



**International Constitutional Law  
University of Vienna**

**ICL-Working Paper 01/2007**

**Transnationalisierung des Rechts,  
Transitional Constitutionalism und  
Internationales Verfassungsrecht**

LUKAS OBERNDORFER

WIEN

Zitiervorschlag:

*Oberndorfer*, Transnationalisierung des Rechts, Transitional Constitutionalism  
und Internationales Verfassungsrecht.  
ICL-WorkingPaper 01/2007 ([www.icl-workshop.com](http://www.icl-workshop.com))

# Transnationalisierung des Rechts, Transitional Constitutionalism und Internationales Verfassungsrecht<sup>1</sup>

LUKAS OBERNDORFER

## I. Einleitung

Die voranschreitende Transnationalisierung des Rechts erfordert zu ihrer Entschlüsselung neue Ansätze und Wissenschaftsdisziplinen. Es gilt nicht nur die Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen, sondern auch die Schnittstelle von nationalem Verfassungsrecht, regionalem Integrationsrecht und internationalem Recht in den Fokus der Untersuchung zu rücken. Diesen Anspruch, Verfassung im Mehrebenensystem darzustellen, verfolgt das Internationale Verfassungsrecht<sup>2</sup> (International Constitutional Law – ICL). Im Jahr 2005 gelang es Harald Eberhard, Konrad Lachmayer und Gerhard Thallinger<sup>3</sup> erstmals, diesen Anspruch in Österreich zu verorten, indem sie an der Universität Wien einen Workshop on International Constitutional Law durchführten.<sup>4</sup>

Unter dem Schwerpunkt "Transitional Constitutionalism" beschäftigte sich nun der 2<sup>nd</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law<sup>5</sup> im Mai 2006 mit

---

<sup>1</sup> Zugleich ein Tagungsbericht des 2<sup>nd</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law. Die Abschnitte I. und III. bis V. sind als eigenständiger Beitrag in der Zeitschrift für Verwaltung erschienen: *Oberndorfer*, Transitional Constitutionalism, Internationales Verfassungsrecht und Rechtsvergleichung, ZfV 2007, 627. Ich danke *Judith Schacherreiter* und *Tanja Jenni* für Lektüre und Anregungen.

<sup>2</sup> *Uerpmann*, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565; *Halter*, Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende, AöR 2003, 511; *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts, in *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht (2005) 175; *Eberhard/Lachmayer*, Internationales Verfassungsrecht als internationale Verfassungswissenschaft?, ICL-Working Paper 01/2006, [http://www.internationalconstitutionallaw.net/working\\_papers\\_volumes](http://www.internationalconstitutionallaw.net/working_papers_volumes) (01.06.2007).

<sup>3</sup> *Dr. Harald Eberhard* und *Dr. Konrad Lachmayer* sind Universitätsassistenten am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien; *Dr. Gerhard Thallinger* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien.

<sup>4</sup> 1<sup>st</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law (20. und 21. Mai 2005, Juridicum/Universität Wien). Siehe dazu *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg), Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht (2005); *Ribarov*, Die Bedeutung des internationalen Verfassungsrechts im Transitionsprozess Afghanistans, Ein Bericht über den 1<sup>st</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law, *juridicum* 2005, 99; *Bauer/Mikulasek*, Looking Beyond the National Constitution – The Growing Role of Contemporary International Constitutional Law. Reflections on the First Vienna Workshop on International Constitutional Law, *German Law Journal* 2005, 1109.

<sup>5</sup> Dieser fand am 19. und 20. Mai 2006 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien statt. Siehe dazu den Tagungsband *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg),

rechtlichen Fragen, die sich in Zeiten des politisch-gesellschaftlichen Umbruchs stellen. In einem zweitägigen gemeinsamen Diskurs bearbeiteten WissenschaftlerInnen, Studierende und PraktikerInnen die von den acht international zusammengesetzten Vortragenden<sup>6</sup> aufbereiteten Aspekte des "Verfassungsrechts im Übergang". Dieses Arrangement ermöglichte es, der zentralen Methode des ICL gerecht zu werden: "Rechtsvergleichung bedeutet [...] die Herstellung eines internationalen Gesprächs über die Probleme der Rechtswissenschaft."<sup>7</sup>

Bevor der Schwerpunkt der Tagung "Transitional Constitutionalism" in den Mittelpunkt des Beitrages rückt, soll zur besseren Verständlichkeit zunächst auf die folgenden Aspekte eingegangen werden: Einmal gilt es mit der Transnationalisierung des Rechts – die als Konstitutionalisierung, Individualisierung und Fragmentierung des Rechts verstanden wird – jenen Trend darzustellen, der die Etablierung des ICL antreibt und zu dessen wissenschaftlicher Erfassung und Aufschlüsselung es dienen kann. Danach sollen Ansatz des ICL und die Rechtsvergleichung als Methode und Wissenschaft skizziert werden.

## II. Transnationalisierung des Rechts

Die Erkenntnis des International Constitutional Law, dass die herkömmliche Verfassungsvergleichung durch die Untersuchung der rechtlichen Wechselwirkungen von Verfassungen im internationalen Mehrebenensystem zu ergänzen ist<sup>8</sup>, baut auf der Beobachtung auf, dass sich das Rechtssystem vor allem in den letzten zwei Jahrzehnten durch seine Internationalisierung und Transnationalisierung stark gewandelt hat. Eine typologisierende Betrachtung dieser dynamischen Veränderung des Rechts – die mit dem Zusammenbruch des realsozialistischen Systems stark an Tempo gewonnen hat<sup>9</sup> – lässt drei zentrale Trends erkennen, die sich als Konstitutionalisierung, Individualisierung<sup>10</sup> und Fragmentierung<sup>11</sup> des Rechts begrifflich fassen lassen.

---

Transitional Constitutionalism – Proceedings of the 2<sup>nd</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law (2007); [www.internationalconstitutionallaw.net/workshop\\_2](http://www.internationalconstitutionallaw.net/workshop_2) (01.06.2007).

<sup>6</sup> Für nähere Angaben siehe die entsprechenden FN im Teil IV (Transitional Constitutionalism – Verfassungsrecht im Übergang).

<sup>7</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1998) 3.

<sup>8</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Über Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts, in *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg) Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht (2005) 175 (185).

<sup>9</sup> *Koskenniemi*, Global Governance and Public International Law, *Kritische Justiz* 2004, 241 (248).

<sup>10</sup> Zu den Begriffen Konstitutionalisierung und Individualisierung siehe vor allem *Dörr*, "Privatisierung" des Völkerrechts, *JZ* 2005, 905 und *Kadelbach/Kleinlein*, Überstaatliches Verfassungsrecht – Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, *Archiv des Völker-*

## 1. Konstitutionalisierung

Die Wahrnehmung von Konstitutionalisierung jenseits des Nationalstaates hat eine zentrale epistemologische Voraussetzung. Sie wird nur dann als solche erkannt, wenn Verfassung als Grundkonsens verstanden wird, der einer verfassten oder zu verfassenden Einheit eine grundlegende Wertordnung an die Hand gibt.<sup>12</sup> Damit sind Verfassungen auf Ebene des Völkerrechts, zB bei internationalen Organisationen, auf supranationaler Stufe, aber auch unterhalb des Nationalstaates (bspw Landesverfassungen) angesprochen.<sup>13</sup> Wer Verfassung jedoch als notwendigerweise und überzeitlich mit der Trias Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt verbunden sieht<sup>14</sup>, verschließt sich der Untersuchung transnationaler Verrechtlichung, die es aufgrund ihres materiellen Gehalts, ihrer zunehmenden Verdichtung und Hierarchisierung nahe legt, von "Internationalem Verfassungsrecht" zu sprechen.

Das durch regionale Integration Verfassungsrecht entstehen kann, ist zunehmend unbestritten.<sup>15</sup> Besonders illustrativ ist der Konstitutionalisierungsprozess im Rahmen der Europäischen Union. Unmittelbare Anwendbarkeit, Vorrangrechtssprechung, implied powers- Lehre und Praxis, ausschließliche Kompetenzen und Sperrwirkung, sowie die weit reichende Grundrechtsjudikatur des EuGH zeigen deutlich, dass sich die Gemeinschaft bereits nachhaltig von ihrer völkerrechtlichen Grundlage abgelöst und konstitutionalisiert hat.<sup>16</sup> Auch wenn die europäische Integration am weitesten fortgeschritten ist, lassen sich konstitutionelle Elemente auch in anderen Regionen beobachten. Den Nukleus dieser Entwicklung

---

rechts, 2006, 235 (248-265); aus politikwissenschaftlicher Perspektive *Gill*, *European Governance and New Constitutionalism: Economic and Monetary Union and Alternatives to Disciplinary Neoliberalism in Europe*, *New Political Economy* 1998, 5.

<sup>11</sup> Eine systemtheoretische Fragmentierung des Rechts argumentieren *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (2006); diese Fragmentierung kritisch hinterfragend *Buckel*, *Global Non-State* – Überlegungen für einer materialistische Theorie des transnationalen Rechts, in *Buckel/Dackweiler/Noppe*, *Formen und Felder politischer Intervention* (2003) 50; Für eine postmoderne Perspektive *M. Burgstaller*, *United We Stand v Divided We Fall – Aufstieg oder Fall der Internationalen Rechtsordnung*, *juridikum* 2002, 9.

<sup>12</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, *Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts* 179f.

<sup>13</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, *Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts* 179f.

<sup>14</sup> Statt vieler *Kirchhof*, *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg) *Handbuch des Staatsrechts I*, 1987 § 19 Rz 56ff.

<sup>15</sup> *Beutler* spricht im Kontext der europäischen Integration bspw von einer "Verselbstständigung des Verfassungsbegriffs", einem eigenen "Verfassungssystem" und der "Europäischen Verfassungslehre". *Beutler* in von der *Groeben/Schwarze*, *EU-/EG-Vertrag Kommentar*<sup>6</sup>, Art 6 EUV, Rz 5.

<sup>16</sup> *Engel* umschreibt dies als "de facto"-Verfassung. *Engel*, *The European Charter of Fundamental Rights*, *ELJ* 2001, 151.

in Lateinamerika<sup>17</sup> und Afrika<sup>18</sup> bilden subjektive Rechte Privater, die diesen im Rahmen von integrierten Wirtschaftsräumen eingeräumt werden. Bspw umfasst der lateinamerikanische Andenpakt<sup>19</sup> die Gewährleistung des freien Personen-, Waren- und Dienstleistungsverkehrs. Die Reichweite der Grundfreiheiten des Mercado Común del Sur<sup>20</sup> ist durch ergänzende Vereinbarungen vom Dezember 2002 an jene des Andenpakts angeglichen.<sup>21</sup> Das ständige Revisionsgericht und das Parlament des MERCOSUR – die 2004 geschaffen wurden – sind im Hinblick auf ihre Kompetenzen nicht mit ihren europäischen Gegenübern vergleichbar. Mit der Zeit könnten sie jedoch eine ähnlich integrative Rolle einnehmen.<sup>22</sup> Auch in Afrika haben sich mehrere Integrationsräume gebildet, von denen wenigstens vier Grundfreiheiten vorsehen, die jenen der EU gleichen.<sup>23</sup> Der Verlauf der Europäischen Integration sollte aber keinesfalls mechanistisch in die rechtlichen Entwicklungsprognosen anderer Regionen eingeschrieben bzw auf diese übertragen werden. Das einem solchen Vorgehen oft zugrunde liegende teleologische Welt- bzw Rechtsverständnis übersieht, dass rechtliche Prozesse – insb jene der Konstitutionalisierung – von gesellschaftlichen Verhältnissen, vor allem von ökonomischen und kulturellen Strukturen, durchzogen sind. So erzeugt die wirtschaftliche Peripherisierung von Nationalstaaten bzw ganzer Regionen in der und durch die Weltökonomie beträchtliche Widersprüche, die einer regionalen Konstitutionalisierung entgegenstehen können.

Diese Widersprüche – welche durch die Hegemonie neoliberaler Entwicklungspfade tendenziell vertieft werden – haben auch einen großen Anteil daran, dass sich die Konstitutionalisierung des Völkerrechts nur bruchstückhaft vollzieht und von

---

<sup>17</sup> Für eine instruktive Übersicht siehe *Hummer*, Integration in Lateinamerika und in der Karibik, VRÜ 2005, 6; Für eine Analyse der wirtschaftlichen Integration in den Amerikas mit besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf indigene Rechte, sozialen Ausgleich und Umweltschutz siehe *Schabus*, The Struggle for Social Equality, Environmental Protection and Indigenous Rights in the Americas in a Time of World-Wide Trade Liberalization, *juridikum* 2006, 107.

<sup>18</sup> *Dörr*, JZ 2005, 908.

<sup>19</sup> Siehe den am 26.5.1969 unterzeichneten "Acuerdo Cartagena". Mitglieder sind Bolivien, Ecuador, Kolumbien, Peru. Texte sind unter [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org) abrufbar.

<sup>20</sup> Vertragliche Grundlage ist der "Tratado de Asunción" vom 26.3.1991 (abrufbar unter [www.mercosur.org](http://www.mercosur.org)). Mitglieder sind Argentinien, Brasilien, Paraguay, Uruguay und Venezuela; assoziiert sind Bolivien, Chile Ecuador, Kolumbien und Peru.

<sup>21</sup> *Dörr*, JZ 2005, 908.

<sup>22</sup> *Pavón Piscitello/Schmid*, Der EuGH als Vorbild: Erste Entscheidung des ständigen Mercosur-Gerichts, *EuZW* 2006, 301; *Hummer*, Neuerungen im lateinamerikanischen und karibischen Integrationsrecht, VRÜ 2006, 66 (80-84).

<sup>23</sup> *Dörr* zählt hierzu die Gemeinschaft der Staaten des östlichen und südlichen Afrikas (COMESA), die Wirtschaftsgemeinschaft Westafrikanischer Staaten (ECOWAS), die Westafrikanische Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA) und die Wirtschaftsgemeinschaft Zentralafrikanischer Staaten. *Dörr*, JZ 2005, 905 (908).

der idealistisch anmutenden *Habermasschen* Konzeption einer Weltverfassung<sup>24</sup> nicht die Rede sein kann. Trotzdem können in Teilbereichen auch auf internationaler Ebene Ansätze von Konstitutionalisierungsprozessen beobachtet werden. Neben der älteren – wenn auch mit neuen Argumenten<sup>25</sup> unterfütterten – Debatte, ob die Vorrangigkeit der UNO-Charta sowie die Normen des *ius cogens* und *erga omnes* und die von diesen ausgehende Hierarchisierung des Völkerrechts es zulassen, von Verfassungsrecht im formellen Sinn zu sprechen,<sup>26</sup> entwickelte sich in den letzten Jahren verstärkt ein Diskurs über die sog "materielle Konstitutionalisierung"<sup>27</sup>. Darunter wird die Anreicherung des Völkerrechts mit Grundsätzen und Prinzipien des nationalstaatlichen Verfassungsrechts verstanden, wie Menschenrechten, Demokratie, Rule of Law und Föderalismus.<sup>28</sup>

Eine solche materielle Konstitutionalisierung ist vor allem in jenen Feldern wahrzunehmen, in denen verfassungsrechtliche Prinzipien der "Staatengemeinschaft" oder konkreter den "führenden Staaten bzw Regionen" dazu dienen, die *Domaine Reservé* einzelner Staaten zu durchbrechen. Materielle Verfassungsnormen werden als Mindeststandards zu den Leitkriterien der Außen- bzw Weltpolitik.<sup>29</sup> Beispielhaft hierfür ist die Auflagenpolitik von Staaten sowie internationalen und supranationalen Organisationen: Handelserleichterungen, Entwicklungshilfegelder und Assoziierungsverträge, werden nur unter der Bedingung der Implementierung bzw Einhaltung der Standards westlicher Verfassungsstaaten gewährt. Dieses völkerrechtliche Auftreten nach "außen" hat mitunter auch "Binnenkonstitutionalisierungen" zur Folge. So führte die Entwicklung der Kopenhagener Kriterien im Rahmen der Osterweiterung der EU, die seither von den beitragswilligen Staaten zu erfüllen sind und ua eine demokratische und rechtsstaatliche Ordnung sowie die Wahrung der Menschenrechte vorsehen (sog Kriterium der Verfassungsstaatlichkeit), letztlich zur expliziten Verankerung der weitgehend deckungsgleichen "Grundsätze der EU" (Art 6 Abs 1 EU) durch den Vertrag von Amsterdam.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> *Habermas*, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, KJ 2005, 222.

<sup>25</sup> *Fischer-Lescano*, Die Emergenz der Globalverfassung, ZaöRV 2003, 717 (743ff).

<sup>26</sup> Siehe dazu statt vieler *Kadelbach/Kleinlein*, Archiv des Völkerrechts, 2006, 235 (248-265).

<sup>27</sup> *Kadelbach/Kleinlein* sprechen explizit von "materieller Konstitutionalisierung" (Archiv des Völkerrechts, 2006, 243f). *Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (BDGVR) 2000, 427 und *Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, 62, besprechen dieselbe Dimension der Konstitutionalisierung des Völkerrechts, jedoch ohne Verwendung des Begriffes "materielle Konstitutionalisierung".

<sup>28</sup> *Kadelbach/Kleinlein*, Archiv des Völkerrechts, 2006, 243.

<sup>29</sup> *Kadelbach/Kleinlein*, Archiv des Völkerrechts, 2006, 246.

<sup>30</sup> Für eine ausführlichere Darstellung und entsprechende Belege *Oberndorfer*, Die periphere Integration Mittel- und Osteuropas in die EU – Rechtliche Dimension und gesell-

Diese Grundsätze werden nunmehr als Verfassungskern der Europäischen Union<sup>31</sup> bezeichnet.

Ähnlich verhält es sich auch mit dem Föderalismus als materiellem verfassungsrechtlichen Grundsatz.<sup>32</sup> So wird nicht nur militärisches Eingreifen mit dem Schutz der Menschenrechte begründet, sondern die dadurch ermöglichte – unter Umständen für die Interventionsmacht funktionale – Selbstbestimmung der Völker und Minderheiten durch die Verabschiedung föderaler Verfassungen vorgeschlagen (zB ehem. Jugoslawien, Afghanistan und Irak).

An dieser Stelle wird deutlich, dass die systemtheoretische Feststellung, das (Welt-)Recht sei eine spezifische, selbstreferentielle Kommunikation innerhalb der (Welt-)Gesellschaft, die sich von anderen Kommunikationen differenziert, indem sie mit dem Code Recht/Unrecht operiert<sup>33</sup>, nicht hinreicht, um die spezifische Konstitutionalisierungsweise des Völkerrechts zu erklären. Bei dieser Theoretisierung gerät nämlich die strukturell bedingte Hegemoniebildung innerhalb kommunikativer Prozesse aus dem Blick. Gerade diese ist die Ursache einer sich nur bruchstückhaft vollziehenden materiellen Konstitutionalisierung. Während sich rechtliche Kommunikation stabilisiert, die mit den vielschichtigen herrschenden Machtverhältnissen<sup>34</sup> im Wesentlichen korreliert, wie zB die thematisierte punktuelle Durchbrechung der *Domaine Reservé* durch internationalisierte verfassungsrechtliche Grundsätze, bleiben rechtliche Kommunikationen mit durchgängigerem nicht-affirmativem Gehalt marginalisiert bzw zumindest prekär. Dies zeigt sich zB an den Bemühungen um die materielle Konstitutionalisierung internationaler Organisationen.<sup>35</sup> Das aufgrund der zunehmenden Verlagerung von Kompetenzen auf internationale Organisationen (zB WTO, IMF, Weltbank) stark angestiegene demokratische Legitimationsdefizit dieser Institutionen wurde bisher nicht durch einen Demokratisierungsprozess abgemildert –

eine entsprechende rechtliche Kommunikation konnte sich nicht stabilisieren. Prominent verhandelt wird allenfalls die gelegentliche Partizipation von NGOs in der Rechtssetzung völkerrechtlicher Normen.<sup>36</sup> Die Bindung internationaler Organisa-

---

schaftliche Folgen, in *Wagner/Wedl* (Hrsg), Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht. Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge (2007) 15 (23f und 31f).

<sup>31</sup> *Beutler* in *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg), EU-/EG-Vertrag<sup>6</sup> – Kommentar (2003) Art 6 EUV, Rn 1.

<sup>32</sup> *Kadelbach/Kleinlein*, Archiv des Völkerrechts, 2006, 247.

<sup>33</sup> *Fischer-Lescano*, ZaöRV 2003, 722, mit Bezug auf *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993).

<sup>34</sup> Siehe dazu auch Punkt III. 2 Rechtsvergleichung als Methode des ICL.

<sup>35</sup> *Kadelbach/Kleinlein*, Archiv des Völkerrechts, 2006, 244ff.

<sup>36</sup> *Hummer*, Internationale nichtsstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung – Abgrenzung, Handlungsbefugnisse, Rechtsnatur, BDGVR 2000, 45.

tionen an Menschenrechte (vor allem jener sozialer Natur) und die Rule of Law erfolgt – wenn überhaupt – nur auf Druck und nach Kämpfen globaler sozialer Bewegungen.<sup>37</sup>

## 2. Individualisierung

Der Prozess der Individualisierung des Völkerrechts findet teils als Ausdruck der Konstitutionalisierungen, teils auch völlig unabhängig von diesen statt. Auf internationaler Ebene verlieren Nationalstaaten zunehmend ihre Rolle als Mediatoren der Interessen ihrer "Rechtsunterworfenen". So werden aus völkerrechtlichen Bestimmungen verstärkt subjektive Rechte und Pflichten für Individuen abgeleitet. Für den Fall, dass keine eigenständigen Verfahren auf internationaler Ebene vorhanden sind, können diese Ansprüche oft durch nationale Gerichte durchgesetzt werden.<sup>38</sup>

Subjektive Rechte lassen sich aufgrund ihres Schutzzwecks sinnvoll in Menschenrechte und Marktbürgerrechte untergliedern. Erstere finden sich bspw im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, dem UN-Rassendiskriminierungsübereinkommen und insb in den Instrumenten des regionalen Menschenrechtsschutzes, wie der EMRK (1950), der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (1969) und der afrikanischen Charta der Rechte der Menschen und Völker (1981).<sup>39</sup> Neben den stark ausgeprägten subjektiven Marktbürgerrechten, die durch regionale Konstitutionalisierungsprozesse eingeräumt und gewährleistet werden<sup>40</sup>, sehen auch neuere bilaterale Investitionsschutzabkommen subjektive Rechte für private Investoren vor, die diese mittels internationalen Schiedsgerichten durchsetzen können.<sup>41</sup> Eine ähnliche Rechtsstellung vermitteln die meisten Konzessionsverträge, die direkt zwischen Investoren und Gastgeberstaaten geschlossen werden.<sup>42</sup> Im Gegensatz dazu folgt das multilaterale internationale Wirtschaftsrecht jedoch noch hauptsächlich dem "klassischen" Konzept der Mediativierung der natürlichen oder juristischen Person durch den Staat. Paradigmatisch hierfür ist die Ausgestaltung der WTO-Abkommen (GATT, GATS und TRIPS), die nur den Staaten selbst Ansprüche und Aktivlegitimationen einräumen.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> *Pollmann*, The Recourse to Human Rights in Order to Overcome Them, *Georgian Law Review*, 1999 56 (61); *Dann*, Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight, *Archiv des Völkerrechts*, 2006, 381.

<sup>38</sup> *Dörr*, JZ 2005, 906.

<sup>39</sup> *Dörr*, JZ 2005, 907.

<sup>40</sup> Siehe dazu den zuvor beschriebenen Trend der Konstitutionalisierung.

<sup>41</sup> *Wegen/Raible*, Unterschätzt die deutsche Wirtschaft die Wirksamkeit des völkerrechtlichen Investitionsschutzes?, *SchiedsVZ* 225 (232).

<sup>42</sup> *Schreuer*, Internationales Investitionsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer(Hrsg)*, *Handbuch des Völkerrechts*<sup>4</sup> (2004) Rz 2628, 2666.

<sup>43</sup> Statt vieler *Reinisch*, Können Verletzungen von WTO-Recht durch einzelne Betroffene geltend gemacht werden?, *ecolex* 2000, 912.

Auch im Bereich rechtlicher Pflichten lässt sich in den letzten Jahren ein verstärkter Trend der Ablösung der Verantwortlichkeit des Einzelnen von der völkerrechtlichen Bindung seines Heimatstaates konstatieren.<sup>44</sup> Die Statuten der Sondertribunale<sup>45</sup> für Jugoslawien und Ruanda und insb jenes des Internationalen Strafgerichtshofes<sup>46</sup> erhalten einen Katalog von Tatbeständen, die das Individuum unmittelbar in Pflicht nehmen. Bspw stellt das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Verbrechen in militärischen Auseinandersetzungen – unter Einschluss rein innerstaatlicher Konflikte – unter Strafe (Art 5-8 des Römischen Statutes). Qualitativ neu ist, dass es für die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes ausreicht, wenn Tatortstaat oder Täterstaat Partei des Statutes ist (Art 12 Abs 2 des Römischen Statutes). Daher bedarf es für die Einleitung eines Verfahrens keiner speziellen Zustimmung des Täterstaates.<sup>47</sup> Zusammenfassend ist festzuhalten, dass natürliche und juristische Personen vermittelt durch internationales Recht zunehmend als TrägerInnen von subjektiven Rechten und Pflichten die Weltbühne betreten.

### **3. Fragmentierung des Rechts und rechtlicher Synkretismus**

Gleichzeitig zu den Prozessen der transnationalen Konstitutionalisierung und Individualisierung, die zu einem gewissen Grad einen rechtsvereinheitlichenden Charakter haben, wird in gewisser Paradoxie dazu eine Tendenz zur Fragmentierung des Rechts konstatiert. Als Beispiel hierfür wird die Vervielfältigung rechtlich nicht miteinander verwobener "global agierender und zugleich sektoriell begrenzter Gerichte, Quasi-Gerichte und anderer Konfliktlösungsinstanzen" angeführt.<sup>48</sup> Darüber hinaus treten Internationale Organisationen und Nichtregierungsorganisationen neben die nationale Legislative und konkurrieren darum als de facto, wenn nicht sogar de jure Gesetzgeber tätig werden zu können.<sup>49</sup> So setzten bspw Weltbank, Internationaler Währungsfonds und die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung mittels ihrer Auflagenpolitik – im Rahmen der Gewährung von Krediten für periphere Länder – ökonomisch verwertungsadäquate Rechts-

---

<sup>44</sup> Dörr, JZ 2005, 912.

<sup>45</sup> Wäspi, Die Arbeit der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda: Herausforderungen für die Anklage im internationalen Umfeld, NJW 2000, 2449.

<sup>46</sup> BGBl. III Nr. 180/2002; Ambos, Der neue internationale Strafgerichtshof – ein Überblick, NJW 1998, 3743.

<sup>47</sup> Dörr, JZ 2005, 912.

<sup>48</sup> Fischer-Lescano/Teubner, Kollisionen 8.

<sup>49</sup> Günhter, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in Wingert/Günther Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit – Festschrift für Jürgen Habermas (2001) 539 (540).

ordnungen durch.<sup>50</sup> In diesem Beispiel deutet sich bereits eine Erscheinungsform der Fragmentierung des Rechtes an, die als rechtlicher Synkretismus begrifflich gefasst werden kann: Zwar ist die gegenseitige Befruchtung legislativer Prozesse durch rechtsvergleichendes Arbeiten eine historische Tatsache<sup>51</sup>, neu ist jedoch der stark gestiegene Umfang einfacher Transplantationen<sup>52</sup> von Rechtsinstituten oder ganzer Gesetze. Die Länder, die die größte Dynamik in diesem Bereich aufweisen, sind Staaten, die nach – selbständiger oder durch ausländische Intervention erzwungener – Überwindung/Eingrenzung politisch bzw ökonomischer Instabilitäten auch eine rechtliche Neuordnung durchführen. In diesem Zusammenhang üben internationale Organisationen und fremde Staaten mittels internationaler Rechtsberater keinen unerheblichen Einfluss auf die einfache wie auch auf die Verfassungsgesetzgebung<sup>53</sup> aus und betreiben so den Export hegemonialer Rechtsordnungen.<sup>54</sup>

Auch die Ausweitung des Wettbewerbes der Rechtsordnungen führt zu einer Fragmentierung des Rechts. Diese kommt dadurch zustande, dass sich Bundesstaaten oder supranationale Gemeinschaften dazu entschließen, die unterschiedlichen Rechtsordnungen ihrer (Mitglieds-)Länder in gewissen Bereichen nicht zu vereinheitlichen, sondern wechselseitig anzuerkennen. Grenzüberschreitende Tätigkeiten sind daher nicht nach dem Recht des Ortes der Tätigkeit, sondern nach jenem des Herkunftslandes zu beurteilen. Dies erfordert ein hohes Maß an Kenntnis und Verständnis fremder Rechtsordnungen. Ein aktuelles Anschauungsbeispiel des regulatorischen Wettbewerbes im Geltungsbereich der EU bietet die durch die Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Gesellschaftsrechts verwirklichte Grün-

---

<sup>50</sup> *Günhter*, Rechtspluralismus 542-551; *Ajani*, By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, *American Journal of Comparative Law* 1995, 93 (110).

<sup>51</sup> So spricht etwa schon *Lambert* in seinem Vortrag am Rechtsvergleichungskongress im Jahr 1900 davon, dass eine praktische Bedeutung der Rechtsvergleichung in ihrem Einfluss auf legislatives Arbeiten liegt. Siehe dazu *Zweigert/Puttfarken*, Rechtsvergleichung (1978) 30; "In Deutschland hat sich der Gesetzgeber schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf umfangreiche rechtsvergleichende Vorarbeiten gestützt [...]", *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1998) 15.

<sup>52</sup> *Ajani* spricht für den Bereich des Zivil- und Unternehmensrecht von "legal transplants" bzw "borrowing of legal models". Siehe *Ajani*, Transplants 93.

<sup>53</sup> *Frankenberg* schildert etwa, dass die verfassungsgebende Prozess in Albanien ua durch das "Administrative Center for Coordination of Assistance and Public Participation" unterstützt wurde, welches das zuständige Ministerium gemeinsam mit der OSZE gegründet hatte. Dieses wurde vor allem durch die deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ) unterstützt. Ausländische Experten waren am Prozess der Meinungs- und Entscheidungsbildung durch ausführliche Stellungnahmen beteiligt. Siehe dazu *Frankenberg*, Verfassungsgebung zwischen Hobbesianischem Naturzustand und Zivilgesellschaft – Die Verfassung der Republik Albanien, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 2001, 443 (444); *Schoiswohl*, Wo Theorie zur Praxis wird: Internationales (Verfassungs-)Recht und das Entstehen einer Verfassung für das Nachkriegs-Afghanistan, in *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg) Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht (2005) 21 (31).

<sup>54</sup> *Günhter*, Rechtspluralismus 543; *Ajani*, Transplants 111.

dungstheorie<sup>55</sup>: Unternehmen, deren Verwaltungssitz grenzüberschreitend verlegt wird, müssen sich nicht mehr nach den Kriterien des entsprechenden nationalen Gesellschaftsrechts neu gründen (Sitztheorie), sondern unterliegen weiterhin dem Recht des Mitgliedslandes ihres Ursprungs. Angesichts der Tatsache, dass nunmehr für eine Unternehmensgründung im Inland alle Gesellschaftsformen der bisher 27 Mitgliedsländer der Union in Frage kommen, stehen Überlegungen zur Wettbewerbsfähigkeit des nationalen Gesellschaftsrechts hoch im Kurs.<sup>56</sup>

### III. International Constitutional Law

#### 1. Der Ansatz des ICL

International Constitutional Law (ICL) bzw das Internationale Verfassungsrecht bietet als eigene Wissenschaftsdisziplin<sup>57</sup> einen zentralen Ansatz, um supra- und internationale Konstitutionalisierung, Individualisierung und Fragmentierung im Bereich des öffentlichen Rechts wissenschaftlich zu untersuchen und aufzuschlüsseln. Es vermeidet einen auf den Nationalstaat fixierten und damit verkürzenden Verfassungsbegriff, und versucht – ohne in den Abgesang des Staates einzustimmen – Verfassung im Rahmen eines Mehrebenen-Netzwerkes als Instrument auf unterschiedlichen Ebenen zu verstehen und zu beschreiben.<sup>58</sup> Der Ansatz des vergleichenden Verfassungsrechts, die horizontale Schnittstelle von Rechtsordnungen zu untersuchen, wird durch die Berücksichtigung vertikaler Wechselwirkungen der interagierenden Rechtsebenen ergänzt. ICL transzendiert daher folgerichtig fachdisziplinäre Grenzen und positioniert sich an der Schnittstelle von Verfassungsrecht, regionalem Integrationsrecht<sup>59</sup> und Völkerrecht.

#### 2. Rechtsvergleichung als Methode des ICL

Im Rahmen des ICL erscheint die öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung<sup>60</sup> nicht als allein stehendes Fach, sondern als zentrale Methode des Internationalen Ver-

---

<sup>55</sup> EuGH 9. 3. 1999, Rs C-212/97, Centros, Slg 1999, I-1459; EuGH 5. 11. 2002, Rs C-208/00, Überseering, Slg 2002, I-9919.; EuGH 30. 9. 2003, Rs C-167/01, Inspire Art, Slg 2003, I-10155; *Horn*, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893; *Leible/Hoffmann*, Wie inspiriert ist "Inspire Art"?, EuZW 2003, 677.

<sup>56</sup> *Bücker*, Motive und Möglichkeiten für grenzüberschreitende Gestaltungen, in *Hirte/Bücker (Hrsg)*, Grenzüberschreitende Gesellschaften (2004) 85 (86).

<sup>57</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts 191.

<sup>58</sup> *Eberhard/Lachmayer*, Internationales Verfassungsrecht 11.

<sup>59</sup> Aus europäischer Perspektive handelt sich dabei primär um das Recht der Europäischen Gemeinschaften bzw der Europäischen Union.

<sup>60</sup> *Wieser*, Vom Wesen und Wert der Verfassungsvergleichung, *juridikum* 2004, 117; *ders*, Vergleichendes Verfassungsrecht (2005); *Öhlinger*, Vom Sinn und Nutzen der Verfas-

fassungsrechts.<sup>61</sup> Da Verfassungen für ihr Verständnis mit geschichtlichen, sozialen und kulturellen<sup>62</sup> Aspekten kontextualisiert werden müssen<sup>63</sup>, konvergiert insb die allgemein anerkannte funktionelle Rechtsvergleichung<sup>64</sup> mit den Zielen des ICL. Diese geht davon aus, dass ein Rechtsvergleich, der sich als Ausgangspunkt ein dogmatisch befestigtes Rechtsinstitut im eigenen nationalen Recht wählt, regelmäßig fehlschlägt. Um funktionelle Äquivalente miteinander vergleichen zu können, muss zuerst nach vergleichbaren Lebenssachverhalten bzw Interessenkonflikten gefragt werden. In einem zweiten Schritt können dann die Regelungen – seien sie solcher *rechtlicher* oder *nicht-rechtlicher* Verhaltenssteuerung – aufgefunden und verglichen werden, die zur Lösung der in der Forschungsfrage definierten Konflikte dienen.<sup>65</sup> Funktionelle Rechtsvergleichung und das ICL sind daher notwendigerweise interdisziplinär. Zur Ermittlung der Regeln und Erklärung der Befunde müssen auch bzw mitunter die Verteilung der politischen Macht, Geschichte, Ökonomie, kulturelle Wertvorstellungen, Geschlechterverhältnisse<sup>66</sup> und

---

sungsvergleichung, in *Eberhard/Lachmayer/Thallinger* (Hrsg) Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht (2005) 11; *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021; Vor allem sei auf *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1998) und *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I (1971) und II (1972) verwiesen. Zwar schreiben *Zweigert/Kötz* und *Constantinesco*, vor dem Hintergrund der – vor allem aufgrund der grenzüberschreitenden Kapital-, Handels, und Dienstleistungsströme – entwicklungsgeschichtlich stärker und früher ausgeprägten Privatrechtsvergleichung, jedoch sind die vorgeschlagenen Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung allgemein konzipiert. Dies zeigt sich auch in der relativ starken Orientierung der zuerst genannten Autoren an letzteren.

<sup>61</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts 186.

<sup>62</sup> Hier möchte ich ein weites Verständnis von "kulturell" im Sinne der Cultural Studies vorschlagen. Raymond Williams, ein Vertreter der Cultural Studies, definiert Kultur als "whole way of life [...] as a mode of interpreting our common experience [...]." *Williams*, Culture and Society (1958) zitiert nach *Lutter/Reisenleitner*, Cultural Studies – Eine Einführung<sup>2</sup> (2005) 23.

<sup>63</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts 187.

<sup>64</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 11; *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht 20, 38-42.; Eine treffende Kritik findet sich bei *Frankenberg*, Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law, Harvard International Law Journal, 411 (434-440) oder auch in *ders*, Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative, Int'l J Con Law, 2006, 439 (444).

<sup>65</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 11. *Frankenberg* kritisiert den funktionellen Ansatz zu Recht dafür, dass er das Rechtssystem als getrennt (äußerlich) von (zu) den Konflikten und Interessen der Gesellschaft sieht. Dabei wird außer Acht gelassen, dass auch Recht interpretative Muster mitprägt. Es ist daher schon für die Formung des sozialen Lebens, von Interessen und Konflikten konstitutiv (*Frankenberg*, Critical Comparisons 438).

<sup>66</sup> Siehe bspw *Holzleithner*, Recht, Macht, Geschlecht (2002).

die Verortung eines/r Staates/Region im Weltsystem in die Betrachtung einbezogen werden.<sup>67</sup>

Mit der Wahl der Rechtsvergleichung als Methode verwirklicht das ICL die – seit langem für das Öffentliche-, wie für das Privatrecht eingeforderte<sup>68</sup> – Ergänzung des klassischen Methodenkanons<sup>69</sup>. Neben Wortlaut, Systematik, Geschichte und Telos tritt die Rechtsvergleichung als fünfte Auslegungsmethode der Rechtswissenschaften. Die rechtliche Interpretationsgemeinschaft, ua die obersten Gerichte<sup>70</sup> und der EuGH<sup>71</sup>, setzt zunehmend rechtsvergleichende Überlegungen zur Erzielung und Begründung ihrer Ergebnisse ein.<sup>72</sup> Dies entspricht der Systematik eines geöffneten und an Rechtsvereinheitlichung interessierten, kooperativen Verfassungsstaates.<sup>73</sup> Die "klassischen Funktionen" der Rechtsvergleichung (Erkenntnis, Reflexion und Kritik der eigenen Rechtsordnung, Hilfsmittel der nationalen und supranationalen Gesetzgebung und der Rechtsvereinheitlichung)<sup>74</sup> erfahren damit eine weitere Anreicherung.

Es überrascht daher, dass in Zeiten, in denen die Transnationalisierung des Rechts evident und die Forderung nach der "Internationalisierung" der Studien<sup>75</sup> allgegenwärtig ist – wenn auch unter den Vorzeichen von Verwertungsinteressen und getragen vom Wunsch der Privatwirtschaft Ausbildungskosten abzuwälzen<sup>76</sup> –, die Rechtsvergleichung an den juristischen Fakultäten im Bereich des Privatrechts eine kleine und im Öffentlichen Recht eine marginale Rolle spielt.<sup>77</sup> Die Hoffnung, dass die Rechtsvergleichung in neuen Studienplänen eine Aufwertung erfährt und

---

<sup>67</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 11 erwähnen Verteilung der Macht und Wertvorstellungen.

<sup>68</sup> *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode", JZ 1989, 913 (916); *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht 34.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 17.

<sup>69</sup> *Jochum*, Das Erbe Friedrich Carl von Savignys, NJW 2004, 568.

<sup>70</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 17ff; für nationale Verfassungsgerichte siehe ua *Starck*, JZ 1997, 1024 bzw *Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, 1071.

<sup>71</sup> *Schroeder*, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, 180 (183); *Streinz*, Europarecht (2005) Rz 380 und Rz 413ff.

<sup>72</sup> Siehe bspw *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 17-31.

<sup>73</sup> *Häberle*, JZ 1989, 913.

<sup>74</sup> Siehe bspw *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 17-19; *Öhlinger*, Verfassungsvergleichung 13-19; *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht 29-37.

<sup>75</sup> Grundlegend dazu *Hendler/Mager*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL (2005) 239.

<sup>76</sup> So *Benke* schon 1998: *Benke*, Die Neuerfindung des Rades? – Bemerkungen zum Thema JuristInnenausbildung I, Juridikum 1998, 12.

<sup>77</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts 175.

Studierende schon möglichst früh andere Rechtsordnungen kennen lernen, wurde bisher enttäuscht.<sup>78</sup>

Dies erscheint nicht nur aus den besprochenen methodischen Erwägungen als Lücke, sondern auch mit Blick auf die Dogmatik des Europa- und Völkerrechts. Für das Europarecht ist der Art 6 EUV zentral, dessen Entstehungsgeschichte die Verfassung der Union als einen Prozess zunehmender Konstitutionalisierung reflektiert und die Zusammenführung mitgliedersstaatlicher und europäischer Verfassungsentwicklungen in einem gegenseitigen Austausch vor Augen hat.<sup>79</sup> Art 6 Abs 2 EUV verpflichtet die Union nicht nur dazu die Grundrechte der EMRK zu achten, sondern auch jene, "die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben." Zur Konkretisierung der Grundrechte greift der EuGH daher häufig auf verfassungsvergleichende Argumente zurück.<sup>80</sup> Mit dieser im Vertrag von Maastricht erfolgten Festschreibung der ständigen Rechtssprechung des EuGH<sup>81</sup> als explizite Norm des Primärrechts enthält das Europarecht aber nicht nur eine Festlegung auf die Rechtsvergleichung als Interpretationsmethode, sondern normiert gleichzeitig die vom ICL thematisierte vertikale und horizontale Schnittstelle von nationalen Verfassungen und dem Recht der Union.

Noch rigoroser ist die völkerrechtliche Geltungsanordnung gemeinsamer Rechtsprinzipien. Der Internationale Gerichtshof hat gem Art 38 Abs 1 lit c IGH-Statut, "die von den [...] Staaten anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze" anzuwenden. Diese sind im Wege der Rechtsvergleichung den nationalen Rechtsordnungen, unabhängig davon, ob es sich um solche des öffentlichen oder des privaten Rechts handelt, zu entnehmen.<sup>83</sup>

### **3. Kritisches Wissenschaftsverständnis**

Durch das In-Beziehung-Setzen der eigenen mit anderen nationalen, supra- und internationalen Rechtsordnungen stellt das ICL nicht nur einen Ansatz zu Ver-

---

<sup>78</sup> Siehe bspw den neuen Studienplan für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, <http://www.juridicum.at/images/stories/Studienplan.pdf> (20.11.2006).

<sup>79</sup> *Beutler* in von der *Groeben/Schwarze*, Art 6 EUV, Rz 7 bzw 12.

<sup>80</sup> *Schroeder*, Jus 2004, 184.

<sup>81</sup> *Schroeder*, Jus 2004, 184.

<sup>82</sup> Die vollständige Textierung lautet "die von den zivilisierten Staaten anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze". Heute wird die Bestimmung aber nicht mehr diskriminierend ausgelegt, daher sind zweifelsfrei alle Staaten iSd Völkerrechts umfasst. Siehe dazu *Rotter*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts<sup>4</sup> (2004) Rz 430.

<sup>83</sup> *Shaw*, International Law<sup>5</sup> (2003) 92ff; *Rotter*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Rz 431; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 8.

ständnis und Bewältigung der transnationalen Verrechtlichung (Konstitutionalisierung, Individualisierung und Fragmentierung des Rechts) dar, sondern lädt ein das eigene, nationale Dogmengebäude von einer – durch Selbstreflexion ermöglichten – distanzierteren Position aus kritisch zu hinterfragen und zu reflektieren.<sup>84</sup> Die dem kontextualisierten Vergleich regelmäßig folgende Erkenntnis, dass Rechtsordnungen nicht überzeitliche, verdinglichte Gebilde der Sollenswelt, sondern kulturell bedingte und gesellschaftlich täglich (re-)produzierte soziale Verhältnisse darstellen und steuern, hilft vor Verwirrungen des rechtlichen Denkens und Sprechens zu bewahren.<sup>85</sup> Begriffliche Rechtskonstruktionen können so an den Lebensproblemen gemessen werden, die zu lösen sie angetreten sind. Rechtswissenschaft im Verständnis des ICL ist daher Sozialwissenschaft, die auch "Objekt" und Verfahren ihrer Erkenntnis reflektiert. Die Wechselwirkungen zwischen Interpretation und wissenschaftlichem Untersuchungsgegenstand werden so transparenter und damit hinterfragbar. Der rechtspolitische Anspruch unterscheidet diese nachpositivistische Herangehensweise<sup>86</sup> daher nur insofern von Ansätzen, die einen solchen Anspruch strikt ablehnen, als Erstere individuell-gesellschaftliche Vorverständnisse zum Thema eines verantwortungsvollen Diskurses macht<sup>87</sup>, während zweitens diese Vorverständnisse – trotz großen Bemühens um Verdrängung – ihren "gereinigten" Ergebnissen (un-)bewusst einschreiben. Das Wissenschaftlichkeitspostulat des Rechtspositivismus wird daher nicht aufgegeben, sondern kritisch radikalisiert.<sup>88</sup>

Das ICL ist mittels Rechtsvergleich, Schnittstellenbeobachtung und theoretischer Reflexion im Kontext gut gerüstet, Beiträge zu Erkenntnis und Beantwortung der komplexen Transnationalisierung des Rechts in seiner Dynamik zu leisten. Einem aktuellen Teilbereich dieser Entwicklung, dem "Transitional Constitutionalism", widmete sich der 2<sup>nd</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law.

---

<sup>84</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung 20: "Wie für die Rechtswissenschaft überhaupt gilt auch für das Lehren des Rechts an den Universitäten und Rechtsschulen, dass die selbstgenügsame Beschränkung auf das nationale Recht in der ständig durchlässiger werdenden Gesellschaft der Erde von einer stupenden Rückständigkeit ist." *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung<sup>3</sup> 20; *Frankenberg*, Critical Comparisons 412.

<sup>85</sup> *Funk*, Rechtswissenschaften als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65 (68, 71).

<sup>86</sup> *Funk*, Rechtswissenschaften als Erkenntnis 71; *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (1996); dies, Nachpositivistisches Rechtsdenken, in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts (2006) 263; *Somek*, Rechtliches Wissen (2006); für einen neo-materialistischen Ansatz, der in den Ergebnissen stark mit den zuerst genannten konvergiert, *Buckel*, Neo-Materialistische Rechtstheorie, in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts (2006) 117.

<sup>87</sup> *Eberhard/Lachmayer/Thallinger*, Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts 191.

<sup>88</sup> *Somek/Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (2006) 263.

#### IV. Transitional Constitutionalism – Verfassungsrecht im Übergang

Transitional Constitutionalism<sup>89</sup> als Verfassungsrecht des politischen und gesellschaftlichen Übergangs erlebte in den letzten zwei Jahrzehnten eine starke Konjunktur. Nach den staatlichen Umbrüchen, ausgelöst durch das Ende des II. Weltkriegs und im Zuge der kolonialen Befreiung, bildet der Zusammenbruch des realsozialistischen Blocks den Markstein für eine weitere Welle verfassungsrechtlicher Reorganisation, die aber so stark wie nie zuvor durch regionale Konstitutionalisierungen (insb aufgrund der Beitrittsbemühungen zur EU) und internationales Recht determiniert ist. Im zeitlichen Vorfeld und teilweise auch parallel zur Transformation der Staaten des Ostblocks drückte sich die Abschwächung bzw Aufhebung der Konfrontationsstellung des Kalten Krieges durch den Zusammenbruch autoritärer Regime (bspw Argentinien, Chile und Südafrika) aus, die dadurch auch die letzte internationale Unterstützung verloren, die ihnen als Vorposten gegen sog "subversive Kräfte" zukam. Die Folgen des mittlerweile permanenten "Krieges gegen den Terrorismus" stellen wohl eines der aktuellsten Felder des Transitional Constitutionalism dar. Die durch militärische Intervention schockartig neu geordneten Machtverhältnisse sollen durch verfassungsrechtliche Strukturen verfestigt und demokratisiert werden (Afghanistan, Irak).

Einem deskriptiven Verständnis folgend kommt "Transitional Constitutionalism" als Übergangsrecht zwischen ancien régime und neuer politischer Formation die Funktion zu, grundlegende Verfahren und Prinzipien zur Verfügung zu stellen, die zur Stabilisierung der neuen Ordnung beitragen sollen. Nicht nur neues Recht wird geschaffen, sondern die Integration und Abstoßung der alten politischen Formen und der auf diesen aufbauenden Normen erfahren eine Regelung. Der im Verfassungsrecht des Übergangs festgeschriebene Widerspruch zum vorangegangenen Regime trägt daher immer auch ein "Gerechtigkeitsmoment" für jene in sich, welche die alte Ordnung unterdrückte und marginalisierte. In seinem Referat, *Chile's Unfinished Transition* arbeitete *Correa González*<sup>90</sup> heraus, dass den Verfassungen von Transitions-Staaten daher vor allem die Aufgabe zukommt, sicherzustellen, dass sich die krassen Ungerechtigkeiten der Vergangenheit nicht wiederholen. Diese auf die Zukunft gerichtete Garantiefunktion nationaler Verfassungen wird durch die spezial präventive Wirkung der Individualisierung des internationalen Rechts ergänzt. Die Täter grober Menschenrechtsverletzungen müssen zunehmend damit rechnen, nach einem politischen Umbruch oder bei Verlassen ihres Heimatstaates unmittelbar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden.

---

<sup>89</sup> *Teitel*, *Transitional Justice* (2000) 191-211.

<sup>90</sup> *Profesor Rodrigo Correa González, LL.M* lehrt Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile.

Dieses weite Verständnis von "Transitional Constitutionalism" umfasst daher auch den Teilbereich aller gerichtlichen und nicht-gerichtlichen Prozesse und Maßnahmen, die als "Transitional Justice" bezeichnet werden und mit dem Versuch einer Gesellschaft verbunden sind, das Erbe von Menschenrechtsverletzungen im großen Maßstab zu bewältigen, um Verantwortlichkeit, Gerechtigkeit und Versöhnung zu ermöglichen.<sup>91</sup> Im Rahmen von Transitional Justice soll – unter differierender Einbindung internationaler Akteure – durch Strafverfolgung, Entschädigung, Wahrheitssuche und institutioneller Reform Gerechtigkeit hergestellt werden, die entweder als Materialisierung der (neuen) verfassungsrechtlichen Postulate oder als Vorbedingung abschließender Verfassungsgebung verstanden wird.

Hier wird mE bereits deutlich, dass ein rein deskriptives Verständnis von Transitional Constitutionalism nicht möglich ist. Die Begrifflichkeit ist notwendigerweise normativ aufgeladen. Es geht daher dem Transitional Constitutionalism nicht nur um die Stabilisierung *einer* Ordnung, sondern immer um einen Übergang zu einer *bestimmten* Ordnung der Gesellschaft und des Staates. Transition, Wahrheit, und Gerechtigkeit beinhalten daher immer auch Herrschaftsansprüche.<sup>92</sup> Die normative Aufladung dieser Begriffe ist jedoch nicht statisch, sondern bleibt aufgrund divergierender Interessen umkämpft. Verschärft durch ihre Relevanz in den internationalen Beziehungen wird ihre Bedeutung fortwährend neu ausverhandelt. Will man den Anspruch des ICL, durch ein Bewusstmachen der theoretischen Grundlagen auf der Metaebene einen offenen und verantwortungsvollen Diskurs zu ermöglichen, ernst nehmen, gilt es diese Bedeutungskämpfe mit zu denken. So können affirmative Muster, wie zB der "discourse of lack"<sup>93</sup>, aufgebrochen werden. In diesem wird den sog "Entwicklungsländern" vorgehalten, sie besäßen "kein 'richtiges' Recht (Rechtsstaatlichkeit oder rule of law), keine ordentliche Politik (Mehrparteiendemokratie) und Ökonomie (liberalisierte Marktwirtschaft), sowie wahre Religion (Christentum)."<sup>94</sup> Die darauf folgende implizite oder explizite Schlussfolgerung ist, dass mittels juristischer Bildungshilfe die "westliche Staatsform" zu exportieren sei.<sup>95</sup> Dabei ist diese "westliche Staatsform" selbst nicht einheitlich bestimmt, sondern vor allem durch internationale Konkurrenz umstrit-

---

<sup>91</sup> Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, S/2004/616, S 4.

<sup>92</sup> *Zips*, Die Flüchtigkeit des Regenbogens – Wahrheitskommissionen als Wege zur Gerechtigkeit, *juridikum* 2005, 82.

<sup>93</sup> *Nader*, The Americanization of Law, in *Griffiths/K von Benda-Beckmann/ F von Benda-Beckmann (eds)*, *Mobile Law, Mobile People* (2005) zitiert nach *Zips*, *juridikum* 2005, 84.

<sup>94</sup> *Zips*, *juridikum* 2005, 84.

<sup>95</sup> So problematisch *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* 10, die sogar davon sprechen, dass es sich hierbei um eine der "vordringlichsten Aufgaben" der Rechtsvergleichung handeln würde.

ten und fragmentiert.<sup>96</sup> Ein kritischer Zugang hat diese neokolonialen Gefahrenpotentiale aufzudecken und durch einen offenen Diskurs auch die Schwächen der "westlichen Staatsform" zu thematisieren. Dies kann eine dialektische Lernerfahrung ermöglichen, die das "Fremde" und das "Selbst" umfasst.<sup>97</sup> Darauf aufbauend gilt es die demokratische Rückbindung der Transitionsprozesse einzumahnen, um sicherzustellen, dass die betroffene Bevölkerung zur Autorin des Überganges wird.

Wie zentral das damit angesprochene ownership der Betroffenen auch für das Gelingen des Übergangsprozesses ist, unterstrich *Elisabeth Handl*<sup>98</sup> in ihrem Beitrag *East Timor's Transitional Justice Process under Scrutiny*. Nach der Loslösung von Indonesien hatten pro-indonesische Milizen und Teile der indonesischen Sicherheitskräfte eine Welle der Gewalt in Ost-Timor verursacht, die 1000 Menschen das Leben kostete und 400.000 zur Flucht zwang. Die vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eingerichtete *UN Transitional Administration in East Timor* (UNTAET) war ab 1999 ermächtigt, alle legislativen und exekutiven Kompetenzen unter Einschluss der Administration der Justiz auszuüben. Die Erfahrungen mit den von der UNTAET eingerichteten "internationalisierten", aber in das Gerichtssystem Ost-Timors eingebundenen *Special Panels for Serious Crimes* (SPSC) und der Wahrheitskommission CRTR (*Commission for Reception, Truth and Reconciliation*) zeigen die Notwendigkeit auf, Demokratiedefizite, die durch einseitige Dekretierung entstehen, zu überbrücken. Im Falle der CRTR konnte die Bevölkerung durch landesweite Diskussionen in die Gestaltung der CRTR eingebunden werden. Das damit sichergestellte ownership bestätigte sich in der intensiven Beteiligung an der Arbeit der CRTR. Hingegen unterblieb bei der Festlegung von Verfahrensordnung und Aufbau der SPSC jegliche demokratische Rückbindung. Dies resultierte in mangelnder Effektivität und einer Überforderung der weitgehend unausgebildeten Richter, welche die relativ komplexen Bestimmungen des Statutes des Internationalen Strafgerichtshofes direkt anzuwenden hatten. Die Zentralität von ownership, welches nicht nur die Mehrheitsbevölkerung, sondern auch die Min-

---

<sup>96</sup> Dementsprechend geht es gerade bei durch Transitionsprozesse geöffneten Staaten den nationalen, regionalen und internationalen Akteuren darum, ihre Ordnungsvorstellungen und die damit verbundenen Rechtsinstitute durchzusetzen und zu transplantieren. Bspw umfasst die in den Dayton Accords 1996 dekretierte Verfassung Bosnien Herzegowinas ein "common law system". Dies obwohl die bosnischen Richter mit dem "common law system" nicht vertraut waren. Siehe dazu *The Human Rights Center and the International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley, and the Centre for Human Rights, University of Sarajevo (eds), Accountability and Social Reconstructions: An Interview Study of Bosnian Judges and Prosecutors, 18 Berkeley J. Int'l L, 2000, 102.*

<sup>97</sup> *Frankenberg*, Critical Comparisons 438.

<sup>98</sup> *Mag<sup>a</sup>. Elisabeth Handl* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Öffentliches Recht der Universität Salzburg.

derheitsbevölkerung durch verfassungsrechtliche Garantien ermächtigt und damit die Legitimität internationaler Präsenz befördern kann, betonte auch *Hanns Poriaš*<sup>99</sup> in seinem Beitrag zum Transitionsprozess im Kosovo.

Die durch die realen Gegebenheiten erzeugten Verwerfungen und Machtverhältnisse stehen oft mit den Anforderungen des internationalen Rechts<sup>100</sup> – bspw nach Verfolgung der Täter grober Menschenrechtsverletzungen – in einem Spannungsverhältnis. Phasen des Transitional Constitutionalism ergeben sich oft erst durch langwierige politische, oft auch militärische Kämpfe. Deren Ergebnis ist zumeist nicht die totale Niederlage des ancien régime und der von ihm vertretenen Interessen, sondern ein Kräfteverhältnis, welches ihre teilweise Integration nahe legt. Selbst bei einem völligen Zusammenbruch des vorangegangenen Systems sind die nachfolgenden Regierungen oft zu breiten Zugeständnissen bereit, um die Sympathisanten der alten Ordnung gesellschaftlich zu absorbieren und damit die neue politische Formation zu stabilisieren.

Gerade Verfassungen bilden diese Widersprüche ab und dienen gleichzeitig dazu Verfahren zu ihrem Ausgleich bereitzustellen. Dies konnte *Correa González* am Beispiel Chiles verdeutlichen. Die Übergangsverfassung des lateinamerikanischen Staates war weiterhin von den antidemokratischen Vorstellungen der Kräfte unter Pinochets Führung strukturiert. Mittels eines stark asymmetrischen Wahlrechts und dem einzelnen Staatsorganen eingeräumten Bestellungsrecht von Senatoren war sichergestellt, dass die demokratischen Parteien Reformen nur mit der Zustimmung der ehemals der Diktatur verpflichteten Opposition durchführen konnten. Während die Verfassungsreform 2005 diese Pattstellung reduzierte, verblieb ein "bewahrender" verfassungsrechtlich abgesicherter Mechanismus – die "leyes orgánicas constitucionales" (organische Verfassungsgesetze) – im Verfassungsbestand. Damit unterliegen die tiefen politischen, sozialen und ökonomischen Einschnitte, die Chile durch die neoliberalen Reformen Pinochets hinnehmen musste, weiterhin einem erhöhten, verfassungsrechtlichen Bestandschutz. So können Veränderungen in diesen Bereichen nur mittels eines "ley orgánica constitucional" vorgenommen werden, welches einer 4/7 Mehrheit in beiden Kammern des Kongresses bedarf. Dieses Fallbeispiel verdeutlicht die Interdependenz von politischer und rechtlicher Entwicklung, die sich in Phasen der Transition regelmäßig verstärkt. Durch die interdisziplinäre Ausrichtung des Transitional Constitutionalism wird die wissenschaftliche Erfassung der wechselseitigen Bezogenheit von Gesellschaft und Recht im Übergang ermöglicht.

---

<sup>99</sup> *Dr. Hanns Poriaš* ist Leiter der Ost- und Südosteuropa-Abteilung des Außenministeriums der Republik Österreich.

<sup>100</sup> *Handl* nannte bspw die Konvention gegen Völkermord 1948; Genfer-Konvention 1949; Konvention gegen Folter 1984.

Auf individueller Ebene hat der angesprochene "Interessenausgleich" oft eine zweite Viktimisierung der Opfer bzw ihrer Verwandten und Freunde zur Folge. Mit dem Argument, die labilen politischen Verhältnisse nicht gefährden zu wollen, werden Strafverfolgung, Entschädigung und das Recht auf Information (über Identität des Täters und Umstände der Tat) sowie deren Offenlegung zeitlich verschoben, oder überhaupt aufgegeben.<sup>101</sup> Als Ausweg aus diesem imaginierten, vorgeblichen oder auch wirklichen Dilemma (Stabilität oder Gerechtigkeit) haben Transitionsstaaten bzw die internationale Gemeinschaft in den letzten Jahren zunehmend auf die Einrichtung von nicht-strafrechtsförmigen Wahrheitskommissionen zurückgegriffen. Diese haben, wie das Beispiel Ost-Timors oder auch Südafrikas<sup>102</sup> zeigt, oft gerichtsähnliche Kompetenzen (bspw im Bereich der Ladungsrechte), ihre Funktion besteht jedoch nicht in der Bestrafung, sondern in der Wahrheitsfindung und Aussöhnung. Die unter ihre Zuständigkeit fallenden Täter können zumeist durch ein Schuldbekenntnis Straflosigkeit erreichen. Damit wird die Dichotomie von Stabilität und Gerechtigkeit zumindest in eine von "Forgiveness v Vengeance" bzw "Truth v Justice" transformiert.<sup>103</sup>

Dass auch diese Polarität beträchtliche Probleme in sich trägt, zeigte *Gerhard Holley*<sup>104</sup> mit seinem Referat *Transitional Justice and Democratic Consolidation in Argentina*.

Zwar dokumentierte nach dem Zusammenbruch der Diktatur 1983 eine unabhängige Wahrheitskommission mit ihrem Bericht "Nunca-Mas" ("Niemals Wieder") das Ausmaß der Menschenrechtsverletzungen: Mehr als 30.000 politische Gefangene wurden versteckt und gefoltert, bis zu 30.000 Menschen wurden durch Geheimpolizei und Militär umgebracht, ohne dass ihre Verwandten je eine Information über ihr Verbleiben erhielten. Jedoch erließen die nachfolgenden demokratischen Präsidenten – teilweise unter Berufung auf einen angeblich drohenden Militärputsch – weit reichende Amnestiegesetze und Begnadigungen.

Einen Ausweg aus solchen nationalen Sackgassen könnten die Mechanismen regionaler Konstitutionalisierungsprozesse bieten. Instrumente des Menschenrechtsschutzes, wie bspw die EMRK, aber auch die Grundrechtsjudikatur der EuGH, die

---

<sup>101</sup> Sinnbildlich dafür ist der Umgang der Republik Österreich mit seiner Geschichte: Erst 60 Jahre nach der Shoa wurde 1998 eine Historikerkommission eingerichtet. Diese blieb mit ihrem Schwerpunkt den Vermögensraub des NS-Regimes zu untersuchen, jedoch inhaltlich relativ eingeschränkt. Siehe dazu den Schwerpunkt des Juridikum 1/2006: Historikerkommission und Vermögensrestitution.

<sup>102</sup> *Zips*, Juridikum 2005, 82.

<sup>103</sup> *Faber*, Truth v Justice, historisch betrachtet. Österreichs vergessene 1918er-Kommission, Juridikum 2005, 104.

<sup>104</sup> *MMag. Gerhard Holley, LL.M.* ist Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Amerikanische Menschenrechtskonvention und die afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker sind den nationalen Machtverhältnissen relativ entrückt und können so eine meditative aber vor allem kontrollierende Funktion übernehmen. Dass es sich dabei nicht um reines Wunschdenken handelt, konnte *Holley* anhand der Rspr des Inter-amerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte aufzeigen. Nachdem ein argentinisches Bundesgericht die Amnestiegesetze für verfassungswidrig erklärt hatte, führte ein zeitlich darauf folgendes Urteil des Inter-amerikanischen Gerichtshofes 2003 zur Aufhebung der Amnestiegesetze durch den argentinischen Kongress. Das Gericht sprach aus, dass Argentinien aufgrund der Amerikanischen Deklaration der Menschenrechte verpflichtet sei, alle von dieser verbotenen Rechtsverletzungen aufzuklären, die Täter zu bestrafen und den Opfern Schadenersatz zu leisten.

Aber auch die nationalen obersten Gerichte können in Phasen des Transitional Constitutionalism eine wichtige Schlichtungs- und Stabilisierungsfunktion übernehmen. Gerade jene Staaten im Übergang, die neue politische Formen annehmen, können auf keine entsprechende internalisierte politische Kultur zurückgreifen. Darüber hinaus erzeugt der gesellschaftliche Umbruch beträchtliche, bis zu einem gewissen Grad kontingente, politische Dynamiken, die ein hohes Bedürfnis nach Verfahren zur Streitschlichtung bzw Entscheidung aufweisen.<sup>105</sup> In diesem Zusammenhang analysierte *Vaidotas A. Vaičaitis*<sup>106</sup> in seinem Input ua die Rolle des litauischen Verfassungsgerichtshofs in einer der größten politischen Krisen der sechzehnjährigen Übergangsgeschichte des baltischen Staates. Nachdem der litauische Präsident Rolandas Paksas wegen Verletzung der Verfassung und Bruch des Amtseides mittels qualifizierter Parlamentsmehrheit 2004 abgewählt worden war, wurde deutlich, dass der litauischen Verfassung keine eindeutige Antwort zu entnehmen ist, ob der abgesetzte Präsident ein weiteres Mal zur Wahl des Präsidenten antreten darf. Der Verfassungsgerichtshof entschied daraufhin, dass eine nochmalige Kandidatur im Widerspruch zu Grundprinzipien und Geist der Verfassung stehe. Als zusätzliches rechtsvergleichendes Argument verwies der Gerichtshof auf die "permanent political disqualification"-Klausel der US-amerikanischen Verfassung, der zu Folge eine Person, die wegen Bruchs des Amtseides verurteilt wird, niemals wieder ein Amt bekleiden kann, das mit einem Amtseid verbunden ist. *Vaičaitis* schlussfolgerte, dass regionale und die obersten nationalen Gerichte in "Transitional Democracies" als institutionelle Puffer fungieren, der die Gesellschaft und ihre Institutionen im Prozess des sozialen und öffentlichen Wandels unterstützt und helfen soll, die diesem entspringenden negativen Konsequenzen abzufedern.

---

<sup>105</sup> *Frankenberg*, Int'l J Con Law, 2006, 459.

<sup>106</sup> *Dr. Vaidotas A. Vaičaitis*, LL.M. forscht und unterrichtet an der Universität Vilnius, Litauen.

Eine verfassungsrechtliche Puffer-Funktion, so *Markus Böckenförde*<sup>107</sup> in seinem Beitrag *Constitutional Engineering and Decentralisation – Federal Structures as a means for Peace-Building in Sudan*, soll in der Übergangsverfassung des Sudans ein asymmetrischer Föderalismus gewährleisten. Nach einer 40-jährigen Geschichte der Gewalt wird dem Südsudan erstmals garantiert, dass Verfassungsänderungen der Zustimmung der 10 südlichen Staaten im "Council of States" bedürfen. Asymmetrisch ist der in der Übergangsverfassung von 2005 entwickelte Föderalismus aufgrund der Tatsache, dass nicht allen Gliedern des Bundesstaates die gleichen Rechte zukommen. Neben der bundesstaatlichen und einzelstaatlichen Ebene gibt es mit dem "Government of Southern Sudan" nur für den Süden eine zusätzliche regionale Exekutiveebene. Diese soll als Bindeglied fungieren und stellt für den Fall, dass sich die Bevölkerung des Südens im für 2011 vorgesehenen Referendum für die Unabhängigkeit entscheidet, den Nukleus einer eigenständigen Regierung dar.

Wie zentral der Anspruch des Internationalen Verfassungsrechtes ist, rechtliche Lösungen auf der Basis einer umfassenden geschichtlichen, sozialen und ökonomischen Einbettung zu erzielen, zeigt sich besonders kontrastscharf anhand des Sudans. Wird die Übergangsverfassung an der herkömmlichen Meinung gemessen, im Sudan handle es sich um einen religiösen Konflikt, erscheint der für den christlichen Süden verwirklichte asymmetrische Föderalismus als funktional für den friedlichen Ausgleich mit dem muslimischen Norden. Eine tiefer gehende Untersuchung zeichnet jedoch ein anderes Bild: Als zentrale Konfliktachse wirkt, so *Böckenförde*, das Ausbeutungsverhältnis zwischen dem Zentrum, das durch eine sog arabische Elite dominiert wird, und den Peripherien des Sudans. Darunter fällt neben dem schwarzafrikanischen christlichen Süden der Westen des Landes (Darfur), der vor allem von Muslimen afrikanischer Herkunft besiedelt wird und der Nordosten, der von Muslimen aus dem kuschitischen Beja dominiert ist. Dass das sudanische Zentrum und die "internationale Gemeinschaft" es unterlassen haben, alle peripheren Regionen des Sudans in der Übergangsverfassung zu berücksichtigen, könnte die Ursache für weitere Gewalt sein.

Dass ausgeprägte föderale Strukturen nicht unabhängig von den spezifischen Gegebenheiten – *an sich* – zur Friedenssicherung beitragen, wird anhand von Bosnien-Herzegowina deutlich. *Manfred Nowak*<sup>108</sup> arbeitete in seinem Referat *Transitional Constitutionalism and the role of Transitional Justice* heraus, dass die Strukturen der im Friedensabkommen von Dayton enthaltenen Verfassung nationalistisi-

---

<sup>107</sup> *Dr. Markus Böckenförde, LL. M.* ist wissenschaftlicher Referent und Leiter der Afrika-Projekte am Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

<sup>108</sup> Univ.-Prof. *Dr. Manfred Nowak* ist Leiter der Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte und UNO-Sonderberichterstatter über Folter.

sche Tendenzen fördern. Mit der Föderation Bosnien & Herzegowina und der Republika Srpska wurden zwei Entitäten mit weit reichenden Kompetenzen geschaffen, die nur durch einen äußerst schwach ausgestalteten Zentralstaat miteinander verbunden sind. Diskriminierende Bestimmungen schließen Personen der Minderheiten der jeweiligen Entitäten von den Staatsorganen des Zentralstaates aus, da sie diese für Vertreter der Mehrheitskultur vorsehen. Damit durchkreuzen die gewählten juristischen Formen das postulierte Ziel eines multikulturellen und friedlichen Gesamtstaates. Die Logik der Vertreibung und ethnischen Teilung des Bürgerkrieges wird nicht durchbrochen, sondern unter "friedlichen" Vorzeichen perpetuiert. Die Agenten des Bürgerkrieges haben sich unter Beibehaltung ihrer nationalistischen Ausrichtung zu Parteien transformiert und positionieren sich als authentische Vertreter der ua durch die Verfassung mitkonstruierten kroatischen, bosnischen und serbischen Identität. Die autoritativen Entscheidungen des hohen Repräsentanten – bspw die Abberufung nationalistischer Politiker –, werden als Beleg für den kompromisslosen Einsatz für das jeweilige "Volk" angeführt. Wie *Porias* für den Kosovo, sieht auch *Nowak* den Assoziations- bzw Beitrittsprozess zur Europäischen Union als zentralen Mechanismus, um Bosnien und Herzegowina langfristig zu stabilisieren.

Dass die "internationale Gemeinschaft" auch in Hinkunft von einer gleich bleibenden oder steigenden Zahl von Transitionsstaaten ausgeht, deutet die Schaffung der Peacebuilding Commission<sup>109</sup> – der sich der Input von *Peter Huber*<sup>110</sup> widmete – durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen an. Ihre Einrichtung ist ein Teilergebnis des Reformprozesses der Vereinten Nationen und soll einerseits die Kompetenzen im Umgang mit Staaten im Übergang (Prävention, Maßnahmen zur Herstellung und Sicherung von Frieden, Institutionenaufbau) bündeln und andererseits die langfristige Finanzierung entsprechender Maßnahmen sichern.

## V. Schlussbemerkungen

Die Fallbeispiele des Transitional Constitutionalism, die am 2<sup>nd</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law erörtert wurden, zeigen auf, dass Transitionsprozesse vor allem durch nationale und internationale Interessen und Machtverhältnisse determiniert sind. Da Recht nicht außerhalb dieses Zusammenhangs steht, erscheint es wissenschaftlich geboten, die Wechselbezüglichkeit von Norm und Wirklichkeit transparent und zum Gegenstand des Diskurses zu machen. Sollen möglichst funktionale juristische Formen zur langfristigen Lösung von Konflikten und Widersprüchen des gesellschaftlichen und staatlichen Umbruchs gefun-

---

<sup>109</sup> S/RES/1645 (2005).

<sup>110</sup> *Dr. Peter Huber*, Außenministerium der Republik Österreich.

den werden, erscheint eine kritisch rechtsvergleichende aber auch interdisziplinäre Herangehensweise als notwendig. Dabei ist es zentral, dass die vom Umbruch betroffene Bevölkerung den verfassungsrechtlichen Wandel aktiv mitgestalten und kontrollieren kann. Ein Ernstnehmen dieser demokratischen Beteiligung setzt voraus, dass gerade jene, die das ancien régime unterdrückte und marginalisierte, durch Maßnahmen der "Transitional Justice" und verfassungsrechtliche Garantien ermächtigt werden. In diesem Zusammenhang kommt dem internationalen Recht eine ambivalente Rolle zu. Einerseits besteht gerade dort, wo die Transition unter starker Einbindung internationaler Akteure stattfindet, die Gefahr, dass durch einseitige Anordnung oder Transplantation von Rechtsinstituten beträchtliche Demokratiedefizite entstehen. Andererseits werden – insb im Bereich der "Transitional Justice" – oft erst durch internationale rechtliche Gebote und Verfolgungsanordnungen die Voraussetzungen einer liberalen, rechtsstaatlichen Demokratie geschaffen.

Ob die höchste Nachhaltigkeit der Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfolgung mittels nationaler (Argentinien), internationalisierter (Ost-Timor) oder internationaler Gerichte (ehem. Jugoslawien) zu erreichen ist, oder durch eine Kombination von Wahrheitskommission und gerichtsförmiger Verfolgung, kann daher nicht generell beantwortet werden, sondern muss aufgrund bisheriger Erfahrungen, die mit den spezifischen Gegebenheiten in Beziehung zu setzen sind, ermittelt werden. Dies unterstreicht, dass die juristische Form anhand von Kontext und gesellschaftlicher Funktion zu gestalten ist. Den Gerichten des regionalen Menschenrechtsschutzes kommt in Phasen staatlicher Umbrüche, die wichtige Bedeutung zu, nationale Blockaden rechtlicher Aufarbeitungsprozesse zu überwinden. Aber auch die nationalen Verfassungsgerichtshöfe können Konflikte des Transitional Constitutionalism, wenn sie Rechtsvergleichung als Methode einsetzen und die Schnittstelle von nationalem und internationalem Recht in ihre rechtliche Argumentation einbeziehen, nachhaltiger lösen und damit den gesellschaftlichen Wandel stabilisierend begleiten.

Der 2<sup>nd</sup> Vienna Workshop on International Constitutional Law konnte verdeutlichen, dass Internationales Verfassungsrecht wichtige Beiträge zur Analyse und Lösung von Konflikten in Phasen des staatlichen und gesellschaftlichen Umbruchs beisteuern kann. Eingebettete Analyse und interdisziplinärer Anspruch ermöglichen es darüber hinaus – wie viele der Vortragenden betonten –, trennschärfer zu ermitteln, welche Problemstellung mittels rechtlicher Verfahren und welche nur durch tief greifende soziale und ökonomische Veränderungen gelöst werden können. Die Transition und rechtliche Reorganisation von Staaten wird zunehmend durch ein politisch-rechtliches Mehrebenensystem bestimmt. Nicht nur die Fragestellungen des Transitional Constitutionalism verdeutlichen, dass diese veränderte Form von Staatlichkeit und Verfassung neue Methoden und Disziplinen der Rechtswissenschaften notwendig werden lässt. In den verschiedensten Bereichen stehen

internationale AkteurInnen und die rechtliche Interpretationsgemeinschaft vor der Herausforderung der Transnationalisierung des Rechts. Das Internationale Verfassungsrecht bietet einen wichtigen Beitrag zur Entschlüsselung und Beschreibung der internationalen Konstitutionalisierung, Individualisierung und Fragmentierung des Rechts. Eine weitere Verankerung und Institutionalisierung in Forschung und Lehre ist ihm daher zu wünschen.