

Die Verfassung des Transnationalen

Reflexive Ordnungsbildung jenseits des Staates

Bearbeitet von
PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes

1. Auflage 2012. Taschenbuch. 288 S. Paperback
ISBN 978 3 8329 6684 3
Gewicht: 437 g

[Recht > Öffentliches Recht > Staatsrecht, Verfassungsrecht > Verfassungsrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Tanja Hitzel-Cassagnes

Die Verfassung des Transnationalen

**Reflexive Ordnungsbildung jenseits
des Staates**



Nomos

Schriftenreihe „Studien zur Politischen Soziologie“
The series „Studies on Political Sociology“

herausgegeben von
is edited by

Prof. Dr. Andrew Arato,
The New School for Social Research, New York
Prof. Dr. Hauke Brunkhorst, Universität Flensburg
Prof. Dr. Regina Kreide,
Justus Liebig Universität Gießen

Band 12

Wissenschaftlicher Beirat

Amy Allen (Dartmouth College, USA)
Gurminder Bhambra K. (University of Warwick, GB)
Craig Calhoun (Social Science Research Council an der New
York University, USA)
Sergio Costa (Freie Universität Berlin)
Robert Fine (University of Warwick, GB)
Gerd Grözinger (Universität Flensburg)
Christian Joerges (Universität Bremen)
Ina Kerner (Humboldt Universität Berlin)
Christoph Möllers (Freie Universität Berlin)
Marcelo Neves (Universität São Paulo, Brasilien)
Patrizia Nanz (Universität Bremen)
Uta Ruppert (Goethe-Universität Frankfurt am Main)
Rainer Schmalz-Bruns (Leibniz Universität Hannover)

Tanja Hitzel-Cassagnes

Die Verfassung des Transnationalen

Reflexive Ordnungsbildung jenseits des Staates



Nomos

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

ISBN 978-3-8329-6684-3

1. Auflage 2012

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen und Siglen	11
1. Einleitung	15
Teil I: Der Begriff des Institutionellen	26
2. Ein Problemaufriss	26
3. Perspektiven auf das Institutionelle	30
3.1 Zwei Vorbemerkungen zur Dimensionierung des Institutionellen	30
3.2 Soziale Vermittlungsfunktionen	34
3.3 Funktionserwartungen an Institutionen	38
3.3.1 Allgemeine Funktionszuschreibung	38
3.3.2 Konkrete Funktionszuschreibungen	41
3.4 Reproduktionsmechanismen von Institutionen	43
3.5 Institutionelle Geltungsbedingungen	52
4. Die Normativität des Institutionellen	56
4.1 Das Institutionelle zwischen Faktizität und Normativität: Zwei normative Zugriffe	58
4.1.1 Eine hegelsche Perspektive	58
4.1.2 Eine kantsche Perspektive	65
4.1.3 Zwischenbetrachtung	74
4.2 Eine Anschlussperspektive: Institutionentheorie als normative politische Theorie	76
4.2.1 Normativität	76
4.2.2 Rationalität	79
4.2.3 Rechtfertigung	86
5. Die analytische Dimensionierung des Institutionellen	90
5.1 Rationalisierung und Kontingenzbewältigung	91
5.2 Die Herstellung von Reflexivität	94
5.3 Inklusions- und Exklusionsmanagement	102
6. Resümee	109

Teil II: Konstitutionalisierungsprozesse und die Entgrenzung der Verfassungs Idee	111
7. Eine Etappe von Entgrenzung: Von nationaler zu europäischer Verfassung	111
8. Recht und Verfassung	112
8.1 Rechtsverständnisse	112
8.2 Verfassungsverständnisse	118
8.3 Normative Begründungen des Verfassungsbegriffs	123
8.3.1 Konstitutionalismus	123
8.3.2 Selbstkonstituierung	126
8.3.3 Selbstgesetzgebung	128
9. Die Konstitutionalisierung der Europäischen Union	133
9.1 Der Inkrementalismus von Konstitutionalisierung	133
9.2 Verfassungsentwicklung und Verfassungskrisen	138
9.3 Symboliken europäischer Konstitutionalisierung	140
9.4 Die institutionelle Logik: Ein hypothetisches Als-ob	145
9.5 Die EU-Verfassung als Provisorium	151
10. Zwischenbetrachtung: Konstitutionalisierung und der Status von Grund- und Menschenrechten	154
Teil III: Der Fluchtpunkt von Entgrenzung – Die Idee eines globalen Konstitutionalismus	163
11. Grenzen der Entgrenzung?	163
12. Die Erosion staatlich sanktionierter Immunität	168
12.1 Die Genese eines Ethos internationalen Rechts	168
12.1.1 Die frühe Kodifizierungsbewegung und ihre Vorläufer	168
12.1.2 Positivrechtliche Kodifizierungsbemühungen	179
12.2 Der inkrementelle Monismus menschenrechtlicher Rechtsprechung	190
12.2.1 Die Zäsur des Holocaust und die Erosion staatlich sanktionierter Immunität	190
12.2.2 Reaktionen auf die Kosmopolitisierung von Unrechtserfahrungen	193
12.2.3 Die interpretative Kosmopolitisierung nationaler Rechtsprechung	197
12.2.4 Die Implementierung universaler Zuständigkeit auf der materialen Ebene	203
12.3 Formen immanenter Kritik	206

12.3.1	Die Inklusion von Betroffenenperspektiven: Von Opfern zu Verfahrensbeteiligten	206
12.3.2	Die Vermittlung unterschiedlicher Deutungsperspektiven unter der Ägide universalen Rechts	211
13.	Normative Herausforderungen globaler Konstitutionalisierung: Fragmentierung und Normenkollision	217
13.1	Zur Fragmentierungsdiagnose	217
13.2	Paradigmatische Reaktionen auf die Fragmentierungsdiagnose	223
13.3	Interpretationsprinzipien zur Einheitsbildung auf höherer Ebene	226
13.3.1	Konkurrierende normative Regime	227
13.3.2	Gewohnheits- vs. Vertragsrecht	234
13.3.3	Normenhierarchien	237
13.4	Zwischenbetrachtung: Konstitutionalisierung und der Status von Fragmentierung	245
14.	Schlussbetrachtung	247
	Literaturverzeichnis	251
	Offizielle Fundstellen für Gerichtsurteile online	287

1. *Einleitung*

Die Idee, dass sich die Notwendigkeit einer konstitutionellen Verfasstheit öffentlicher Ordnung, die individuellen Rechtsschutzinteressen zur Geltung verhilft und die Kongruenz von Regelungsadressat_innen und -autor_innen ermöglicht, nicht nur auf den klassischen, nach innen und außen souverän behauptenden Nationalstaat bezieht, sondern auch auf gesellschaftliche und politische Herrschaftsstrukturen, die sich jenseits des Nationalstaats ausbilden, ist weder neu noch ubiquitär. Selbst »hartgesottene« Vertreter_innen souveränitätszentrierter Perspektiven, wie sie unter Intellektuellen, Wissenschaftler_innen, politischen Aktivist_innen oder in so machen Kammern höchster Gerichte anzutreffen sind, kommen kaum mehr umhin, sich mit »kosmopolitischen« Aspirationen und Entwürfen ernsthaft auseinanderzusetzen. Dabei sind es nicht zuletzt die moralischen Ansprüche, die für die allgemeinen Belange einer sich universal verstehenden globalen Gemeinschaft stehen, der die Wahrung menschenrechtlichen Schutzes eines jeden und einer jeden einzelnen obliegt, die den rechtfertigenden Referenzrahmen autonomiebehauptender Argumente verschieben.

Wenngleich im Verlauf meiner Darlegungen deutlich wird, dass ich einen im weiteren Sinne kantisch inspirierten Verfassungsbegriff, der kosmopolitisch erläutert wird und dem ein formal angelegtes Institutionenverständnis zugrundeliegt, forcieren, geht es mir in der vorliegenden Untersuchung weniger darum, einen Beitrag zu den im engeren Sinn normativen Begründungsdiskursen zu leisten, sondern darum, ein Verständnis dafür zu entwickeln, weshalb und wie die normativ verstandene Forderung nach der »Entgrenzung« konstitutioneller Ordnung Wirkkraft entfalten kann und im Rahmen gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Zusammenhänge strukturbildende Kraft gewinnt. Dafür ist es allerdings notwendig, über eine konkret ansetzende Erläuterung der Bedeutungsgehalte von Verfassung, die sich primär auf die materiale Ausgestaltung des konstitutionellen Ordnungsgefüges bezieht, hinauszugehen und den Sinn von Konstitutionalisierung systematisch zu erläutern. Eine Ausgangsvermutung bezieht sich nun darauf, dass »Verfassungen« gleichsam als Prototyp von Institutionalisierung betrachtet werden können, und dass es in konzeptioneller Hinsicht hilfreich ist, einige systematische Reflexionen zu einem Begriff »moderner« Institutionen voranzustellen.¹

Ich werde zu diesem Zweck einige institutionentheoretische Reformulierungen vornehmen, um die Strukturbildungsmerkmale institutioneller Ordnungsgefüge, die sich auch an konstitutionell verfassten Ordnungsgefügen entbinden, zu

1 Um Missverständnissen vorzubeugen sei vorweg notiert, dass ich in Folgenden Institution, das Institutionelle, institutionelle Gefüge, institutionelle Wirkkraft und Institutionalisierung – so nicht gesondert gekennzeichnet – weitgehend synonym verwende.

erhellen (Teil I). Nun zeigt sich in der Betrachtung institutionentheoretischer Entwürfe, die die Bedeutungsgehalte institutioneller Ordnung zu stilisieren suchen, häufig, dass der Begriff der Institution a priori einer begrifflichen Domestizierung entzogen wird, weil die Wirkkraft des Institutionellen als unzugänglich und zugleich als teleologisch gesättigt vorgestellt wird. Die erfolgreiche Geltungsbehauptung von Institutionen und das »Faktum der Selbstverstrickung« gelten gleichsam als Indiz für einen »ontologischen« Vorrang des Institutionellen. D. h., die Erzeugung und Reproduktion objektiver Sinnzusammenhänge durch Institutionen wird ein Stück weit von den subjektiven Sinnsetzungsmöglichkeiten und damit von subjektiver Verfügung entkoppelt (Kap. 2 und 3). Dieser Einschätzung liegt m. E. jedoch eine unplausible »Verdachtsheuristik« zugrunde, denn selbst wenn sich das Institutionelle prima facie durch das factum brutum der Geltungsbehauptung auszeichnet, und sich diese Geltungsbehauptung als von Geltungsüberschüssen zehrend erweist, greift eine es dabei belassende Sichtung zu kurz, da sich die vermeintliche Selbstevidenz institutioneller Bindungswirkung als begründungsbedürftig und entsprechend gerade nicht als selbst-evident darstellt. Genau darin liegt das Problem einer institutionellen Deutung institutioneller Geltung, weil in einer solchen Perspektive insofern ein instrumenteller Zug im Vordergrund steht, als Normativität in erster Linie als Mittel zum Zweck verstanden wird, und weil damit der normative Sinn von Institutionen nicht hinreichend erläutert werden kann (Kap. 4). Wenn objektive Sinnzusammenhänge durch Institutionen generiert und reproduziert werden, müsste die konzeptionell entscheidende Anschlussfrage darin bestehen, wie Institutionen zwischen der subjektiven und objektiven Ebene vermitteln können bzw. wie sich die Lücke zwischen objektivem und subjektivem Sinn in der institutionellen Vermittlung spiegelt. Vor diesem Hintergrund wird es notwendig, eine konzeptionelle Abgrenzung zwischen Institution und Norm vorzunehmen, und im Rahmen des Institutionellen die Beziehung zwischen dem Faktischen und dem Normativen bzw. zwischen Geltungsbehauptungen und deren Einlösung zu umreißen. Dabei erweist sich die Verhältnisbestimmung von Faktizität und Normativität in systematischer Hinsicht als entscheidendes Profilierungsmerkmal für einen angemessenen Institutionenbegriff: Das Institutionelle ist mithin nicht nur normativ strukturiert, sondern konstitutiv von einem normativen Spannungsverhältnis geprägt – zumindest dann, wenn die Pluralität und das Entzauberungspotential moderner gesellschaftlicher Strukturbedingungen in Rechnung gestellt wird. Mit letzterem ist dabei eine Ausgangsintuition benannt, die in dem Vorschlag mündet, Institutionentheorie als normative politische Theorie zu konzipieren (Kap. 4.2).

Insofern institutionelle Kontexte soziale und gesellschaftliche Vermittlungszusammenhänge darstellen, spielen zudem normative Erwartungen, die Rechtfertigung normativer Erwartungen und die Vermittlung konkurrierender normativer Ansprüche eine entscheidende Rolle. Auch in dieser Hinsicht ist es erforderlich,

den normativen Kern des »Institutionellen« zu umreißen, was wiederum in dem Vorschlag kulminiert, Normativität als »gleichursprünglich« mit dem Institutionellen zu betrachten. In dem Sinne als sich das Institutionelle nicht nur in seiner Faktizität erschöpft, sondern normativen Geltungsansprüchen genügen muss, verfügt es über eine spezifisch normative Struktur – selbst wenn Institutionen von Geltungsbehauptungen oder Geltungsüberschüssen zehren, sind diese Geltungsbehauptungen potenziell kontestierbar und damit Rechtfertigungsanforderungen gegenüber anfällig. Entsprechend bildet auch in dieser Hinsicht das Verhältnis von Normativität und Faktizität den Kern einer systematischen Fassung des Institutionenbegriffs. Das bedeutet nicht, dass sich Normativität in den unterschiedlichen funktionalen Dimensionen des Institutionellen (im vorliegenden Fall werden die funktionalen Dimensionen als Kontingenzbewältigung, Gewährleistung von Reflexivität und Inklusionsmanagement erfasst) gleichsam perfektionistisch zur Geltung bringt oder dass normative Probleme eindeutig bewältigt werden (Kap. 5). Es bedeutet vielmehr, dass sich das Problem der Normativität auch an den funktionalen Dimensionen des Institutionellen entbindet – mit all den Ambivalenzen, die Normativität zu Eigen sind. D. h., der normative Kern institutioneller Funktion besteht entweder in der Bewältigung oder zumindest in der Sichtbarmachung normativer Konflikte und Spannungen. Insofern ist eine Spannung zwischen Öffnung und Schließung, zwischen Freiheits-, Differenzermöglichung und Kontingenzbewältigung, zwischen Inklusion und Exklusion in Institutionalisierungsprozesse eingelassen.

Ich werde diese Idee einer notwendig normativen Grundstruktur institutioneller Zusammenhänge mit einer exemplarischen Betrachtung des hegelschen und des kantschen Institutionenverständnisses einführen und sodann einige Anschlussperspektiven, die ähnliche Ausgangsintuitionen aufgreifen, diese aber konkreter an moderne gesellschaftliche Strukturbildungen rückbinden und das Normative am Institutionellen im weitesten Sinne in einem rationalisierbaren Rechtfertigungsdruck identifizieren, zur Diskussion stellen – dabei wird die Idee der Begründungsbedürftigkeit, oder spezifischer, die Idee, dass Institutionen Begründungsbedürftigkeit verstetigen, im Mittelpunkt der Betrachtung stehen (Kap. 4.1 und 4.2). Diese Art von Reflexion verweist darauf, dass soziale und gesellschaftliche Strukturen ebenso wie politische, rechtliche Zusammenhänge und institutionelle Strukturen in einem Prinzip der »öffentlichen Rechtfertigung« verankert sind, und dass unter Bedingungen moderner Gesellschaftsstrukturen die begründete und kritische Reflexion, »the value of reason-demanding and reasoning«, in den Mittelpunkt gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Praktiken eines Gemeinwesens rückt; und zwar nicht nur als ein äußerlich an diese Praktiken herangetragenes normatives Ideal, sondern auch als »public commitment«, das faktisch wirksam ist. Durch Rechtfertigungsprozesse kann eine Form kritischer Reflexivität sichergestellt werden, eine kritische Reflexivität, die dann

auch der konkreten Ausgestaltung von Autonomiespielräumen und der Gewährleistung ihrer Ermöglichungsbedingungen dient. Diese Normativität ist aber nicht nur Verständigungs- und Rechtfertigungsprozessen eingeschrieben, sondern im weiteren Sinne allen gesellschaftlichen, politischen Kooperationszusammenhängen und institutionellen Strukturen; und weil sich Normativität hierbei als kritische Reflexivität verstehen lässt, ist den Kooperationszusammenhängen und institutionellen Strukturen eine Spannung zwischen Geltungsbehauptung und ihrer Rechtfertigung konstitutiv eingeschrieben. Auch in dieser Hinsicht spiegelt sich der Begriff des Normativen im Begriff des Institutionellen, und vor diesem Hintergrund kann der Sinn des Institutionellen so verstanden werden, dass es der Ort ist, an dem die Spannung zwischen Faktizität und Normativität austariert wird. Diese Erwägungen ermöglichen auch deshalb eine instruktive Perspektive auf – institutionengesteuerte – Vergesellschaftungsprozesse, weil die Realisierungsmöglichkeiten normativer Prinzipien sichtbar werden. »Öffentliche Beurteilung«, d. h. Prozesse öffentlicher Rechtfertigung können einerseits zu Änderungen im »status civilis« selbst und andererseits zu einer dynamischen Veränderung bzw. Verbesserung politischer Institutionen führen, wenn sie auf die Perfektionierung der Sicherung der Bedingungen von Freiheitsgewährleistungen verpflichtet werden. In diesem Sinne werden sie dazu genötigt, sich reflexiv gegenüber ihren faktischen Unzulänglichkeiten zu verhalten. Damit wird deutlich, dass Normativität nicht zuletzt deshalb konstitutiv für das Institutionelle ist, weil sich die Verwirklichungsperspektive der Idee der Freiheit in dem Bezug auf Institutionen eröffnet. Allgemein gewendet ist dabei die kantsche Systematik des Provisoriums von entscheidender Bedeutung, weil durch die Verknüpfung von – aus faktischer Unzulänglichkeit entbundener – provisorischer Geltung mit einem Perfektionierungsideal die Bewältigung der Spannung zwischen Faktizität und Geltung in Institutionen eingeschrieben wird: Aufgrund ihrer faktischen Unzulänglichkeit stehen Institutionen immer »unter Vorbehalt«, weil jeder präsente Zustand nur als Provisorium im Hinblick auf einen besseren Zustand zu fassen ist. Im Anschluss an diese Überlegungen kann die Annahme plausibilisiert werden, dass Institutionen immer auch als Projektionsfläche für allgemeinere, inklusivere Formen der Institutionalisierung dienen, was sich dann an den unterschiedlichen Etappen der Entgrenzung von Verfassung bebildern lässt.

Diese konzeptionellen Weichenstellungen werden jedoch zuvor in einem weiteren Schritt mit einer Re-Formulierung der Funktions- und Leistungserwartungen an Institutionen fortgeführt (Kap. 5). Eine begrifflich inspirierte Institutionentheorie sollte nämlich auch die Konstitutions- oder Strukturmerkmale von Institutionen benennen können, die über die Bedeutungsgehalte des Funktions- und Leistungsspektrums von Institutionen Auskunft geben können. Damit liegt der analytische Fokus auf Institutionalisierungsvorgängen, die die »Wirkkraft des In-

stitutionellen« erschließen bzw. die Rekonstruktion dieser Wirkkraft ermöglichen. Eine angemessene Explikation dieser Wirkkraft des Institutionellen wäre dann vorstellbar, wenn über eine systematische Erläuterung der Bedeutungsmerkmale von Institutionen Institutionalisierung in nuce identifiziert werden kann. Vor diesem Hintergrund dürfte ein Institutionenbegriff nicht unter Vernachlässigung der veränderungswirksamen und prozessualen Dimensionen institutioneller Wirkzusammenhänge profiliert werden. Ich werde entsprechend einen Vorschlag erläutern, der drei Dimensionierungen bzw. Merkmalsausprägungen des Institutionellen als konstitutiv für einen modernen Institutionenbegriff umreißt: Der erste Aspekt bezieht sich auf die Idee, dass Institutionen als Instanzen von Kontingenzbewältigung betrachtet werden können, der zweite Aspekt darauf, dass Institutionen Reflexivität herstellen und gewährleisten, und der dritte Aspekt auf deren Funktion, Inklusions- und Exklusionsbedingungen auszutarieren. Mit diesen drei »Eigenschaften« des Institutionellen wird – so die Hoffnung – zum einen die notwendig prozessuale Dimension moderner Institutionen, ihre Änderungs- und Selbstüberwindungskapazität, abgebildet, und zum anderen die normative Struktur, die Institutionen als moderne Institutionen auszeichnet, plastischer (und die These lautet ja, dass sich die normativen Gehalte des Institutionellen in den leistungs- und funktionsbezogenen Strukturmerkmalen institutioneller Mechanismen zur Geltung bringen). Wenn das Institutionelle in analytischer Hinsicht auf drei funktionale Dimensionen hin zugespitzt wird, beziehen sich Funktions- und Leistungserwartungen in einer ersten, gleichsam teleologischen Dimension darauf, dass Institutionen bei der Herstellung von Sinnzusammenhängen auf Kontingenzbewältigung abstellen. Auf struktureller Ebene informieren die Strukturbedingungen moderner Gesellschaftssysteme den Institutionenbegriff insofern, als die formalen und prozessualen Aspekte – und damit Reversibilität – im Vordergrund stehen, was sich in einer zweiten, epistemischen Dimension darin zum Ausdruck bringt, dass Institutionen als Instanzen der Herstellung und Gewährleistung von Reflexivität erscheinen. Insofern das Institutionelle immer auch in einem prekären Spannungsverhältnis zu individuellen Ansprüchen und Betroffenenperspektiven steht, bezieht sich eine dritte, soziale Dimension auf die Generierung von Mechanismen, die Inklusions- und Exklusionsprobleme bewältigen. Mit dieser konzeptionellen Trias wird ein analytisches Instrumentarium sichtbar, das die unterschiedlichen Perspektivierungen von Normativität hinreichend mit abbildet und eine angemessene Heuristik zur Erklärung von Institutionalisierungsprozessen bietet. Damit werden die reflexiven und prozessbezogenen Mechanismen zur Bewältigung der Spannung zwischen Faktizität und Normativität auch auf dieser Ebene in den Vordergrund gerückt, weil das Institutionelle als eine Art modale Strukturbildung begriffen werden kann. Der modale Charakter institutioneller Mechanismen zeichnet die Strukturierung intersubjektiver Handlungszusammenhänge über institutionelle Prozesse dadurch

aus, dass das Spannungsverhältnis zwischen den faktischen Geltungsbehauptungen von Institutionen und der normativen Einlösung bzw. Rechtfertigung reflexiv und prozessbezogen bewältigt wird. An diesen Überlegungen wird mithin deutlich, dass die Beschreibung der Leistungs- und Funktionsmerkmale auf einer höheren Abstraktionsebene erfolgen muss als auf der Ebene konkreter Ordnungsleistungen. Auch mit solchen vermeintlich schon abstrakt ansetzenden Beschreibungen institutioneller Leistungen in Form von Differenzierung oder Rationalisierung wäre nicht viel gewonnen, da es nicht um Differenzierung und Rationalisierung als solche gehen kann, sondern um die Ermöglichung von Rationalisierungsprozessen – erst auf dieser Ebene wird Kontingenzbewältigung, die Sicherung von Reflexivität und Inklusion möglich, womit die Institutionalisierung von Institutionalisierung und die Veränderungsmechanismen von Institutionalisierung in den Blick genommen werden können.

Wenn es plausibel erscheint, dass (moderne) Institutionen vor allem Formen der Differenz- und Kontingenzbewältigung darstellen, weil sie in Anbetracht von Heterogenität und Pluralität (d. h. insbesondere in Anbetracht konkurrierender Sinn-, Ordnungs- und Geltungsansprüche) typischerweise mit der Herstellung von Einheitlichkeit auf höherer Ebene reagieren, drängt sich die Betrachtung von Verfassung als gleichsam prototypischer Form von Institutionalisierung geradezu auf, weil mit der Idee von Verfassung die Bereitstellung institutioneller Koordinationsformen auf höherer Abstraktionsebene verknüpft ist. Auch Verfassung dient als Mechanismus von Kontingenzbewältigung, weil Institutionalisierung auf den Prozess der Institutionalisierung selbst, d. h. auf die institutionelle Ermöglichung von Institutionalisierung, bezogen wird – vor allem durch Formalisierung und Prozessualisierung, durch eine Generalisierung der Sinngrundlagen auf abstraktere und damit möglichkeitsreichere und differenzsensiblere Formen. Ähnliche Erwägungen greifen mit Blick auf die Gewährleistung von Reflexivität, die gleichfalls auf eine Bestandssicherung von Institutionalisierung durch Institutionalisierung bezogen ist. Moderne Institutionen unterstehen angesichts unterschiedlicher Herausforderungen, die mit der Pluralisierung von Wertbezügen und der Fragmentierung funktionaler Anforderungen einhergehen, einer Nötigung, Sinn- und Geltungsgrundlagen wiederholt zu überprüfen und diese für Hinterfragung, Kritik und die Neuformulierungen von Ansprüchen offen zu halten. Reversibilität ist dabei eine Grundvoraussetzung für die Bestandssicherung institutioneller Gefüge. Nun bezieht sich Reflexivität auf eben jenen Aspekt institutioneller Sicherung der eigenen Geltungs- und Reproduktionsvoraussetzungen, die potenziellen Veränderungszwängen unterstehen, wodurch solche Sicherungsstrategien, die über Festschreibungen des institutionellen Status quo oder über Rückbindungen an substantielle Wert- und Funktionsvorgaben erfolgen, erschwert bis verunmöglicht werden. Sicherung muss sich vielmehr reflexiv auf die Sicherungsvoraussetzungen selbst beziehen und Veränderungsmechanismen

mit institutionalisieren. Wenn in diesem Sinne Reflexivität als formales Charakteristikum vorgestellt wird, das sich auf interne Wirkungsmechanismen bezieht, kann verdeutlicht werden, dass das institutionelle Leistungsspektrum Reflexionsleistungen umfasst und damit eine epistemische Dimension von Rationalisierung sichtbar macht, die in die Strukturmerkmale des Institutionellen eingeht. Auf der sozialen Ebene liegt eine Konsequenz dieser Überlegungen darin, dass die Frage nach In- und Exklusion dem Institutionellen eingeschrieben ist. Die Pluralität und Ausdifferenziertheit institutioneller Zugehörigkeit ebenso wie die Möglichkeit einer Thematisierung von Teilnehmer_innen- und Betroffenenperspektiven verweisen darauf, dass Institutionen ihre Inklusivität (oder Exklusivität) reflexiv thematisieren und infrage stellen können müssen; das heißt zugleich, dass sich In- und Exklusionsprobleme als Kontingenzphänomene darstellen, die institutionell zu bewältigen wären. Dabei handelt es sich um ein strukturelles Erfordernis moderner Institutionen, das zum einen der Pluralität und Differenzierungsoffenheit gesellschaftlicher Strukturen geschuldet ist. Zum anderen ist anzunehmen, dass sich institutionelle Geltungsbehauptungen nicht gänzlich den Ansprüchen der Teilnehmer_innen und selbst (noch) nicht teilnehmender Betroffener verschließen können. Die Rechtfertigungsanfälligkeit sozialer und gesellschaftlicher Verständigung bildet hier die Klammer für die analytische Ausdifferenzierung institutioneller Funktions- und Leistungsspektren. Kontingenzbewältigung und Reflexivität ermöglichen Rationalisierung und Prozessualisierung, und lassen in dieser Hinsicht höhere Ordnungsbildung und insbesondere die Ausbildung sekundärer Regeln (sowohl vertikal als auch horizontal) erwarten. Die Notwendigkeit, In- und Exklusionsprobleme prozessorientiert zu bewältigen, bestärkt zudem die Erwartung, dass damit Öffnungspotenziale und universalisierende Tendenzen freigesetzt werden. Nimmt man Institutionen in dieser Perspektive in den Blick, wird sichtbar, wie angesichts einer unerlässlichen »strukturellen Nervosität« Formen höherer und formaler Einheitsbildung ermöglicht werden. Damit setzen Institutionen eine »schwache« Nötigung von Koordination zu Kooperation frei – ein Umstand, der im anwendungsbezogenen Teil der Untersuchung am Formenwandel des Verfassungsbegriffs und an der transnationalen Konstitutionalisierung gesellschaftlicher und politischer Kooperationsverhältnisse exemplarifiziert wird.

Jene Ausführungen sind von der Überzeugung getragen, dass sich in Erläuterung der Idee von Verfassung als institutionalisierungsfähiger und zugleich normativer Ordnung die drei funktionalen Strukturmerkmale moderner Institutionen nicht nur wiederfinden, sondern auch nutzen lassen, um Veränderungen des Verfassungsbegriffs und hier insbesondere unterschiedliche Etappen der »Entgrenzung« des Verfassungsbegriffs systematisch zu rekonstruieren. Dabei wird es möglich, die Entgrenzung von Verfassung konzeptionell zu erläutern und zugleich institutionentheoretisch zu plausibilisieren. Ziel ist es, einerseits die Dyna-

miken von Verfassungsentwicklung und (inkrementeller) Verfassungsbildung (exemplarisch werde ich die Konstitutionalisierung auf EU-Ebene und die Emergenz einer »Globalverfassung« diskutieren) und zugleich die Strukturmerkmale reflexiver Ordnungsbildung auszuzeichnen. Impliziert ist hierbei die Prämisse, dass die vorliegenden institutionentheoretischen Erläuterungen auf den Verfassungsbegriff anwendbar sind, weil die Idee und die Umsetzung von Konstitutionalisierung in erster Linie auf die Etablierung von Formen höherer Ordnungsbildung zielt, die zum einen Kontingenzbewältigung ermöglichen und zum anderen Ordnungsbildung reflexiv strukturieren und innerhalb dieses Prozesses Inklusionsdynamiken in Gang setzen – was einen der Hauptgründe dafür darstellt, dass die Idee von Verfassung konzeptionell nicht gegen Entgrenzungsphänomene zu immunisieren ist (Kap. 8). Es geht also nicht so sehr darum, konkrete Macht- und Herrschaftsordnungen, ihre Stabilisierungsleistungen mit Blick auf bestimmte materiale Werte oder symbolische Ordnungsgefüge zu analysieren, sondern eine Epistemologie von Konstitutionalisierung in nuce zu entfalten, um die Entgrenzung von Verfassung, d. h. Formen reflexiver und potenziell universalisierender Ordnungsbildung in den Blick zu nehmen. Zu diesem Zweck werde ich einerseits exemplarisch die transnationale und vorwiegend inkrementelle Verfassungsentwicklung der EU darlegen (Teil II, Kap. 8 – 10) und andererseits – was die weit größere Herausforderung darstellt – den Versuch unternehmen, Elemente der Herausbildung einer Globalverfassung zu rekonstruieren (Teil III, Kap. 11 – 13). Letzteres erfordert auch deshalb einen höheren rekonstruktiven Aufwand zum Ausweis von Strukturentwicklungen, weil wir hierbei in weit stärkerem Ausmaß als etwa im Fall europäischer Integration mit fragmentierten, asynchronen und mehrdimensionalen Ordnungsgebilden konfrontiert sind. Die systematische Herausforderung besteht dabei darin, jene Strukturmerkmale auszuzeichnen, die eine Nötigung auch hinter dem Rücken der Akteure entfalten, ein Weltrechts- oder allgemeiner, ein Weltrechtlichkeitsprinzip zur Geltung zu bringen.

Der zweite Teil der vorliegenden Arbeit ist entsprechend den Strukturmerkmalen und Kernelementen europäischer Verfassungsentwicklung gewidmet. Nachdem ich die m. E. zentralen Konfliktlinien im Umgang mit einem auch normativ verstanden Rechts- und Verfassungsverständnis skizziert habe (Kap. 8), geht es in der Betrachtung der inkrementellen Konstitutionalisierung europäischer »Herrschaftsverhältnisse« darum, darzulegen, wie die Reformulierung der grundlegenden Kategorien des *ius publicum europeum* erfolgte, in deren Rahmen Staatlichkeit, Souveränität, Nation und Territorialität als Konstitutionsprinzipien europäischen Rechts ermäßigt wurden (Kap. 9 und 10). Hier scheint es so, als wäre gerade die Mischung aus hoher Pluralität und dem gleichzeitigen Bemühen politischer, rechtlicher und zivilgesellschaftlicher Akteure, Konvergenzpunkte systematisch auszuzeichnen und dazu zu nutzen, ein allgemeines Normenverständnis zu etablieren, besonders erfolgsträchtig gewesen; mit der Folge,

dass damit nicht nur der Fokus auf Supranationalität, geteilte Souveränität, Multidimensionalität von Bürger_innenschaft und Entterritorialisierung verschoben wurde, sondern dass diese »neuen« Konstitutionsprinzipien auch in ein Verfassungsverständnis eingebettet wurden, das mit den klassischen Kategorien nationalstaatlicher Verfasstheit bricht und Kooperationsstrukturen oberhalb dieser Ebene in rechtlich verfasste Ordnungsbildung transformiert. Darin manifestiert sich eine wichtige Etappe der Entgrenzung von Verfassung und Konstitutionalisierung, die in normativer Hinsicht den Anspruch erhebt, sowohl ein höheres Maß an Reflexivität als auch Inklusivität zu verbürgen (Kap. 9.5 und 10).

Eine weitere Etappe, vielleicht sogar den Fluchtpunkt von Entgrenzung, stellt die Idee einer Globalverfassung dar, die sich insbesondere an den unterschiedlichen Aspekten einer sich zunehmend globalisierenden Menschenrechtsverfassung ausweisen lässt und damit eine weitgehend souveränitätskritische Perspektive in das Völkerrecht einträgt, wobei sich diese Entwicklung nicht nur auf der Ebene positivrechtlicher Kodifizierung, sondern auch auf der Ebene gesellschaftlicher und rechtlicher Praxis zum Ausdruck bringt. Jener Teil der Arbeit ist dem Unterfangen gewidmet, diese Entwicklung aufzuarbeiten und darzulegen, dass die »Konstitutionalisierung« des Völkerrechts nicht primär über externen Problemdruck und den »souveränen« Willen vertragsschließender Staaten erläutert werden kann, sondern über rechtsinterne Dynamiken, die die gleichsam »transzendente« Struktur der Idee konstitutioneller, d. i. rechtswahrender Verfasstheit im Völkerrecht verankern helfen. Dabei werde ich exemplarisch die frühen Kodifizierungsbewegungen, einige potenziell strukturbildende Formen der Aufarbeitung von Menschenrechtsverletzungen – insbesondere die Kosmopolitisierung sowohl von Unrechtserfahrungen als auch richterlicher Rechtsprechung und die partizipationsfördernde Inklusion von Betroffenenperspektiven – und aktuelle Problemlösungsperspektiven im Umgang mit der Fragmentierung des Völkerrechts skizzieren. Damit soll neben einem Ausweis der Entgrenzung von Verfassung die Annahme plausibilisiert werden, dass im Rahmen des Völkerrechts vor allem über den Transmissionsriemen eines transnationalen Menschenrechtsschutzes die Bedeutung von Souveränität für die Reproduktion und Legitimation von Recht gemindert wird.

Nun scheint es vielfach, als würde eine weitgehend frei fluktuierende Jurisgenese, die mit beliebig disponiblen Schiedssystemen einhergeht, nicht nur Praktiken hegemonialer Selbstaneignung und Selbstermächtigung befördern, sondern auch die Fragmentierung trans-, supra- und internationalen Rechts in funktional differenzierte Regime festschreiben; mit der vermeintlich unausweichlichen Folge, dass die kompetitive und agonale Anlage partieller Rechtspraktiken strukturell verankert und somit (Rechts-)Ordnungsbildungen auf höherer Ebene verhindert werden. Vor dem Hintergrund solcher Befunde scheint es prima facie schlecht um die Idee globaler Verfassung und Konstitutionalisierung, d. h. um

die Idee reflexiv verfasster Ordnungsbildung, die Inklusion und Responsivität verbürgt, zu stehen. Zu einer anderen Einschätzung gelangt man allerdings dann, wenn ein stärker rekonstruktiv angelegter Blick auf internationale Rechtsentwicklungen – insbesondere auf die Verwirklichung der Idee internationalen und universal gültigen Rechts sowie auf daran anknüpfende Diskurse – geworfen wird. Dann können bestimmte Strukturmerkmale trans- und internationaler Rechtsentwicklung als konstitutiv ausgezeichnet werden und es kann dargelegt werden, dass über die Ideen eines Weltrechtlichkeitsprinzips und globalen Rechts auch argumentative Nötigungen in die Diskurse eingehen, die wiederum auf der Ebene praktischer Umsetzung zu reflexiver Ordnungsbildung zwingen und normativen Thematisierungen (insbesondere Inklusionsfragen) zugänglich gemacht werden. Zur Plausibilisierung werde ich einige Betrachtungen auf der phänomenologischen Ebene voranstellen, die die Wirkmächtigkeit der Idee universalen Rechts auf der Diskursebene über die Rekonstruktion der Genese eines »Ethos« universalen Rechts, das die normative Dignität partikularer Souveränitätsansprüche hinterfragt, sichtbar machen (Kap. 12.1). Damit kann in einem zweiten Schritt aufgezeigt werden, welche ordnungsbildenden Strukturmerkmale mit dieser Idee verknüpft sind und wie sich jene Merkmale im Rahmen einer »global legacy« (zumindest in nuce) ausgebildet haben. Zum anderen kann dargelegt werden, dass die Entwicklung universalen Rechts und einer internationalen (Rechts-)Ordnung ein mehrdimensionaler Prozess ist, der sowohl durch elitengesteuerte Faktoren (in den sich etablierenden transnationalen institutionellen Foren und Netzwerken) als auch durch bürger_innen- und zivilgesellschaftliche Formen der Kritik, des Protests und des Widerstands, die auf eine Perfektionierung globalen Rechts hin ausgerichtet sind, vorangetrieben wurde. Mit einem rekonstruktiven Zugriff auf die unterschiedlichen Diskurs-, Mobilisierungs- und Rechtsfortbildungsformationen lassen sich unterschiedliche Dimensionen der Genese, Reproduktion und praktischen Implementierung universalen Rechts aufzeigen, wobei einerseits historische Unrechtserfahrungen und Versuche der Vergangenheitsbewältigung und kritischen Selbstreflexion als Impulsgeber einer sich ausbildenden professionalisierten rechtlichen Interpretationsgemeinschaft fungieren, die diese Erfahrungen in einen »corpus juris« übersetzt, systematisiert und weiterentwickelt, während sich entsprechende Prozesse organisationsrechtlicher Verdichtung, institutionellen Designs und sozialer Einbettung so übertragen, dass die organisationsrechtliche und dogmatische Weiterentwicklung des Völkerrechts vermehrt durch transnationale gesellschaftliche Mobilisierung geprägt ist (Kap. 12.2 ff.).

Eine Analyse dieser Entwicklungsprozesse verweist in normativer Hinsicht zum einen auf den Umstand, dass die Idee universalen Rechts, das konstitutionell eingebettet und verfasst ist, einen konstitutiven Bezugspunkt darstellt, der die Artikulation normativer Ansprüche ermöglicht, sodass sich noch die Hinterfra-

gung und Kritik universalen Rechts notwendig in dessen Horizont bewegt. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sich selbst kritische Gegenbewegungen zu- meist auf die normativen und strukturellen Defizite des existierenden global- rechtlichen Systems beziehen und dabei insbesondere die faktischen Unzuläng- lichkeiten in Hinblick auf offene und inklusive Prozesse der Rechtsgenese und ineffektive Formen der Rechtsdurchsetzung und -implementierung kritisieren. Die konstruktiven Bemühungen sind hingegen auf die Verwirklichung »universal gültigen Rechts« bezogen, in dessen Licht strukturelle Defizite – unzulängliche Inklusion, fehlende Verfahrensprinzipien und mangelnde organisationsrecht- liche Einbettung – hervortreten, deren Behebung zum Bezugspunkt internationa- ler Verrechtlichung wird. D. h., auch internationale Verrechtlichung und Konsti- tutionalisierung verdankt seine Dynamik der Entfaltung von subjektiven Rechts- ansprüchen im Modus immanenter Kritik, während diese ihren spezifischen Richtungssinn entweder einer Logik der Reflexivitätssteigerung oder der Proze- duralisierung verdankt, sodass mit Blick auf die »fragmentierte« Struktur moder- nen Völkerrechts dann verdeutlicht werden kann, dass und warum partielle Re- gelungsregime, die nicht in ein System höherer Ordnung, das sekundäre Regeln und Vermittlungsverfahren beinhaltet, eingebettet sind, idiosynkratische, selbstblockierende, hegemoniale oder schlicht arbiträre Reproduktionsstrukturen ausbilden, und dass sich daran eine strukturelle Nötigung anbindet, Verrechtlichung in ein »höheres« Ordnungssystem einzubinden, das als Konstitutionalisierung gefasst werden kann (Kap. 13). Eine globale Konstitutionalisierungspers- pektive, d. h. die »Entgrenzung des Verfassungsbegriffs« bietet nicht zuletzt die Möglichkeit, die Vermittlung konfligierender normativer Ansprüche, Prinzipien und Regeln zu ermöglichen, die wechselseitig von allen Beteiligten und Betrof- fenen anerkannt, akzeptiert und als geteilt betrachtet werden kann. Sie ermög- licht damit die systematische Artikulation der Idee einer responsiven, über inklusi- ve Verfahren und Organisationsprinzipien gesteuerten Verrechtlichung globaler Kooperationsbeziehungen, in der die wechselseitige Anerkennung als Gleiche gewährleistet und in jursgenerative und jurisprudentielle Praktiken umgesetzt werden kann. In diesem Sinne stünde Konstitutionalisierung für ein System wechselseitiger Selbstbeschränkung und Inklusion, d. h. für ein System, das zum einen die demokratische Qualität von Verrechtlichung erhöht und diese zugleich und zum anderen über eine gewaltenteilende und -beschränkende Struktur ver- fahrensmäßig absichert. Verfassung erwiese sich damit erneut als eine Form von Institutionalisierung, die Kontingenzbewältigung, Inklusion und Reflexivität zu gewährleisten sucht.