

# REZENSIONSAUFSATZ

*Ulrich K. Preuß*

## Günter Frankenberg (ed.), *Order From Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*

*Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA (Edward Elgar Publishing) 2013, 384 S., £ 83,70 (on-line price)*

### *I. Verfassungsreichtum durch Tauschhandel?*

Keine moderne Verfassungstheorie kommt ohne den Begriff der verfassungsgebenden Gewalt aus, jener Kraft, die, so die Annahme, die Verfassung nicht nur hervorbringt, sondern ihr dauerhafte normative Geltung verschafft und zugleich die Identität des von ihr gestifteten politischen Gemeinwesens bestimmt. Wenn es denn wahr sein sollte, dass jedem Anfang ein Zauber innewohnt, wie Hermann Hesse dichtete, dann verströmte diese Ursprungskraft der Verfassung das Pathos einer fast schon göttlichen Schöpfung. Das ist die philosophisch-theologische Seite der Verfassungsgebung, über die seit dem Abbé Siéyès mittlerweile alles Wesentliche gesagt sein dürfte. Es gibt aber auch eine technisch-handwerkliche Dimension der Verfassungsgebung, nach der die Verfassung das Produkt eines auf die Herstellung einer normativen Ordnung gerichteten intellektuellen Arbeitsprozesses ist. Wer sich mit dieser Seite der Verfassungsgebung befasst, stellt Fragen wie: Wie kommen die einzelnen Konstruktionselemente einer Verfassung zustande? Worin bestehen die Prinzipien ihrer institutionellen Architektur? Aus welchem politisch-juristischen Ideenhaushalt wurden sie geschöpft?

Zu dieser eher bautechnischen Abteilung der Verfassungs(rechts)wissenschaft gehört das hier zu besprechende Buch, das aus einer Konferenz des Frankfurter Exzellenzclusters „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ hervorgegangen ist. Sein Thema stellt eine Herausforderung an die traditionellen Gewissheiten über den Ursprung der Verfassung dar: Es handelt nämlich in vergleichender Sicht von den vielfältigen und teilweise recht verschlungenen Pfaden, auf denen nicht-autochthone, d.h. aus anderen Verfassungen und Rechtskulturen übernommene, unveränderte oder modifizierte Inhalte Eingang in Verfassungstexte gefunden haben und wohl immer noch finden. Dabei verdient besonders hervorgehoben zu werden, dass sich der hier dokumentierte Verfassungsvergleich keineswegs auf Europa und die europäisch-atlantische „Verfassungsfamilie“ beschränkt. Es geht – mit anderen Worten – um die Frage nach Umfang und Bedeutung des weltweiten Verfassungstransfers als Quelle verfassungsrechtlicher Gestaltung. Um eine Metapher in Anlehnung an eine ökonomische Begrifflichkeit zu verwenden: Das Buch handelt von

10.5771/0023-4834-2015-2-218

intellektuellem Reichtum durch Tausch, nicht durch Urproduktion. Es legt damit die Axt an den verfassungsrechtlichen Ursprungsmythos, demzufolge die Identität eines Volkes durch den und im Prozess der höchst eigenen Verfassungshervorbringung gestiftet wird.

## II. Die „IKEA-Theorie“ auf dem Prüfstand der Kritik

Dementsprechend atmen die insgesamt sechzehn Beiträge des Bandes eher den Geist eines praktisch-empirisch gerichteten Erkenntnisinteresses an den Reisewegen konstitutioneller Ideen und Institutionen. Sechs Themenfelder werden dabei behandelt, die man – abgesehen von der einführenden Sektion zu Semantik und Methodologie des Verfassungstransfers (Sektion I) und der überwiegend historisch orientierten Sektion VI – getrost als verfassungspolitische „soziale Brennpunkte“ bezeichnen kann: In der Sektion „Ordering Gender“ geht es um konstitutionelle Aspekte geschlechtsspezifischer Ordnung (Sektion II); Thema in Sektion III – „Ordering Pluralism“ – ist das Nebeneinander staatlich erzeugten und administrierten Rechts und konkurrierender, überlappender oder alternativer normativer Ordnungen; Sektion IV – „Ordering Postcolony“ – ist den Kontinuitäten, Brüchen und Konflikten der postkolonialen Verfassungsentwicklung gewidmet; eng damit verwandt die Thematik von Sektion V – „Ordering Hegemony“ –, deren Beiträge sich mit Verfassungsfragen besetzter Territorien an den Beispielen Ost-Timor, Irak und Sudan bzw. mit den verfassungspolitischen und -rechtlichen Nachwirkungen der deutschen Kolonialpolitik in Afrika beschäftigen; schließlich Sektion VI, in der unter dem Titel „Ordering Europe – Europe Ordering“ zum einen die innereuropäischen verfassungspolitischen und -rechtlichen Verbindungslinien und Transfers im 19. Jahrhundert sowie Aspekte des europäischen Einflusses auf Lateinamerika analysiert werden.

Wenn ich von sechzehn Beiträgen sprach, so gilt das nur *cum grano salis*. Denn nicht enthalten in dieser Zahl ist – paradoxerweise – der zentrale Text des Bandes, Günter Frankenberg's Beitrag *Constitutions as commodities: notes on a theory of transfer* (1-26); außerhalb der formalen Gliederung der Themenblöcke und ihrer jeweiligen Beiträge angesiedelt und ihr ohne eigenes Ordnungsmerkmal vorangestellt, dokumentiert bereits dieser formale Umstand den Status dieses Textes als außer-ordentlich. Und tatsächlich bildet er, explizit oder implizit, den Bezugspunkt für die Erörterungen der folgenden Beiträge des Bandes. Mit anderen Worten, das Buch besteht aus einer vielstimmigen kritischen Auseinandersetzung einer heterogen zusammengesetzten Gruppe von Gelehrten im Felde des Verfassungsvergleichs mit einem ihnen vorgegebenen Text zur Theorie des Verfassungstransfers, deren erste Skizze Günter Frankenberg bereits 2003, danach als englischsprachige Version im Jahr 2010 unter dem Kürzel „IKEA-Theorie“ vorgelegt hatte,<sup>1</sup> bevor er sie den Teilnehmern der diesem Band zugrunde liegenden Konferenz in modifizierter Fassung im Jahre 2011 präsentierte. Dieses Format – die Organisation sehr unterschiedlicher Perspektiven auf einen herausfordernden Text – verweist bereits auf einen Vorzug dieses Bandes, nämlich seine innere Kohärenz und Focussierung auf eine streitige theoretische Fragestellung.

1 G. Frankenberg, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt/M. 2003, S. 124-132; ders. "Constitutional transfer: The IKEA theory revisited", in *International Journal of Constitutional Law* 8/3 (2010), 563-579.

Die IKEA-Theorie – in Wahrheit eine griffige Metapher (Frankenberg S. 3) für eine theoretische Aussage über verfassungspolitische und -rechtliche Austauschprozesse – lässt sich als eine Alternative zu zwei entgegengesetzten Schulen im Felde der Verfassungskomparatistik kennzeichnen, über die Frankenberg anhand der Kontroverse zwischen dem schottischen Rechtshistoriker Alan Watson und dem französischen Komparatisten Pierre Legrand berichtet (S. 4 ff.): der von Watson repräsentierten Schule, die die Transplantation von Recht von einer Rechtsordnung in eine andere für den normalsten Vorgang der Welt hält, und der von Legrand vertretenen Richtung, die das aufgrund der unhintergehbaren Kontextualität allen Rechts für unmöglich erklärt. Frankenberg konzentriert sich nun auf die Prozesse, durch die Rechtstransfers ermöglicht, erschwert oder gänzlich verhindert werden und gelangt durch die Analyse verschiedener Stationen solcher Prozesse zur „IKEA-Theorie“: IKEA steht für einen globalen Supermarkt, in dem eine Vielzahl von Bauelementen für die verschiedensten Verfassungsmodelle erhältlich sind, aus denen sich weltweit Autoren von Verfassungstexten ohne große Kosten bedienen können – eben „constitutions as commodities“. Diese Sichtweise verrät Frankenburgs Skepsis gegenüber der Vorstellung eines „point of origin“ (9), lässt ihn aber durchaus nicht verkennen, wie voraussetzungsvoll so ein „Supermarkt des Konstitutionellen“ ist. Er verlangt eine Herauslösung verfassungsrechtlicher Ideen und Institutionen aus ihren jeweiligen lokalen, regionalen oder nationalen Kontexten, Bedeutungen, Interpretationen und Praktiken und ihre Verwandlung in formale textliche Information, die auf ihre sachliche Aussage reduziert wird. Daran schließt sich – so Frankenberg – der Prozess der Idealisierung dieses de-kontextualisierten Verfassungselements an, indem von dessen realer Wirkungsweise (z.B. des immer wieder gern herbeizitierten „we the people“ der US-Verfassung oder des deutschen Rechtsstaatsprinzips) abstrahiert und durch die gesollte, idealiter funktionierende Wirkungsweise ersetzt wird. Als Ergebnis entsteht als dritter Schritt dieses Kommodifizierungsprozesses die Bereitstellung der de-kontextualisierten verfassungsrechtlichen Bauelemente in einem Vorratslager der gegenwärtig global vorhandenen und verfügbaren Verfassungsideen. Schließlich erfolgt in einem vierten Schritt die Re-Kontextualisierung der im Supermarkt erwerbbaaren und erworbenen Verfassungselemente, d.h. die Verpflanzung in und Anpassung an eine neue verfassungspolitische und -rechtliche Umwelt, verbunden mit all den Problemen und Konflikten, die fast immer auftauchen, wenn Fremdes an Gewohntes assimiliert werden soll (19 ff.). So weit die stark verkürzte Wiedergabe dieses mit Beispielen aus verschiedenen Verfassungsfamilien und -traditionen reich ausgestatteten Argumentes, das in den nachfolgenden Beiträgen der kritischen Prüfung aus unterschiedlichen Perspektiven ausgesetzt wird.

### III. Das Problem des Kontextes

Bereits der einleitende Beitrag von *Timo Tohidipur* äußert Skepsis gegenüber der Vorstellung einer universalen, für eine globale Weltgemeinschaft Geltung beanspruchenden Verfassungsidee. Die allgemeinen Prinzipien und Normen, die aus einer westlichen Sicht universal erscheinen, seien beständig umstritten und in einer durch kulturelle Pluralität gekennzeichneten Welt einem aus kolonialer Vergangenheit gespeisten Misstrauen ausgesetzt, das dazu neige, normative Universalien als hegemoniale Machtanmaßung anzusehen (34 f.). *Margrit Seckelmanns* teilt zwar prinzipiell Frankenburgs Vorstellung eines Supermarktes rechtlicher Bauelemente als Knotenpunkt von Rechtstransfers, ihr eigener

Text mit seiner reichlich sprudelnden Ideenkaskade und den ihr beigegebenen Literaturverweisen wirkt selbst ein wenig wie ein Supermarkt recht heterogener theoretischer Ansätze. Doch wenn sie die Rezeption einer fremden konstitutionellen Idee als eine „produktive Irritation“ bezeichnet und daran erinnert, dass nationale Rechtsordnungen eine je eigene Geltungsgeschichte hätten, deren symbolische Bedeutung nicht so einfach zu transferieren sei wie ein „gewöhnliches“ Rechtsprinzip (52 f.), so verweist sie auf die Schwierigkeiten des Frankenberg'schen Dreierschrittes (Dekontextualisierung – Verfügbarmachen im globalen Supermarkt konstitutioneller Ideen und Institutionen – Re-kontextualisierung), die sozio-kulturelle und -politische Wirklichkeit normativer Lern- und Rezeptionsprozesse zu erfassen. Dagegen positioniert sich *Ralf Michaels*, der seine Überlegungen – zwecks *captatio benevolentiae*? – schon in der Überschrift als „häretisch“ qualifiziert, mit einer neuen Argumentation als überzeugter Verteidiger des IKEA-Modells. Er sieht in ihm einen positiven Beitrag zum Prozess der Globalisierung, der vor allem formale, kontextfreie und nicht an bestimmte Funktionen gebundene Regelwerke verfügbar mache. Dadurch könnten Gesellschaften Anschluss an globale Diskurse finden und die formalen Normen als Instrumente ihrer Selbsttransformation nutzen (75 f.). Er radikalisiert das IKEA-Modell sogar noch mit der Aussage, dass darin nicht, wie Frankenberg annimmt, die im Supermarkt erworbene konstitutionelle Ware im Wege der Re-Kontextualisierung an den neuen Kontext angepasst werde, vielmehr werde der Kontext an die Eigenheiten der Ware angepasst (75). (Der Reisende, der auf der Jagd nach „authentischen“ Mitbringseln durch die Einkaufsstraßen der großen Städte dieses Globus schlendert, wird in dieser Beobachtung viel Wahres entdecken.) Tatsächlich sei die IKEA-Theorie zugleich Ausdruck und Beschleuniger des globalen Kapitalismus, in dem das Prinzip des „one-size-fits-all“ triumphiere (77). Das sei keine neoliberale Strategie oder Ideologie, sondern Konsequenz einer sich globalisierenden Welt, in der die Formalisierung und Standardisierung des Rechts und damit die Ablösung seiner Fixierung auf spezifische Inhalte, Traditionen, Werte, Narrative etc. zur Ordnungsbedingung fragmentierter Gesellschaften geworden sei (78).

Von den Beiträgen in der Sektion „Gender“ durfte man eine grundsätzliche Sympathie für das IKEA-Modell der Verfassungsrezeption erwarten, haben doch diskriminierte Gruppen in der modernen Rechtsgeschichte ihre Hoffnung auf Schutz und Anerkennung ihrer Grundrechte stets auf die Geltung universaler, damit auch abstrakterer, dem lokalen und provinziellen Kontext enthobener Normen gesetzt. So auch *Helena Alviar García* in ihrem Beitrag „Gender structures and constitutional law“ (84). Doch zugleich weist sie darauf hin, dass die Aufnahme von international anerkannten normativen Standards der Geschlechtergerechtigkeit in eine Verfassung – ihr Beispiel ist Kolumbien – wenig an der realen Ungleichheit und Diskriminierung der Frauen ändere, solange nicht der ökonomische, soziale und auch kulturelle Kontext des jeweiligen Landes den normativen Standards angepasst werde. Wenn sie resümiert, dass der Charakter von Verfassungstransfers im Bereich der Gleichheitsgarantien nicht nur durch die Übernahme isolierter Normen bestimmt werde, sondern wesentlich durch die damit verbundene jeweilige Definition von Gleichheit sowie deren Interaktion mit administrativen Regimes und Institutionen (86), spricht sie das wichtige Thema der Normverwirklichung an. Notabene, es ist nicht mit Frankenberg's drittem Schritt der Re-Kontextualisierung zu verwechseln, denn *Alviar García* geht es um die Herstellung des Kontextes, in dem die Norm realisiert werden kann, nicht darum, die Norm dem vorhandenen Kontext anzupassen. Dagegen wird das Thema in *Michaels'* Versicherung, dass ein im Supermarkt erworbenes Verfassungssele-

ment durch die Verpflanzung seine neue Umgebung transformiere und sich gewissermaßen den ihm gemäßen institutionellen Kontext selbst erschaffe, zwar angesprochen, aber nicht weiter verfolgt. Hier scheint eine Leerstelle des IKEA-Modells zu bestehen.

*Nora Markard* wirft in ihrem Beitrag „Private but Equal? Why the right to privacy will not bring full equality for same-sex couples“ die Frage auf, ob jedes einmal in das IKEA-Regal gestellte de-kontextualisierte Verfassungsmodul nach seiner Verpflanzung in einen Verfassungstext auch tatsächlich, wie Frankenberg argumentiert, re-kontextualisiert werden kann. Am Beispiel der Verfassungsrechtsprechung in verschiedenen Ländern zur Entkriminalisierung gleichgeschlechtlicher Handlungen und zur Zulässigkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe vergleicht sie die Bedeutung zweier konkurrierender verfassungsrechtlicher Maßstäbe: das Recht auf Gleichheit und das Recht auf Privatheit (*equality* und *privacy*). Was sie dabei in ihrer kenntnisreichen und sorgfältigen Analyse herausarbeitet, ist ein Moment, das das IKEA-Modell nicht vorsieht, nämlich den jeweiligen normativen Eigensinn, ja die Eigendynamik dieser beiden normativen Komplexe und ihre Widerständigkeit gegen Anpassungen an verschiedene Verfassungskontexte. Dass dabei nach dem Urteil von *Markard* „equality“ eine andere, auf die Anerkennung eines öffentlich sichtbaren Bürgerstatus gerichtete Dynamik aufweist als „privacy“ muss hier unkommentiert bleiben. Wichtig ist hier ihre These, dass nicht jedes dem globalen Verfassungsrepertoire entnommene Verfassungsmodul ohne Weiteres für jeden gewünschten Gebrauch fungibel gemacht werden kann. Jedenfalls gelte das für das Gleichheitsprinzip. Sei erst einmal anerkannt, dass Ungleichbehandlungen einer Rechtfertigung bedürfen, dann gebe es keinen Weg zurück zu überkommenen Kontexten und lokalen Praktiken von Diskriminierung (113, 117).

„Privacy“ spielt auch eine Rolle in dem Beitrag von *Ruth Rubio Marin*, in dem sie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch mit der des portugiesischen Verfassungsgerichts vergleicht. Hier geht es um eine Rekonstruktion der Modifizierungen, die die beiden einschlägigen Urteile des Bundesverfassungsgerichts<sup>2</sup> im Prozess ihrer, wie die Autorin schreibt, „subversiven“ Rezeption (123, 148) durch den portugiesischen Verfassungsgerichtshof erfahren haben. Im Frankenberg'schen IKEA-Supermarktregal standen dem portugiesischen Gericht, als es seit Mitte der 1980er Jahre nach einer Strafrechtsänderung mit dieser Frage befasst war, zwei alternative methodische Optionen zur Lösung des Konflikts zwischen den Rechten des ungeborenen Kindes, denen der schwangeren Frau sowie den Interessen der staatlich organisierten Gesellschaft zur Verfügung: der vom US Supreme Court im *Fall Roe v. Wade* [1973] gewählte Ansatz, die Zulässigkeit der Einschränkung des Schwangerschaftsabbruchs am Maßstab des Rechts auf den Schutz der Privatsphäre der Frau zu messen („privacy“), sowie der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, diesen Maßstab durch die Rechte des ungeborenen Lebens zu definieren. Dass der portugiesische Verfassungsgerichtshof das deutsche Verfassungsmodul wählte, lag in dem überwiegend katholischen Land nahe. Doch zugleich löste sich, wie *Rubio Marin* zeigt, das portugiesische Gericht, z.T. unter expliziten Verweisen auf die Minderheitenvoten in den beiden deutschen Urteilen, von einigen der lebensschützenden Übertreibungen des Bundesverfassungsgerichts – insbesondere von der Doktrin der Rechtsinhaberschaft des Fötus – und fand am Ende in Gestalt eines Interessenausgleichs nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine genuin „portugiesische“ Lösung (147 ff.). Was bedeutet das für das IKEA-Modell des Verfassungs-

2 BVerfGE 39, 1 [1975]; 88, 203 [1993].

transfers? Der Fall könnte in seiner Mischung aus Rezeption, Zurückweisung und Modifikation geradezu als ein Muster für das Funktionieren des Geschäftsmodells des IKEA-Verfassungssupermarktes gelten, denn hier hat die Re-Kontextualisierung nach den Interessen und gesellschaftlichen Bedingungen des IKEA-Supermarktkunden stattgefunden. Allerdings leuchtet der von *Rubio Marin* dafür verwendete Terminus des „subversiven Transfers“ nicht ein, schließlich funktionierte die Transaktion exakt so, wie es nach dem „Geschäftsmodell“ angepriesen worden war.

#### IV. Die Frage des Rechtspluralismus, insbesondere in postkolonialen Gesellschaften

Nicht ganz so klar sind die Konstellationen in den Fällen, in denen innerhalb einer Gesellschaft mehrere Rechtsordnungen in Bezug auf einzelne soziale Felder konkurrieren, besonders ausgeprägt in postkolonialen Gesellschaften, mehr und mehr aber auch in westlichen Verfassungsstaaten mit einem wachsenden Anteil von Immigranten, die in ihrem Gepäck auch normative Ordnungsmodelle mitbringen. *Jennifer Hendry* stellt zu Recht fest, dass Rechtspluralität nicht lediglich in einem statischen Nebeneinander verschiedener Rechtsregime besteht, sondern durch Interaktion gekennzeichnet ist – Diskussion, Streit, wechselnde Machtbeziehungen in Feldern „normativer Heterogenität“ (156 f.). Auch in diesem gesellschaftsinternen Rahmen können, so *Jennifer Hendry*, Rechtstransfers stattfinden (154), doch müsse dafür das IKEA-Modell modifiziert werden. Man dürfe nicht nur die Ergebnisse eines Transfers betrachten, sondern auch die Umstände, die zu ihm geführt hätten – nicht nur das Modul im Supermarktregal sei wichtig, sondern auch die wechselseitigen Beziehungen, insbesondere auch Machtbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer (169 f.).

Einen konkreten Rechtsfall unter dem Regime verschiedener Rechtsordnungen in Indien schildert und analysiert *Julia Eckert* aus ihrer rechtsanthropologischen Forschung. Sie richtet bei der Beobachtung von Normtransfers die Aufmerksamkeit weniger auf das Schicksal der Normen als auf die Veränderungen, die sich daraus für die Normunterworfenen ergeben. Es geht um die Frage, welche Wirkungen eine Norm infolge ihrer Einfügung in eine andere Rechtsordnung auf das soziale Feld hat, das es nun ordnen soll (171 f.). Auch diese Dimension des Rechtstransfers bleibt im IKEA-Modell eine *black box*. Die paradigmatische Geschichte, die *Julia Eckert* erzählt, schildert den Kampf einer einfachen Frau für das Glück ihrer Tochter. Sie nutzt dabei höchst kreativ und zugleich auch naiv das in ihrer Lebenssituation verfügbare Arsenal rechtlicher Regelungen und sozialer Interaktionen und dient damit als Beweisperson für *Julia Eckerts* These, dass Normen im Prozess ihrer Anpassung an je konkrete Situationen transformiert werden. „The distinctiveness of situations shapes the transformation of norms articulated in them“ (183). Damit ist auch hier nicht die im IKEA-Modell vorgesehene Stufe der Re-Kontextualisierung eines im Regal liegenden, de-kontextualisierten Normmoduls gemeint. Es geht *Julia Eckert* nicht um den Kontext von Normen und normativen Ordnungen, sondern um das Verstehen der Begegnungen von Norm und sozialer Wirklichkeit (185 f.). Welche Situation motiviert jemanden, in den Supermarkt zu gehen und nach einem passenden Modul Ausschau zu halten? Um diese Dimension müsste wohl, nach *Eckert*, das IKEA-Modell ergänzt werden.

Ausgesprochene Skepsis, um es milde auszudrücken, herrscht bei den beiden Autoren in der Sektion „Ordering the postcolony – constitutional breaks, continuities, and hy-



brids“. *Upendra Baxi* betrachtet das IKEA-Modell aus indischer Perspektive, die bei ihm, wenig überraschend, vor allem eine postkoloniale ist. Der Kern seiner Kritik ist die euro-atlantische Einseitigkeit des Modells, die implizite Voraussetzung, nach der konstitutionelle Lernprozesse stets den Weg vom „Globalen Norden“ zum „Globalen Süden“ verliefen und die Möglichkeit eines Beitrages der „nicht-Europäischen anderen“ zum Konzept des Konstitutionalismus ausschlossen (190). Die Einlagerung des kollektiven Verfassungsbewusstseins in ein Einkaufszentrum enthistorisiere die Verfassungsentwicklung und etabliere den Markt gewissermaßen zur zweiten Natur der Zivilisation (193 f.). Die Metapher des „Transfers“ vermeide direktere Termini wie „*legal imposition, colonization, imperialism infecting constitutionalisms*“ (195). Das IKEA-Modell könne die Widerstandsformen gegen interne Kolonisierungen, wie sie der Arabische Frühling und die Bewegungen in Pakistan, Nepal und Burma hervorgebracht habe, nicht erfassen, da es dem Westfälisch-Euro-Amerikanischen Vorverständnis der konstitutionellen Entwicklung verhaftet sei (202). Auf die Rechtsprechung des Indischen Supreme Court verweisend, fordert er, die „Jurisprudenz“ durch „Demosprudenz“ zu ersetzen und damit den sozialen Bewegungen eine angemessene Stimme in den weltweiten Verfassungskämpfen zu verleihen (206 f.).

Einen institutionenspezifischen Beitrag zum postkolonialen Erbe in Afrika präsentiert *H Kwasi Prempeh* mit seiner Studie über das in Afrika weit verbreitete Phänomen eines autoritären Präsidialismus, in seiner Terminologie: „absolute presidentialism“. Das ist der Ausdruck für eine Regierungsform, die in der wissenschaftlichen Literatur wahlweise als „Big Man rule“, „personal rule“, „presidential monarchy“, „neo-presidentialism“ oder „imperial presidency“ bezeichnet worden ist. *H Kwasi Prempeh* stellt die Frage, ob es sich hierbei um einen in der afrikanischen Kultur wurzelnden genuin afrikanischen Regimetypus handelt oder um die Übernahme einer fremden Institution (209 f.). In seiner sorgfältigen Rekonstruktion der postkolonialen Geschichte Afrikas kommt er zu dem Ergebnis, dass angesichts der hohen Diversität der kulturellen Identitäten und politischen Strukturen in Afrika die Annahme einer monolithischen afrikanischen Kultur falsch sei. Der Kontinent sei ebenso wie auch die einzelnen postkolonialen afrikanischen Staaten selbst so vielfältig und heterogen, dass von homogenen nationalen Kulturen in Afrika keine Rede sein könne (220 f.). Der gegenwärtige autoritäre Präsidialismus vieler afrikanischer Staaten habe seine Wurzeln nicht in den Traditionen des indigenen afrikanischen Häuptlings bzw. Königtums, sondern sei ein direkter Nachkomme des „absoluten“ Präsidenten der 1960er Jahre – der Epoche der Emanzipation der meisten afrikanischen Kolonien und ihrer Gründung als souveräne Staaten –, der seinerseits die Erbschaft des Absolutismus der kolonialen Gouverneure angetreten habe (225 ff.). Dieser Transfer ist also kein Beispiel für eine shopping tour im IKEA-Supermarkt, sondern aufs engste mit den von *Upendra Baxi* hervorgehobenen kolonialen Zwangsverhältnissen verbunden.

Die Tauglichkeit des IKEA-Modells wird man noch weniger von den Verfassungs- und Rechtstransfers erwarten, die in der folgenden Sektion „Ordering hegemony – constitutional moments in occupied territories and colonies“ erörtert werden. Wie anders als durch mehr oder minder gewaltsamen Oktroi soll man sich die Übernahme fremden Rechts in diesen Fällen vorstellen? Ganz so einfach ist es aber nicht. *Stefan Kadellbach* weist in seinem sehr instruktiven einleitenden Beitrag zu dieser Sektion zu Recht darauf hin, dass sich nach dem Zweiten Weltkrieg die rechtliche Bedeutung der Besetzung eines Landes grundlegend geändert habe (237 ff.). Sie sei nicht länger eine innere Angelegenheit des Besatzungsstaates, sondern nach internationalem Recht rechtfertigungsbedürftig und

zudem nur als Übergangsordnung zulässig. Der Prozess des *state-building* und der Verfassunggebung in den beiden in Betracht kommenden Konstellationen – nach kriegerischen Konflikten sowie im Zuge der Dekolonisierung (*post-conflict/post-colonial constitution-making*) – ist daher Gegenstand internationaler Verantwortung, deren Normen jedenfalls für letzteren Fall in den Art. 73, 74, 75-85 der UN-Charta kodifiziert sind. Da somit dritte Staaten – darunter nicht selten auch solche, die in Verfassungsfragen, wie *Kadelbach* zutreffend feststellt, einen zweifelhaften Ruf genießen – bestimmenden Einfluss auf die Verfassunggebung werdender Staaten haben, zugleich aber auch internationalen Normen zum Schutze der Selbstbestimmung der betroffenen Bevölkerungen unterliegen, findet in diesem Felde eine besonders prekäre Art des Rechtstransfers statt. Die Anwendbarkeit des IKEA-Modells ist dabei jedenfalls theoretisch durchaus nicht von vornherein ausgeschlossen – schließlich könnten ja auch internationale Organisationen, Besatzungsmächte und andere Geburtshelfer für neue Staaten und Verfassungen im Verfassungssupermarkt shoppen gehen. Eine Probe aufs Exempel bilden die nachfolgenden Einzelstudien.

Die drei Länder, deren Verfassunggebung unter externem nationalem und internationalem Einfluss *Philipp Dann* analysiert – Ost-Timor, Irak, Sudan – weisen je unterschiedliche Varianten des Verfassungstransfers auf (246 ff.): Im Verfassungsprozess von Ost-Timor, der im Wesentlichen von der UN angestoßen wurde und im Rahmen der UN stattfand, beschränkte sich der externe Einfluss auf die Setzung prozeduraler Regeln, während das tatsächliche Verfahren und die inhaltlichen Ergebnisse in den Händen der Timoresen lag. Im Irak dagegen fand der nach der Beseitigung des Regimes von Saddam Hussein von den Amerikanern initiierte Verfassungsprozess ohne eine klare und verbindliche Verfahrensordnung statt, ohne Beteiligung internationaler Organisationen und unter dem Einfluss lediglich eines internationalen Akteurs, der USA. Hier lässt sich wohl von hegemonialem Einfluss sprechen. In Bezug auf den Sudan ist der Friedensvertrag zwischen der Zentralregierung und verschiedenen Rebellengruppen aus dem Jahre 2005 von der nachfolgenden Verfassunggebung zu unterscheiden, die freilich durch die Klauseln des Friedensvertrages weitgehend prädeterminiert war und an der auch keine externen Akteure mitwirkten. An der Herstellung des innerstaatlichen Friedensabkommens waren dagegen – ohne formelles internationales Mandat – internationale (East African community of states, UN) und vier nationale Akteure (darunter die USA) sowie verschiedene Experten beteiligt, deren Rolle jedoch darauf beschränkt war, zu vermitteln, die Parteien am Verhandlungstisch zu halten, sich um eine faire Verteilung der notwendigen Expertise zu bemühen sowie organisatorische und finanzielle Hilfe zu leisten. Alle inhaltlichen Regelungen wurden in dem inner-sudanesischen Verfassungsprozess entschieden und formuliert. Vergleicht man diese drei Fälle des Verfassungstransfers, so finden sich, soweit man dies den von *Philipp Dann* mitgeteilten Fakten entnehmen kann, in keiner der jeweiligen inhaltlichen Regelungen Spuren des IKEA-Modells. Überraschend ist dieser Befund nicht.

Der dritte dieser Sektion zugeordnete Beitrag stammt von *Felix Hanschmann*, der der Frage nachgeht, welchen Einfluss der deutsche juristische Diskurs zu Beginn des 20. Jahrhunderts über den rechtlichen Status der Eingeborenen der deutschen Kolonien auf das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht hatte und möglicherweise auch heute noch hat. Im Vergleich zu den anderen europäischen Kolonialmächten stellte das Deutsche Reich einen besonders engen Zusammenhang zwischen ethnischer Herkunft und Staatsangehörigkeit her (270 f.) und schuf sich damit das Problem, eine präzise Abgrenzung der „Ein-



geborenen“ von den „Nicht-Eingeborenen“ vornehmen zu müssen, um die für die deutsche Staatsangehörigkeit Qualifizierten zu definieren (266 ff., 270). Das Problem war die Rechtsstellung der Abkömmlinge aus Mischehen zwischen Reichsbürgern und Eingeborenen. Um sie von der deutschen Staatsangehörigkeit auszuschließen, wurden von den kolonialen Behörden Mischehen verboten (267). In den hierzu geführten parlamentarischen und juristischen Debatten wurde der Kampf zwischen einer rassistischen und einer patrilinear-ethnischen Definition der Voraussetzung für den Erwerb der Staatsangehörigkeit geführt: Erstere verlangte im Namen rassistischer Reinheit europäische Elternschaft, nach letzterer definierte die deutsche Staatsangehörigkeit des Vaters den Rechtsstatus des Kindes. Diese patrilinear-ethnische Konzeption setzte sich bekanntlich im deutschen Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz von 1913 durch und gilt, unterbrochen durch das rassistische NS-Regime, im Prinzip bis auf den heutigen Tag mit der Modifikation, dass nunmehr nicht die deutsche Staatsangehörigkeit des Vaters, sondern eines Elternteils den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Geburt bewirkt. So aufschlussreich diese geschichtlichen Entwicklungslinien sind, so sehr zweifelt der Leser daran, dass sie in den Kontext dieses Buches gehören. Denn von Transfer oder Verpflanzung von einer Rechtsordnung in eine andere kann hier nicht die Rede sein – die von *Hanschmann* rekonstruierten Debatten deutscher Kolonialrechtsjünger handelten nicht von einer Beziehung zweier Rechtsordnungen zu einander; sie bestanden aus einem vielstimmigen Selbstgespräch der Kolonialherren darüber, wie man den Kolonisierten ohne Selbstwiderspruch die deutsche Staatsangehörigkeit vorenthalten kann. Die Kolonien hatten dabei, wie *Hanschmann* auch zutreffend feststellt (274), weder unter dem bis 1919 bestehenden deutschen Kolonialregime selbst noch zu irgendeinem Zeitpunkt der postkolonialen Periode irgendeinen Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Deutschland. Ob es umgekehrt Spuren des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts im Recht z.B. von Namibia gibt, entzieht sich meiner Kenntnis; man wird das aber wohl ausschließen können.

### V. Europas Beitrag

Die letzte Sektion des Bandes handelt von innereuropäischen Verfassungswanderungen des 19. Jahrhunderts sowie von einigen Verfassungsentwicklungen in Lateinamerika. *Günter Frankenberg* unterfüttert seine IEKA-Theorie mit einer kritischen Rekonstruktion der europäischen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, die, so führt er aus, unvollständig bliebe, wenn man sie als eine lineare Fortschrittsgeschichte der Verwirklichung der Ideale der Aufklärung und der Französischen Revolution läse. Es geht ihm um die Erhellung des komplexen und widersprüchlichen Prozesses von Nationbildung, imperialer Expansion und politischer Reaktion, der das 19. Jahrhundert in Europa kennzeichne und in dem revolutionäre und restaurative Eliten und soziale Bewegungen um Macht, Anerkennung und die Errichtung konkurrierender Modelle politischer Ordnung rangen (281). Zwar habe als Bezugspunkt der verschiedenen Verfassungskonzeptionen jeweils die Idee der Nation dominiert, diese nationale Selbstbezüglichkeit habe aber kein Hindernis für die Herausbildung eines international zugänglichen Reservoirs an Verfassungsideen gebildet, aus dem europaweit und darüber hinaus viele Staaten Gebrauch gemacht hätten (281 f., 304). An den Beispielen von drei Verfassungen, die prominent als Quelle der Inspiration für nachfolgende Verfassungen in Europa und Lateinamerika dienten – die französische Verfassung von 1791, die Verfassung von Cadix von 1812 und

die belgische Verfassung von 1831 – schreibt er ebenso gelehrt wie anregend eine europäische Verfassungsgeschichte *en miniature*, die den experimentellen Charakter europäischer Verfassungsgebung im 19. Jahrhundert deutlich macht und immer wieder überraschende Einsichten zutage fördert, so z.B. die, dass in Europa nur England und Frankreich, beides territorial konsolidierte Staaten, energisch den Weg zu Parlamentarismus und Demokratie beschritten, während Länder mit ungeklärter territorialer Ausdehnung wie Preußen und Österreich diese Ideen ablehnten, in konstitutioneller Lähmung verharrten oder damit beschäftigt waren, emanzipatorische Ansätze zum Schutze der konstitutionellen Monarchie einzudämmen (305). Es wird deutlich, im 19. Jahrhundert war Europa ein Laboratorium für Verfassungsideen – aber, wie Frankenberg am Ende selbst einräumt, ein eindeutiger Beleg für *Order from Transfer* à la IKEA ist seine Geschichte nicht, denn dafür müssten andere Einflussfaktoren der jeweiligen Verfassungsentwicklung wie sozio-ökonomische Faktoren, fiskalische Krisen und soziale Bewegungen genauer untersucht werden (305).

Als ein Beispiel für die von Frankenberg erwähnten Wanderungen europäischen Verfassungsdenkens in Länder Lateinamerikas könnte man jedenfalls auf den ersten Blick den Beitrag von *Helena Alviar García* über den Einfluss Léon Duguits auf die Verfassungsentwicklung Kolumbiens ansehen. Wie schon in ihrem oben erwähnten einleitenden Beitrag zur Sektion „Ordering Gender“ geht es ihr auch hier nicht um den bloßen Transfer von normativen Modulen von einer Rechtsordnung in eine andere, sondern um die Analyse der Wirkungen, die eine transferierte Norm durch ihre Einbettung in neue institutionelle, insbesondere administrative Strukturen und Konstellationen entfaltet (321). In diesem Beitrag analysiert sie die kolumbianische Rezeption des von Léon Duguit zu Beginn des 20. Jahrhunderts entwickelten Konzepts des Privateigentums als eine gesellschaftliche Institution mit inhärenten Sozialpflichten. Dieses Konzept war gerade in diesem durch die Not einer großen Zahl landloser Bauern gekennzeichneten Land deshalb so attraktiv, weil es in Bezug auf die Eigentumsfrage einen Mittelweg zwischen einem liberal-individualistischen Begriff des Privateigentums und dem in der Sowjetunion eingeführten Kollektiveigentum versprach, abgesehen von traditionell engen Verbindungen kolumbianischer Intellektueller und Wissenschaftler zu Frankreich und seinem geistigen Reichtum (314f.). Die Verfasserin berichtet von dem Scheitern der diversen Landreformgesetze von 1936, 1961 und 1991 und stellt die Frage nach den Gründen dieses Scheiterns. Sie findet sie, kurz gesagt, in dem Fehlen einer institutionellen Infrastruktur, die in der Lage wäre, diese Normen auch effektiv durchzusetzen, m.a.W., in einem in der Rechtswissenschaft wohlbekannten Implementationsdefizit (320f.). Hier fragt sich allerdings der Leser, inwiefern dieses Ergebnis im Zusammenhang mit einem Prozess des Rechtstransfers steht. Kann man hier wirklich sagen, dass „fremdes“ Recht verpflanzt und vom aufnehmenden Recht „abgestoßen“ wurde (um in der Metaphorik der Transplantationsmedizin zu bleiben), also eine Re-Kontextualisierung misslang? Die von der Verfasserin berichteten sozialen Unruhen insbesondere unter den von den Grundbesitzern vertriebenen landlosen Bauern und die von ihnen erhobenen Forderungen, die ja doch alle in die Richtung einer Sozialfunktion des Privateigentums gingen, sprechen dagegen. Man kann nicht übersehen, dass die Idee einer Begrenzung des Privateigentums durch Sozialpflichten spätestens seit dem Ende des 19. Jahrhunderts geradezu eine universelle Gerechtigkeitsidee geworden war. Die Erörterung der Eigentumsproblematik im Rahmen des Konzeptes des Rechtstransfers und die darin implizierte Annahme

der Verfasserin, dass die Sozialbindung des Privateigentums eine „fremde“, europäische Rechtsidee war, die nach Lateinamerika wanderte, erscheint daher nicht sehr plausibel.

Die Frage nach den Ursachen des Scheiterns bestimmter konstitutioneller Reformen in Lateinamerika, die *Helena Alviar García* stellt, treibt auch *Roberto Gargarella* in dem letzten Beitrag des Bandes um. Der Titel – „Constitutional grafts and social rights in Latin America“ – ist ein wenig irreführend, denn die strukturellen Probleme der Konstitutionalisierung sozialer und ökonomischer Rechte werden gar nicht behandelt. Soziale Rechte dienen *Gargarella* – neben dem Ziel der aktiven demokratischen Partizipation – lediglich als Beispiel für radikal-demokratische Verfassungsforderungen, deren normative Anerkennung im Wege der Änderung der Verfassungstexte einer Reihe lateinamerikanischer Länder gleichwohl keine nachhaltige Verbesserung der Lebensverhältnisse der am meisten benachteiligten Teile der Bevölkerung bewirkt hätten, wie er an den Beispielen Ecuador und Mexico ausführt (337 ff.). Was er über die Gründe für diesen Befund sagt, ist nicht ganz eindeutig. Einerseits erkennt er sie in einer mangelnden Korrespondenz zwischen den Strukturelementen der bestehenden Verfassung und den „aufgepfropften“ Ergänzungen („grafts“): Im Kern liberal-konservative Verfassungen vertragen keine radikal-demokratischen Zusätze (335 f.). Später dann wird deutlich, dass die Ursache der Wirkungslosigkeit progressiver Verfassungsänderungen nicht in einer mangelnden strukturellen Konsistenz des Verfassungstextes liegt, sondern in dem Fehlen „entgegenkommender“ sozio-ökonomischer, -politischer und -kultureller Bedingungen, in denen sich die normativen Gehalte der Verfassung entfalten können (345 ff.). Es ist eine Antwort ähnlich der von *Helena Alviar García*, freilich etwas radikaler, insofern er als einen Weg der Annäherung von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit im Leser auch den Gedanken an die Möglichkeit einer sozialen Revolution aufkommen lässt. Aber auch hier spielt die Thematik des Verfassungstransfers – trotz der Verwendung der Transplantationsmetapher („graft“) in der Überschrift – keine Rolle. Hier geht es zum einen um das Problem der normativen Konsistenz einer mit radikal-demokratischen Elementen aufgeladenen liberal-konservativen Verfassung, zum anderen um die vorverfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer funktionierenden Verfassungsordnung, also um eine Korrespondenz von Sozialstruktur und Verfassungsrecht – keine dieser beiden Fragen lässt einen notwendigen Zusammenhang mit dem Thema der Rezeption fremden Rechts erkennen.

## VI. *Conclusio*

Welche Summe können wir nach diesem zugegebenermaßen oberflächlichen Blick auf die Beiträge des Bandes über dieses intellektuelle Unternehmen sagen? Sammelbände sind ja in letzter Zeit ein wenig in Verruf geraten, und das in vielen Fällen zu Recht.<sup>3</sup> Nun muss man einschränkend sagen, dass dieses Misstrauen gegenüber dieser Literaturgattung in Bezug auf die Produkte anglo-amerikanischer akademischer Verlage ungegerechtfertigt ist, da diese sich der – in Deutschland offenbar bei vielen Verlagen als Luxus geltenden – Mühe einer gründlichen editorischen Bearbeitung unterziehen. Das hier be-

<sup>3</sup> Vgl. hierzu den etwas missmutigen, offenbar aus reichhaltigem eigenem Erleiden geborenen Beitrag zur politischen Ökonomie des sozialwissenschaftlichen Sammelbandes von Claus Offe in *Soziologische Revue* Jg. 31 (2008), S. 403 ff.

sprochene Buch ist ein Beispiel nicht nur für sorgfältige Lektorierung, sondern auch insgesamt für ein gelungenes *edited book* (das allerdings auch einen jedenfalls für Studierende wohl prohibitiven Preis hat): Es versammelt nicht lediglich mehr oder minder zusammenhängende Einzelbeiträge, sondern organisiert eine lebhaft, d.h. vor allem kontroverse Diskussion zu einer präzisen, klaren und differenziert ausgearbeiteten Fragestellung, die den Focus aller weiteren Beiträge bildet. Diese Funktion erfüllt *Frankenbergs* allen weiteren Beiträgen vorangestellter Essay über das von ihm entworfene IKEA-Modell in vorzüglicher Weise. Der Leser wird neugierig auf die Reaktionen und wird zur weiteren Lektüre angelockt. Das ist die wohl anspruchsvollste Art eines respektvollen Umgangs eines Herausgebers mit „seinen“ Autorinnen und Autoren ebenso wie natürlich mit den Leserinnen und Lesern.

Hat die den geistigen Mittelpunkt des Buches bildende IKEA-Theorie die kritische Prüfung durch eine in jeder Hinsicht heterogen zusammengesetzte Jury bestanden? Was Zustimmung, Ablehnung oder Modifizierung des IKEA-Modells betrifft, so ist das Bild naturgemäß uneinheitlich. Es gibt nur einen Beitrag, der vorbehaltlos *Frankenbergs* Modell des Verfassungstransfers zustimmt, ja es mit eigenen theoretischen Überlegungen zusätzlich unterfüttert, nämlich der von *Michaels*. Auf dem anderen Ende einer hypothetischen Skala zwischen Zustimmung und Ablehnung befindet sich *Upendra Baxi's* Beitrag, der die Metapher des Supermarktes verwirft und generell den Eurozentrismus dieses Konzepts kritisiert. Die übrigen Beiträge erweisen in unterschiedlicher Weise die Fruchtbarkeit dieses Ansatzes für den Verfassungsvergleich, zeigen aber auch die Notwendigkeit bedeutsamer Ergänzungen und Verfeinerungen. Das vor allem von *Alviar García* und *Gargarella* aufgeworfene Problem der Kluft zwischen sozialer Wirklichkeit und Verfassungsnorm und deren Implementationsdefizite ist zwar kein spezifisch auf Verfassungstransfer bezogenes Thema, spielt aber insofern hinein, als die dem IKEA-Modell inhärente Idee der transnationalen Fungibilität von Verfassungsmodulen normative Implementationsprobleme infolge ihrer konzeptionellen Vernachlässigung verschärfen könnte. Aber unabhängig von diesem Problem enthält jeder einzelne Text bemerkenswerte Ideen und Überlegungen, und dieses Urteil gilt unbedingt auch für jene Beiträge, die eigentlich nicht zu dem Thema dieses Bandes gehören. Offenbar hat die suggestive Kraft der IKEA-Metapher ihren verführerischen Einfluss geltend gemacht. Doch man sollte auf der Hut sein, das Konzept „order from transfer“ als Passepartout für die Erklärung aller möglichen Erscheinungen des Verfassungslebens misszuverstehen. Mit diesem abschließenden *caveat* legt der Leser dieses Buch angeregt, bereichert und belehrt zur Seite – kann man mehr von ihm erwarten?