in einem solchen Zusammenschluss sowohl der Gesamtstaat als auch jeder Einzelstaat jeweils “innerhalb seiner Sphäre”¹⁰⁴ rechtlich selbstständig. *Carl Schmitt* schließlich entwickelte die Idee von einem Bund aus mehreren nebeneinander bestehenden politischen Einheiten, in dem die Frage nach der Souveränität als der letzten existenziellen Entscheidung “immer offen”¹⁰⁵ bleibe. Das Wesen des Bundes liege daher in einem “Schwebezustand”¹⁰⁶ zwischen Einheit und Pluralismus verschiedener politischer Einheiten.

4. Kritik

Die pluralistische Staatstheorie hat sich jedoch nie durchsetzen können. In der Föderalismustheorie gewann bald jene Auffassung die Oberhand, nach der die Souveränität im Bundesstaat dem Gesamtstaat zukomme, im Staatenbund hingegen bei den Mitgliedstaaten verbleibe. Während in den Vereinigten Staaten von Amerika der Bürgerkrieg den Streit entschied,¹⁰⁷ begründeten in der deutschen Staatsrechtslehre *Paul Laband* und *Georg Jellinek* diese Sichtweise mit der Trennbarkeit von Staat und Souveränität: Zur Staatlichkeit genüge der Besitz von Herrschaftsrechten, während die Souveränität darüber hinaus das Recht beinhalte, über die Verteilung der Herrschaftsrechte zu bestimmen, also Innehabung der Kompetenz-Kompetenz bedeute.¹⁰⁸ *Schmitt* betonte seinerseits, “daß jeder Bund auf einer wesentlichen Voraussetzung beruht, nämlich der Homogenität aller Bundesmitglieder, d. h. auf einer substantiellen Gleichartigkeit, welche eine konkrete, seinsmäßige Übereinstimmung der Gliedstaaten begründet und es bewirkt, daß der extreme Konfliktsfall innerhalb des Bundes nicht eintritt”¹⁰⁹.

Selbst die glühendsten Verfechter der erneuerten Genossenschaftslehre rückten später von ihrer Auffassung ab. So räumte *Laski* im Rückblick ein,

¹⁰³ *Chisholm v. Georgia*, U.S. 2 (1793), 419 (435).

¹⁰⁴ *G. Waitz*, Das Wesen des Bundesstaates, Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur 4 (1853), 494 (501).

¹⁰⁵ *C. Schmitt* (Anm. 24), 372.

¹⁰⁶ *C. Schmitt* (Anm. 24), 371.

¹⁰⁷ Vgl. *A. R. Amar*, Of Sovereignty and Federalism, Yale L. J. 96 (1987), 1425 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Aufl. 1911, 60 ff.; *G. Jellinek*, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, 41 ff.

¹⁰⁹ *C. Schmitt* (Anm. 24), 375 f. (Hervorhebung weggelassen).

vormals verkannt zu haben, dass der Staat gehalten sei, “to claim an indivisible and irresponsible sovereignty because there was no other way in which it could define and control the legal postulates of society”.¹¹⁰ Seither wurde der Rechtspluralismus im modernen Staat allenfalls noch in einer abgeschwächten Form erblickt, die nicht-staatliches Recht unter den Vorbehalt der staatlichen Anerkennung stellt.¹¹¹

IV. Konvergenz

Neuerdings treten derartige Vermittlungsversuche auch in den verschiedenen Auffassungen von der Globalisierung des Rechts hervor. Sie scheinen deutlicher in der Pluralismustheorie als in der Systemtheorie des Rechts auf. Insbesondere in einigen Theorien von Verfassungspluralismus sind die Perspektiven von globalem Konstitutionalismus und globalem Rechtspluralismus kaum noch unterscheidbar.

1. Systemtheorie

Die systemtheoretische Betrachtungsweise gesteht ein, dass die verschiedenen staatlichen und nicht-staatlichen Rechtsordnungen in der Weltgesellschaft trotz fehlender Einheit zu einer “losen Kopplung” gelangen könnten, die zumindest eine “schwache normative Kompatibilität” herbeiführe.¹¹² Das Mittel dazu erkennt sie in einem neuartigen “Kollisionsrecht”,¹¹³ das dem Vorbild des Internationalen Privatrechts folge.¹¹⁴ Die gegenseitige Anerkennung und Vermittlung der verschiedenen Rechtsordnungen muss dann jedoch einem inneren Antrieb folgen. Selbst äußerer Druck kann die erfor-

¹¹⁰ *H. J. Laski*, *A Grammar of Politics*, 4. Aufl. 1938, xi f.

¹¹¹ Vgl. *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987, 48 ff.; *R. Michaels*, *The Restatement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1209 ff.

¹¹² *A. Fischer-Lescano/G. Teubner* (Anm. 82), 24.

¹¹³ *A. Fischer-Lescano/G. Teubner* (Anm. 82), 57 ff.; *G. Teubner* (Anm. 9), 225 ff. Vgl. auch *C. Joerges*, *A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation*, in: *C. Joerges/J. Falke* (Hrsg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, 2011, 465 ff.; *P. S. Berman*, *Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism*, *Wayne L. Rev.* 51 (2005), 1105 ff.

¹¹⁴ Vgl. *R. Wai*, *Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation through Plural Legal Regimes*, in: *C. Joerges/E.-U. Petersmann* (Hrsg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, 2006, 229 ff.

derliche Selbstbeschränkung nur anregen, aber nicht erzwingen. Die verschiedenen Rechtsordnungen müssen daher zumindest die Fähigkeit zur "Selbstreflexion"¹¹⁵ entwickeln: Sie müssen sich als Teile eines globalen Rechtssystems verstehen, in dem jede von ihnen eine Regulierungsaufgabe erfüllt, die keine andere allein übernehmen kann, und daher ihre Wechselwirkungen aufeinander bedenken.¹¹⁶

Die Entstehung eines neuartigen Kollisionsrechts solcher Art lässt sich in der Rechtspraxis inzwischen tatsächlich beobachten. Vereinzelt finden sich bereits ausdrückliche Regelungen. Das Internationale Strafrecht beispielsweise enthält eine Komplementaritätsregel.¹¹⁷ Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (StIStGH) ist ein Verfahren vor dem Gerichtshof nur zulässig, wenn ein Staat "nicht willens oder nicht in der Lage [ist], die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen".¹¹⁸ Das Regime des europäischen Menschenrechtsschutzes weist demgegenüber eine Subsidiaritätsregel auf.¹¹⁹ Nach Art. 53 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ist die Konvention "nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden".¹²⁰ Das Recht der Europäischen Union wiederum bringt zum Ausdruck, dass die gegenseitige Anerkennung der verschiedenen Rechtsordnungen in keinem Fall zur Aufgabe der eigenen Identität führen darf.¹²¹ Nach Art. 4 Abs. 2 Vertrag über die Europäische

¹¹⁵ N. Luhmann, Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, *Rechtstheorie* 10 (1979), 159 ff.; G. Teubner/H. Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5 (1984), 4 (13 ff.).

¹¹⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden L. Vellechner, Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts, *Der Staat* 51 (2012), 559 (569 ff.).

¹¹⁷ Vgl. M. M. El Zeidy, The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law, *Mich. J. Int'l L.* 23 (2002), 869 ff.; W. W. Burke-White, Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice, *Harv. Int'l L. J.* 49 (2008), 53 ff.

¹¹⁸ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, 17.7.1998, BGBl. 2000 II, 1394 (1407).

¹¹⁹ Vgl. H. Petzold, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, 41 ff.; J. A. Pastor Ridruejo, Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme, in: *Festschrift G. Ress*, 2005, 1077 ff.

¹²⁰ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 4.11.1950, Neufassung 22.10.2010, BGBl. 2010 II, 1199 (1215).

¹²¹ Vgl. A. v. Bogdandy/S. Schill, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag: Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur

Union (EUV) achtet die Union “die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt”.¹²²

Die gesetzliche oder vertragliche Regelung des Verhältnisses der verschiedenen Rechtsordnungen zueinander mag zwar vorzugswürdig erscheinen. Häufig scheitern solche Regelungen derzeit aber noch an dem Mangel von Erfahrung und der Vielfalt der zu regelnden Beziehungen. Hilfsweise entwickelt daher die Rechtsprechung das erforderliche Kollisionsrecht in dialektischer Interaktion.¹²³ Ein “Kooperationsverhältnis”¹²⁴ zwischen den verschiedenen Gerichten und sonstigen Streitentscheidungsinstanzen ist daher sowohl Voraussetzung als auch Folge der Entwicklung des neuartigen Kollisionsrechts.¹²⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat sich dabei besonders innovativ gezeigt, ohne freilich den Begriff des Kollisionsrechts zu verwenden. Für das Verhältnis von deutscher Rechtsordnung und Recht der Europäischen Union hat es eine Subsidiaritätsregel unter Vorbehalt formuliert, die als “Solange”-Formel bekannt geworden ist.¹²⁶ Danach überprüft es Sekundärrecht der Europäischen Union, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden herangezogen wird, nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, solange die Union insbesondere durch ihren Gerichtshof einen Schutz der Grundrechte gewährleistet, “der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt”.¹²⁷ Der Gedanke hat später auch Eingang in die Rechtsprechung

Überwindung des absoluten Vorrangs, ZaöRV 70 (2010), 701 ff.; I. Pernice, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, AöR 136 (2011), 185 ff.

¹²² Vertrag über die Europäische Union, 7.2.1992, Fassung des Vertrags von Lissabon, 13.12.2007, BGBl. 2008 II, 1039 (1042).

¹²³ Vgl. R. B. Abdieb, Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts, N.Y. U. L. Rev. 79 (2004), 2029 ff.; Y. Shany, Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts, 2007.

¹²⁴ BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht-Vertrag*. Vgl. auch L. Garlicki, Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe, I.CON 6 (2008), 509 ff.; A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1 ff.

¹²⁵ Vgl. J. Allard/A. Garapon, Les juges dans la mondialisation: la nouvelle révolution du droit, 2005; S. Cassese, I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale, 2009.

¹²⁶ Vgl. M. Hilf, Solange II: Wie lange noch Solange? Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986, EuGRZ 14 (1987), 1 ff.; E. R. Lanier, Solange, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge, B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 11 (1988), 1 ff.

¹²⁷ BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II*.

ZaöRV 75 (2015)

des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Verhältnis von Europäischer Menschenrechtskonvention und Recht der Europäischen Union gefunden.¹²⁸ Danach ist ein staatlicher Eingriff in Konventionsrechte, mit dem Verpflichtungen aus der Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation erfüllt werden, “justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides”.¹²⁹ Der Gerichtshof der Europäischen Union wiederum hat in derselben Logik, aber in umgekehrter Richtung, für das Verhältnis von Recht der Europäischen Union und Recht der Vereinten Nationen eine Komplementaritätsregel formuliert.¹³⁰ Danach hat er eine Verordnung der Europäischen Union, mit der eine Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen umgesetzt worden war, die den Mitgliedstaaten die Verhängung von Sanktionen gegenüber dem Terrorismus verdächtigter Personen aufgegeben hatte, am Maßstab der europäischen Grundrechte überprüft, weil das Verfahren der Überprüfung durch den Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats “offenkundig nicht die Garantien eines gerichtlichen Rechtsschutzes bietet”.¹³¹

Für das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zur Europäischen Menschenrechtskonvention sowie zu anderen völkerrechtlichen Regimes hat das Bundesverfassungsgericht eine weitere Subsidiaritätsregel unter Vorbehalt entwickelt. Danach sind alle staatlichen Behörden und Gerichte verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, die Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge und die dazu ergangenen Entscheidungen internationaler Gerichte bei ihren Entscheidungen zu “berücksichtigen”,¹³² sofern die Bundesrepublik Deutschland Partei des betreffenden Vertrags geworden ist und sich der Gerichtsbarkeit des entsprechenden Gerichts unterworfen hat. Berücksichti-

¹²⁸ Vgl. A. Haratsch, Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH, ZaöRV 66 (2006), 927 ff.; J.-P. Jacqué, L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence “Solange II” de la Cour européenne des droits de l'homme?, RTDE 41 (2005), 756 ff.

¹²⁹ *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, Reports of Judgments and Decisions ECHR 2005-VI, para. 155.

¹³⁰ Vgl. S. Besson, European Legal Pluralism after Kadi, EuConst 5 (2009), 237 ff.; D. Halberstam/E. Stein, The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order, CML Rev. 46 (2009), 13 ff.

¹³¹ EuGH, Rs. C-402/05 P u.a., Slg. 2008, I-6351 Rn. 322 – *Kadi/Al Barakaat v. Rat/Kommission*.

¹³² BVerfGE 111, 307 (315) – *Görgülü*; BVerfGK 9, 174 (191) – *Wiener Konsularrechtsübereinkommen*.

gung meint hier Befolgung, sofern die Rechtsanwendung nicht zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung offensichtlich unvereinbar ist.¹³³ Es handelt sich insofern um einen Vorbehalt des *ordre public*, wie er auch im Internationalen Privatrecht bekannt ist. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte räumt den Vertragsparteien der Europäischen Menschenrechtskonvention im Gegenzug bei der Einschränkung bestimmter Konventionsrechte einen “margin of appreciation”¹³⁴ ein, der zu einer Rücknahme der europäischen Kontrolle führt, wenn in einem bestimmten Sachbereich nationale Besonderheiten rechtlicher oder tatsächlicher Art bestehen.¹³⁵ Der Beurteilungsspielraum verhält sich also spiegelbildlich zu der staatlichen Berücksichtigungspflicht.

Nach diesem Muster können sich zukünftig auch Kollisionsregeln für das Verhältnis weiterer Rechtsordnungen zueinander entwickeln. Ein schärfer konturierter Beurteilungsspielraum etwa erscheint als verallgemeinerungsfähige Subsidiaritätsregel für alle internationalen Menschenrechtsregimes.¹³⁶ Er mag sich auch als Grundregel für das Verhältnis zwischen anderen Völkerrechtsregimes und staatlichen Rechtsordnungen¹³⁷ sowie zwischen verschiedenen Völkerrechtsregimes untereinander eignen.¹³⁸ Eine Variante der Solange-Formel wiederum erweist sich als angemessene Komplementaritätsregel zur Regelung des Verhältnisses zwischen staatlichen Rechtsordnungen und transnationalen Regelungsarrangements.¹³⁹

¹³³ Vgl. L. Viellechner, Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel: Zu den innerstaatlichen Wirkungen von völkerrechtlichen Verträgen und Entscheidungen internationaler Gerichte, insbesondere bei der Auslegung und Anwendung von Grundrechten, in: N. Matz-Lück/M. Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem: Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, 109 ff. Anders H. Sauer, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur: Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 65 (2005), 35 ff.; M. Payandeh, Die verfassungsrechtliche Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit: Zur Bindung deutscher Gerichte an Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs, AVR 45 (2007), 244 ff.

¹³⁴ G. Letsas, Two Concepts of the Margin of Appreciation, Oxford J. Legal Stud. 26 (2006), 705 ff.; A. Legg, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality, 2012.

¹³⁵ Vgl. *Belgian Linguistic Case*, 23.7.1968, Series A, No. 6, I.B.10.; *S./Marper v. United Kingdom*, 4.12.2008, Reports of Judgments and Decisions ECHR 2008, para. 102.

¹³⁶ Vgl. P. G. Carozza, Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, AJIL 97 (2003), 38 ff.; D. Shelton, Subsidiarity and Human Rights, HRLJ 27 (2006), 4 ff.

¹³⁷ Vgl. M. Delmas-Marty/M.-L. Izorche, Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit, RIDC 52 (2000), 753 ff.; J. Gerards, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine, ELJ 17 (2011), 80 ff.

¹³⁸ Vgl. Y. Shany, Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?, EJIL 16 (2005), 907 ff.

¹³⁹ Vgl. L. Viellechner (Anm. 16), 285 ff.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass diejenigen Kollisionsregeln, die sich in ständiger Rechtsprechung bewährt haben, später kodifiziert werden. So nimmt Art. 23 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz (GG) in seiner Neufassung die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von deutscher Rechtsordnung und Recht der Europäischen Union auf.¹⁴⁰ Danach wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung einer Union mit, die “einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet”.¹⁴¹

2. Verfassungpluralismus

Für die Systemtheorie ist die Herausbildung des neuartigen Kollisionsrechts lediglich empirisch feststellbar. Nach ihrer Deutung kann dadurch allenfalls eine gewisse “Schadensbegrenzung”¹⁴² geleistet werden. Für einige Theorien von globalem Rechtspluralismus stellt sich die Entwicklung von Regeln für “relations of interconnection and interaction”,¹⁴³ “procedural mechanisms, institutional designs, and discursive practices for managing pluralism”¹⁴⁴ oder “interface norms”¹⁴⁵ dagegen als eine normative Forderung dar, die aus dem modernen Verständnis von Verfassung erwächst. So konstruiert *Mattias Kumm* für die staatlichen Rechtsordnungen und die verschiedenen Völkerrechtsregimes gleichermaßen eine Verpflichtung auf einige “basic constitutional principles”¹⁴⁶ wie Rechtsstaatlichkeit einschließlich Grundrechtsschutz, Demokratie und Subsidiarität, die zum Kernbestand der modernen Verfassungstradition gehörten und einen Rahmen für die produktive Auseinandersetzung der verschiedenen Rechtsordnungen miteinander böten. Ganz ähnlich, obgleich in anderer Terminologie, entwirft *Miguel Poiares Maduro* einen Katalog von “harmonic principles of contrapunctual law”,¹⁴⁷ die alle Rechtsordnungen als gemeinsame Diskussi-

¹⁴⁰ Vgl. *U. Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes: Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, *Der Staat* 32 (1993), 191 ff.

¹⁴¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, 21.12.1992, BGBl. 1992 I, 2086 (2086).

¹⁴² *A. Fischer-Lescano/G. Teubner* (Anm. 82), 170.

¹⁴³ *N. Walker* (Anm. 8), 378.

¹⁴⁴ *P. S. Berman* (Anm. 4), 152.

¹⁴⁵ *N. Krisch* (Anm. 7), 285.

¹⁴⁶ *M. Kumm* (Anm. 42), 271. Vgl. auch *D. Halberstam*, Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law: National, Supranational and Global Governance, in: *M. Avbelj/J. Komárek* (Anm. 11), 85 (96): “a common commitment to limited collective self-governance through law”.

¹⁴⁷ *M. Poiares Maduro*, Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action, in: *N. Walker* (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, 501 (525).

onsgrundlage teilen müssten, damit trotz konkurrierender Zuständigkeitsansprüche die Kohärenz und Integrität des Rechtssystems im Ganzen gewährleistet werden könne.

In grober Vereinfachung und unter Vernachlässigung feiner Unterschiede zwischen den verschiedenen Theorien kann das entscheidende Argument wie folgt reformuliert werden: Einerseits verlangt das Konzept der Verfassung in seiner rechtsstaatlichen Komponente nicht nur einen wirksamen Grundrechtsschutz, sondern, vermittelt seiner Prinzipien von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, auch die Vermeidung von Normenkonflikten. Andererseits erlaubt es in seiner demokratischen Komponente aber die Selbstbestimmung der verschiedenen Rechtsordnungen, solange kein Übergriff auf die Grundrechte von Außenstehenden erfolgt. Mit anderen Worten: “If – and to the extent that – a polity can make a claim to strike a reasonable balance between the depth of self-government of its members and the inclusiveness of its scope, other polities ought to respect its norms as a matter of principle and not just on a case-by-case basis.”¹⁴⁸

In dieser Formulierung fallen die Theorien von globalem Konstitutionalismus und globalem Rechtspluralismus schließlich zusammen. Die Einheit des Rechts ebenso wie der interne Zusammenhang von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit einschließlich von Grundrechten, welche die Staatsverfassung gewährleistet,¹⁴⁹ finden ihren rechtlichen Ausdruck nunmehr in dem neuartigen Kollisionsrecht. Dementsprechend rekonstruieren manche Theorien das netzwerkartig verknüpfte globale Rechtssystem unter dem hybriden Begriff des “constitutional pluralism”.¹⁵⁰ Andere erblicken “a new type of conflicts law as constitutional form in the postnational constellation”.¹⁵¹ Nach *Maduros* Auffassung kann ein solches Konzept das Spannungsverhältnis von Universalismus und Partikularismus, das den modernen Begriff der Verfassung kennzeichnet, unter veränderten Bedingungen aufrechterhalten und erscheint daher als “the best representation of the ide-

¹⁴⁸ N. Krisch (Anm. 7), 295.

¹⁴⁹ Vgl. D. Grimm, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: D. Simon (Hrsg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, 45 ff.; J. Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: U. K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen, 1994, 83 ff.

¹⁵⁰ N. Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review* 65 (2002), 317 ff.; M. Kumm, Rethinking Constitutional Authority: On the Structure and Limits of Constitutional Pluralism, in: M. Avbelj/J. Komárek (Anm. 11), 39 ff.; M. Poiares Maduro, Three Claims of Constitutional Pluralism, in: M. Avbelj/J. Komárek (Anm. 11), 67 ff.; D. Halberstam, Local, Global and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World, in: G. de Búrca/J. H. H. Weiler (Anm. 10), 150 ff.

¹⁵¹ C. Joerges/P. F. Kjaer/T. Ralli, A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation, *Transnational Legal Theory* 2 (2011), 153 ff.

als of constitutionalism for the current context".¹⁵² Für *Daniel Halberstam* spiegelt sich darin sogar "a constitutional practice that is more true to the ideals of constitutionalism than the traditional model of consolidation and hierarchy itself".¹⁵³ Die Staatsverfassung bezieht sich dabei freilich auf das Zusammenleben von Individuen, während es dem Verfassungspluralismus um das Verhältnis verschiedener Kollektive zueinander geht.

Eine solche Konstruktion erlaubt trotz grundsätzlicher gegenseitiger Anerkennung weiterhin Konflikt und Streit, erkennt gerade darin aber weiteres demokratisches Potential, das eine Kompensation für den Ausfall von Wahlen und Mechanismen parlamentarischer Repräsentation auf globaler Ebene bieten könne.¹⁵⁴ Aus rechtstheoretischer Sicht mag die Konstruktion sogar mit strengeren Vorstellungen von Einheit und Hierarchie des Rechts vereinbar sein. So gestand auch *Hans Kelsen* später unter Aufgabe seiner früheren Auffassung die Möglichkeit von Normenkonflikten im Recht ausdrücklich zu. Der inhaltliche Gegensatz erzeuge indes keinen logischen Widerspruch, da eine Rechtsnorm nicht nichtig, sondern nur vernichtbar sein könne.¹⁵⁵ Damit gelang es *Kelsen*, seine monistische Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht trotz der Entdeckung von Normenkonflikten aufrechtzuerhalten: "Die unter 'Verletzung' des Völkerrechts erzeugte Norm der einzelstaatlichen Rechtsordnung bleibt gültig; und zwar auch vom Standpunkt des Völkerrechts. Denn dieses sieht kein Verfahren vor, in dem die 'völkerrechtswidrige' Norm der einzelstaatlichen Rechtsordnung vernichtet werden kann."¹⁵⁶ Es verliert dann auch an Bedeutung, welcher Rechtsordnung der Primat zukommt, da ihr jeweiliger Inhalt davon unberührt bleibt.

V. Schlussfolgerung

Der Grund, aus dem alle Auffassungen von der Globalisierung des Rechts letztlich auf den Begriff der Verfassung zurückfallen, ist nach allem nicht schwierig herauszufinden. *Niklas Luhmann* erkannte schon früher

¹⁵² *M. Póiares Maduro* (Anm. 150), 78.

¹⁵³ *D. Halberstam* (Anm. 146), 86.

¹⁵⁴ Vgl. *K.-H. Ladeur*, Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation-State?, in: *K.-H. Ladeur* (Hrsg.), *Public Governance in the Age of Globalization*, 2004, 89 ff.; *N. Krisch* (Anm. 7), 271 ff.; *I. Ley*, Opposition institutionalisieren: Alternativität und Reversibilität als Elemente eines völkerrechtlichen Legitimationskonzepts, *Der Staat* 53 (2014), 227 ff.

¹⁵⁵ Vgl. *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 271 ff.

¹⁵⁶ *H. Kelsen* (Anm. 155), 331.

“die Gefahr, daß die zu einfachen Begriffsprägungen der alteuropäischen Gesellschaftsphilosophie über ihre Zeit hinaus nachwirken und unsere Erwartungen und Beobachtungen fehlleiten”.¹⁵⁷ Zugleich wies er aber darauf hin, dass angesichts alternativer Erfahrungen keine andere Möglichkeit bestehe, als weiterführende Konzepte “aus den Trümmern unseres philosophischen Erbes neu zusammenzutragen”.¹⁵⁸ Das Problem liegt folglich darin, mit den überkommenen Kategorien unter veränderten Umständen “zu scheitern, und dennoch gerade mit diesen Kategorien oder auch mit an diese anknüpfenden Fortschreibungen arbeiten zu müssen”.¹⁵⁹ Insofern erscheint der Begriff der Verfassung nur noch als Reminiszenz an eine historische Errungenschaft in ihrer Maßstäblichkeit. Er dient als “Chiffre”,¹⁶⁰ unter der das Umdenken von Recht in Anbetracht der Globalisierung begonnen worden ist und so lange fortgeführt werden wird, bis überzeugendere Kategorien gefunden sind.

¹⁵⁷ N. Luhmann, Die Weltgesellschaft, ARSP 57 (1971), 1 (4).

¹⁵⁸ N. Luhmann (Anm. 157), 28.

¹⁵⁹ P. Zumbansen, Spiegelungen von “Staat und Gesellschaft”: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, ARSP-Beiheft 79 (2001), 13 (35).

¹⁶⁰ T. Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 41 (63). Vgl. auch N. Walker, Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate, in: K. Tuori/S. Sankari (Hrsg.), *The Many Constitutions of Europe*, 2010, 143 (164): “placeholder”.