

# **Konstitutionalismus als globale Errungenschaft**

Von Anne Peters

## **A. Konstitutionalismus als Kündigungsgrund**

Ein Juraprofessor der ostchinesischen Universität für Politik und Recht in Shanghai wurde im August 2013 entlassen, weil er über Konstitutionalismus gelehrt und geforscht hatte – dies berichtete die US-basierte Zeitung Epoch Times, die für ihre kritische Berichterstattung über die Menschenrechtslage in China bekannt ist.<sup>1</sup> Dr. *Zhang Zuezhong* hatte offenbar „Konstitutionalismus“ im Sinne der Maßgeblichkeit einer Verfassung als Grund und Grenze politischer Gewalt erklärt und eingefordert. Nach Auffassung der chinesischen Kommunistischen Partei, die *Zhang* seine Lehrbefugnis entzog, stellt dieses Konzept die „demokratische Diktatur des Volkes“ (und das Deutungsmonopol der Partei über die chinesische Verfassung) in Frage. Tatsächlich wurde der Begriff „Konstitutionalismus“ vor einiger Zeit in einem neuen, semi-offiziellen Parteierlass, zusammen mit weiteren Begriffen (den „Seven Don’t Mentions“), wie „universelle Werte“, „Zivilgesellschaft“ oder „Bürgerrechte“, in Orwell’scher Manier zu einem Unwort erklärt, das an Universitäten nicht in den Mund genommen werden darf.<sup>2</sup>

## **B. Konstitutionalismus als globale Ordnungsidee**

Was ist unter dem von der Partei inkriminierten „Konstitutionalismus“ zu verstehen? „Konstitutionalismus“ ist ein substantielles (nicht nur formales) politisches und juristisches Programm. Konstitutionalisten fordern die Ausrichtung des Rechts an Verfassungsrecht, und zwar nicht nur an eine beliebige Urkunde, die als „Verfassung“ bezeichnet wird, sondern an bestimmte Inhalte und Grundprinzipien, wie Herrschaft des Rechts, Gewaltenteilung bzw. checks and balances, Menschen-

---

<sup>1</sup> *Carol Wickenkamp*, Chinese professor fired for teaching ‘constitutionalism’, Epoch Times vom 28. August 2013.

<sup>2</sup> Vgl. New party directives call for more rigid ideological controls, China Media Bulletin No. 87, abrufbar unter [http://www.freedomhouse.org/cmb/87\\_051613](http://www.freedomhouse.org/cmb/87_051613).

rechtsschutz und Demokratie gebunden ist. Hinzu könnten über die klassischen „westlichen“ liberalen Prinzipien hinaus weitere Prinzipien gezählt werden, wie etwa Solidarität oder gesellschaftliche Harmonie.

Die konstitutionalistische Idee, wie sie – ursprünglich in Europa und in den USA im 18. und 19. Jahrhundert im Sinne der Forderung nach einer geschriebenen Verfassungsurkunde – von Intellektuellen formuliert und dann in die politische Realität umgesetzt wurde, ist allmählich globalisiert und damit auch inhaltlich verändert worden. Sie wurde in zahlreichen Staaten außerhalb des transatlantischen Westens propagiert und zwar nicht nur von westlichen Beratern, sondern auch von lokalen Eliten, und sie wurde vielfach auch realisiert. In neuester Zeit wird Konstitutionalismus als juristische und politische Forderung und damit als wissenschaftliche und praktische Agenda auch in die internationalen Beziehungen und in die Völkerrechtsordnung eingebracht und zwar unter der Überschrift „globaler Konstitutionalismus“ (*global constitutionalism*).

Unter „global“ verstehe ich nicht nur die geographische Verbreitung der Institution der Verfassung und des Ideals des Konstitutionalismus in allen Teilen der Welt, sondern auch deren Verankerung in der globalen Rechtsordnung des Völkerrechts. Damit ist der Konstitutionalismus global im Sinne der Berücksichtigung der Interessen und Anliegen von Menschen in unterschiedlichen kulturellen und wirtschaftlichen Kontexten und im Sinne einer Ausrichtung an universell anerkannten (wenn auch minimalistischen) Rechtsgrundsätzen.

Wichtig für die Erfassung des Phänomens eines globalen Konstitutionalismus ist die Einsicht, dass das Völkerrecht und alles nationale Recht, insbesondere das nationale öffentliche Recht, eng zusammenspielen. Da die internationale Verwaltung und Justiz nur fragmentarisch ausgebildet sind, muss Völkerrecht in erster Linie von staatlichen Behörden und Gerichten angewendet werden, vielfach erst nach seiner Umsetzung in nationale Gesetze. Die dezentrale Anwendung und Durchsetzung des Völkerrechts ist meist sowohl legitimer als auch effizienter als eine zentralisiertere Durchsetzung, jedenfalls so lange wie hierbei die völkerrechtlichen Vorgaben unter Ausnutzung eines universellen *marge d'appréciation* beachtet werden. Wegen dieses Zusammenspiels der beiden Rechtsebenen ist der globale Konstitutionalismus Ebenen übergreifend, er bezieht sich sowohl auf Staatsverfassungen als auch auf das internationale Verfassungsrecht (zu Letzterem sogleich).

Weil das nationale Verfassungsrecht der Staaten in zahlreichen Einzelfragen, insbesondere im Bereich der Menschenrechte, zunehmend an den internationalen Standards ausgerichtet wird, entfalten diese völkerrechtlichen Vorgaben eine deutlich harmonisierende (rechtsvereinheitlichende) Wirkung. Bildlich gesprochen nähern sich also sowohl in der „vertikalen“ Dimension (national-überstaatlich) als auch „horizontal“ (zwischenstaatlich) die Verfassungsnormen einander an. Es

entsteht ein Gewebe von transnationalem Verfassungsrecht. Dieses macht die Globalität konstitutionalistischer Institutionen aus.

### C. Konstitutionalisierung des Völkerrechts

Zunächst möchte ich mich auf das Völkerrecht konzentrieren. Wir beobachten – so die These – die Herausbildung verfassungsartiger Elemente im Völkerrecht, die einen harten Kern dieser Rechtsordnung bilden. So wird die Unterscheidung zwischen Völkerrecht mit Verfassungsrang und dem übrigen, gewissermaßen einfachrechtlichen Völkerrecht möglich. Die Verfassungselemente genießen nicht unbedingt normenhierarchischen Vorrang vor „einfachem“ Völkerrecht, stellen aber auf jeden Fall eine Leitschnur für die Erzeugung, Anwendung und Auslegung von sonstigem Völkerrecht dar. Den Prozess der Entstehung eines Korpus von globalem Verfassungsrecht bezeichnen wir als „Konstitutionalisierung“ des Völkerrechts.<sup>3</sup>

Der Ausdruck „globales Verfassungsrecht“ signalisiert, dass der fragliche Rechtskorpus nicht in einem einzigen Dokument kodifiziert ist, sondern auf verschiedene Verträge, Soft-Law-Texte und Gewohnheitsrecht verstreut ist. Somit ist globales Verfassungsrecht eine Untermenge von internationalen Regeln und Prinzipien, die so wichtig sind, dass sie die Bezeichnung „konstitutionell“ oder „verfassungsartig“ verdienen. Als Verfassungsrecht „im“ Völkerrecht sollten nur solche grundlegenden Normen und Strukturen gelten, welche typische Verfassungsfunktionen erfüllen. Verfassungsrecht normiert erstens grundlegende inhaltliche Prinzipien und kann damit eine Orientierungs-, Symbol- und Identifikationsfunktion entfalten. Zweitens organisiert Verfassungsrecht ein politisches Gemeinwesen. Es legt die Grundzüge der institutionellen Organe und Kompetenzen fest und begrenzt damit gleichzeitig die Macht der jeweiligen Institutionen. Drittens normiert Verfassungsrecht die Modalitäten und Verfahren der Rechtserzeugung und -durchsetzung. Viertens regelt Verfassungsrecht die Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen gegenüber den politischen Gewalten. Im Völkerrecht finden sich Regeln und Prinzipien, die genau diese Funktionen erfüllen, allerdings oft nur in rudimentärer Form. Diese Normen können deshalb als globales Verfassungsrecht, als Verfassungsrecht im Völkerrecht qualifiziert werden.

---

<sup>3</sup> Jan Klabbers/*Anne Peters*/*Geir Ulfstein*, *The Constitutionalization of International Law*, 2009, erweiterte Aufl. 2011; *Anne Peters*, *Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), 3–63; *dies.*, *Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?*, in: Antonio Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, 2012, 118–135.

Vor dem Hintergrund des eben erwähnten Zusammenspiels der Rechtsebenen ist ein zentraler Gedanke derjenige der Konstitutionalisierung als Kompensation.<sup>4</sup> Dieser Idee zufolge wird das nationale Verfassungsrecht durch die Globalisierung und durch globales Regieren unterminiert. Die Globalität zahlreicher gesellschaftlicher Probleme und die deshalb notwendige Verlagerung von Entscheidungsprozessen auf die überstaatliche Ebene höhlen die staatliche Demokratie, den Rechtsstaat und den nationalen Menschenrechtsschutz aus. Um die konstitutionalistischen Errungenschaften zu erhalten, sollte kompensatorisch gegengesteuert werden, und dies kann nur durch die Einführung konstitutionalistischer Prinzipien, Institutionen und Verfahren auf der Ebene des Völkerrechts geschehen. Dies ist umso wichtiger, als gegenwärtig die westlichen Verfassungsstaaten, die den Prozess der Normgebung dominierten, im Prozess der ökonomischen Globalisierung marginalisiert werden. Dies wäre kein Problem, wenn globale (Verfassungs-)Normen (wie fairer Wettbewerb, Schutz von Arbeitern usw.) erarbeitet würden, welche die primär ökonomischen Akteure einhegten. Dies scheint jedoch aktuell nicht zu funktionieren; die ökonomische Globalisierung erfolgt weitgehend regellos.<sup>5</sup>

Optimistische Beobachter<sup>6</sup> diagnostizieren schwach ausgeprägte konstitutionalistische (nach dem oben Gesagten materiell gehaltvolle, und nicht nur organisatorische) Elemente im Völkerrecht. Erstens ist das gegenwärtige Völkerrecht an einem normativen Individualismus ausgerichtet. Individuen agieren heute als globale *bourgeois*. Sehr punktuell und nur allmählich wächst ihnen eine Nebenrolle als Teilnehmer an internationalen Rechtserzeugungsverfahren zu. Mit dieser würden Einzelne den Status von Weltbürgern (*citoyens*) erhalten.

---

<sup>4</sup> Anne Peters, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), 579–610.

<sup>5</sup> Jonas Grätz, The De-Westernisation of Globalisation, in: Oliver Thränert (Hrsg.), *Strategic Trends 2013: Key Developments in Global Affairs*, Center for Security Studies, 2013, 15–34.

<sup>6</sup> Ronald Saint John MacDonald/Douglas M. Johnston (Hrsg.), *Towards World Constitutionalism*, 2005; Jeffrey L. Dunoff/Joel P. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 2009; Martin Scheyli, *Konstitutionelle Gemeinwohlorientierung im Völkerrecht: Grundlagen völkerrechtlicher Konstitutionalisierung am Beispiel des Schutzes der globalen Umwelt*, 2008; Oliver Diggelmann/Tilmann Altwicker, *Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), 623–650; Mehrdad Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht: Zur Herausbildung gemeinschaftsrechtlicher Strukturen im Völkerrecht der Globalisierung*, 2010; Simone Peter, *Public Interest and Common Good in International Law*, 2012; Thomas Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, 2012, sowie Nachweise in Anm. 3 und 4.

Zweitens ist das Prinzip der staatlichen Souveränität von seiner Position als Letztbegründung des Völkerrechts verdrängt worden. Der normative Status der Souveränität wird abgeleitet von dem Rechtsprinzip der Humanität.<sup>7</sup> Souveränität beinhaltet die Verantwortung für den Schutz der grundlegenden Menschenrechte und die Verantwortlichkeit der Regierungen gegenüber den Menschen (Responsibility to Protect – R2P).<sup>8</sup> Wenn und solange ein Territorialstaat seine Schutzverantwortung krass missachtet, vor allem wenn er Kernverbrechen zulässt oder durch Staatsorgane begeht, verwirkt er temporär seine Souveränität und den Anspruch auf Nicht-Intervention. Gleichzeitig geht die Schutzpflicht nach der Logik des Mehrebenensystems auf die internationale Gemeinschaft über. Diese ist also in einer R2P-Situation zu einem Einschreiten zum Schutz bedrohter Menschen theoretisch nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet. Es gibt jedoch keine zentrale Instanz, die definieren würde, welche Maßnahmen genau ergriffen werden müssen, um das Untermaßverbot nicht zu verletzen. Damit bleibt die Schutzpflicht weich und unbestimmt. Beispielsweise ist sie in Bezug auf die massiven Menschenrechtsverletzungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die seit 2011 in Syrien begangen werden, missachtet worden, weil die internationale Gemeinschaft nicht militärisch eingreift, um Massaker zu verhindern. Die Selektivität der Anwendung des Prinzips der R2P verhindert die Herausbildung eines rechtlichen (nicht nur moralischen) Handlungsgebots, unter dessen Geltung sich bestimmte Staaten durch Unterlassen völkerrechtlich verantwortlich machen könnten.

Drittens sind konstitutionelle Grundwerte anerkannt in den Bereichen Menschenrechtsschutz, Klimaschutz und Freihandel. Vor allem bis in die 1990er Jahre wurden hierzu „Weltordnungsverträge“ geschlossen. Allerdings wurden im vergangenen Jahrzehnt (seit dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs von 1998) keine wichtigen multilateralen Abkommen mehr unterzeichnet. Es ist vielmehr ein Trend zur Bilateralisierung und neuen Regionalisierung der internationalen Beziehungen zu beobachten, beispielsweise in Umgehung des multilateralen Handelsrechtsregimes der World Trade Organization (WTO).

Ein viertes Element der Konstitutionalisierung ist die Demokratisierung. Demokratie hat sich als „Goldstandard“ der Legitimation politischer Herrschaft etabliert. Auf der staatlichen Ebene werden demokratische Strukturen weiter verbreitet und

---

<sup>7</sup> *Anne Peters*, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, *European Journal of International Law* 20 (2009), 513–544.

<sup>8</sup> Zum Konzept der R2P vgl. *International Commission on Intervention and State Sovereignty (CISS)*, *Responsibility to Protect*, 2001, abrufbar unter <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>; *A More Secure World, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, United Nations 2004; *World Summit Outcome Document* 2005, Rn. 138–139.

gefestigt. Nach dem Freedom-House-Index sind 90 Staaten als „frei“ zu bezeichnen (im Vergleich zu 65 im Jahr 1990 und 86 im Jahr 2000).<sup>9</sup> Die Bürger werden auf der völkerrechtlichen Ebene durch ihre (demokratischen) Staaten mediatisiert. Selbst wenn jedoch alle Staaten der Welt perfekte Demokratien würden, reichte diese Art der mediatisierten demokratischen Beteiligung nicht aus, um ein Mindestniveau der demokratischen Legitimität des globalen Regierens zu erreichen.

Die Gründe liegen in der Existenz einer zwischenstaatlichen Oligarchie, der Dominanz der staatlichen Exekutiven in der Außenpolitik, der undemokratischen internen Struktur der internationalen Organisationen sowie der Dynamik internationaler Vertragsregime (das „Blankoscheck“-Problem). Ein weiterer Grund ist die fehlende globale *constituency*, denn die Summe der nationalen Wähler bildet nicht ohne weiteres eine globale Wählerschaft. Des Weiteren ist die „innerstaatliche“ Demokratie in dreifacher Weise durch die Globalisierung beschädigt worden: Erstens beeinträchtigt die reduzierte Problemlösungskapazität der Nationalstaaten die nationale (demokratische) Selbstbestimmung. Zweitens entfaltet staatliches Handeln heute in größerem Umfang extraterritoriale Auswirkungen und tangiert dadurch das Leben von Personen, welche keine Chance haben, in demokratischen Verfahren Einfluss auf die Entscheidungsträger zu nehmen und dadurch in einem demokratischen Sinne die sie berührenden politischen Entscheidungen mitzubestimmen. Drittens können die extrem komplexen globalen Probleme von demokratisch legitimierten Politikern nicht ohne Rekurs auf Experten, die ihrerseits keinerlei demokratische Legitimation genießen, bearbeitet werden.

So gesehen sind die formal-demokratischen Prozesse in Nationalstaaten selbst weitgehend zu Ritualen verkümmert, welche das demokratische Prinzip der Mitbestimmung Betroffener („no taxation without representation“) nur noch unvollkommen realisieren. Wegen der Schwäche der demokratischen Basis können nun die zwischenstaatlichen Entscheidungsverfahren (Rechtserzeugung, Rechtsanwendung und -durchsetzung), welche ihre Legitimation aus den vorausgehenden Willensbildungsprozessen in den Staaten selbst ableiten, kaum ihrerseits schon kraft dieser Ableitung ausreichend mittelbar demokratisch legitimiert werden. Wenn der demokratische Grundsatz der Mitbestimmung Betroffener an politischen Entscheidungen Substanz haben soll, muss es natürlichen Personen ermöglicht werden, unabhängig von, beziehungsweise neben ihren Intermediären, den Staaten, an der Rechtserzeugung auf der überstaatlichen Ebene beteiligt zu werden. (Dies bezeichne ich als die „nichtstaatliche Schiene“ der globalen Demokratisierung).

Die von den Nationalstaaten abgeleitete und die direkte demokratische Legitimation stellen zwei Säulen eines globalen demokratischen Systems dar. Allerdings

<sup>9</sup> Abrufbar unter <http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2013>.

bestehen hier Spannungen zwischen jeweils gegenläufigen Prinzipien: Erstens steht der völkerrechtliche Grundsatz der Gleichheit der Staaten in Kontrast zum demokratischen Ideal der Gleichheit der Bürger; solange in der Generalversammlung jeder Staat eine Stimme hat, werden die Bürger bevölkerungsreicher Staaten krass unterrepräsentiert. Zweitens müssten Gremien in internationalen Organisationen, um effizient handeln zu können, mit Mehrheit entscheiden, anstatt auf Einstimmigkeit zu warten, die meist nicht erzielt werden kann. Die auf zwischenstaatlicher Ebene getroffene Mehrheitsentscheidung wird jedoch die innerstaatliche, möglicherweise in einem demokratischen Prozess gefällte Entscheidung konterkarieren und könnte somit aus Sicht der Bürger eines in einer Organisation überstimmten Staates als „undemokratisch“ empfunden werden.

Ein weiteres Phänomen ist die sektorielle Konstitutionalisierung im Völkerrecht, also die Herausbildung von konstitutionalistischen Strukturelementen im Primär- und Sekundärrecht internationaler Organisationen.<sup>10</sup> Zum geltenden Organisationsrecht gehören folgende konstitutionalistische Prinzipien: die *rule of law*, das institutionelle Gleichgewicht, die Rechenschaftspflichtigkeit und die gerichtliche Kontrolle von Rechtsakten der Organisationen.<sup>11</sup> Diese Prinzipien sind aber vielfach weder besonders stark noch konkret ausgestaltet und damit mehr oder minder operativ. Die am weitesten in diesem Sinne konstitutionalisierten Organisationen sind die WTO und die EU. Demgegenüber weisen die Vereinten Nationen noch konstitutionalistische Defizite auf, die anlässlich der Verhängung gezielter Sanktionen durch den Sicherheitsrat manifest wurden.

Ein anti-konstitutionelles Moment stellt zum einen die Hegemonie weniger Großmächte und oligarchische Entscheidungsmechanismen (etwa die Vorherrschaft der ständigen Mitglieder im UN-Sicherheitsrat) dar. Als weiterer Gegenrend könnte sich die „Privatisierung“ des Völkerrechts erweisen. Mit diesem Schlagwort ist zum einen die Beteiligung privater Akteure, vor allem von Wirtschaftsunternehmen, an der Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungstätigkeit<sup>12</sup> und des Weiteren deren zunehmendes Potential zur Beeinträchtigung völkerrechtlich geschützter Güter, etwa der internationalen Menschenrechte, gemeint. Die völkerrechtsrelevante Aktivität dieser privaten Akteure ist im Ausgangspunkt nicht gemeinwohl-, sondern profitorientiert. Sie müsste deshalb, um Legitimität beanspruchen zu können und um nicht völkerrechtliche Errungenschaften zu

---

<sup>10</sup> Anne Peters, *The Constitutionalisation of International Organisations*, in: Neil Walker et al. (Hrsg.), *Europe's Constitutional Mosaic*, 2011, 253–285.

<sup>11</sup> General Assembly, Resolution 66/102 vom 13.1.2012 (UN Doc. A/RES/66/102).

<sup>12</sup> Hierzu Anne Peters/Lucy Köchlin/Till Förster/Gretta Fenner Zinkernagel (Hrsg.), *Non-State Actors as Standard Setters*, 2009.

unterminieren, wiederum konstitutionell eingefangen, also an prozedurale und materielle, „höhere“ Standards gebunden werden.<sup>13</sup>

Wichtig ist ferner die Fragmentierung des Völkerrechts, welche die Konstitutionalisierungsthese sowohl in ihrer deskriptiven als auch in ihrer präskriptiven Dimension in Frage stellt. Angeblich folgen völkerrechtliche Teilregime jeweils ihrer eigenen Logik. Die Konstitutionalisierungsthese wird als konzeptionelles Bollwerk gegen die Fragmentierung entlarvt, als kläglich zum Scheitern verurteilter Versuch der Einheitsstiftung. Letztlich überzeugen aber weder jener analytische noch der normative Einwand. Die Fragmentierung wurde überzeichnet, denn die Monitoring- und Streitbeilegungsinstanzen der speziellen Völkerrechtsregime stehen in einem Dialog. Auch richten sie sich durchaus an überwölbenden Prinzipien aus, die als Verfassungsrecht angesehen werden können. Schließlich ist das normative Ideal des globalen Konstitutionalismus nicht Holismus, sondern im Gegenteil Pluralismus.<sup>14</sup>

#### D. Konstitutionalismus als Kopfgeburt

Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts hinkt. Die Treiber der Konstitutionalisierung des Völkerrechts sind nicht die politischen rechtssetzenden und -anwendenden Akteure. Vielmehr sind es zum einen Wissenschaftler, die eine konstitutionalistische Lesart des Völkerrechts vorschlagen.<sup>15</sup> Zum anderen sind es internationale Gerichte und Schiedsgerichte.<sup>16</sup> Ein Kernelement der Konstitu-

<sup>13</sup> Siehe für die Menschenrechtsbindung transnationaler Unternehmen UN Guiding Principles on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (2011), Report of the Special Representative of the Secretary-General with Guiding Principles in the Annex (UN Doc. A/HRC/17/31) vom 21. März 2011, vom UN Menschenrechtsrat angenommen am 6. Juli 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/17/4); OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Aus der Literatur Radu Mares (Hrsg.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, 2012; *Surya Diva*, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, 2012.

<sup>14</sup> James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995.

<sup>15</sup> Siehe die Nachweise in Anm. 6.

<sup>16</sup> Siehe z.B. I.C.J., *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 66, Rn. 19; ICTY, case No. IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber vom 2. Okt. 1995, Rn. 26–28; ECtHR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Appl. No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, Series A 310, Rn. 75; EuGH, Gutachten 1/91, Gutachten 1/91 – *EWR*, Slg. 1991-I, 6079.

tionalisierung ist, neben der Herausbildung von Verfassungsprinzipien, die Juridifizierung der internationalen Streitbeilegung (zum Teil durch Richterrecht selbst), nicht aber die Weiterentwicklung der Rechtssetzungs- und -anwendungsprozesse.

Eine derartige akademische und judizielle Konstitutionalisierung kann als unpolitisch und legalistisch angesehen werden. Gegen richterliche Konstitutionalisierung ist wegen der Schwerfälligkeit der völkerrechtlichen Rechtssetzung kaum eine *legislative response* möglich. Dies delegitimiert auch den gerichtlichen Aktivismus, da in dieser Konstellation die fehlende Gegenreaktion der Rechtssetzer nicht als stillschweigende (politische) Zustimmung qualifiziert werden kann. Die Abhilfe gegen einen zu „legalistischen“ und zu „juristokratischen“ Prozess der Konstitutionalisierung ist natürlich nicht, diesen Prozess zu beenden, sondern ihn zu politisieren und zu demokratisieren. Dies kann aber wiederum nur „bottom-up“ geschehen und nicht per Gerichtsurteil oder akademischem Aufsatz dekretiert werden.<sup>17</sup>

Der globale Konstitutionalismus könnte zwischen Skylla und Charybdis lavieren: Entweder er ist zu anspruchsvoll und damit sowohl deskriptiv als auch normativ verfehlt – oder er ist zu anspruchslos und damit ebenfalls problematisch. Wenn er die tatsächliche Geltung hoher konstitutionalistischer Standards unterstellt und ein übertrieben optimistisches Bild der Rechtsrealität außereuropäischer Staaten und des Völkerrechts zeichnet, wäre das Konzept analytisch verzerrt. Wenn der globale Konstitutionalismus hohe Standards fordert und die kulturelle Vielfalt nicht-westlicher Gesellschaften einerseits und die besondere Struktur des Völkerrechts andererseits nicht ausreichend berücksichtigt, kann er keine sinnvolle Anweisung für die Weiterentwicklung des nationalen und des internationalen Rechts geben. Damit wäre er auch normativ nicht zielführend, sondern würde im Gegenteil einen Irrweg darstellen, der aufgrund seiner Abstraktheit und Pseudo-Universalität den Weg zur Lösung realer gesellschaftlicher Probleme (auf nationaler und überstaatlicher Ebene) verbaut.

Umgekehrt könnten Zugeständnisse an die Funktionsbedingungen nicht-westlicher Gesellschaften und die „Transposition“ des Konstitutionalismus auf die internationale Ebene<sup>18</sup> die Grundgedanken derartig verwässern, dass letztlich das Konzept des Konstitutionalismus vollständig verdünnt und somit juristisch und politisch wertlos wird. Ein zu weites und damit entleertes Verfassungsverständnis

---

6102, Rn. 21; EuGH (Grosse Kammer), Rs. C-402/05P und C-415/05P – *Kadi und Al Barakaat v. Rat und Kommission*, Urteil vom 3. Sept. 2008, Slg. 2008, I-6351.

<sup>17</sup> Isabelle Ley, *Opposition im Völkerrecht*, 2013.

<sup>18</sup> Neil Walker, *The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key*, in: Grainne de Búrca et al. (Hrsg.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, 2001, 31–59.

könnte schon darin liegen, dass im globalen Konstitutionalismus der Begriff des Verfassungsrechts auf juristische Mechanismen der Konstituierung und Begrenzung der transnational tätigen Entitäten (Staaten, internationale Organisationen, Wirtschaftsunternehmen, NGOs und Individuen) bezogen wird, angeblich unter Preisgabe des Bezugs zum „Politischen“. Es kommt aus dieser Perspektive darauf an, ob grenzüberschreitend spürbare Rechts- und Realakte solcher Akteure als Ausübung „politischer“ Macht angesehen werden können und ob das konstituierende und kanalisierende globale Verfassungsrecht seinerseits aus „politischen“ (im Gegensatz zu rein technischen oder rein juristischen) Prozessen gewachsen ist und weiter wachsen kann. Wenn die Idee des globalen Konstitutionalismus nur eine Kopfgeburt westlicher Intellektueller wäre, wäre sie nicht tragfähig. Und selbst wenn (wie ich annehme) globaler Konstitutionalismus eine Grundlage im geltenden transnationalen Recht hat und ansatzweise politische Unterstützung genießt, bleibt er nur dann analytisch und normativ relevant, wenn das Programm beide Extreme, überhöhte Ansprüche einerseits und Verflachung andererseits, vermeidet.

### **E. Konstitutionalismus als Kritik**

Die eingangs geschilderte Sanktionierung der Verbreitung konstitutionalistischen Gedankenguts durch chinesische Behörden ist ambivalent und kann auf radikal unterschiedliche Weise gedeutet werden: Entweder illustriert sie, dass die Umsetzung der Idee des Konstitutionalismus (einschließlich des darin mitgedachten Respekts der Menschenrechte) auf Umweltbedingungen angewiesen ist, die in vielen Teilen dieser Welt, so auch in China, fehlen.<sup>19</sup> Hierzu gehört unter anderem eine politische Kultur, welche tatsächlich dem Recht, insbesondere dem Verfassungsrecht, den Vorrang vor konkurrierenden ideellen Systemen (vor politischen Ideologien wie dem Kommunismus, vor religiösen Systemen wie etwa dem Christentum oder dem Islam) zugesteht und das Recht als letztmaßgebliches Ordnungssystem für Gesellschaften und das öffentliche Leben ansieht. Oder aber der Maulkorberlass der chinesischen KP beweist, dass die Machthaber den potentiell transformatorischen Gehalt des Konstitutionalismus so ernst nehmen, dass sie dieses Potential im Keim zu ersticken suchen.

In Bezug auf den Schlüsselbegriff der „Menschenrechte“ haben ursprünglich skeptische Staaten solche Erstickungsversuche längst aufgegeben und durch eine Appropriierungsstrategie ersetzt. Schauen wir uns das Beispiel Chinas an: Die

<sup>19</sup> *Chris Thornhill*, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, 2013; *Martin Morlok*, *Verfassungssoziologie*, 2014.

chinesische Verfassung in der Fassung vom 14. März 2004 enthält Menschenrechtsvorschriften (Kapitel II: „Die grundlegenden Rechte und Pflichten der Bürger“; Art. 33–56). Seit einer Verfassungsreform von 1999 bezeichnet sich China als „sozialistischer Staat unter der Herrschaft des Rechts“ (Art. 5 Abs. 1 der chinesischen Verfassung).<sup>20</sup> Das Informationsbüro des Staatsrats verabschiedete im Mai 2013 ein „White Paper“ über den „Fortschritt von Chinas Menschenrechten im Jahr 2012“.<sup>21</sup> Im Oktober 2012 veröffentlichte das Büro ein Papier zur Justizreform in China.<sup>22</sup> Mit der 2013 in Kraft getretenen Reform des Strafprozesses wurde die Beweisgewinnung durch Folter verboten, die Rechte von Angeklagten gestärkt und die Todesstrafe eingeschränkt.<sup>23</sup>

Ich selbst weiß nicht, wie gut die neuen Vorschriften umgesetzt werden und wie die Verfassungsformel der „Herrschaft des Rechts“ von chinesischen Behörden und Gerichten interpretiert wird. Die Normierung dieser Standards ist jedoch eine *conditio sine qua non* für ihre Befolgung, und so gesehen sind die Reformen zumindest ein erster notwendiger Schritt in die Richtung der Etablierung einer konstitutionalistischen Rechtsordnung. Allerdings fällt Folgendes auf: Während der chinesische Staatsrat noch vor drei Jahren berichtete, dass ein Menschenrechtsaktionsplan das „constitutional principle of respecting and protecting human rights“ umsetzen solle,<sup>24</sup> kommt im aktuellen White Paper „Progress in China’s Human Rights in 2012“ vom 14. Mai 2013 das Wort „Verfassung“ nicht mehr vor.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Eine englische Übersetzung der Verfassung ist abrufbar unter [http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7101466.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7101466.htm).

<sup>21</sup> Abrufbar unter [http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-05/14/c\\_132380706.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-05/14/c_132380706.htm).

<sup>22</sup> Abrufbar unter [http://german.china.org.cn/pressconference/2012-11/01/content\\_26973229.htm](http://german.china.org.cn/pressconference/2012-11/01/content_26973229.htm).

<sup>23</sup> Eine englische Übersetzung der Gesetzesänderungen ist abrufbar unter <http://lawprofessors.typepad.com/files/130101-crim-pro-law-as-amended-en.pdf>. Die Art. 50, 54 betreffen das Folterverbot, Art. 239, 240 die Todesstrafe. Weitere Artikel zum Thema: *Joshua Rosenzweig, Flora Sapio, Jiang Jue, Teng Biao, Eva Pils*, CRJ Occasional Paper (17 May 2012): The 2012 Revision of the Chinese Criminal Procedure Law: (Mostly) Old Wine in New Bottles, abrufbar unter <http://www.law.cuhk.edu.hk/research/crj/download/papers/CRJ%20Occasional%20Paper%20on%20CPL%20revision%20120517.pdf>. *Hugo Winckler*, Reforming China’s Criminal Procedure Law, abrufbar unter <http://chinaperspectives.revues.org/5971?file=1>.

<sup>24</sup> Informationsbüro des Staatsrats, White Paper on Progress in China’s Human Rights in 2009 vom September 2010, abrufbar unter [http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7101466.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7101466.htm).

<sup>25</sup> Vgl. [http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-05/14/c\\_132380706.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-05/14/c_132380706.htm) (Anm. 21).

Selbst vor ihrer realen Umsetzung könnten Rechtsvorschriften und der Begriff der Verfassung eine diskursprägende Kraft entfalten und gerade diese scheint das neue chinesische Weißpapier vermeiden zu wollen. Beispielsweise bietet die Aneignung des Begriffs der Menschenrechte durch China und andere nicht-westliche Staaten die Chance, dass über diesen Begriff eine Debatte geführt wird. Sie erlaubt es, Machthaber darauf anzusprechen und anhand der von ihnen selbst akzeptierten Maßstäbe zu kritisieren. Staaten müssen sich die von ihnen unterzeichneten und ratifizierten Verträge entgegenhalten lassen, wenn sie sich nicht in einen Selbstwiderspruch verwickeln wollen.

Allerdings ist die diskursive Kraft von Begriffen wie „Menschenrechte“, „rule of law“ und „Verfassung“ ziemlich schwach. Die Konzepte können so stark verwässert werden, dass sie nicht mehr zur Kritik taugen, sondern im Gegenteil als Feigenblatt benutzt werden. Dies passiert immer wieder, und in diesen Konstellationen erweist sich der konstitutionalistische Diskurs als oberflächlich oder sogar als schädlich. Jedoch oszillieren die globalen Interaktionen regelmäßig zwischen den Polen Kritik und Apologie hin und her; es hängt von weiteren kontextuellen Faktoren ab, welcher der Effekte phasenweise die Oberhand hat.

Die optimistische Interpretation der chinesischen Episode halte ich für gewagt, aber vertretbar. Das in diesem Beitrag gezeichnete Bild der gegenwärtigen Rechtsentwicklung auf der internationalen und der nationalen Ebene ist ohnehin nicht technisch und wertneutral. Es ist inspiriert von einer Idee, deren Kenntnis es dem Beobachter erst erlaubt, bestimmte Phänomene als Manifestationen einer globalen Konstitutionalisierung hervorzuheben, einzuordnen und zu etikettieren. Die im Titel dieses Beitrags steckende These, dass Konstitutionalismus eine globale Errungenschaft ist, besagt nicht nur, dass sich Verfassungen bzw. Verfassungsrecht als juristische Institution, begleitet von der Idee des Konstitutionalismus, global ausgebreitet haben, sondern befürwortet dies auch.

Dies gilt natürlich insgesamt für den globalen Konstitutionalismus als Programm: Dieses hat sowohl eine deskriptive als auch eine präskriptive Facette, die nicht trennscharf voneinander abzugrenzen sind. Es bezweckt nicht, dem Völkerrecht eine Scheinlegitimität zu verleihen. Vielmehr können aus dieser Perspektive Legitimitätsdefizite im Völkerrecht aufgedeckt werden, ohne mittels eines pauschalen Vorwurfs der fehlenden Legitimität die Autorität des Völkerrechts als solches zu unterminieren. Der globale Konstitutionalismus ist somit am wertvollsten als Kritik. Und es ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft, dieses kritische Potential konstruktiv zu entfalten.