

Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft

Herausgegeben von
HEINZ-DIETER ASSMANN,
TAMOTSU ISOMURA,
HIRUYUKI KANSAKU,
ZENTARO KITAGAWA und
MARTIN NETTESHEIM

Mohr Siebeck

Markt und Staat
in einer globalisierten Wirtschaft



Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft

Japanisch-deutsches Symposium
in Kyoto
vom 18. bis 20. September 2008

Herausgegeben von

Heinz-Dieter Assmann, Tamotsu Isomura,
Hiruyuki Kansaku, Zentaro Kitagawa und
Martin Nettesheim

Mohr Siebeck

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung in Köln.

ISBN 978-3-16-150449-5 / eISBN 978-3-16-163109-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Internationalisierung und die Globalisierung der Wirtschaft haben zahlreiche Erscheinungsformen: Sie reichen von der Öffnung nationaler Märkte oder der Schaffung supranational integrierter, aber offener Märkte (etwa der EG, des ASIAN-Raumes oder des Mercosur) bis hin zu neuen Formen der Migration von Unternehmen und Arbeitskräften. Die mit diesen Entwicklungen einhergehenden Folgeprobleme liegen vor allem in der Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Staatenverbände im Hinblick auf die Ordnung der Wirtschaft und der Systeme der Daseinsvorsorge. Ein nahe liegender Weg, mit diesen Problemen fertig zu werden, besteht in der Verlagerung bisher nationaler Regelungen auf eine internationale Ebene, d.h. im zunehmenden Einsatz internationaler Regulierungsformen. Allerdings, das hat die Finanzkrise von 2009 deutlich vor Augen geführt, sind auch supranationalen Regelungen sowohl im Hinblick auf ihr Zustandekommen als auch im Hinblick auf ihre Durchsetzung deutliche Grenzen gesetzt. Deshalb kommt nationalen oder staatsgemeinschaftsbezogenen Reaktionsformen in Bezug auf Globalisierung nach wie vor die größte Bedeutung zu. Ihnen – und weniger den internationalen oder supranationalen Formen des Umgangs mit Internationalisierungs- und Globalisierungsproblemen – gehen die in diesem Band versammelten Beiträge nach.

Bei den nationalen Versuchen, auf Internationalisierungs- und Globalisierungsprobleme zu reagieren, interessieren in erster Linie die rechtlichen Reaktionsformen. Dabei geht es auf der Mikroebene um die Regelung einzelner Sachverhalte, wie etwa des Schutzes von Verbrauchern oder Kapitalanlegern; auf der Makroebene geht es dagegen um rechtlich verfasste Ordnungsentscheidungen. Das vor allem auf dieser Ebene gesteuerte Zusammenwirken beider Ebenen selbst folgt durchweg unterschiedlichen Verfassungen des Zusammenspiels dezentral-marktlicher und zentral-staatlicher Regelungselemente. Entsprechend ist zu erwarten, dass die Folgeprobleme der Internationalisierung und Globalisierung durch eine Verschiebung der Grenzlinie zwischen Markt, Wettbewerb und vertraglicher Verhaltenskoordination auf der einen Seite und hoheitlich-staatlicher Lenkung auf der anderen Seite angegangen werden.

Die Hypothese, die der Themenstellung der einzelnen Referate zu Grunde liegt, ist die, dass sich die Bewältigung der Folgeprobleme der Internationalisierung und Globalisierung nicht auf die Formel von „mehr Staat, weniger Markt“ oder „mehr Markt und weniger Staat“ bringen lässt. Vielmehr sind so-

wohl in Deutschland als auch in Japan gänzlich neue, hybride Formen der Problemlösung und Regulierung zu erkennen. Hybrid sind sie insoweit als sie sich nicht eindeutig privatrechtlich-dezentralen und öffentlichrechtlich-hoheitlichen Rechtsquellen und Regulierungsformen zuordnen lassen. Beispielhaft kann diesbezüglich auf das Aufkommen von Verhaltenskodizes (wie etwa von *Corporate Governance*-Kodizes) verwiesen werden, die inhaltlich aus einer Art Selbstregulierung der betroffenen Wirtschaftskreise entstehen und nach klassischen Rechtsquellenkategorien nicht zu den zwingenden Normen gehören, aber über andere Wirkmechanismen gleichwohl quasिनormativen oder quasigesetzlichen Charakter erlangen. Hybrid in vorstehendem Sinne ist auch die zunehmende Vermischung oder Kombination privatrechtlicher (namentlich Schadensersatzrechtlicher), öffentlichrechtlich-aufsichtsrechtlicher und strafrechtlich-ordnungswidrigkeitsrechtlicher Regelungsinstrumente.

Nicht minder ungewöhnlich ist des Weiteren die sowohl in Deutschland als auch in Japan zu beobachtende Bereitschaft, gänzlich neue Regelungsfelder zu eröffnen oder bekannte Regelungsfelder durch die Übernahme gänzlich neuer Regelungsmodelle oder Regelungsinstrumente zu bestellen. Internationalisierungs- und Globalisierungsprobleme haben hier augenfällig zu einer gewissen Angleichung rechtlicher Regulierungsformen geführt, wobei die Angleichung durchweg dadurch zu geschehen scheint, dass sich dasjenige Regelungsmuster oder -instrument durchsetzt, das dem Rechtskreis der Globalisierungs-Leader entstammt. In der Praxis sind dies Regelungsmodelle und -instrumente des angloamerikanischen Rechtskreises und der USA. Von einem Qualitätswettbewerb der Institutionen und Rechtsordnungen kann hier schwerlich die Rede sein. In diesem Wettbewerb setzen sich vielmehr die Modelle und Instrumente durch, die die größte Verbreitung haben, d. h. diejenigen, welche die größten der im Globalisierungsprozess befindlichen Märkte regulieren. Als „legal implants“ führen die übernommenen Modelle und Instrumente dann aber regelmäßig doch ein von ihrem Spender unabhängiges Eigenleben. Art und Umfang der Übernahme solcher „legal implants“ sind Gegenstand einzelner der in diesem Band versammelten Beiträge. Hierbei spielt insbesondere die Übernahme US-amerikanischer Regelungsmodelle im neuen japanischen Gesellschaftsrecht eine Rolle. Sie erfolgt zu einem Zeitpunkt als das US-amerikanische Recht wesentliche Regelungaspekte des deutschen Modells adaptiert. Auch Deutschland ist von solchen Implantierungsvorgängen nicht abgekoppelt. Betroffen sind hierzulande vor allem kapitalmarktrechtliche Regelungsbereiche, die uns über europäische, in mitgliedstaatliches Recht umzusetzende Regelungsvorgaben erreichen.

Dessen ungeachtet sind die Verschiebungen zwischen marktlichen und staatlichen Regulierungsinstrumenten nicht zu vernachlässigen, denn auch diesbezüglich geht es nicht nur um Grenzverschiebungen der bekannten Art (mehr oder weniger Staat bei mehr oder weniger Markt), sondern um den Einsatz ganz neuer Instrumente zur Verschränkung der Regulierungsleistungen von Markt

und Staat. So hat vor allem in Deutschland die staatliche Aufsicht im Finanzbereich in nur wenigen Jahren eine nach Art und Umfang beträchtliche Ausweitung erfahren. Diese Ausweitung staatlich-hoheitlicher Regulierungsinstrumente geht jedoch einher mit der Auslagerung staatlicher Kontrolle auf private Kontrollunternehmen (etwa bei der Überprüfung der unternehmerischen Rechnungslegung) oder sogar auf die Betroffenen selbst (etwa in Gestalt der Ausweitung der in ihrer Anwendbarkeit im Einzelfall von den Betroffenen selbst auf ihr Eingreifen zu prüfenden so genannten Legalausnahmen und Selbstbefreiungstatbestände). Hierher gehört auch die keineswegs neue, aber in eine neue Stufe ihrer Ausbreitung getretene Erscheinung der „privaten Rechtssetzung“ („private rulemaking“).

Besonders aus deutscher Sicht ist zugleich die europäische Rechtsentwicklung zu berücksichtigen, denn es ist in erster Linie diese, welche den nationalen Gesetzgeber von Mitgliedstaaten der EU mit Regelungsaufträgen konfrontiert und ihm zugleich die hierbei einzusetzenden Regelungsmodelle und Regelungsinstrumente vorgibt. Dies verlangt einen Blick auf die Entwicklung des europäischen Binnenmarkts als einem der Katalysatoren der Internationalisierungs- und Globalisierungsentwicklung und vor allem eine kritische Würdigung des so genannten Lamfallussy-Verfahrens der Rechtssetzung in der EU. Zunächst beschränkt auf den Finanzbereich, sind Überlegungen im Gange, das in vielfacher Hinsicht bedenkliche mehrstufige Rechtssetzungsverfahren auf andere Regelungsfelder auszudehnen.

Das Symposium „Macht und Staat in einer globalisierten Wirtschaft“ ist die sechste Veranstaltung in der Reihe deutsch-japanischer Konferenzen von Rechtswissenschaftlern seit Gründung des Forums im Jahr 1988. Die Auftaktveranstaltung bildete das Symposium „Die Japanisierung des westlichen Rechts“ in Tübingen (1988, Mohr Siebeck 1990), dem das Symposium „Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts“ 1992 in Kyoto folgte (Mohr Siebeck 1994). Die dritte Konferenz mit dem Titel „Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts: Erwartungen in Japan und Deutschland“ fand 1996 erneut in Tübingen statt (Mohr Siebeck 1998), gefolgt von dem Symposium „Regulierung – Deregulierung – Liberalisierung: Tendenzen der Rechtsentwicklung in Deutschland und Japan zur Jahrhundertwende“ 2000 in Yokohama (Mohr Siebeck 2001). Schließlich wurde das fünfte Symposium der Reihe „Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien“ 2004 wieder in Tübingen durchgeführt (Mohr Siebeck 2006). Mit dem Thema des sechsten Symposiums, das vom 18. bis 21. September 2008 im *Institute for Advanced Studies* (IIAS) in Kyoto stattfand und dessen Referate in diesem Band versammelt sind, war ein solches gewählt, das die japanischen und die deutschen Juristen zur Analyse einer Rechtsentwicklung zwang, die nach Art und Umfang ein bislang nicht bekanntes Ausmaß angenommen hat: Nicht nur einzelne Rechtsänderungen waren zu untersuchen, sondern vor allem das Muster, nach dem sie sich vollziehen.

Gleichwohl hätte die Liste der Referate zu dem Symposium anders ausgesehen, hätte sich die erst 2009 in ihren Ausmaßen offenbar gewordene Finanz- und Weltwirtschaftskrise bereits im Vorfeld des Veranstaltungszeitpunkts erkennen lassen. Diese Krise hat das Verhältnis von „Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft“ in ein neues Licht gerückt, ohne freilich paradigmatische Änderungen in der Beurteilung der Entwicklungslinien des Verhältnisses von Markt und Staat zu verlangen oder gar den Beiträgen dieses Bandes den Boden zu entziehen. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil sich die staatliche Intervention im Bereich des Finanzwesens und im Hinblick auf die Stabilisierung der Wirtschaft durchaus als im Normalbetrieb des Verhältnisses von Markt und Staat angelegte und sektoral begrenzte Reaktion für – in diesem Fall nur außergewöhnliche – Ausnahmefälle versteht. Ob diese Selbstwahrnehmung zutreffend ist und sich durchhalten lässt, muss sich freilich erst noch zeigen. Doch ist dies ein neues Thema.

Dass das Symposium auf Einladung des *Instituts for Advanced Studies* (IIAS) in dessen Institutsgebäude in Kyoto stattfinden konnte, ist vor allem dem Präsidenten des Instituts Professor *Dr. Junjiro Kanamori* und dem Vizepräsident des Instituts Professor *Dr. Dr. h.c. Zentaro Kitagawa*, der von Anfang an Mitveranstalter der vorstehend erwähnten japanisch-deutschen Juristensymposien war, zu verdanken. Dafür sprechen wir ihnen erneut unseren herzlichen Dank aus. Nicht minder ist der *Fritz Thyssen Stiftung* zu danken, die die Durchführung dieses Symposiums und die Drucklegung der überarbeiteten Referate in diesem Band großzügig unterstützt hat.

Wie die früheren Symposien wurde auch das hier dokumentierte unter Inanspruchnahme der organisatorischen Hilfe durch das Deutsch-ostasiatische Wissenschaftsforum e. V. (DOAW), Tübingen, und dessen Geschäftsleiterin, Frau *Dr. Karin Moser v. Filseck*, vorbereitet und durchgeführt; Privatdozent *Dr. Christian Förster*, Tübingen, hat die für die Veröffentlichung der Beiträge in diesem Band notwendigen redaktionellen Arbeiten übernommen. Dafür sei ihnen auch an dieser Stelle herzlich gedankt.

Im April 2010, für die Herausgeber

Heinz-Dieter Assmann

Inhalt

Vorwort	V
---------------	---

Privat- und Wirtschaftsrecht

JUNICHI MURAKAMI

Juristische Diskurse in der polykontexturalen Weltgesellschaft	3
--	---

KNUT WOLFGANG NÖRR

Globalisierung, Freihandel, staatliches Recht. Spiegelungen im deutschen Raum um 1860	11
--	----

MASARU HAYAKAWA

Formen der Wirtschaftsordnung, Wettbewerb und Gläubigerschutz nach dem Gesellschaftsrecht in Japan	21
---	----

CHRISTIAN KIRCHNER

Wettbewerbsrecht versus Regulierung	41
---	----

WERNHARD MÖSCHEL

Privatisierung der Kontrolle von Kartellen in Europa. Legalausnahme und verstärkter Privatrechtsschutz	51
---	----

EIJI TAKAHASHI

Unternehmensübernahmen in deutschem und japanischem Kontext. Betrachtung von Aktionärsstrukturen, externer Corporate Governance und Unternehmensverständnis in Japan	67
--	----

HARALD BAUM

Deutsches und japanisches Übernahmerecht in vergleichender Perspektive. Parallelen und Divergenzen	87
---	----

ZENTARO KITAGAWA

Research Community as an Institution on the Internet.
New Role of Copyright and Contract 109

GEORG SANDBERGER

Verwertungsgesellschaften in einem globalisierten Rechtemarkt 125

HIROYUKI KANSAKU

Private Ordering auf dem Finanz- und Kapitalmarkt 145

HANNO MERKT

Privatisierung der Regelsetzung und -durchsetzung im Handels-
und Wirtschaftsrecht 169

MAKI SAITO

Corporate Governance in Japan 191

CHRISTIAN FÖRSTER

Internationale Corporate Governance Kodizes –
insbesondere das Problem der Mehrstimmrechtsaktien 203

Öffentliches Recht

SHIGEKI NAKAHARA

Wirtschaftsorientierte Handlungsformen der Verwaltung und
Theorie des öffentlichen Rechts 229

MAKOTO SAITO

Internationale Gesetzgebung und japanisches Verwaltungsrecht
am Beispiel des Atomrechts 237

Strafrecht

KAZUSHIGE ASADA

Strafwürdigkeit von Insiderhandeln in Japan 249

ERIC HILGENDORF

Skeptische Überlegungen zur Strafwürdigkeit von Insiderhandeln.
Eine Skizze 259

KANAKO TAKAYAMA

Corporate Compliance, Strafrecht und alternative
Regelungsmechanismen 269

Verzeichnis der Autoren 281

Privat- und Wirtschaftsrecht

Juristische Diskurse in der polykontexturalen Weltgesellschaft

JUNICHI MURAKAMI, Tokyo

I.

Es fällt auf, dass man in der gegenwärtigen deutschen Gesellschaftstheorie nicht selten dem Begriff der „Polykontexturalität“ begegnet, der bei einem Klassiker der Soziologie wie Emil Durkheim oder Max Weber nicht zu finden ist. Nach dem Sachregister der umfangreichsten Arbeit von Niklas Luhmann, „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ (1997), erscheint der Begriff „Polykontexturalität“ zehn Male, zwar etwas seltener als „Recht“ (achtzehn Stellen), „Wirtschaft“ (vierzehn Stellen), und „Staat“ (zwölf Stellen), aber öfter als „Markt“ (sechs Stellen). Dieser schon zahlenmäßig nicht zu vernachlässigende Begriff der „Polykontexturalität“ hat wohl bei Japanern Schwierigkeiten gemacht, so dass man in der japanischen Übersetzung des dicken Bandes „Die Kunst der Gesellschaft“ von Luhmann (Original 1995, Japanische Übersetzung 2004) ein japanisches, nicht trennscharfes Wort „Tajigen-sei(tadzigensei)“, d.h. Vielheit der Dimensionen, für „Polykontexturalität“ verwendet¹.

Das Wort „Polykontexturalität“ stammt bekanntlich von den Arbeiten eines deutschen, von 1940 bis 1972 nach USA emigrierten Philosophen Gotthart Günther (1900–1984). Um einer genaueren Übersetzung willen müsste man sich folglich unbedingt mit einem Originaltext von Gotthart Günther befassen. Daher habe ich kürzlich seinen 1976 publizierten Aufsatz „Die Theorie der ‚Mehrwertigen‘ Logik“ ins Japanische übersetzt². In diesem Aufsatz versteht Günther unter dem Begriff der „logischen Kontextur“ die konsequente Durchsetzung der Zweiwertigkeit mit „tertium non datur“. Die Polykontexturalität heißt nämlich das Gelten der Zweiwertigkeit in jedem Bereich, d.h. egal ob es sich um das Recht, die Politik, die Wirtschaft usw. handelt. In diesem Sinne verwendet Günther im genannten Aufsatz auch das Wort „Verbund-Kontexturen“, obwohl die Wendung „Polykontexturalität“ heute gebräuchlich geworden ist. Deshalb

¹ Übersetzer: *Yasuo Baba*.

² In: *Toin-Hogaku*, Bd. 14, Heft 2.

bevorzuge ich als die japanische Übersetzung das Wort „Fukugô-Nichihensei“ (Verbund verschiedener Zweiwertigkeiten) vor anderen Übersetzungsversuchen, die mit der Zweiwertigkeit wenig zu tun haben.

II.

Nach dieser Wortanalyse möchte ich nun eine Stelle aus dem Vortrag von Niklas Luhmann, „Die neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie“ im Wiener Rathaus am 25. Mai 1995 zitieren.

„Die moderne Gesellschaft ist ein polyzentrisches, polykontexturales System. Sie verwendet ganz verschiedene Codes, ganz verschiedene „frames“, ganz verschiedene Leitunterscheidungen je nachdem, ob sie die Welt und sich selbst vom Standpunkt einer Religion oder vom Standpunkt der Wissenschaft, vom Standpunkt des Rechts oder vom Standpunkt der Politik, vom Standpunkt der Erziehung oder vom Standpunkt der Wirtschaft aus beschreibt. Es muss also, mit Begriffen von Gotthard Günther formuliert, transjunktionale Operationen geben, die es ermöglichen, von einer Kontextur (einer positiv/negativ Unterscheidung) in eine andere überzuwechseln und jeweils zu markieren, welche Unterscheidung man für bestimmte Operationen akzeptiert bzw. rejiziert. Würde man dabei an einer zweiwertigen Logik und an einer Methodologie der Irrtumsprüfung festhalten, würde das die Unterscheidung einer kognitionsfesten Realität ruinieren.“³

Sein Versuch einer Wiederbeschreibung des Wiener Vortrags von Husserl „Die Krisis des europäischen Menschentums und die Phänomenologie“ (1935) fasst Luhmann mit folgenden Worten zusammen. „Selbstkritisch ist die Vernunft nicht auf Grund ihres europäischen Erbes, sondern nur wenn und nur insofern, als sie ihren eigenen Realitätsglauben auswechseln kann, also nicht an sich selber zu glauben beginnt. Die Bewährungsproben liegen in der Therapie, die weniger schmerzhaftere Lösungen zu erreichen versucht und selbst ein Desengagement in Sachen Realität pflegt. Und sie liegen in Ansprüchen an Kommunikation, in Ansprüchen an eine subtilere Sprache (um einen Buchtiteln zu zitieren), die auch unter polykontexturalen Bedingungen noch funktioniert. Selbstkritische Vernunft ist ironische Vernunft. Sie ist die Vernunft der in die Gegenposition der Europäer gebrachten „Zigeuner, die dauernd in Europa herumvagabundieren.“⁴

³ Niklas Luhmann, *Die neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie*, Wien 1997, S. 44.

⁴ Luhmann, a.a.O., S. 45f.

III.

Ein Beispiel der „ironischen Vernunft“ im Sinne Luhmanns finde ich im Aufsatz von Gunther Teubner: „Die Anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private‘ transnationale Akteure“⁵. Teubner führt am Beispiel des Rechtsstreites zwischen den südafrikanischen Aids-Kranken und den multinationalen Pharmaunternehmen „GlaxoSmithKline und Boehringer Ingelheim“ vor der „South Africa Competition Commission“ im Jahre 2003 wie folgt aus.

„Man würde nun wieder den katastrophalen Kategorienfehler der Tradition begehen, wenn man die Horizontalwirkung der Grundrechte als Abwägung subjektiver Rechte zwischen Einzelpersonen realisiert. Dann landet man bloß im Deliktrecht mit seinen interpersonellen Beziehungen. Und man ist gezwungen, die konkreten staatsgerichteten Grundrechte auf die unterschiedlichsten interpersonellen Beziehungen pauschal anzuwenden – mit desaströsen Folgen für Wahlfreiheiten in der Intersubjektivität. Hier liegt letztlich der rationale Kern der lautstarken Proteste der Privatrechtler gegen das Eindringen der Grundrechte ins Privatrecht, die aber ihrerseits der genuin gesellschaftlichen Grundrechtsproblematik nicht gerecht werden.“

Um diesen Kategorienfehler zu vermeiden, müsse man nach Teubner sowohl die „alte“ politische als die „neue“ polykontexturale Menschenrechtsproblematik so verstehen, dass nicht Menschen von Mitmenschen bedroht würden. Die Menschenrechtsfrage im strengen Sinne sei heute als „Gefährdung der Leib/Seele-Integrität der Einzelpersonen durch eine Vielzahl anonymer und verselbständigter, heute globalisierter Kommunikationsprozesse“ zu verstehen. Um diese Kommunikationsprozesse justiziabel zu machen, schlägt Teubner vor, dafür den Begriff „Institution“ zu verwenden.

„Die Menschenrechtsproblematik im Privatrecht besteht nur dann, wenn die Gefährdung der Leib/Seele-Integrität von gesellschaftlichen ‚Institutionen‘ ausgeht (und nicht bloß von individuellen Akteuren). Mit Institutionen sind im Prinzip private formale Organisationen und private Regimes angesprochen. Wichtigste Fälle wären dann Wirtschaftsunternehmen, private Verbände, Krankenhäuser, Schulen, Universitäten als formale Organisationen. Und Allgemeine Geschäftsbedingungen, private Standardisierungen und ähnliche private Normierungen als private Regimes.“

Teubner ist sich zwar darüber im Klaren, dass der Institutionsbegriff „die eigentlich gemeinten, durch ein Spezialmedium charakterisierten integritätsgefährdenden Kommunikationsverkettungen – was hier mit der Metapher der anonymen ‚Matrix‘ angesprochen wird – nur unvollkommen abbildet und ihre expansiven Dynamiken kaum sichtbar macht.“ Aber der Begriff habe „für Juristen, die sich gezwungenermaßen an Normen und Personen orientieren, den unschätzbaren Vorteil, dass Institution als Normenbündel definiert ist und zu-

⁵ In: Der Staat, 2005 Heft 2.

gleich personifiziert werden kann. [...] Ergebnis wäre dann die auch für den ‚Juristen als solchen‘ plausible Formel der ‚Drittwirkung‘.“

IV.

Dennoch fühlt sich Teubner mit seiner juristischen Theorietechnik unbehaglich. Denn er schließt seinen sehr anregenden Aufsatz mit den folgenden Zeilen.

„Alle tastenden Versuche einer Juridifizierung von Menschenrechten können nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um ein im strengen Sinne unmögliches Projekt handelt. Wie kann jemals die Gesellschaft den Menschen ‚gerecht‘ werden, wenn die Menschen nicht ihre Teile sind, sondern außerhalb der Kommunikation stehen, wenn die Gesellschaft nicht mit ihnen kommunizieren kann, allenfalls über sie, ja sie nicht einmal erreichen, sondern bloß entweder irritieren oder zerstören kann?⁶ Angesichts unmenschlicher gesellschaftlicher Praktiken ist die Gerechtigkeit der Menschenrechte ein brennendes Problem – aber ein Problem ohne jede Aussicht auf Lösung. Das sollte in aller Härte ausgesprochen werden. [...] Nur die Selbstbeobachtungen von Bewusstsein/Körper – Introspektion, Leiden, Schmerz – können beurteilen, ob Kommunikation die Menschenrechte verletzt. Wenn diese Selbstbeobachtungen, wie verfälscht auch immer, in die Kommunikation Eingang finden, dann besteht eine gewisse Chance auf menschengerechte Selbsteinschränkungen der Kommunikation, auf eine Begrenzung ihres Eigenen im Respekt vor dem ganz Anderen. Entscheidend ist der ‚Moment‘: die Simultaneität von Bewusstsein und Kommunikation: der Schrei, der den Schmerz ausdrückt. Daher die Nähe der Gerechtigkeit zu spontanen Empörungen, Unruhen, Protesten und ihre Ferne zu philosophischen, politischen und juristischen Diskursen.“

V.

Im Vergleich mit Gunther Teubner scheint Gerd Winter, Herausgeber des Bandes „Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen – Selbststeuerung und Recht bei Auslandsdirektinvestitionen“ (Baden Baden, 2005) wesentlich optimistischer. In der von ihm verfassten Einführung des Bandes heißt es,

„Zusammenfassend ergibt sich, dass die MNU [Multinationalen Unternehmen] ein gewisses Maß an Selbststeuerung aufbringen und dass diese gesellschaftlichen Organisationsleistungen von bestimmten rechtlichen Verweisungs- oder Transferklauseln in Bezug genommen werden, um sie zu lenken, zu sanktionieren und u.U. auch zu verallgemeinern. In der Lenkung, Sanktionierung und Verallgemeinerung liegt ein spezifisch ‚öffentliches‘ Element, das im Überschreiten der Schwelle des Seins zum Sollen hinzukommt und nicht aus der Faktizität der Selbststeuerung abgeleitet ist.“

⁶ Vgl. *Luhmann*, Wie ist Bewusstsein an Kommunikation beteiligt?, in: *Ders.*, Soziologische Aufklärung 6, 2005.

Weiter führt Winter aus:

„Lenkt man die Aufmerksamkeit von den Einzelercheinungen der Selbststeuerung – Standards, Managementsysteme, Selbstverpflichtungen – auf das ihnen Gemeinsame, so kann man in ihnen ein Prinzip entdecken, das nicht nur die Einzelercheinungen zusammenfasst, sondern zugleich Leitgedanke für das Bündel der sich an die Empirie anschließenden einzelnen Rechtsnormen ist. [...] Will man die Forschungen dieses Bandes auf ein allgemeineres Rechtsprinzip bringen, so besteht das darin, dass MNU durch die Globalisierung ihrer Wertschöpfung, Risikozumutung und Organisationskapazität eine besondere Verantwortung übernehmen. Sie sind deshalb zu einem angemessenen Risikomanagement verpflichtet. Dieses Prinzip entspringt nicht allein richterlicher oder politischer Setzung, sondern entspricht einer weitgehenden Praxis und Selbstbindung der MNU selbst. [...] Prinzipien fungieren in diesem Sinne also als eine Art Protorecht, das das Eigenrecht der Gesellschaft aufnimmt und über judizielle und politische Kanäle in formelles Recht transportiert.“

Es fragt sich aber, ob das Protorecht in MNU sich meist naturwüchsig, d.h. ohne „spontane Empörungen, Unruhen, Protesten“ (Teubner) gestaltet.

VI.

So gesehen könnte man in der folgenden Ausführung von dem Soziologen Werner Vogd einen Mittelweg finden. Im Abschnitt „Textinterpretation unter polykontextualen Verhältnissen“ heißt es:

„Gesellschaft bietet Rahmungen an, auf die die Kommunikation in ihrer thematischen Entfaltung zurückgreifen kann. Umgekehrt aktualisiert die Kommunikation mittels der in ihr vollzogenen Unterscheidungen Rahmungen, die Gesellschaft in ihrer systemischen bzw. funktionalen Differenzierung reproduzieren. Die übliche Unterscheidung zwischen Mikro- und Makroebene hilft hier wenig weiter, denn die konkrete Lebenswelt des Akteurs kann hier nicht mehr dem Abstraktum der Gesellschaft gegenüber stehend gesehen werden, sondern ist nun als Gleichzeitigkeit eines kommunikativen Vollzuges zu verstehen und zu analysieren. Auch die schärfste Kritik am ‚System‘ ist ein Vollzug von Gesellschaft, der Gesellschaft genau in der Form, wie sie sie vorfindet, reaktualisiert – etwa indem sich als informelle Kommunikation nicht entscheidungswirksame Kommunikation reproduziert. Die Akteurswelt (die ‚Bewusstseinsysteme‘), die Interaktion unter Anwesenden, die Organisation wie auch die gesellschaftlichen Funktionssysteme sind hier als Koproduktion zu verstehen, in Anlehnung an Goffmans Ensemble: als gemeinsame Aufführung.“⁷

⁷ Werner Vogd, *Systemtheorie und rekonstruktive Sozialforschung – Eine empirische Versöhnung unterschiedlicher theoretischer Perspektiven*, Opladen 2005.

Die „spontane Empörungen, Unruhen, Protesten“ im Teubner’schen Sinne muss hier wohl als informelle, aber gegebenenfalls doch mehr oder weniger einwirkende Kommunikation gelten, weil in einer globalisierten Wirtschaft, die sich der weltweiten wirtschaftlichen Kontextur hingibt, die zügellose Entfaltung der Marktwirtschaft politisch schwer zu steuern ist. Luhmann fasst seine Beobachtung des heutigen Zustands von Markt und Politik wie folgt zusammen:

„Die rasante Entwicklung der internationalen Finanzmärkte, das Entstehen immer neuer Finanzinstrumente und damit verbundene Volatilität aller Geldanlagen haben mehr oder weniger tiefgreifende Versuche einer sozialetisch motivierten Politik buchstäblich vom Markt gefegt und sie, in der Politik selbst, auf Restbestände rhetorischer Kontroversen reduziert. Weder sieht man, wie die offensichtlich vorhandenen riesigen Mengen anlagebereiten Geldes zu Investitionen motiviert werden können, noch gelingt es, die entstandene Divergenz von Betriebserhaltung und Vermögenserhaltung politisch zu kontrollieren. Die Verlagerung von Arbeit in Billiglohnländer einerseits und massenhafte demographische Bewegungen andererseits sind zum Thema politischer Ratlosigkeit geworden und dies trotz einer Vielzahl von Interventionsversuchen geblieben. Allein schon die Tatsache, dass „Regulierung“ und „Intervention“ prominente Politikbegriffe geworden sind, verrät eine neue Art von Problembewusstsein.“⁸

So müsste man nötigenfalls einen Schrei ausstoßen. Hier liegt wohl der Grund dafür, warum Luhmann sich so hartnäckig gegen die geläufige Idee der Inter-subjektivität äußert.

„Auf schwer zu ergründende Weise hat sich gleichwohl die Vorstellung festgesetzt, dass Konsens besser oder vielleicht sogar intersubjektiver (?) sei als Dissens. In das Verhalten im Kontext von Inter-subjektivität wird diese Teleologie in Richtung auf gut begründbaren Konsens eingebaut. Die eher typischen Fälle, dass man um des Streites willen nach Gründen sucht und Dissens festigen möchte, gelten danach als nicht vollwertige Verwirklichung des Menschentums. Theoretisch wird diese Option dann aber nur mit einer Typenunterscheidung kommunikatives Handeln/strategisches Handeln abgesichert und damit gegen weiteres Fragen imprägniert. Kommunikatives Handeln kann man begreifen als Teilnahme an einer Kommunikation, die Widerspruch gegen einsichtige Gründe inkommensurabel macht. Das kann es natürlich geben, wie niemand bestreiten wird; aber daraus kann man nicht folgern, dass das so selbstselektiv/fremdselektiv gebundene Subjekt seine eigene Identität auf kollektive Identität abstellt.“

Eine kritische Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas und Karl-Otto Apel fasst Luhmann wie folgt zusammen.

„Die Konsequenz solcher Theorieanlagen ist eine hochproblematische Fehleinschätzung von Moral. Moral wird als konsensorientiert dargestellt. Ihre wichtigen, oft verheerenden polemogenen Intentionen und Wirkungen werden unterschlagen. Die Selbsteinschätzung der Moralisten wird unbesehen übernommen. Eine Reihe solcher, auch weltpolitisch be-

⁸ Luhmann, Die neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie, 21995, S. 11f.

sonders heute schwer zu begreifender Fehlurteile müsste eigentlich genügen, um einen Anlass zu geben, die Theoriegrundlagen zu überprüfen.“⁹

⁹ *Luhmann*, Intersubjektivität oder Kommunikation, in: Ders. Soziologische Aufklärung 6, S. 165ff. Auch in Japan, wo seit Jahrhunderten der Konsens als „Erste Bürgerpflicht“ galt, ist heute der Dissens keine Ausnahmeerscheinung mehr. Zum Beispiel haben die Opfer (Damen) des mit nicht ganz deaktivierten, eine Leberentzündung herbeiführenden Fibrinogens einen zähen Kampf gegen das Pharmaunternehmen und den Staat (Gesundheitsministerium) geführt, mit dem Erfolg einer auf Gesetzesinitiative der Abgeordneten zustande gekommene Sondergesetzgebung für staatliche Hilfeleistung.

Globalisierung, Freihandel, staatliches Recht

Spiegelungen im deutschen Raum um 1860

KNUT WOLFGANG NÖRR, Tübingen

I. Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts als Periode der Globalisierung

Das Thema, unter dem unsere Tagung steht, nimmt auf die Globalisierung Bezug und somit auf einen Begriff, dessen inflationäre Verwendung kaum mehr Abgrenzungen oder auch Alternativbegriffe erlaubt. Globalisierung soll alle oder fast alle Erscheinungen der letzten und der nächsten Jahrzehnte erklären; für viele gibt sie den Sündenbock ab für die Menge von Unbehagen bereitenden und Schuldgefühle erzeugenden Vorgänge des gegenwärtigen Zeitalters. Mit der letzten Bemerkung zielen wir natürlich auf die mediale und politisch-ideologisierende Präsenz des Begriffs; seiner haben sich aber nun auch alle deutenden und regelbildenden Wissenschaftszweige bemächtigt. Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Soziologie und Politologie, nicht zuletzt die Geschichtswissenschaft stellen Begriffszusammenhänge und Begriffsdivisoren her und nutzen den Begriff zur Analyse und Kritik. Wenn ein Begriff wie der unsere zum Schlüsselbegriff einer Epoche erhoben wird und sich unter den historiographischen Makrokategorien wie „Industrialisierung“ oder „Modernisierung“ zu bewegen beginnt, dann pflegt, wer historisch arbeitet, nach Vorgängern und geschichtlichen Parallelen zu suchen; er tut es aus Neugier oder auch, um den Gefahren eines einheitlich-lückenlosen Erklärungsmodells, der Gefahr einer Verabsolutierung, ja „Verdinglichung“ der mit dem Begriff angesprochenen Erscheinungen zu entgehen.

Wissenschaftsgeschichtlich wird an das ältere Konzept der „Weltgeschichte“ erinnert, welches sich nun teilweise im Konzept der *global history* wiederfindet; zur Unterscheidung wird hervorgehoben, dass Weltgeschichte eher eine Summe von Zivilisations- und Nationalgeschichten unter Einschluss vergleichender Elemente darstellte, während Globalgeschichte das „Zwischen“ und „Unter“ den gegebenen Einheiten ins Auge fasst, sich also der Geschichte besonders der Interaktionen, Verflechtungen und „Netzwerke“ widmet.