

Transnationale Wirtschaftsverfassung: *Franz Böhm* und *Hugo Sinzheimer* jenseits des Nationalstaates

*Gunther Teubner**

Abstract	733
I. Zukunftsfähigkeit	734
II. Das Substrat einer transnationalen Wirtschaftsverfassung	735
III. Zum Begriff einer transnationalen Wirtschaftsverfassung	740
IV. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Alternative in den westlichen Produktionsregimes	748
V. Ein Beispiel: Corporate Codes in den Kollisionen der transnationalen Wirtschaftsverfassung	753
VI. Fazit	760

Abstract

Die Globalisierung hat nicht, wie es sowohl ordoliberaler als auch kritische Theorien einer globalen “economic constitution” erwarten, eine einheitliche Weltwirtschaftsverfassung hervorgebracht, sondern eine fragmentierte Kollisionsverfassung, d. h. eine Metaverfassung von Verfassungskonflikten. Als deren kollidierende Einheiten fungieren nicht mehr die Nationalstaaten, sondern transnationale Produktionsregimes. Die von *Böhm* und *Sinzheimer* für den Nationalstaat formulierte Alternative von ordoliberaler Wirtschaftsverfassung und sozialdemokratischer Wirtschaftsdemokratie ist in der transnationalen Wirtschaftsverfassung vom Gegensatz zwischen dem neokorporatistisch organisierten Produktionsregime Kontinentaleuropas und dem finanzkapitalistisch geprägten Produktionsregime anglo-amerikanischer Prägung, abgelöst worden. Entgegen allen Voraussagen haben die neokorporatistischen Wirtschaftsverfassungen Kontinentaleuropas trotz Globalisierung und Wirtschaftskrise eine erstaunliche Resilienz bewiesen. Einer wirtschaftsdemokratischen Konstitutionalisierung eröffnen sich hier neue Chancen dadurch, dass, wie am Beispiel der Corporate Codes gezeigt wird, unternehmensexterne gesellschaftliche Kräfte, also neben staatlichen Interventionen rechtliche Normierungen und “zivilgesellschaftliche” Ge-

* Prof. Dr. iur. Dr. h. c. mult., Frankfurt. <www.jura.uni-frankfurt.de> Für Anregungen und Kritik danke ich *Achim Seifert*.

genmacht aus anderen Kontexten – Medien, öffentliche Diskussion, spontaner Protest, Intellektuelle, Protestbewegungen, Nicht-Regierungsorganisationen (NGOs), Gewerkschaften, Professionen – so massiven Druck auf die Unternehmen ausüben, dass sie gezwungen sind, gemeinwohlbezogene Selbstbeschränkungen aufzubauen.

I. Zukunftsfähigkeit

Kann die heutige Debatte zur transnationalen Wirtschaftsverfassung von den Klassikern der nationalen Wirtschaftsverfassung – *Hugo Sinzheimer* und *Franz Böhm* – lernen? Oder kann sie beiden nur ihr grandioses Scheitern attestieren? *Sinzheimer*, dessen große Leistungen es waren, die juristische Entdeckung des Tarifvertrags gemacht und wirtschaftsdemokratische Elemente in die Weimarer Staatsverfassung eingeführt zu haben, ist mit seinen weitergehenden Ambitionen in Richtung eines umfassenden wirtschaftlichen Rätessystems in der Tat gescheitert. Und *Franz Böhm*, dessen Verdienst es war, in der Zeit des Nationalsozialismus an einer künftigen freiheitlichen Wirtschaftsverfassung zu arbeiten und später das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das Grundgesetz der bundesdeutschen Wirtschaft, maßgeblich zu prägen, wird von seinen ordoliberalen Vorstellungen einer staatlich beaufsichtigten dezentralen mittelständisch geprägten Wettbewerbswirtschaft in der heutigen von globalisierten Märkten und transnationalen Unternehmen dominierten Weltwirtschaft kaum etwas wiedererkennen.¹

Doch ist es eine nur vordergründige Kritik, ihre zeitgebundenen rechtspolitischen Konzepte an der heutigen Realität zu messen. Stattdessen kommt es auf ihr Irritationspotenzial für uns heute an! Die Herausforderung ist, ob die für den Nationalstaat entwickelten wirtschaftsrechtlichen Konzepte *Böhms* und *Sinzheimers* für die heutige globalisierte Wirtschaft ertragreich umgedacht werden können. Dann wird man die vordergründige Frage, wer die bessere Prognose lieferte, durch eine andere Frage ersetzen:

¹ *Böhms* frühes Hauptwerk: *F. Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1933; seine Aufsätze zur Wirtschaftsverfassung in: E. J. Mestmäcker (Hrsg.), Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung, 1960; und in: E. J. Mestmäcker (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980; *Sinzheimers* frühes Hauptwerk: *H. Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 1916. Wichtigste Aufsätze zur Wirtschaftsverfassung: *H. Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, hrsgg. von O. Kahn-Freund/T. Ramm, 2 Bd., 1976.

Wenn damals *Böhm* eine ordolibérale Wirtschaftsverfassung und *Sinzheimer* eine sozialdemokratische Wirtschaftsdemokratie als die aussichtsreichen dritten Wege zwischen Manchester-Kapitalismus und Staatssozialismus vorzeichneten, wie sieht eine realistische wirtschaftsverfassungsrechtliche Alternative heute aus? Über diese konkrete Frage hinaus wird man den Ertrag der beiden Rechtswissenschaftler auf einer eher abstrakten Ebene suchen müssen. Denn beide haben "Wirtschaftsverfassung" überhaupt erst als Rechtsbegriff geformt und gesellschaftstheoretisch fundiert, worauf heutige Versuche aufbauen können. Auf einer noch abstrakteren Ebene gilt es, ihre Ideen zur Gesellschaftstheorie und zur Demokratietheorie, die weit über die bloße Organisation von Märkten und Unternehmen hinausgingen, unter heutigen Bedingungen neu zu diskutieren. Auf diesen Ebenen muss sich ihre Zukunftsfähigkeit bewähren.

In diesem Sinne möchte ich folgende drei Thesen entwickeln:

1. Transnationale Wirtschaftsverfassung als Rechtsbegriff wird gegenüber der bloßen Vielfalt nationalstaatlicher Wirtschaftsverfassungen, aber auch gegenüber der bloßen Einheit einer Weltwirtschaftsverfassung komplexer gefasst werden müssen, nämlich als Kollisionsverfassung unterschiedlicher Produktionsregimes.
2. Wirtschaftsverfassung ist nicht identisch mit den Ausschnitten der Staatsverfassungen, die sich auf die Wirtschaft beziehen. Ebenso wenig kann sie nur auf die höherrangigen Normen in einer wirtschaftsbezogenen Rechtsnormenhierarchie begrenzt werden. Sie sollte begriffen werden als ein Phänomen doppelter Reflexivität, in dem die Fundamentalinstitutionen eines ökonomischen Produktionsregimes mit Verfassungsrechtsnormen eine untrennbare Einheit eingehen.
3. Wirtschaftsdemokratische Rechtsnormen wiederum haben unterschiedliche Realisierungschancen, je nachdem wie einschneidend die Differenzen sind, die sich in der Binnendifferenzierung der transnationalen Wirtschaftsverfassung herausbilden.

II. Das Substrat einer transnationalen Wirtschaftsverfassung

Die Nachfolger *Franz Böhms* haben es unternommen, den Begriff der Wirtschaftsverfassung aus dem engen Rahmen von Nationalstaat und Nationalökonomie, in dem *Böhms* Denken noch befangen war, herauszulösen und in ein ordoliberales Konzept einer transnationalen Wirtschaftsverfassung

ZaöRV 74 (2014)

sung zu überführen. In erster Linie ist hier *Ernst-Joachim Mestmäcker* zu nennen, der ein gründlich durchdachtes Konzept einer europäischen Wirtschaftsverfassung vorgelegt hat und der sich auch auf eine teilweise erfolgreiche Institutionalisierung ordoliberaler Verfassungsprinzipien in der Europäischen Union berufen kann. Im globalen Maßstab haben *Wolfgang Fikentscher* und *Peter Behrens* den Rechtsbegriff einer einheitlichen Weltwirtschaftsverfassung auf ordoliberaler Grundlage vorgeschlagen.² Normatives Zentrum bilden ganz im *Böhmschen* Sinne die Normen gegen die Selbstdestruktion des Wettbewerbs.³ Parallel dazu, wenn auch mit genau entgegengesetzten politischen Ambitionen, haben Autoren wie *Stephen Gill*, *David Schneiderman* und *James Tully* in der Tradition der Kritischen Theorie einen weltweiten “New Constitutionalism” diagnostiziert, der im Begriff sei, über die Institutionen des Washington Consensus eine global einheitliche Wirtschaftsverfassung zu institutionalisieren.⁴

Beide Theorien können sich durchaus von einigen Realentwicklungen bestätigt fühlen. In den letzten dreißig Jahren wurde ein auf Autonomie der Weltmärkte gerichteter Konstitutionalisierungsschub massiv politisch vorangetrieben. Die globalen Institutionen des Washington Consensus positionierten mit weltweitem Geltungsanspruch genuin verfassungsrechtliche Prinzipien. Diese zielten darauf ab, global agierenden Unternehmen weite Handlungsspielräume zu verschaffen, Regierungsbeteiligungen an Unternehmen abzuschaffen, Handelsprotektionismus zu bekämpfen und Wirtschaftsunternehmen von politischen Regulierungen zu befreien. Inzwischen belegen eine Fülle von Untersuchungen, dass sich eine einheitliche Weltwirtschaftsverfassung über die Konstitutionalisierung von verschiedenen transnationalen Regimes zu verwirklichen begonnen hat. Leitprinzip der Regimeverfassungen des Internationalen Währungsfonds und der Weltbank ist es, die nationalen Kapitalmärkte zu öffnen. Die Verfassungen der World Trade Organization (WTO) ebenso wie der EG-Binnenmarkt, das North American Free Trade Agreement (NAFTA), das Mercado Común del Co-

² E. J. Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2006; W. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, 1983, 87 ff.; P. Behrens, *Weltwirtschaftsverfassung*, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 19 (2000), 5 ff.

³ W. Fikentscher/J. Drexel, *Der Draft International Antitrust Code: Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts*, in: W. Fikentscher/U. Immenga (Hrsg.), *Draft International Antitrust Code*, 1995, 35 ff.

⁴ D. Schneiderman, *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law*, 2013; D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy’s Promise*, 2008, 340 ff.; J. Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in: N. Walker/M. Loughlin (Hrsg.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, 2008, 315 ff.; S. Gill, *The Constitution of Global Capitalism*, <<http://www.theglobal.ac.uk>>.

no Sur (MERCOSUR) oder die Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) zielen ihrerseits auf eine konstitutionelle Absicherung der Freiheit des Welthandels und der Förderung von Direktinvestitionen.⁵ Auch die *lex mercatoria*, die oberhalb ihrer vertragsrechtlichen Normen eine Schicht von konstitutionellen Normen herausgebildet hat, konzentriert sie auf diese konstitutive Funktion: "Private" Schiedsgerichte positivieren Eigentum, Vertragsfreiheit und Wettbewerb als Bestandteil einer Transnational Public Policy.⁶ Ebenso sind globale Unternehmensverfassungen dadurch gekennzeichnet, transnationalen Unternehmen hohe Autonomie zu verschaffen.⁷ Die Prinzipien der Corporate Governance multinationaler Unternehmen sind hohe Unternehmensautonomie, Kapitalmarktorientierung gesellschaftsrechtlicher Normen und die Etablierung des Shareholder Values. Die neu entstehenden globalen Unternehmensverfassungen zielen auf zweierlei: die engen strukturellen Kopplungen transnationaler Unternehmen an nationalstaatliche Politik und Recht aufzubrechen und rechtsstaatliche Strukturen insoweit aufzubauen, als es für eine weltweite Vernetzung ihrer funktionspezifischen Kommunikationen erforderlich ist.

Dennoch vermitteln solche Analysen transnationaler Konstitutionalisierung ein schiefes Bild. Sie sind einseitig der sogenannten Konvergenzthese verpflichtet, wonach als Ergebnis der Globalisierung eine weitgehende Rechtsvereinheitlichung zu erwarten ist.⁸ In der gegenwärtigen Europäisierung und Globalisierung, so heißt es, konvergieren die sozio-ökonomischen Strukturen der fortgeschrittenen Industriegesellschaften zwangsläufig. Die sozio-ökonomische Konvergenz lässt die Rechtsvereinheitlichung bis hin zu einer einheitlichen Weltwirtschaftsverfassung zugleich als realistisch und als wünschenswert erscheinen. Eine daran anschließende Annahme ist funk-

⁵ Zum Verfassungscharakter transnationaler Handelsregimes *E.-U. Petersmann*, International Economic Law in the 21st Century, 2012; *D. Z. Cass*, The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System, 2005.

⁶ Elemente einer transnationalen Wirtschaftsverfassung identifiziert in den "privaten" Schiedsgerichtsregimes *M. Renner*, Zwingendes transnationales Recht: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, 91 ff., 229 ff. In der Sache identisch, aber bezeichnenderweise in der Terminologie eines Naturrechts, die den Fundamentalcharakter der betreffenden Rechtsnormen betonen soll *J. H. Dalhuisen*, Legal Orders and Their Manifestations: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria, 2006, 129 ff.

⁷ Zur neuen Unternehmensverfassung der Global Corporate Governance *L. Catá Backer*, Governance Without Government: An Overview and Application of Interactions Between Law-State and Governance-Corporate Systems, in: G. Handl/J. Zekoll/P. Zumbansen (Hrsg.), Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, 2012, 87 ff.

⁸ Locus classicus: *C. Kerr*, Industrialism and Industrial Man, 1960, Globale kulturelle Konvergenz ist die Folge der Industrialisierung.

tionale Äquivalenz der Rechtsfiguren.⁹ Danach bauen zwar die nationalen Wirtschaftsverfassungen noch auf unterschiedlichen rechtsdogmatischen Traditionen auf, aber sie werden alle mit denselben strukturellen Problemen konfrontiert. Dementsprechend werden sie zwar unterschiedliche dogmatische Lösungen für die betreffenden Probleme finden, die aber funktional äquivalent sind und ihrerseits letztlich zur Konvergenz der nationalen Wirtschaftsverfassungen führen.

Beide Annahmen sind jedoch mehr als fragwürdig. In der derzeitigen Globalisierungsphase erscheint eher ihr Gegenteil plausibel. Der Trend zur Globalisierung führt, so paradox es klingt, nicht zwangsläufig zu einer Konvergenz der gesellschaftlichen Ordnungen und einer Vereinheitlichung des Rechts. Vielmehr schafft die Globalisierung selbst neue scharfe Differenzen.¹⁰ Dies führt nicht zu mehr Rechtsvereinheitlichung, sondern zu stärker fragmentierten Rechtsordnungen als einer direkten Konsequenz der Globalisierungsprozesse.

Die neuere vergleichende politische Ökonomie konfrontiert uns mit überraschenden empirischen Resultaten, welche die Erwartungen von Konvergenz der Wirtschaftsverfassungen und ihrer funktionalen Äquivalenz grundsätzlich in Frage stellen.¹¹ Sie wird bestätigt von wirtschaftshistorischen Studien zu autonomen Kulturen der Weltwirtschaft, die aus einer Longue-durée-Perspektive die Resilienz von kollektiven Mentalitäten und wirtschaftskulturellen Eigenheiten belegen.¹² Empirische Untersuchungen und theoretische Erklärungen der "varieties of capitalism" stützen die Annahme, dass entgegen allen Erwartungen die Globalisierung der Märkte und

⁹ In diesem Sinne etwa *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, § 3 II; Kritisch: *G. Frankenberg*, Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, *Harv. Int'l L. J.* 26 (1985), 411 ff.; neuere Rekonstruktion: *R. Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 339 ff.

¹⁰ Schon in der ersten Diskussion zur Globalisierung stellte sich heraus, dass *S. P. Huntington*, *The Clash of Civilizations*, *Foreign Affairs* 72 (1993), 22 ff. mit seinem apokalyptischen Szenario globaler Spaltung übertrieben hat. Realistischer ist wohl eine simultane Zunahme von Konvergenz und Divergenz als Folge der Globalisierung: *J. Friedman*, Being in the World: Globalization and Localization, in: *M. Featherstone* (Hrsg.), *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, 1990, 311 ff.; *M. Featherstone/S. Lash*, *Globalization, Modernity and the Spatialization of Social Theory*, in: *M. Featherstone/S. Lash/R. Robertson* (Hrsg.), *Global Modernities*, 1999, 1 ff.

¹¹ Führende Vertreter: *P. A. Hall/D. Soskice* (Hrsg.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, 2005; neuere Analysen: *A. Hassel*, Adjustments in the Eurozone: Varieties of Capitalism and the Crisis in Southern Europe, LEQS Paper No. 76/2014.

¹² *W. Abelshauser/D. A. Gilgen/A. Leutzsch*, Kulturen der Weltwirtschaft, *Geschichte und Gesellschaft*, Sonderheft 24, 2012; *W. Abelshauser*, *Kulturkampf: Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, 2003.

die Computerisierung der Wirtschaft nicht zu einer Effizienzkonvergenz ökonomischer Institutionen und wirtschaftsverfassungsrechtlicher Normen geführt haben. Trotz aller in der Tat aufweisbaren Tendenzen von Transaktionskostenminimierung, Marktauslese, Relitigation und regulatorischem Wettbewerb, die als evolutionäre Selektoren institutionelle Unterschiede eigentlich wirksam einebnen müssten, sind die ökonomischen Bedingungen des fortgeschrittenen Kapitalismus nicht konvergiert.¹³

Ganz im Gegenteil, der Globalisierungsprozess, ja selbst die Vereinheitlichungsmaßnahmen im europäischen Gemeinsamen Markt haben ihrerseits neue institutionelle Divergenzen produziert. Trotz der Liberalisierung der Weltmärkte und der Errichtung des Gemeinsamen Marktes ist eines der bemerkenswertesten Resultate der letzten vierzig Jahre, dass in den verschiedensten Wirtschaftsinstitutionen, in den Finanzierungsregimes der Unternehmen, in den Arrangements der corporate governance, den kollektiven Arbeitsbeziehungen, der betrieblichen Ausbildung, den Vertragsbeziehungen zwischen den Unternehmen, den interorganisationellen Netzwerken, den Standardisierungsverfahren und in den zwischenbetrieblichen Konfliktregulierungen die institutionellen Divergenzen zwischen fortgeschrittenen Industriegesellschaften eher zugenommen statt abgenommen haben.¹⁴ Resultat dieses Auseinanderdriftens von Produktionsregimes ist, dass sich trotz des weltweiten Siegeszugs des Kapitalismus nach der Zweiteilung der Wirtschaftsverfassung des Kalten Krieges eine Vielzahl von divergierenden Wirtschaftsverfassungen etabliert haben.

Produktionsregimes sind institutionelle Rahmenbedingungen für ökonomisches Handeln.¹⁵ Sie strukturieren die Produktion von Waren und Dienstleistungen über Märkte und marktbezogene Institutionen. Die "Spielregeln" wirtschaftlichen Handelns, genauer die Anreize und Beschränkungen ökonomischer Transaktionen werden durch ein ganzes Ensemble von Institutionen formuliert, in die ökonomisches Handeln eingebettet ist. Den ausgeprägten Eigensinn eines jeden solcher Produktionsregimes erklärt die Theorie nun damit, dass die einzelnen Institutionen inner-

¹³ W. Carlin/D. Soskice, Reforms, Macroeconomic Policy and Fiscal Stabilization Policy, in: R. Schettkat/J. Langkau (Hrsg.), Economic Policy Proposals for Germany and Europe, 2012; D. Soskice, Globalisierung und institutionelle Divergenz: Die USA und Deutschland im Vergleich, Geschichte und Gesellschaft 25 (1999), 201 ff.; C. Crouch/W. Streeck, Modern Capitalism or Modern Capitalisms?, 1995.

¹⁴ D. Soskice, Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s, in: H. Kitschelt/P. Lange/G. Marks/J. D. Stephens (Hrsg.), Continuity and Change in Contemporary Capitalism, 1999, 271 ff.

¹⁵ Zu unterschiedlichen Produktionsregimes als stabilen nationalen oder regionalen Konfigurationen von Wirtschaft, Politik und Recht, die für die "varieties of capitalism" verantwortlich sind, P. A. Hall/D. Soskice (Anm. 11).

halb eines Wirtschaftsraums nicht je für sich existieren, sondern miteinander interdependente Elemente eines stabilen Systems bilden. Die einzelnen Institutionen – Unternehmensfinanzierung, Unternehmensverfassung, kollektive Arbeitsbeziehungen, betriebliche Ausbildung, Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen, interorganisationelle Netzwerke, Standardisierungsverfahren und zwischenbetriebliche Konfliktregulierungsmechanismen – formen zusammen ein ineinander verzahntes System, das zur Selbsterhaltung tendiert. Innerhalb dieser stabilen Systeme interagieren die Institutionen, vermittelt über die Strategien von Kollektivakteuren. Und dass sich die Differenzen der Regimes im Laufe der Zeit verstärken, wird darauf zurückgeführt, dass sie in spezifischen stabilen Konfigurationen enden, die dem jeweiligen Produktionsregime im internationalen Wettbewerb institutionelle Vorteile verschaffen. “Varianten des Kapitalismus” sind damit aus der intrasystemischen Dynamik von Produktionsregimes erklärbar.¹⁶

III. Zum Begriff einer transnationalen Wirtschaftsverfassung

Die Autonomisierung wirtschaftlicher Produktionsregimes ist der ausschlaggebende Prozess, der dazu nötigt, den Rechtsbegriff der Wirtschaftsverfassung neu zu formulieren. Dafür haben unsere beiden Protagonisten, *Sinzheimer* ebenso wie *Böhm*, relevante Vorarbeiten geleistet. Denn beide begnügen sich nicht mit einem Begriff der Wirtschaftsverfassung, der diesen – wie es heute immer noch im Staatsrecht vertreten wird – mit der ziemlich mageren Anzahl der die Wirtschaft betreffenden Normen der Staatsverfassung gleichsetzt und dann mit der These der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität des Grundgesetzes endet. Beide Autoren haben deutlich gemacht, dass ein solcher staatszentrierter Rechtsbegriff die eigentliche Dynamik von Wirtschaftsverfassungen schlicht ausblendet. Darüber hinaus setzen sich beide Autoren in klaren Gegensatz zur *Kelsen*-Tradition, in der man Wirtschaftsverfassung bloß als eine formale Hierarchie von wirtschaftsbezogenen Normen definieren müsste. Es ist das historische Verdienst von *Sinzheimer* und *Böhm*, dass sie die Wirtschaftsverfassung als Rechtsbegriff sowohl jenseits eines staatsfixierten Verfassungsbegriffs als auch jenseits einer nur formalrechtlichen Normenhierarchie konstruieren.

¹⁶ P. A. Hall, The Political Economy of Europe in an Area of Interdependence, in: H. Kitschelt/P. Lange/G. Marks/J. D. Stephens (Anm. 14).

Franz Böhm identifiziert mit seiner berühmt gewordenen "Privatrechtsgesellschaft" nicht etwa "eine millionenhafte Ansammlung von unverbundenen Individuen", sondern meint damit "ordo", ein eigenständiges soziales Ordnungsgebilde, das sich nach der Französischen Revolution neben die politische Verfassung des Staates gleichgeordnet als die autonome Verfassung der Gesellschaft etabliert hat.¹⁷ Diese verfüge über eigene Institutionen, neben Eigentum, Vertrag und Geldwesen insbesondere über die dezentralen Entscheidungsmechanismen des Marktpreissystems und des Wettbewerbs, also über einen eigengesetzlichen Ordnungszusammenhang, der dem der politischen Repräsentation im Staat entspricht. Zur Wirtschaftsverfassung im Rechtssinne wird diese autonome Ordnung der gesellschaftlichen Lenkungs- und Koordinierungsinstrumente nach *Böhm* dadurch, dass fundamentale Rechtsnormen sie stabilisieren, besonders aber sie vor Fehlentwicklungen schützen. Entscheidend ist, dass diese Rechtsnormen nicht separiert von der gesellschaftlichen Ordnung zu denken sind, sondern dass man Wirtschaftsverfassung als einen untrennbaren Zusammenhang von Rechtsordnung und Sozialordnung fassen muss.¹⁸

Auf ganz anderer gesellschaftlicher Basis versteht *Hugo Sinzheimer* die Arbeitsverfassung als autonom, nämlich als "eine Rechtsordnung für sich, deren Sätze nicht in den verschiedenen Gebieten des bürgerlichen und öffentlichen Rechts zerstreut sind, sondern *auf eigenem Grund* beruhen"¹⁹. Für diesen "eigenen Grund" ist ausschlaggebend, dass gesellschaftliche Gruppen, paradigmatisch im Tarifvertrag, aber auch darüber hinaus, in Verhandlungssystemen gesellschaftlicher Gruppen, ein autonomes Recht im strengen Sinne, das neben dem staatlichen Recht existiert, erzeugen. Die Koalitionen, also Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, arbeiten als gesellschaftliche Kollektivakteure an einer solchen wirtschaftsdemokratischen Arbeitsverfassung maßgeblich mit. Das Rechtssystem stützt die Autonomie der Arbeitsverfassung in gleicher Weise wie die der Staatsverfassung. Darüber hinaus entwickelt *Sinzheimer*, der maßgeblich an der Einfügung wirtschaftsverfassungsrechtlicher Elemente in die Weimarer Staatsverfassung beteiligt war, Vorstellungen eines autonomen "Gemeinwesens der Wirtschaft", das nicht mit dem Staat identisch ist, sondern eine "eigene

¹⁷ *F. Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17 (1966), 75 ff., 113.

¹⁸ Eingehende Analysen zu *Franz Böhm*s Leben und Werk *R. Wietbölder*, *Franz Böhm* (1895-1977), in: B. Diestelkamp/M. Stolleis (Hrsg.) *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, 1989, 208 ff.

¹⁹ *H. Sinzheimer*, Das Wesen des Arbeitsrechts, in: O. Kahn-Freund/T. Ramm (Hrsg.) *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, 1976 (1927), 108.

Wirtschaftsverfassung neben der Staatsverfassung”²⁰ darstellt, in der die “Wirtschaftsbürger” neben den Staatsbürgern eine eigenständige Rolle spielen.²¹

Offensichtlich stützen sie ihren Begriff der Wirtschaftsverfassung auf real existierende Produktionsregimes, wenn auch auf unterschiedliche Elemente, *Böhm* auf Marktstrukturen und Wettbewerbsprozesse, *Sinzheimer* auf formale Organisation von Kollektivakteuren und deren Verhandlungssysteme. Bei allen gewiss gravierenden Unterschieden kann man sie deshalb beide als frühe Vertreter eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus bezeichnen, wie er später vom Historiker *Reinhard Koselleck* sowie den Soziologen *Philipp Selznick* und *David Sciulli* formuliert worden ist.²² Drei maßgebliche konzeptionelle Neuerungen dürfen wir auf dem Konto *Böhm & Sinzheimer* abbuchen. Sie benutzen die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung weder als eine bloße Metapher noch definieren sie diese nur als sozio-ökonomische vorrechtliche Ordnungen, sondern sie stellen die Wirtschaftsverfassung als eigenständige Rechtsinstitution neben die Staatsverfassung. Diese ist in dieser Nebenordnung nur *primus inter pares*. Darin besteht ihre erste Neuerung gegenüber der verfassungsrechtlichen Tradition, die keine Verfassungen jenseits des Staates anerkannte. Ihre zweite Neuerung ist ein Verfassungsverständnis, in dem die Hierarchie wirtschaftsrechtlicher Normen nicht kontra-faktisch der faktischen Organisation der Wirtschaften gegenübersteht, sondern in dem das Recht mit den je eigenständigen Institutionen des Sozialbereichs zu einer Einheit verschmolzen ist. Ihre dritte Neuerung ist, dass sie erkennen, dass nicht nur die Staatsverfassung, sondern auch die Wirtschaftsverfassung konstitutive Normen enthält, also eine Klasse von Normen, die im Gegensatz zu regulatorischen Normen und streitentscheidenden Normen soziale Realitäten nicht bloß regelt, sondern buchstäblich soziale Realitäten schafft. Markt und Geld sind – um mit *Neil MacCormick* zu sprechen – “institutional facts”, welche die konstitutiven Normen der Wirtschaftsverfassung überhaupt erst produziert, genauer: co-produziert,

²⁰ *H. Sinzheimer*, Das Rätssystem: Zwei Vorträge zur Einführung in den Rätegedanken, 1994 (1919), 18.

²¹ *H. Sinzheimer*, Krise des Arbeitsrechts, 135, 140. Eingehende Analysen zu *Sinzheimers* Arbeiten *A. Seifert*, ‘Von der Person zum Menschen im Recht’: Zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer, *Soziales Recht* (2011), 62; *R. Dukes*, Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law, in: G. Davidov/B. Langville (Hrsg.) *The Idea of Labour Law*, 2011, 57 ff.

²² *R. Koselleck*, Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, in: *R. Koselleck*, Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache, 2006, 365 ff.; *P. Selznick*, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969; *D. Sciulli*, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxistic Critical Theory*, 1992.

haben.²³ Und die Sonderrolle konstitutiver Normen stellt die Wirtschaftsverfassung endgültig auf eine Ebene mit der Staatsverfassung. Mit diesen drei Neuerungen stehen unsere Protagonisten damit für einen Rechtspluralismus, der gesellschaftliche Rechtsordnungen neben dem staatlichen Recht als gleichgeordnet identifiziert. Darüber hinaus haben sie einen neuartigen Verfassungpluralismus fundiert, der neben der Staatsverfassung konstitutive Normen gesellschaftlicher Institutionen als genuine Rechtsverfassungen versteht.²⁴

Damit haben sie die Grundlagen gelegt, wie man heute einen materialen Begriff der Wirtschaftsverfassung fassen kann. Kurz gesagt bezeichnet dessen Materialität im Unterschied zu einer formalen Rechtsnormenhierarchie das Moment der doppelten Reflexivität.²⁵ Das bedeutet, dass eine Verfassung nicht einfach als Rechtsphänomen, sondern stets nur als untrennbarer Zusammenhang von Recht und Sozialordnung zu denken ist, in dem reflexive Rechtsnormen der Verfassungshierarchie in struktureller Kopplung mit reflexiven Prozessen der Wirtschaftspraxis stehen. Zugleich bildet sich parallel zur Staatsverfassung auch in der Wirtschaftsverfassung oberhalb des binären Codes recht/unrecht ein binärer Meta-Code mit den Werten wirtschaftsverfassungsmäßig/wirtschaftsverfassungswidrig heraus. Dieser hat einen merkwürdig hybriden Charakter, da er einerseits wirtschaftsrechtliche Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit, andererseits aber auch ökonomische Transaktionen selbst auf ihre Sozialverantwortung prüft. Als Wirtschaftsverfassung wäre dann nicht einfach ein Rechtstext, sondern die komplexe Einheit rechtlicher und ökonomischer Fundamentalinstitutionen innerhalb eines Produktionsregimes zu verstehen.²⁶

Schaut man nun mit dieser an *Sinzheimer* und *Böhm* geschulten Optik auf die globalisierte Wirtschaft, dann wird deutlich, dass – im diametralen Gegensatz zu den Analysen ordoliberaler und kritischer Theorien – die Verfassungsinstitutionen des Washington Consensus keinesfalls in der Lage sind, eine einheitliche globale Wirtschaftsverfassung herzustellen. 1989 bedeutete zwar das Ende des Staatssozialismus, keinesfalls aber the end of his-

²³ N. MacCormick/O. Weinberger, An Institutional Theory of Law, 1986.

²⁴ Führender heutiger Vertreter des Verfassungpluralismus N. Walker, Taking Constitutionalism Beyond the State, *Political Studies* 56 (2008), 519 ff.

²⁵ Dazu im Detail G. Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, 159 ff.

²⁶ Zum transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus, der einem solchen Begriff der transnationalen Wirtschaftsverfassung zugrunde liegt, siehe die Beiträge von P. Kjaer, D. Wielsch und M. Renner, in: G. Teubner/A. Beckers (Hrsg.) *Transnational Societal Constitutionalism*, *Ind. J. Global Legal Stud.* 20 (2013); G.-P. Calliess, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt*, 2006, 226 ff.

tory. Ergebnis der jüngsten Globalisierungswelle ist vielmehr eine enorme Vielfalt von Varianten des Kapitalismus, eine Vielfalt von Produktionsregimes, die ihrerseits eine Vielfalt von Wirtschaftsverfassungen hervorbringt. Chinas staatskapitalistisches, besser: sein einheitspartei-kapitalistisches Produktionsregime, die keiretsu-dominierte Wirtschaftsverfassung Japans, und die ihren kolonialen Wirtschaftsformen entwachsenen Produktionsregimes Südamerikas sind heute ernstzunehmenden Rivalen der etablierten Wirtschaftsverfassungen in der westlichen Hemisphäre.²⁷

Entscheidend ist nun, dass die varieties of capitalism, welche eine einheitliche Weltwirtschaftsverfassung konterkarieren, nicht etwa eine bloße Re-Nationalisierung der Wirtschaftsverfassungen mit sich bringen. Unerbittlich hat die Globalisierung, auch wenn sie keine einheitliche Weltwirtschaftsverfassung erzeugen konnte, die Grenzen des Nationalstaates gesprengt und ohne Rücksicht auf territoriale Grenzen die einzelnen Produktionsregimes als die neuen Substrate der Wirtschaftsverfassung etabliert.²⁸ Aber auch die neuen Regionaleinheiten der Europäischen Union, der NAFTA oder MERCOSUR können nicht die Grenzen der neuen Produktionsregimes definieren. Die Europäische Union wird gleich dreifach von den Grenzen verschiedener Produktionsregimes durchschnitten.²⁹ Wie sich besonders nach 2008 gezeigt hat, driften Nordeuropa, England und Südeuropa trotz des europäischen Einigungswerkes in ihren unterschiedlichen Produktionsregimes auseinander. Ja, im Falle Italiens koexistieren, nein: kollidieren, sogar auf dem Territorium eines Nationalstaates zwei unterschiedliche Produktionsregimes.

Zwar haben Produktionsregimes ihren historischen Ursprung in der alten Einheit von Nationalstaat und Volkswirtschaft. Aber mit der Dominanz von transnationalen Unternehmen und ihrer Satelliten, mit der Globalisierung von Märkten und mit der Differenzierung in verschiedene Branchen ist diese Einheit zerbrochen. Die Produktionsregimes sind über territorialstaatliche Grenzen hinaus expandiert, was in einer schwer zu entwirrenden Gemengelage unterschiedlicher Wirtschaftsverfassungen endet, die in ihren Geltungsräumen einander überschneiden. Im Prinzip wird ein einzelnes Produktionsregime von unterschiedlich lokalisierbaren Kraftzentren aus dominiert: von der autonomen Normsetzung in deterritorialisierten transnationalen Unternehmen, von der Dominanz nur einer Wirtschaftskultur

²⁷ Siehe die Nachweise in Anm. 11 ff.

²⁸ Wirtschaftskulturen entsprechen nicht den Grenzen der Nationalstaaten. Das betont W. Abelshauser (Anm. 12), 9 und *passim*.

²⁹ W. Abelshauser (Anm. 12); A. Regan, Political Tensions in Euro-Varieties of Capitalism: The Fiscal Crisis of the Democratic State in Europe, EUI Working Paper MWP 2013/24, <<https://papers.ssrn.com>>.

auf einzelnen Branchen der Weltmärkte, und von den Regulierungen der einzelnen Nationalstaaten. Das ergibt eine für transnationale Verhältnisse typische unübersichtliche Lage, in der angesichts der einander überschneidenden Grenzen von Wirtschaftskulturen, von multinationalen Wirtschaftsorganisationen, von kontraktuellen Regulierungen ihrer Zulieferer- und Verteilungsnetze durch multinationale Unternehmen, von Branchen der Weltmärkte und von nationalen Regulierungsregimes, eine hohe funktionale Spezifizierung mit gleichzeitiger Überlappung unterschiedlicher Normsysteme zusammentrifft. Gegenüber den globalen Wirtschaftsorganisationen behaupten sich die einzelnen Produktionsregimes in ihrer "Persistenz, transnationalen Hybridisierung und Pfadabhängigkeit".³⁰

Dafür hat sich in der Literatur zum transnationalen Recht der Ausdruck der "Interlegalität" etabliert, der die klare Trennung der Geltungsbereiche unterschiedlicher territorialer Rechtsordnungen zugunsten ihrer wechselseitigen Durchdringung ablöst.³¹ Die Wirtschaftsverfassungen unterschiedlicher Produktionsregimes beanspruchen – sollte man sagen: in einem Verhältnis der "Interkonstitutionalität"? – zu einer Zeit und in einem Raum Geltung, während sie gleichzeitig einander wechselseitig irritieren. "Fracture, fluidity, permeability, polycentricity" – treffend bezeichnet *Backer* mit diesen vier Merkmalen die aktuelle globale Verfassungs(un)ordnung.³²

Deshalb sollte man nicht von einer globalen Wirtschaftsverfassung sprechen, sondern besser von einer transnationalen Wirtschaftsverfassung, sofern global für die Einheit einer Weltverfassung steht und transnational für die Multipolarität von einander durchdringenden Wirtschaftsverfassungen. Die real existierende transnationale Wirtschaftsverfassung muss also in ihrer Multipolarität von verschiedenen Produktionsregimes einerseits und globalen Wirtschaftsinstitutionen andererseits komplexer gefasst werden als die bloße Einheit einer globalen Wirtschaftsverfassung oder als das bloße Nebeneinander nationaler Wirtschaftsverfassungen. Die Verschachtelungen ihrer *unitas multiplex* sind allenfalls als Kollisionsverfassung, also als eine Meta-Verfassung der Verfassungskonflikte zwischen verschiedenen Produktionsregimes, zu fassen.

Entgegen dem immer noch herrschenden Verständnis der Wirtschaftsverfassung als einem Teilgebiet der Staatsverfassung ist also Wirtschaftsverfassung unter transnationalen Bedingungen als ein Zweiebenensystem zu ver-

³⁰ W. Abelschauer (Anm. 12), 19.

³¹ B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2003, 437; M. Amstutz/V. Karavas, *Rechtsmutation: Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum*, *Rechtsgeschichte* 8 (2006), 14 ff.

³² L. Catá Backer, *The Structural Characteristics of Global Law: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity*, *Tilberg L. Rev.* 17 (2012), <<http://ssrn.com>>, 177 ff.

stehen: (1) auf der unteren Ebene als eigenständige Quelle verfassungsrechtlicher Prinzipien, d. h. als die Summe der Sektoralverfassungen unterschiedlicher Produktionsregimes, (2) auf der Meta-Ebene als eine Kollisionsverfassung, die sich in den Kollisionen (a) zwischen den Verfassungen unterschiedlicher Produktionsregimes, (b) zwischen unterschiedlichen sektoriellen Verfassungen (Staatsverfassung, Wirtschaftsverfassung, Wissenschaftsverfassung etc.) und (c) zwischen globalen Regimeverfassungen und Produktionsregimeverfassungen etabliert.³³

Angesichts dieser Komplexität lassen sich ihre Kollisionen weder nach föderalistischen Prinzipien noch nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen lösen.³⁴ Denn die Verantwortung für den Ausgleich der kollidierenden Verfassungsordnungen kann nicht bei den globalen Institutionen als übergeordneten Super-Instanzen liegen. Die Rolle einer Drittinanz, die *Böhm* und *Sinzheimer* in Konflikten pluraler Verfassungen noch dem Nationalstaat zuerkennen konnten, fällt unter Bedingungen der Globalität aus. Der Grund ist, dass – wie *Niklas Luhmann* sagt – “die strukturelle Kopplung des politischen Systems und des Rechtssystems über Verfassungen auf der Ebene der Weltgesellschaft keine Entsprechung hat”.³⁵ Vielmehr wird die Entwicklung eines Kollisionsrechts der Wirtschaftsverfassungen – genauso paradox wie im internationalen Privatrecht – in die kollidierenden Einheiten selbst hineinverlagert. Zugleich aber übersteigen seine Anforderungen die des internationalen Privatrechts bei weitem. Denn die Produktionsregimes und die globalen Institutionen stellen zusammen eine komplexe Multi-Level-Governance dar, was dazu zwingt, sehr viel mehr Kollisionen, auch die zwischen verschiedenen Ebenen, in das dezentrale Kollisionskalkül einer jeden Wirtschaftsverfassungseinheit aufzunehmen. Dies ist mit der bloß “horizontalen” Sicht des IPR nicht bewältigbar, darf aber, so merkwürdig es klingt, auch nicht mit hierarchischen Methoden des Föderalismus angegangen werden. Es bleibt bei einer strikt heterarchischen Behandlung, auch zwischen globalen Institutionen und einzelnen Produktionsregimes.

Die einzelnen Produktionsregimes einerseits und die globalen Wirtschaftsinstitutionen andererseits sind die Kraftzentren der Kollisionen, welche die Hauptlinien der Verfassungskonflikte bestimmen. Die Kollisionen

³³ Dazu aufschlussreich *J. Bombhoff*, *The Constitution of the Conflict of Law*, in: H. Muir Watt/R. Michaels (Hrsg.), *Private International Law as Global Governance*, 2014; *J. Bombhoff/A. C. Mewese*, *The Meta-Regulation of Transnational Private Regulation*, *J. L. & Soc.* 38 (2011), 138 ff.

³⁴ Angeregt durch *C. Joerges*, *A New Type of Conflicts Law as the Legal Paradigm of the Postnational Constellation*, in: C. Joerges/J. Falke (Hrsg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, 2011, 465 ff.

³⁵ *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 582.

unterschiedlicher Wirtschaftsverfassungen sind dann im je eigenen Kollisionsrecht eines jeden Produktionsregimes und auch eines jeden globalen Regimes zu lösen:

- horizontal als Vielfalt von autonomen Produktionsregimes, deren Grenzen nicht mehr territorial, sondern nur noch funktional zu fassen sind,
- vertikal als das Verhältnis dieser Produktionsregimes zu den globalen Institutionen der Weltwirtschaft,
- diagonal als Kollision zwischen einem spezialisierten globalisierten Regime und der entsprechenden spezialisierten Teilmaterie eines einzelnen Produktionsregimes.

Das verweist auf netzwerkartige Strukturen.³⁶ Es geht um heterarchische Beziehungen zwischen den verschiedenen semi-autonomen Ebenen einer Multi-Level-Governance, für welche die Netzwerktheorie eine angemessene Begrifflichkeit liefert. Netzwerke als eine eigentümliche Kombination von bloß bilateralen Einzelbeziehungen und multilateraler Gesamtverflechtung erscheinen in dieser Sicht als Resultat einer fragilen Koexistenz von verschiedenen, einander widersprechenden Normordnungen der Netzknoten, also der globalen Institutionen und der einzelnen Produktionsregimes. Netzwerke sind eine institutionelle Antwort auf die Rationalitätenkonflikte, die sich aus der Ausdifferenzierung und Autonomisierung von Systemen ergeben. Netzwerke können dann eine institutionelle Antwort auf Normkollisionen geben, wenn es ihnen gelingt, diese externen Widersprüche in interne Imperative der Netzknoten, die situativ miteinander kompatibel sind, umzuformen. So entsteht eine "paradoxe Struktur" interinstitutioneller Verflechtungen, weil diese auf "widersprüchlichen Anforderungen" beruhen, die gleichwohl "funktional" sind.³⁷ Die zentrale Leistung von Vernetzungen besteht danach darin, dass sie externe Widersprüche, die sich in Normkollisionen manifestieren, in die Binnenperspektive der einzelnen Knoten übersetzen, welche die Beziehungen von verschiedenen Ebenen und Subsystemen, von Netzwerkknoten, Knotenrelationen und Gesamtvernet-

³⁶ Zu den folgenden Besonderheiten von Netzwerken eingehender mit weiteren Nachweisen G. Teubner, "So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ...": Zur Diabolik des Netzwerkversagens, in: I. Augsberg (Hrsg.) Ungewissheit als Chance: Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem, 2013, 109 ff.; G. Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just in Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, 2004, 79 ff.

³⁷ So für regionale Policy-Netze A. Benz, Regionalpolitik zwischen Netzwerkbildung und Institutionalisierung: Zur Funktionalität paradoxer Strukturen, Staatswiss. u. Staatsprax. 1 (1996), 23 ff., 24.

zung intern abbildet.³⁸ Kollisionsrechtlich bedeutet dies, dass die Netzwerkknoten, also die Produktionsregimes ebenso wie die globalen Institutionen jeweils intern eigene Kollisionsrechte entwickeln, aus deren Perspektive sie die Normenkonflikte entscheiden.

In der Netzwerktheorie würde man dann die Multipolarität der transnationalen Wirtschaftsverfassung als dezentrales Netzwerk beschreiben, dessen Unterschied zu einer formalen Organisation darin besteht, dass es keine Hierarchiespitze gibt.³⁹ Mit Normkollisionen der Wirtschaftsverfassungen netzwerkadäquat umzugehen, heißt dann, dass gerade nicht eine Zentrale sie an sich zieht, sondern dass – ganz analog zum Internationalen Privatrecht – die Netzknoten, also jede einzelne Wirtschaftsverfassung selbst sie dezentral entscheidet. Jeder Netzknoten steht dann in der Verantwortung, weil er in seine Binnenperspektive sowohl die Normen der anderen Netzknoten als auch die der Gesamtordnung aufnehmen muss. Der *ordre public* transnational, kann in den globalen Vernetzungen immer nur dezentral, immer nur in der Binnenperspektive der einzelnen Wirtschaftsverfassungen normiert werden.⁴⁰

IV. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Alternative in den westlichen Produktionsregimes

Wie sehen die Kollisionen der Wirtschaftsverfassungen in den Produktionsregimes des transatlantischen Raumes aus?

Zunächst scheint es so, als dass in der westlichen Hemisphäre eine gegenläufige Entwicklung stattgefunden hat, in der die europäischen und die amerikanischen Produktionsregimes konvergieren. Die Liberalisierung des Welthandels, das Ende des den Handel hemmenden Ost-West-Konflikts und sinkende Transport- und Informationskosten lösten einen Anpassungsdruck in den europäischen Wohlfahrtsstaaten aus, der weithin als alternativlos verstanden wurde.⁴¹ In den letzten 40 Jahren wurden in der Tat die tradierten korporatistischen Produktionsregimes Kontinentaleuropas zuneh-

³⁸ K. Semlinger, Effizienz und Autonomie in Zulieferungsnetzwerken: Zum strategischen Gehalt von Kooperation, in: W. H. Staehle/J. Sydow (Hrsg.), *Managementforschung* 3 (1993), 309 ff., 332.

³⁹ Dazu genauer A. Windeler, *Unternehmensnetzwerke: Konstitution und Strukturierung*, 2001, 105 ff.

⁴⁰ Diesen Aspekt betont besonders K.-H. Ladeur, *Die Netzwerke des Rechts*, in: M. Bommers/V. Tacke (Hrsg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, 2011, 143 ff., 163 ff.

⁴¹ W. Abelshauser (Anm. 12), 10 ff.

ment abgebaut und immer stärker dem anglo-amerikanischen Produktionsregime angenähert. Von der Mitbestimmung auf der Betriebs- und Unternehmensebene, über die Bankenbeteiligungen an Unternehmen bis hin zu der triangulären Zusammenarbeit von Unternehmensverbänden, Gewerkschaften und Regierungsinstanzen gerieten die korporatistischen Institutionen unter Druck. Nicht nur korporatismuskritische Ökonomen, sondern sogar *Wolfgang Streeck*, der maßgebliche Theoretiker und Sympathisant des Nachkriegs-Korporatismus machte die dezidierte Prognose, dass unter Bedingungen der Globalisierung die wirtschaftsdemokratischen Elemente der kontinentaleuropäischen Produktionsregime nicht überleben werden.⁴² Die notwendige Feinabstimmung zwischen gesellschaftlichen Organisationen und politischen Institutionen sei im globalen Maßstab nicht zu wiederholen. Und das Ausmaß an wechselseitigem Vertrauen und sozio-kulturellem Normenkonsens, das hier vorausgesetzt wurde, sei nicht globalisierbar. Schon auf der europäischen Ebene, wo man mit Institutionen des “Sozialen Dialogs” zwischen der Europäischen Kommission, der Konföderation Europäischer Gewerkschaften und europäischen Wirtschaftsverbänden experimentiert, erweist sich eine Aufblähung des neokorporatistischen Modells über den Nationalstaat hinaus, als wenig erfolgreich. Im globalen Maßstab aber dürften korporatistische Arrangements vollends scheitern. Grund sei der Widerspruch, dass die Selbstreproduktion gesellschaftlicher Teilsysteme in globalen Bahnen verläuft, dass aber für ihre politisch-rechtliche Konstitutionalisierung nur nationalstaatliche Institutionen zur Verfügung stehen. Es scheint, als ob *Franz Böhm*s massive Kritik an *Sinzheimerschen* Vorstellungen von Wirtschaftsdemokratie und Mitbestimmung historisch bestätigt wurden.⁴³

Verblüffend ist nun aber die jüngste Erfolgsgeschichte des gesellschaftlichen Korporatismus in Kontinentaleuropa. Schon mit der Umstellung von standardisierter Massenproduktion auf nachfordistische diversifizierte Qualitätsproduktion in den 80er Jahren, dann seit Mitte der 90er Jahre mit der Dezentralisierung der Lohnfindung auf die Betriebsebene, spätestens aber mit der eng abgestimmten Kooperation zwischen Unternehmensverbänden, Gewerkschaften und Regierung während der Wirtschaftskrise 2008 ist eine

⁴² *W. Streeck*, *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, 2009, 260 ff.; *W. Streeck*, *Gekaufte Zeit: Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, 2013, 225 ff.

⁴³ Sehr kritisch *F. Böhm*, *Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb*, *ORDO* 4 (1951), 21 ff. Eher differenzierend *F. Böhm*, *Mitbestimmung als Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit oder als Vertragsanspruch der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis*, in: *F. Böhm/G. Briefs* (Hrsg.), *Mitbestimmung – Ordnungselement oder politischer Kompromiß*, 1971.

Transformation des Nachkriegs-Korporatismus zu verzeichnen, die seine erstaunliche Resilienz trotz Globalisierung und trotz Wirtschaftskrise begründet.⁴⁴ Die Transformation betrifft besonders die Kräfteverhältnisse im korporatistischen Dreieck auf der Makro-, Meso- und Mikroebene.⁴⁵ Das Kraftzentrum hat sich deutlich auf die sogenannten "Produzentenkoalitionen" auf der Unternehmensebene verschoben. Eher im Hintergrund wird diese von der Kooperation von Wirtschaftsverbänden, Branchengewerkschaften und Regierungsinstanzen, die höhere Produktivität und Krisenfestigkeit gewährleisten, abgestützt. Empirische Untersuchungen konnten zeigen, dass nicht so sehr die Agenda 2010 für den Erfolg ausschlaggebend war, sondern vor allem die intensive Kooperation zwischen Unternehmen und Betriebsräten, die von Gewerkschaften, Wirtschaftsverbänden und Regierungen unterstützt wurden. Der Erfolg des gesellschaftlichen Korporatismus im Vergleich zum Produktionsregime Englands und der USA ist so beeindruckend, dass der amerikanische Nobelpreisträger *Stiglitz* den skandinavischen oder den deutschen Weg sogar als Vorbild für die USA empfiehlt.⁴⁶

Entgegen allen Voraussagen zum Scheitern des eher wirtschaftsdemokratisch ausgerichteten gesellschaftlichen Korporatismus haben sich also auch im transatlantischen Raum die varieties of capitalism als Ergebnis der Globalisierung durchgesetzt, in dem die Widerstandsfähigkeit europäischer Wirtschaftskulturen gegenüber der weltweit erfolgreichen Praxis des Standardkapitalismus deutlich wird. Die sozialstaatlich regulierten, institutionell starken, eng verflochtenen und neokorporatistisch organisierten Wirtschaftsverfassungen des skandinavischen und des rheinischen Kapitalismus unterscheiden sich, besonders in ihren wirtschaftsdemokratischen Elementen, auch heute noch deutlich von den eher liberalen, finanzkapitalistisch geprägten Wirtschaftsverfassungen anglo-amerikanischer Prägung, die ihre Koordination vor allem auf Märkte und hierarchisch organisierte Unternehmen stützen. Nach der Wirtschaftskrise erscheinen für viele Beobachter

⁴⁴ Dazu mit reichem empirischen Material *W. Carlin/A. Hassel/D. Soskice/A. Martin*, The Transformation of the German Social Model, in: A. Martin/J. E. Dolvik (Hrsg.), *European Social Models in the Face of Global Economic Crisis*, 2014; *C. Dustmann/B. Fitzenberger/U. Schönberg/A. Spitz-Oener*, From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy, *Journal of Economic Perspectives* 28 (2014), 167 ff.

⁴⁵ Auch das schwedische Modell des Korporatismus wurde in dieser Phase nicht abgeschafft, sondern transformiert und an die Bedingungen der Globalität angepasst, dazu aufschlussreich *G. Flume*, Das Modell Schweden: Kontinuität und Wandel einer Wirtschaftskultur, in: *W. Abelshauser/D. A. Gilgen/A. Leutzsch* (Anm. 12), 114 ff.

⁴⁶ *J. Stiglitz*, Deutschland muss mehr tun, *Spiegel-Online* 2.4.2009. Ähnliche Vorschläge werden sogar in Großbritannien gemacht, "Labour's Economic Plans: Departmental Determinism", *The Economist*, 1.1.2014.

die neokorporatistischen Arrangements heute weltweit aufgrund ihres "historical comparative advantage" angesichts ihrer höheren Produktivität und ihrer gesteigerten gesellschaftlichen Legitimität als die attraktiveren Produktionsregimes.

Wirtschaftsverfassungsrechtliche Kollisionen gehen auf diese markanten Unterschiede zwischen den zwei großen Produktionsregimes des Westens zurück, zwischen den kontinental-europäischen Produktionsregimes (hauptsächlich Deutschland, Schweden, Norwegen, Finnland, Niederlande, Schweiz, Österreich) einerseits und ihren angelsächsischen Gegenstücken, den Liberal Market Economies (Großbritannien, USA, Irland, Kanada, Australien, Neuseeland) andererseits. Die anglo-amerikanische Wirtschaftskultur bildet die eine Gruppe der sog. "Liberal Market Economies", der relativ unregulierten liberalen Marktwirtschaften. Im Gegensatz zu den kontinental-europäischen Märkten mit stärkerer wirtschaftsdemokratischer und sozialstaatlicher Ausrichtung, den "Coordinated Market Economies", in denen neokorporatistische Verhandlungssysteme zwischen Wirtschaftsverbänden, Gewerkschaften und Regierung die Wirtschaft koordinieren, sind dort die Wirtschaftsorganisationen eher schwach und spielen nur eine sehr begrenzte Rolle bei der Koordinierung des institutionellen Rahmens.⁴⁷ Stattdessen findet ein relativ unkoordiniertes Nebeneinander von freien Marktprozessen einerseits und externer Regulierung durch die Regierung andererseits statt. Die Regierung, Regulierungsbehörden und die Gerichte spielen die wichtigste Rolle bei der Regelsetzung, wobei die Regeln typischerweise wenig Ermessensspielräume lassen.

So also sieht heute die realistische wirtschaftsverfassungsrechtliche Alternative aus, die den Gegensatz von *Böhms* ordoliberaler Wirtschaftsverfassung und *Sinzheimers* sozialdemokratischer Wirtschaftsdemokratie abgelöst hat. Während *Böhms* Vorstellungen in beiden Produktionsregimes nur noch wenige Spuren hinterlassen haben, haben die kontinentaleuropäischen neokorporatistischen Verfassungen durchaus einige der wirtschaftsdemokratischen Vorstellungen *Sinzheimers* verwirklicht.⁴⁸ Niemals sind freilich *Sinzheimers* eher zentralistischen Ideen zur Gemeinwirtschaft, zur Rätedemokratie oder zur organisierten Kooperation der Koalitionen umgesetzt worden, aber der heutige gesellschaftliche Korporatismus hat doch im Vergleich beeindruckende wirtschaftsdemokratische Institutionen aufgebaut. Der entscheidende Unterschied zu *Sinzheimers* Vorstellungen dürfte darin bestehen, dass auf der Makro- und der Meso-Ebene die heutigen neokorporatistischen Verhandlungssysteme nicht über formale Organisationen oder

⁴⁷ P. A. Hall/D. Soskice (Anm. 11).

⁴⁸ So auch A. Seifert (Anm. 21).

öffentlich-rechtliche Institutionen formalisiert sind, sondern dass sich auf diesen Ebenen eher ein informeller Korporatismus herausgebildet hat, während nur auf der Mikro-Ebene ein stark formalisierter Korporatismus über Betriebs- und Unternehmensmitbestimmung dominiert. Auch die von *Sinzheimer* angestrebte gesellschaftliche Willensbildung außerhalb der Parlamente, besonders über eine Räteorganisation, wurde zwar nie verwirklicht, fand aber eine Art funktionales Äquivalent in der Verlagerung politischer Konflikte in wirtschaftliche und gesellschaftliche Prozesse, bei denen sich heute spontane Protestbewegungen und Nicht-Regierungsorganisationen in den Vordergrund schieben.

Im Einzelnen schlagen sich folgende wirtschaftskulturelle Unterschiede der beiden Produktionsregimes als Kollisionen der Wirtschaftsverfassungen nieder:⁴⁹

1. Während in den liberalen Marktwirtschaften anglo-amerikanischer Prägung Finanzierungssysteme den Unternehmen relativ kurzfristige Zeithorizonte auferlegen, gleichzeitig aber hohe Risiken mittragen, begünstigt die neokorporatistische Unternehmenskultur und die Finanzierungsmodi der Unternehmen eher die langfristige Finanzierung der Unternehmen.
2. In den anglo-amerikanischen liberalen Marktwirtschaften haben die extrem deregulierten Arbeitsmärkte ein kollektives Arbeitsrecht herausgetrieben, das eine effektive Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in den Unternehmen kaum ermöglicht. Daher existieren dort nur schwache Gewerkschaften, welche die extrem hierarchische Führung durch das Spitzenmanagement kaum konterkarieren können. Demgegenüber haben sich in den neokorporatistischen Wirtschaftsverfassungen wirtschaftsdemokratische Institutionen entwickelt, die Arbeitnehmerinteressen durchaus erfolgreich artikulieren. In den kollektiven Arbeitsbeziehungen im Unternehmen und in der Industrie sind hochkooperative Beziehungen entstanden, bei denen die Gewerkschaften und heute immer stärker die Betriebsräte eine wichtige Rolle spielen und die für die Bildung von auf dem Weltmarkt erfolgreichen Produktionskoalitionen verantwortlich sind.
3. Während in liberalen Marktwirtschaften das System der zwischenbetrieblichen Beziehungen hohe kompetitive Anforderungen stellt und zugleich den Kooperationsmöglichkeiten zwischen Unternehmen scharfe Grenzen setzt, tendieren im gesellschaftlichen Korporatismus die Beziehungen zwischen den Unternehmen dazu, sich zu kooperativen Netzwerken mit relationalen, langfristigen Verträgen zu entwickeln, und dies sowohl horizontal innerhalb

⁴⁹ Eingehende Analysen der Unterschiede: *R. Deeg*, *The Rise of Internal Capitalist Diversity? Changing Patterns of Finance and Corporate Governance in Europe*, *Economy and Society* 38 (2009), 552 ff.; *A. Johnston/B. Hancké*, *Wage Inflation and Labour Unions in EMU*, *Journal of European Public Policy* 16 (2009), 601 ff.; *P. A. Hall/D. Soskice* (Anm. 11).

der Märkte, als auch vertikal zwischen Zulieferern, Produzenten und Vertreibern.

4. Die Koordination zwischen dem ökonomischen Sektor und anderen Bereichen der Gesellschaft wird in liberalen Marktwirtschaften entweder den Marktkräften überlassen oder ausschließlich der staatlichen Regulierung überwiesen. Im Gegensatz dazu sind neo-korporative Verhandlungssysteme typisch für die kontinental-europäischen Produktionsregimes, in denen Wirtschaftsunternehmen mit sozialstaatlichen Regulierungsinstitutionen und mit gesellschaftlichen Organisationen kooperieren. Wirtschaftsverbände und große Unternehmen koordinieren Märkte über die Entwicklung technischer Standards, allgemeiner Geschäftsbedingungen und Streitschlichtungsverfahren. Wirtschaftsverbände handeln technische und geschäftliche Standards mit der Regierung aus. Die Rechtsprechung beteiligt sich an dieser gesellschaftlichen Einbindung der Wirtschaftsunternehmen, dass sie auf diesem Komplex eines ausgehandelten *ordre public économique* aufbaut und eventuelle Fehlentwicklungen korrigiert.

V. Ein Beispiel: Corporate Codes in den Kollisionen der transnationalen Wirtschaftsverfassung

Wie die Kollisionen zwischen divergierenden Produktionsregimes dazu führen, dass sich einheitlich konzipierte globale Wirtschaftsinstitutionen in gänzlich unterschiedliche Richtungen entwickeln, soll abschließend exemplarisch an einem Phänomen transnationaler Unternehmensverfassung skizziert werden – den Corporate Codes of Conduct multinationaler Unternehmen.⁵⁰ Transnationale Unternehmen waren in den letzten Jahren in eine Reihe von Skandalen involviert, welche die Weltöffentlichkeit erschütterten. Ökologische Katastrophen, inhumane Arbeitsbedingungen, Kinderarbeit, die “complicity” von transnationalen Unternehmen in Korruptionsaffären und Menschenrechtsverletzungen durch politische Regimes haben das öffentliche Bewusstsein für die negativen Folgen der Transnationalisierung von Wirtschaftsunternehmen geschärft. Nicht durchsetzen konnten sich

⁵⁰ Grundsätzlich zur Transnationalisierung der Unternehmensverfassung *L. Catá Backer*, The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century, Working Papers Coalition for Peace & Ethics 6 (2014), 1 ff.; *L. Catá Backer* (Anm. 7); *G. Teubner*, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung “privater” und “staatlicher” Corporate Codes of Conduct, in: S. Grundmann/H. Merkt/P. Mülbart/M. Wellenhofer (Hrsg.), Unternehmen, Markt, Verantwortung: Festschrift für Klaus Hopt, 2010, 1449 ff.; *K. Hopt*, Globalisierung der Corporate Governance, in: K. Hermann/P. Koslowski/C. Lütge (Hrsg.), Wirtschaftsethik der Globalisierung, 2005, 81 ff.

völkerrechtlich verbindliche Regulierungen durch die Staatenwelt, stattdessen aber breitete sich geradezu massenhaft eine andersartige Spezies von transnationalen Normierungen auf dem Globus aus – Corporate Codes of Conduct, “freiwillige” Verhaltenscodices für transnationale Unternehmen.

Auffällig ist, dass sich zwei unterschiedliche Grundvarianten der Codes herausgebildet haben. Auf der einen Seite formulieren die globalen Wirtschaftsinstitutionen der Staatenwelt – Vereinte Nationen (UN), Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), Internationale Arbeitsorganisation (ILO), Europäische Union (EU) – einheitliche “öffentliche” Verhaltenscodizes für transnationale Unternehmen. Auf der anderen Seite zwingen die massive öffentliche Kritik, die über die Medien weltweit verbreitet wird, ebenso wie die offensiven Aktionen von Protestbewegungen und zivilgesellschaftlichen non-governmental organizations zahlreiche transnationale Unternehmen dazu, dass sie selbst “freiwillig” eine Vielzahl “privater” Corporate Codes normieren, in denen sie öffentlichkeitswirksame Selbstverpflichtungserklärungen abgeben und ihre interne Durchsetzung versprechen.

Besonders bemerkenswert daran ist, dass im Verhältnis beider Codes geradezu eine Inversion der traditionellen Hierarchie von übergeordnetem staatlichem Recht und untergeordneter privater Normsetzung zu beobachten ist.⁵¹ Eine deutliche Umkehrung findet besonders in der hard law/soft law-Qualität der staatlichen und der privaten Corporate Codes statt: Jetzt weisen gerade die staatlichen Normen, die ausschließlich unverbindliche Empfehlungen geben, nur noch die Qualität von “soft law” auf, während das bloße private ordering der transnationalen Unternehmen präzise und verbindliche Normen unternehmensweit effektiv durchsetzt und damit zu neuen Formen des “hard law” erstarkt.

An dieser Inversion wird deutlich, dass die Konstitutionalisierung der transnationalen Wirtschaft wesentlich über gesellschaftliche Normsetzung stattfindet. Nicht die Institutionen der Staatenwelt, sondern gesellschaftliche Kollektivakteure entscheiden, ob überhaupt Corporate Codes in Kraft gesetzt werden, welche Inhalte sie haben und wie sie rechtlich durchgesetzt werden. Als Resultat drastischer Machtverschiebungen in der globalen Wirtschaft sind die transnationalen Unternehmen zur eigentlichen verfassungsgebenden Gewalt geworden, weil sie es sind, die durch einseitige öffentliche Selbstverpflichtung die Corporate Codes in Kraft setzen.

⁵¹ Zum Verhältnis der beiden Code-Typen *L. Catá Backer, Governance Without Government: An Overview and Application of Interactions Between Law-State and Governance-Corporate Systems*, in: G. Handl/J. Zekoll/P. Zumbansen (Anm. 7), 87 ff.

Verständlich wird diese Inversion dadurch, dass sich unter dem Einfluss der Kollisionen der Charakter der Corporate Codes selbst einschneidend verändert. Denn in der vertikalen Dimension verhindern die varieties of capitalism erfolgreich, dass die globalen Institutionen der Staatenwelt – UN, ILO, OECD, EU – rechtlich verbindliche Corporate Codes vorschreiben. Wenn die Wirtschaftsverfassungen der großen Produktionsregimes derart divergieren, dann können die staatlichen Corporate Codes nur soft law sein, während die eigentliche Positivierung zu hard law erst in den Unternehmen der einzelnen Produktionsregimes stattfinden kann. Die staatlichen Codes sind selbst eigentlich nicht mehr als Kollisionsprinzipien, die für einen globalen ordre public économique nur Leitlinien für konkrete Kollisionsnormen abgeben können, die in den einzelnen Produktionsregimes in situationsspezifischer Anpassung gesetzt werden.

In der horizontalen Dimension wiederum nehmen die privaten Codes einen ganz unterschiedlichen Charakter an, je nachdem in welchem Produktionsregime sie umgesetzt werden. Es geht nicht bloß um ihre Anpassung an lokale Besonderheiten der Einzelunternehmen oder der nationalen Rechtsordnung, sondern vorrangig um ihre institutionelle Einbettung in unterschiedliche Produktionsregimes. Je nachdem ob sie in liberale Marktwirtschaften mit ihrem Kompromiss zwischen Keynesianismus und Chicago-School, mit ihrem Vorrang von private ordering, mit der New Sovereignty der Unternehmen eingepasst werden oder in koordinierten Marktwirtschaften mit hoher sozialstaatlicher und wirtschaftsdemokratischer Komponente in das neokorporatistische Dreieck der Kooperation von Verbänden, Gewerkschaften und Staat, werden sie höchst unterschiedlich ausgestaltet.

Das zeigt sich an der heute virulenten Frage, ob überhaupt und wenn ja wie die Gerichte die Corporate Codes als rechtlich verbindlich qualifizieren und im Streitfall durchsetzen.⁵² Transnationale Unternehmen versuchen, mit allen Mitteln zu verhindern, dass die Gerichte Interpretation und Durchsetzung der Codes an sich ziehen. Deshalb bestehen sie mit Nachdruck darauf, dass ihre freiwilligen Codes rechtlich unverbindlich sind.

Amerikanische Gerichte kommen dem weitgehend entgegen und zeigen sich außerordentlich zurückhaltend, wenn public interest litigation sie dazu drängt, die Codes als rechtsverbindliche Normen durchzusetzen. Nur der Verrechtlichung von marktbezüglichen Sozialnormen, zeigen sich die Gerichte aufgeschlossen. Marktbegleitende Sozialnormen verrechtlichen sie

⁵² Detaillierte Analysen bei A. Beckers, Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes, 2014; D. Klösel, Compliance-Richtlinien: Zum Funktionswandel des Zivilrechts im Gewährleistungsstaat, 2012, m. w. N.

nur dann, soweit sich gemeinwohlorientierte Verbraucherpräferenzen am Markt als Nachfrage durchsetzen, diese aber durch irreführende Informationen sabotiert werden. Jedoch, der Kernmaterie der Corporate Codes, den eigentlich marktbegrenzenden Sozialnormen, die den Unternehmen eine Gemeinwohlorientierung vorschreiben, verweigern sie mit der Berufung auf *judicial restraint* die Verrechtlichung.⁵³

Anders sehen die Verrechtlichungschancen der Corporate Codes in kontinental-europäischen Produktionsregimes aus. Wenn sie in durchregulierte neokorporatistische Arrangements eingepasst werden, müssen sich die Codes eine sozialstaatliche und wirtschaftsdemokratisch geprägte Transformation gefallen lassen. Sie haben in der EU mit starken gesetzgeberischen Aktivitäten und zugleich mit einer Verrechtlichung durch die Gerichte zu rechnen. Der Gesetzgeber droht in der Neufassung des § 5 I No. 6 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Sanktionen für eine dem UWG bisher unbekannte Fallgruppe an, nämlich, wenn ein Unternehmen über "die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist", falsche Angaben macht.⁵⁴

Die Verrechtlichung über Gerichte, die mit der rechtlichen Qualifizierung der Corporate Codes privatrechtliches Neuland betreten, verläuft in zwei gegensätzlichen Richtungen: Einerseits strenge Inhaltskontrollen der Codes, sofern sie Arbeitnehmern oder Verbrauchern Belastungen auferlegen, andererseits Rechtsverbindlichkeit, sofern sie Gemeinwohlverpflichtungen enthalten. Inhaltskontrollen müssen gerade dann greifen, wenn die Unternehmen auf der rechtlichen Unverbindlichkeit ihrer freiwilligen Codes bestehen, um private Compliance Regeln gerichtlichen Kontrollen zu entziehen und unternehmensintern umso strikter ihre Verbindlichkeit durchzusetzen – etwa Regeln über Whistleblower, gesellschaftspolitische Betätigung, internes Monitoring, Leistungsbewertung und interne Regelüberwachung. Die Gerichte überprüfen die Codes an den Normen des Mitbestimmungsrechts, den Inhaltskontrollen Allgemeiner Geschäftsbedingungen und der Drittwirkung von Grundrechten. Berühmt geworden ist der Fall *Walmart*, in dem der Konzern in seinen Corporate Codes äußerst strikte, selbst das Privatleben der Mitarbeiter betreffende Regeln – eine in USA

⁵³ Zu diesen drei Normtypen im US-Recht *A. Peukert*, Die Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft – am Beispiel der Corporate Social Responsibility im US-Recht, in: R. M. Hilty/F. Henning-Bodewig (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility (CSR) – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?*, 2014.

⁵⁴ Die Einzelheiten, insbesondere welche Verhaltenscodices unter die Norm fallen, sind umstritten und von den Gerichten noch nicht endgültig geklärt. Dazu *A. Beckers* (Anm. 52), 176 ff.

übliche Liebes- und Flirtverbotsklausel – durchzusetzen suchte. Die Gerichte verweigerten Walmart, sich auf die Unverbindlichkeit solcher freiwilligen Codes zu berufen und ließen die fragwürdigen Klauseln teils an den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates, teils an Grundrechtsstandards scheitern.⁵⁵

Auf der anderen Seite zeigt der ebenso berühmt gewordene Fall *Lidl*, dass es für die Konzerne schwierig ist, dann auf der rechtlichen Unverbindlichkeit ihrer Codes zu bestehen, wenn sie das öffentliche Gemeinwohl betreffende Selbstverpflichtungserklärungen abgegeben haben, sich in der Praxis aber nicht daran halten.⁵⁶ Lidl wurde mit Erfolg auf wettbewerbswidriges Verhalten verklagt, als sie wahrheitswidrig damit Werbung machten, sie hätten Verpflichtungen aus ihren gemeinwohlorientierten Corporate Codes erfüllt. Nicht nur das Wettbewerbsrecht, sondern auch das Deliktsrecht mit seinen hochentwickelten Organisationspflichten und Verkehrspflichten, das Vertragsrecht mit seinen weitgehenden vertraglichen und quasi-vertraglichen Bindungen, und die Drittwirkung der Grundrechte sind hier einschlägig. Mit diesen dogmatischen Figuren stellt das sozialstaatlich geprägte Privatrecht der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ein reichhaltiges Instrumentarium zur rechtlichen Qualifizierung der Corporate Codes zur Verfügung.⁵⁷ Damit können die Gerichte die Rechtsverbindlichkeit der Codes sicherstellen und ihre Durchsetzung ebenso wie ihre Rechtskontrollen ermöglichen. Die Gerichte können den Unternehmen letztlich immer ein *venire contra factum proprium*, einen rechtlich relevanten performativen Selbstwiderspruch, vorwerfen, wenn die Unternehmen die Corporate Codes als Resultat erbitterter Konflikte erst als seriöse Selbstverpflichtungserklärungen abgegeben haben, sie dann aber vor Gericht nur als unverbindliche Absichtserklärungen gelten lassen wollen.

Was schließlich wirtschaftsdemokratische Vorstellungen betrifft, so zeigen sich die anglo-amerikanischen Produktionsregimes demgegenüber ziemlich resistent. Demokratie wird im dortigen Verständnis nicht in Marktprozessen, sondern primär im politischen System verwirklicht. Corporate Codes werden entsprechend strikt marktkonform interpretiert.⁵⁸ Nur soweit sich Änderungen von Präferenzen der Marktteilnehmer auf dem Markt durchsetzen, werden sie von den Gerichten validiert. Primär bleibt es

⁵⁵ ArbG Wuppertal NZA-RR 2005, 476; LAG Düsseldorf NZA-RR 2006, 81. Dazu *D. Klösel* (Anm. 52), 59 ff.

⁵⁶ Ausführlich zu Lidl: *Verbraucherzentrale Hamburg v. Lidl*, Statement of Claim filed 6.4.2010, Case settled on 14.4.2010. <<http://www.business-humanrights.org>>.

⁵⁷ Aktueller Stand und mutige Vorschläge zur Rechtsfortbildung bei *A. Beckers* (Anm. 52), 39 ff., 344 ff.

⁵⁸ Dazu *A. Peukert* (Anm. 53).

dem private ordering der transnationalen Unternehmen (TNCs) überlassen, situationsabhängig in den Auseinandersetzungen mit zivilgesellschaftlichen Gruppen und den Präferenzänderungen der Verbraucher und Investoren mit gemeinwohlbezogenen Codes zu reagieren, sofern es ihrem Kostenkalkül entspricht. Eine weitergehende Politisierung der Wirtschaft gilt als nicht legitim.

Demgegenüber sind die Wirtschaftskulturen Kontinentaleuropas mit ihren neokorporatistischen Institutionen historisch schon seit langem auf eine interne Politisierung wirtschaftlicher Entscheidungen eingestellt. Neben weitreichenden sozialstaatlichen Interventionen gelten hier besonders wirtschaftsdemokratische Institutionen als legitim, da sie durch Partizipation von gesellschaftlichen Gruppen Defizite des Marktes kompensieren sollen.⁵⁹ Im demokratischen Korporatismus Kontinentaleuropas werden dann auch die neuartigen Corporate Codes umdefiniert: nicht mehr als einseitige Normsetzung souveräner Unternehmen, sondern als Resultat der politischen Konflikte zwischen Unternehmen und zivilgesellschaftlichen Akteuren. Neben anderen wirtschaftsdemokratischen Institutionen dienen hier Corporate Codes, die gemeinwohlorientierte Ziele verfolgen, der Wiedereinbettung der Wirtschaft in die Gesellschaft. Dies geschieht aber nicht als externe staatliche Intervention, sondern in der Form eines re-entry: der Internalisierung gesellschaftlicher Belange in die Unternehmensentscheidungen.⁶⁰

Beeinflussen so die seit längerem ablaufenden Prozesse einer inneren Politisierung der Wirtschaft maßgeblich die Ausgestaltung der Corporate Codes, so hat in der Gegenrichtung die Globalisierung über die Corporate Codes drei neuartige wirtschaftsdemokratische Impulse ausgelöst. Der erste Impuls stammt aus einer Richtungsänderung der Protestbewegungen, in der sich nach Meinung einiger Beobachter eine neue politische Qualität in der Gesellschaft verwirklicht.⁶¹ Zivilgesellschaftliche Proteste richten sich zunehmend nicht (nur) gegen staatliche Institutionen, sondern selektiv, direkt und zielbewußt gegen die organisiert-professionellen Instanzen der Wirtschaft, die für gravierende Fehlentwicklungen verantwortlich gemacht werden. Sozialbewegungen reagieren damit auf drastische Machtverschie-

⁵⁹ In historischer Perspektive W. Abelsbauser (Anm. 12).

⁶⁰ Dazu G. Teubner (Anm. 50). Die Konsequenzen, die sich aus solchen neuartigen Institutionen transnationaler Wirtschaftsverfassung für das Völkerrecht ergeben, untersucht I. Feichtner, Verteilung in Völkerrecht und Völkerrechtswissenschaft, in: S. Boysen/A. Kaiser/F. Meinel (Hrsg.), *Verfassung und Verteilung*, 2015 (im Erscheinen).

⁶¹ C. Crouch, *Das befremdliche Überleben des Neoliberalismus*, 2011, 193 ff.; R. O'Brien/A. M. Goetz/J. A. Scholte/M. Williams, *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, 2002, 2.

bungen in der globalen Wirtschaftsverfassung. Denn zur eigentlichen wirtschaftsverfassungsgebenden Gewalt sind die transnationalen Unternehmen aufgestiegen, weil sie es sind, die durch einseitige öffentliche Selbstverpflichtung die Corporate Codes in Kraft setzen. Doch ausgelöst wiederum haben diese Corporate Codes überhaupt erst andere gesellschaftliche Kollektivakteure, welche die Inhalte der Corporate Codes, aber auch deren Implementierung maßgeblich mitbestimmen. Denn meist sind es NGOs und andere zivilgesellschaftliche Akteure, die mit Protestaktionen die multinationalen Unternehmen genötigt haben, Vereinbarungen mit ihnen über Corporate Codes abzuschließen. In diesen Aktivitäten zivilgesellschaftlicher Akteure verwirklicht sich ein eigenes wirtschaftsdemokratisches Potenzial der Corporate Codes, das über die traditionellen neokorporatistischen Arrangements, die in Kontinentaleuropa nur zwischen Unternehmen und Gewerkschaften entwickelt wurden, deutlich hinausgeht.

Der zweite wirtschaftsdemokratische Impuls weitet die Sachthemen der Politisierung der Wirtschaft drastisch aus. In den Corporate Codes werden nicht mehr nur Verteilungsinteressen im Unternehmen durchgesetzt. Der zivilgesellschaftliche Protest geht über diese wichtige, aber begrenzte Thematik von Wirtschaftsdemokratie weit hinaus und zwingt die Unternehmen, sich auf umfassendere Gemeinwohlziele verbindlich festzulegen: Umweltschutz, Anti-Diskriminierung, Menschenrechte, Produktqualität, Verbraucherschutz, Datenschutz, Freiheit des Internets, Fair Trade.⁶² Während solche Themen früher normalerweise fast ausschließlich im politischen System entschieden wurden, entsteht in der Direkt-Konfrontation zivilgesellschaftlicher Gruppen mit den Unternehmen, als deren Resultat die Corporate Codes ausgehandelt werden, das merkwürdige Paradox wirtschaftsdemokratischer Institutionen: Öffentliche Gemeinwohlbelange werden durch private Normierungen durchgesetzt.⁶³ Zwar können die Corporate Codes nicht wie die politische Gesetzgebung generelle Geltung beanspruchen, doch geht ihre Verpflichtungskraft weit über die Einzelunternehmen hinaus. Denn die zivilgesellschaftlichen Gruppen insistieren darauf, dass kraft gesellschaftsrechtlicher Arrangements abhängige Gesellschaften und kraft vertraglicher Vereinbarungen weitverzweigte Zulieferer- und Distributionsnetze auf die Corporate Codes verpflichtet werden.

⁶² “Die sogenannten ‘neuen sozialen Bewegungen’ passen nicht mehr in das Protestmuster des Sozialismus. Sie beziehen sich nicht nur auf die Folgen der Industrialisierung und haben nicht mehr nur das eine Ziel einer besseren Verteilung des Wohlstandes. Ihre Anlässe und Themen sind sehr viel heterogener geworden ... und vor allem die ökologische Thematik ist in den Vordergrund gerückt.” *N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 849.*

⁶³ Vorzügliche Analyse bei *A. Beckers (Anm. 52), 262 ff.*

Ein dritter wirtschaftsdemokratischer Impuls geht von den Selbstverpflichtungen der Unternehmen aus, den Schutz der Grundrechte zu garantieren. Hier gehen die Codes deutlich über den bisherigen Stand der Grundrechtsdrittwirkung hinaus. Denn sie durchbrechen deren Staatsfixierung, erkennen explizit eine unmittelbare Grundrechtswirkung gegenüber privaten Kollektivakteuren an und kompensieren bestimmte Schwächen der staatlichen Schutzpflichten. Wenn die Grundrechtsstandards der Codes direkt aus dem demokratischen Potenzial gesellschaftlicher Konflikte resultieren, dann ist ihre höhere Kontextadäquität zu erwarten, da Organisation und Verfahren genauer auf die Besonderheiten der Grundrechtskonflikte ausgerichtet werden.⁶⁴

VI. Fazit

Die Globalisierung hat eine transnationale Wirtschaftsverfassung hervorgebracht, die als eine Kollisionsverfassung zu kennzeichnen ist. Die kollidierenden Einheiten sind nicht die Nationalstaaten, sondern transnationale Produktionsregimes. Die von *Böhm* und *Sinzheimer* formulierte Alternative von ordoliberaler Wirtschaftsverfassung und sozialdemokratischer Wirtschaftsdemokratie ist in der transnationalen Wirtschaftsverfassung vom Gegensatz zwischen den institutionell starken, eng verflochtenen und neokorporatistisch organisierten Produktionsregimes Kontinentaleuropas und den eher liberalen, finanzkapitalistisch geprägten Produktionsregimes anglo-amerikanischer Prägung, die ihre Koordination vor allem auf Märkte und hierarchisch organisierte Unternehmen stützen, abgelöst worden. Entgegen allen Voraussagen haben heute die neokorporatistischen Wirtschaftsverfassungen Kontinentaleuropas eine Renaissance erlebt, die sie trotz Globalisierung und Wirtschaftskrise nicht nur widerstandsfähig, sondern zukunftsfähig macht. Darüber hinaus haben die im Zuge der Globalisierung entstandenen Corporate Codes über den bisher stark ausgebauten Arbeitnehmerschutz hinaus der wirtschaftsdemokratischen Konstitutionalisierung in dem Sinne eine neue Chance eröffnet, dass unternehmensexterne gesellschaftliche Kräfte, also neben staatlichen Interventionen rechtliche Normierungen und "zivilgesellschaftliche" Gegenmacht aus anderen Kontexten – Medien, öffentliche Diskussion, spontaner Protest, Intellektuelle, Protestbewegungen, NGOs, Gewerkschaften, Professionen – so massiven Druck auf die

⁶⁴ Zu einer solchen Ausweitung der Drittwirkung der Grundrechte *I. Hensel/G. Teubner*, *Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, *Kritische Justiz* 47 (2014), 150 ff., 162 ff.

Unternehmen ausüben, dass sie gezwungen sind, gemeinwohlbezogene Selbstbeschränkungen aufzubauen, die auch tatsächlich greifen.

ZaöRV 74 (2014)

