

Gerd Winter

Das Recht der Risikogesellschaft¹

Um die Entstehung moderner Gesellschaften zu erklären, unterscheidet der Autor zwei Typen von Wirkungskräften. Die einen sind wirtschaftlicher, die anderen technischer Natur. Für die Analyse des Rechts in diesem Entwicklungsprozeß verwendet er verschiedene Funktionsbestimmungen normativer Regelungen: eine Aktivitäten ermögliche und eine begrenzende Funktion des Rechts. Anhand dieser Kategorien entwirft er Überlegungen für eine Theorie des Rechts in der Risikogesellschaft.

Die Red.

I. Einleitung

Recht reguliert nicht nur Risiken, sondern läßt Risiken auch zu allererst entstehen. Recht trägt auch zur Wiedererzeugung von Risiken bei, indem es Risikoregulierung zerstört. Nach diesen weniger erörterten Funktionen des Rechts muß man fragen, wenn die Chancen rechtlicher Bewältigung von Risiken bestimmt werden sollen. Bevor ich nach solchen Beiträgen des Rechts frage, möchte ich einen Blick auf die Realität der Risikoentwicklung werfen, die sozusagen das Material darstellt, das vom Recht geformt wird und sich zugleich in ihm ausdrückt. Dabei werde ich mich nicht systemtheoretischer Begrifflichkeit bedienen, das Problem also nicht als ein solches von Codes, Grenzen und Verhältnissen unterschiedlicher Kommunikationssysteme begreifen. Statt dessen versuche ich, stärker das Inhaltliche des Problems zu erfassen und auch den begrifflichen Apparat entsprechend einzustellen. Angesichts der systemtheoretischen Diskurse ist es freilich schwierig, substanzhafte Konzepte wie Ungleichheit, Interesse, Macht, strukturelle Determinierung, gar Kausalität überhaupt noch so in die Debatte zu bringen, daß sie auf Verständnis stoßen. Denn die Systemtheorie hat, wie mir scheint, jedenfalls insoweit gesiegt, als sie ihre Adepten unfähig oder unwillig gemacht hat, verschiedene Theoriesprachen zu sprechen. So muß, wer sich bei ihnen Gehör verschaffen will, sich ihrer Sprache bedienen und wird dadurch gezwungen, diejenigen Probleme zu vernachlässigen, die die Systemtheorie nicht recht zu begreifen vermag. Ich glaube, daß sich viele Probleme, die das reale Leben aufwirft, mal besser in der einen, mal besser in der anderen Theoriesprache erfassen lassen, und daß die Probleme insoweit ein ganz unkonstruiertes Eigenleben haben, dem man nachspüren kann, ohne sich gleich in der Suche

¹ Erweiterter Vortrag auf einer Tagung der Sektion Rechtssoziologie der Deutschen Gesellschaft für Soziologie am 17./18. 10. 1997 im Wissenschaftszentrum Berlin. Der Text erscheint auch in einem Tagungsband, den Alfons Bora, WZB, herausgeben wird.

nach dem verborgenen Sein im Heidegger'schen Sinn zu verlieren. Im Verhältnis zu den Systemtheoretikern bleibt nur zu hoffen, daß sie die materialen Prozesse, die ich beschreiben möchte, zumindest als Rauschen oder gar als strukturelle Koppelung verbuchen, und daß sie die Beschreibung, die ich versuche, als eine Möglichkeit verstehen, auf die der »Eigenwert« der Beobachtung einschwingen kann².

II. Gesellschaftliche Energien

Zunächst möchte ich die beiden Hauptrisiken, die das Thema dieser Tagung waren, Umweltrisiken und Sozialrisiken, auf die Entwicklung bestimmter gesellschaftlicher Wirkkräfte zurückführen. Diese Wirkkräfte, Triebkräfte, Bewegungen, Energien, Mobilisierungen, Motoren – wer sich diesem Phänomen widmet, bezeichnet es unterschiedlich – sind Syndrome aus menschlichen Anlagen, geistigen Orientierungen und sozialen Verhältnissen. Ihnenwohnt eine Entwicklungsdynamik inne, die produktiv sein kann, die aber bei einem Fehlen hemmender Faktoren so stark werden kann, daß sie in ihr Gegenteil umschlägt, was auch als positive Rückkopplung oder, in der älteren Terminologie, als Dialektik bezeichnet wird.

Zur Erklärung der Entstehung der modernen Gesellschaft sind viele verschiedene derartige Wirkkräfte aufgeführt worden. Ordnet man sie, so lassen sich zwei Typen unterscheiden. Der eine ist auf das Wirtschaftliche, der andere auf das Technische bezogen. Dem wirtschaftlichen Syndrom sind zuzuordnen: das Kapitalverhältnis, die Arbeitsteilung, die Konkurrenz, der unternehmerische Geist, der Geist des Protestantismus. Zum technischen Typ gehören die Säkularität, die Zweckrationalität, die Wissenschaft, der erforderliche Geist, die »faustische Ethik« der Naturbeherrschung³. Man hat sich – in der Auseinandersetzung der Marxianer und Weberianer – lange gestritten, ob ein Materielles oder ein Geistiges Priorität besitzt, aber der Streit kann wohl als erledigt angesehen werden, denn beides wirkt zusammen und verstärkt sich gegenseitig. Materielles und Geistiges ist in beiden Wirkkräften vorhanden, so im einen das Kapitalverhältnis *und* der unternehmerische Geist, im anderen die institutionalisierte Wissenschaft *und* der erforderliche Geist.

Der Kürze halber bezeichne ich die eine gesellschaftliche Wirkkraft als die kapitalistische und die andere als die technologische. Beide beziehen sich weitgehend auf die gesellschaftliche Produktion und behandeln die Konsumtion eher als abhängige oder subsidiäre Größe⁴. Das ist im Kontext der Entstehung der Industriegesellschaft, auf den sich die einschlägigen Autoren meist beziehen, wohl auch zureichend. Das Verschwinden des mit Reichtum verbundenen Konsums ist geradezu die andere Seite der Verbreitung der asketischen kapitalistischen Ethik. Trotzdem sind die Konsumbedürfnisse der Reichen des Absolutismus, der Neureichen des Frühkapitalismus und später diejenigen der Mittelschichten des Hochkapitalismus wohl als eine relativ selbständige Dynamik anzusehen, diefordernd auftritt und nicht nur Resultante

² Vgl. die lebendige Version eines solchen Konstruktivismus bei H. v. Foerster, *Der Anfang von Himmel und Erde hat keinen Namen*, Wien 1997, *passim*, bes. S. 109 f., 157 f., mit der dogmatisierten bei N. Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1990, S. 113 f.

³ Aus der Literatur nenne ich nur einige signifikante Autoren: L. Mumford, *Mythos Maschine*, Frankfurt 1981; D. S. Landes, *Der entfesselte Prometheus* (1969), Ausg. Köln 1973, bes. S. 28 ff.; W. Sombart, *Der moderne Kapitalismus*, Bd. I, 1. Hbd. (1916), Ausg. Berlin 1969, bes. S. 327 f.; M. Weber, *Die protestantische Ethik* (1905), Ausg. Bodenheim 1993; K. Marx, *Das Kapital*. 1. Bd. (1890), Ausg. MEW Bd. 23, Berlin 1962, bes. S. 483 ff.; A. Smith, *Eine Untersuchung über Wesen und Ursachen des Volkswohlstandes* (1786), Ausg. Jena 1923, bes. S. 5 ff.

⁴ Dies gilt selbst für die Nachfragetheoretiker, so bereits ihr Begründer J. M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936), Ausg. London 1973, bes. S. 89 ff.

von Einkommen, Marktpreis und Werbung ist⁵. Ich füge deshalb die konsumistische den beiden anderen »Energien« hinzu.

Der *technologische Faktor*, m. a. W. Technik und Wissenschaft, war ursprünglich auf die Herstellung von Sicherheit gerichtet, auf die Beseitigung von Risiken, die aus der Natur kommen⁶. Jedenfalls war es die ursprüngliche Absicht der Erfinder neuer Techniken, die Lebensverhältnisse zu verbessern und damit die Sicherheit zu erhöhen, d. h. Risiken zu verringern. Die weitere Technikentwicklung war durch bestimmte wissenschaftliche Annahmen über die Natur, das mechanistische Weltbild, geprägt, die dazu beitrugen, daß die Technik sich mehr und mehr von der Orientierung an der Herstellung von Sicherheit löste und ihr Ziel in sich selbst fand: Technik um der Technik selbst willen, »technische Realisation« im fatalistischen Positivismus Schelskys und anderer, »instrumentelle Vernunft« in der Kritik der Frankfurter Schule. Wir können auch heute noch bei der Einführung neuer Techniken beobachten, daß ein sinnvoller Zweck erst im nachhinein gesucht wird. Ein Beispiel ist die Argumentation mit Krankheiten als Anlaß für neue Methoden der Gentechnik.

Diese Ablösung der Technik von substantiellen Zielen schlägt in einer dritten Phase in einem dialektischen Prozeß um. Die Technik wird nun selber zum Hauptverursacher von Risiken, sie wird zur Technikfalle, in der Technik auf Technik gesattelt wird, aber die Risiken nicht ab-, sondern zunehmen.

Neben solchen Umweltrisiken entstehen Sozialrisiken, weil Technik und Wissenschaft die Arbeit rationalisieren und dadurch erreichen, daß eine Gesellschaft sich reproduzieren kann, ohne daß alle arbeiten müssen. Da die öffentlichen Haushalte und Sozialfonds aber auf Steuern und Beiträgen aus dem Einkommen der Arbeitenden fußen, versiegen die Quellen, während andererseits die Zahl der zu Alimentierenden ansteigt. Hierauf reagieren Politiken der Arbeitsplatzschaffung, die, wenn sie auf bloß quantitative Vermehrung gerichtet sind, die übersättigten Märkte überfüllen und dabei das Konto der Nutzung natürlicher Ressourcen weiter überziehen.

Auch die *konsumistische Triebkraft* ist eigentlich und ursprünglich auf Überleben, auf Sicherheit gerichtet, dort, wo Überfluß ist, auch auf Muße, Freude und Genuß. Jedenfalls ist Bedürfnisbefriedigung ihr Ziel. Ihre stetige quantitative Steigerung bei denen, die sich mehr leisten können, löst sie jedoch von dieser ab. Konsum erfolgt nun zwecks Konsum, der Konsum selbst wird das Bedürfnis. Im weiteren Verlauf werden durch die schiere Masse häufig geplant obsoleszenter Produkte Umweltrisiken erzeugt, in Gestalt von Abfallbergen, durch die exponentielle Zunahme des Transports von Produkten und Personen mit seinen Folgen für die Bedrohung des Klimas, durch die Zunahme chemischer Produkte mit ihren Folgen für eine Chemisierung der Umwelt, etc.

Man könnte meinen, daß Konsum auf hohem oder gar übersteigertem Niveau jedenfalls keine Sozialrisiken verursacht. Wenn die natürlichen Ressourcen ausgeschöpft werden, überleben dann nicht jedenfalls die Menschen? Konsum muß aber nicht nur mit Ressourcen, sondern auch mit Geld bezahlt werden. Soweit das Geld privat verdient ist, liegt hierin kein Problem, im Gegenteil wird die Lage des Konsumenten nur gestärkt, weil er mit dem Kauf zugleich Arbeitsplätze schafft und damit Sozialrisiken mindert. Das zielvergessene Wachstum des Konsums erstreckt sich aber auch

⁵ S. dazu W. Sombart, Liebe, Luxus und Kapitalismus (1922), Ausg. Berlin 1992; Th. Veblen, The Theory of the Leisure Class, New York 1905.

⁶ Ich benutze nicht die sozialwissenschaftliche Unterscheidung zwischen Risiko (als dem selbst Zugerechneten) und Gefahr (als dem von Außen kommenden), vgl. N. Luhmann, Soziologie des Risikos, Berlin 1991, S. 30f. Um Begriffsverwirrungen mit der Rechts- und Technikwissenschaft zu vermeiden, sollte man unter Risiko lieber neutral die Eintrittswahrscheinlichkeit von Schaden verstehen und dann prädiktiv hinzusetzen, daß Risiken selbst verursacht bzw. selbst zugerechnet oder auch der Natur zugerechnet werden können. »Gefahr« wäre dann ein erhöhtes Risiko.

auf diejenigen Waren und Dienstleistungen, die aus öffentlichen Mitteln oder Solidarfonds finanziert werden, weil die zu bearbeitenden Risiken – der Erkrankung, des Alterns – vom jeweiligen Einzelnen nicht getragen werden können und deshalb vergemeinschaftet worden sind. Wenn die Einzelnen in solchen Solidarsystemen ihren Konsum maximieren, wird der Gemeinschaftsfond – sei er nun aus Steuern oder Beiträgen finanziert – überzogen. Diese Entwicklung findet insbesondere in der Gesundheits- und Altersversorgung statt. Die finanziellen Engpässe der Gesundheits- und Altersversorgung liegen auch an entgrenzten Vorstellungen über die Bekämpfung von Krankheit und Tod, also an entgrenztem Konsum von Versorgungsleistungen. Das Leben selbst wird zum Produkt von Versorgung, sein Ende ist ein Versagen des Versorgungssystems, nicht Erfüllung und Ziel in sich.

Der dritte gesellschaftliche Motor ist der *kapitalistische*. Geld war im alten Handwerk ein Mittel der Gebrauchswertschaffung, aber es hat sich von diesem Ziel gelöst und ist zum Mittel der Tauschwerterzeugung, damit zu Kapital geworden. Immerhin hat es auch in dieser Rolle noch die Funktion der Sicherung eines gewissen Niveaus der Versorgung und Zivilisation. Indem es sich selber riskiert und die Möglichkeit in Kauf nimmt, daß es sich nicht rentiert, setzt es die technische Entwicklung, die Steigerung der Arbeitsproduktivität und die Konsummöglichkeiten frei und treibt sie an. Bei allen Kosten und Risiken für die Einzelnen, die im Zuge der Kapitalisierung der Wirtschaft rücksichtslos auskonkurriert oder übervorteilt werden, ergibt sich für die Allgemeinheit zunächst doch eine Erhöhung des Wohlstands.

War diese zivilisatorische Funktion, wenn nicht bezweckt, so immerhin Seiteneffekt der unsichtbaren Hand der Konkurrenz der Einzelkapitale, so ist sie mit dem Umzug der Konkurrenz in Vermachtung bedroht. Wenn das Kapital sich auch selbst riskiert, so ist es doch daran interessiert, dieses Risiko klein zu halten. Eine Strategie besteht darin, Kosten zu externalisieren, also Umwelt- und Sozialkosten die Allgemeinheit tragen zu lassen. Dieses Interesse war in einer Situation der Trennung von Markt und Staat noch politisch zu konterkarieren. Mit der Ansammlung von Macht in der Hand großer Kapitalblöcke geht dies nur noch insoweit, wie ein Minimum von Umwelt- und Sozialschutz auch im langfristigen Interesse dieser Blöcke selbst steht. Sozial- und Umweltschutz sind nicht mehr Zweck, auch nicht mehr Seiteneffekt, sondern eine Art Langfristinvestition geworden.

III. Die Rolle des Rechts

Um die *Rolle des Rechts* in diesem Entwicklungsprozeß zu verstehen, empfiehlt es sich, zwischen verschiedenen Konfigurationen von Recht zu differenzieren, und zwar hauptsächlich zwischen dem freisetzenden oder Aktivitäten ermöglichen Recht einerseits und dem solche Aktivitäten begrenzenden Recht andererseits. Dem begrenzenden Recht kann man noch solches Recht zur Seite stellen, das Umverteilung organisiert, wie z. B. das Steuer- und Sozialversicherungsrecht. Wenn man so unterscheidet, wird z. B. die Frage nach der Effektivität des Rechts aus strukturellen Gründen unterschiedlich beantwortet werden müssen. Dann wird verständlich, warum z. B. die Formen des Vertrages und des Sacheigentums eine sehr hohe Akzeptanz und ein geringes Vollzugsdefizit besitzen, während Recht, das die Freiheit von Eigentum und Vertrag einschränkt oder den Vermögenden Umverteilungslasten zumutet, weniger effektiv ist.

1. Freisetzendes Recht

*Freisetzendes, ermöglichendes Recht*⁷ steht mit an der Wiege jener Prozesse, die Sicherheit erzeugen sollten und letzten Endes zu Umwelt- und Sozialrisiken führten. Die wichtigsten Ablagerungen dieser Art von Recht bestehen aus der Eigentumsgarantie, aus der Berufsfreiheit in ihrem Bedeutungswandel vom Schutz der Person zum Schutz des Unternehmens, aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, das den Staat einschließlich der demokratischen Legislative zur Rechtfertigung jeden Eingriffs zwingt, aus dem im Kampf um die Wirtschaftsverfassung errungenen Sieg der sozialen Marktwirtschaft als Modell der Verfassung, aus der Ausweitung der Forschungsfreiheit zur Freiheit der Produktentwicklung, weiterhin aus der Zurverfügungstellung von Verkehrsformen auf der Ebene des einfachen Rechts, also der Verkehrsform des Vertrages, des privatrechtlichen Eigentums, sowie im Aufbau einer rechtlichen Infrastruktur in Gestalt des Wettbewerbsrechts, des Gesellschaftsrechts, welches ermöglicht, Kapital zusammenzufassen und um so effektiver zu wirtschaften, weiterhin des gewerblichen Rechtsschutzes und vielerlei mehr. Durch dieses freisetzende Recht wird der Prozeß der Wohlfahrtssteigerung gefördert, aber auch der Prozeß des Umschlags in Risiken, wobei dieses Recht auch zugleich die erzeugten Risiken der Gesellschaft zurechenbar macht, so daß sie nicht mehr als von außen, von der Natur kommende Risiken verstanden werden können.

2. Eingrenzendes und umverteilendes Recht

Auf die Risiken, die mit diesem freisetzenden Recht verbunden sind, reagiert die Politik durch Rechtsetzung des Typs *Eingrenzung* und *Umverteilung*. Das geschieht historisch in späteren Phasen, und zwar, je nach der Gesellschaft, in der man sich umsieht, unterschiedlich spät.

Die Reaktionen durch *eingrenzendes Recht* sind bekannt: Technik wird einer Risikokontrolle durch Umweltrecht unterworfen. Der Konsum wird modifiziert, etwa in Gestalt der Durchsetzung der Recycling-Idee, damit die Fülle der zu Abfall werdenden Produkte reduziert wird. Die Steigerung der technischen Produktivität mit ihren Beschäftigungseffekten wird durch Arbeitsrecht, z. B. durch Kündigungsschutz, bearbeitet. Die Explosion der Gesundheitskosten wird durch Gebührenkontrolle eingedämmt. Gegen die Vermachtung des Kapitals sollen Wettbewerbsrecht, AGB-Kontrolle, »Materialisierung« des Privatrechts und anderes helfen.

Neben solches regulatives Recht, das Freiheiten begrenzt, tritt *umverteilendes Recht*. Umverteilung soll hier bedeuten, daß eine potentiell schadenstiftende Aktivität zugelassen, der Verursacher aber zur Entschädigung verpflichtet wird, sollte der Schaden (an der Umwelt, am Menschen) eintreten. Gegen manche Umweltrisiken – z. B. solche der Kernspaltung und der Gentechnik – müssen Versicherungen abgeschlossen werden, andere unterliegen nur der normalen Pflicht zum Schadensersatz; allerdings ist überall schnell die Grenze erreicht, von der an der Staat eintreten muß oder von der an der Staat auch nicht mehr leisten kann – man denke an Contergan, an Tschernobyl, an die Waldschäden. Zur Minderung von Sozialrisiken werden soziale Sicherungssysteme aufgebaut, die ganz ähnlich wie bei den Umweltrisiken nur teilweise aus den Beiträgen der Verursacher bezahlt werden,

⁷ Zu ihm als theoretisches Konzept vgl. J. W. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, Madison 1956.

während die Lasten im übrigen von den Betroffenen und der öffentlichen Hand zu tragen sind.

523

Ziel des eingrenzenden und umverteilenden Rechts ist zu verhindern, daß die genannten Produktivkräfte von Instrumenten der Existenzsicherung in Instrumente der Existenzbedrohung umschlagen. Dieses Ziel ist jedoch schwer zu verwirklichen, weil die dialektische Bewegung jener Faktoren, die durch freisetzendes Recht gestützt wird, zu dynamisch ist. Jeder neuen Form regulativen Rechts steht immer schon die neue Form von Ausweichmanövern gegenüber.

Doch wäre es übertrieben, das regulative Recht angesichts seiner Vollzugsdefizite als gänzlich ineffektiv hinzustellen. In vielen Bereichen wirkt es durchaus, in anderen könnte es durch kleinere Reformen, durch eine »Modernisierung des Ordnungsrechts«⁸, effektiver gemacht werden. Zum Teil ist es sogar so effektiv, daß es trotz ehrenwerter ökologischer oder sozialer Absicht die Adressaten *blockiert*, etwa wenn für bestimmte Anlagen eine Vielzahl unkoordinierter Genehmigungen erforderlich ist, die in einer integrierten Genehmigung zusammengefaßt werden könnten. Das Beispiel zeigt zugleich aber auch, daß die Auflösung fester Strukturen nicht schon per se ein Gewinn ist. *Flexibilisierung* hat – abgesehen davon, daß sie meist jeweils von den anderen verlangt wird – ein spezifisches Risiko, nämlich das der Anomie, die wegen der unbegrenzten Zahl plötzlich entstehender Optionen eine eigene Art von Blockade darstellen kann⁹. Die Vielzahl der Genehmigungen kann also nicht einfach mit dem aufsichtslosen Belieben eingetauscht werden. Die integrierte Genehmigung ist ein funktionales Äquivalent, bei dem die nachteiligen Nebeneffekte der Verfahrenslänge und möglichen Widersprüchlichkeit der Einzelentscheidungen beseitigt wird.

Auch wenn man das Reformpotential in Rechnung stellt, bleibt eine strukturelle Schwäche gegenüber der durch freisetzendes Recht gestärkten Dynamik der gesellschaftlichen Wachstumsenergien.

4. Selbstregulierung in der Zivilgesellschaft

Seit einigen Jahren ist nun eine gedankliche Strömung zu beobachten, die unter unterschiedlichem Namen – reflexives Recht, autopoietisches Recht, Zivilgesellschaft, Regulierung der Selbstregulierung, Kommunitarismus – Möglichkeiten und Grenzen des Einbaus ökologischer und sozialer Verantwortung in jene Dynamik und das sie freisetzende Recht entdeckt und ausdenkt¹⁰. Diese Strömung ist vielleicht nur einer der nicht abreißenden Versuche, einen dritten Weg zwischen Markt und Plan zu finden, sozusagen die Nacharbeitung dessen, was im Übergang des »Ganzen Hauses« zur kapitalistischen Wirtschaftsweise verloren gegangen ist, nämlich der Verantwortung »von sich aus«, die, wie uns seit Adam Smith bis zur samstäglichen Marktwirtschaftsprädikt in der FAZ eingeblutet wird, das Geschäft der auf Egoismen bauenden

⁸ Für den Umweltschutz s. als Beispiel G. Lübbe-Wolff, Modernisierung des Umweltordnungsrechts, Bonn 1996.

⁹ Dies wird von den Befürwortern eines flexiblen Rechts – bei aller Fruchtbarkeit ihres Ansatzes – m. E. nicht hinreichend mitthematisiert. Vgl. als wichtigen Repräsentanten dieser Richtung K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Berlin 1995, der allerdings auf der Ebene der konkreten Vorschläge sehr viel weniger wagemutig ist als auf der Ebene der Theoriebildung. Zu einer Anwendung des Durkheim'schen Anomietheorems auf moderne Normerosionen s. R. Münch, Globale Dynamik, lokale Lebenswelten, Frankfurt 1998, S. 118 ff.

¹⁰ S. z. B. U. Beck in Beck/Giddens, Reflexive Modernisierung, Frankfurt 1996, S. 19 ff.; G. Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt 1989. Überblick in C. Zablmann (Hrsg.), Kommunitarismus in der Diskussion, 1994.

unsichtbaren Hand nur verdirbt. In der Staatslehre fand die Suche in der politischen Anthropologie Rudolf Smends ihren Ausdruck, insbesondere in seiner Absetzung des »Bürgers als Beruf« vom unpolitisch sein Individualinteresse verfolgenden, nur äußerem Zwang sich fügenden »Bourgeois« Carl Schmitts¹¹.

Soweit die zivilgesellschaftliche Konzeption auf moralische Appelle setzt¹², dürfte sie allenfalls in ökonomischen Schönwetterperioden zum Zuge kommen. In härteren Zeiten müssen schon Strukturen existieren, die Spielräume und Anreize für freiwillige Verantwortung in sich bergen. Denn man kann nicht darauf bauen, daß ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen aus purem Altruismus eine Sonderlast zugunsten des Umweltschutzes übernimmt oder daß jedes Jahr der Tod einer Lady Di gewaltige Spendenaktionen auslöst, die die Sozialhilfe ein bißchen auffüllen.

Soweit es das *eingrenzende Recht* angeht, besteht ein Potential für freiwillige Verantwortung in der Verschwendigkeit von Herstellern von Normalprodukten und Herstellern von Umweltschutzprodukten. Letztere werden den ersten zu zeigen versuchen, daß es umweltfreundlichere Technologie gibt, die vielleicht auch rentabler ist als die alte (übrigens werden sie auch an einem strengen Ordnungsrecht interessiert sein). Ein weiteres Potential liegt auf der Seite der Produktnachfrage. Soweit sie sich ökologisch orientiert, entsteht für die Hersteller und Anbieter ein entsprechender Anpassungsdruck. Eine dritte Möglichkeit ist Selbstkontrolle der wirtschaftlichen Verbände, insbesondere durch Kammern, aber auch durch Kredit- und Versicherungsgeber.

Diese Potentiale können durch neue Rechtsformen unterstützt werden, wie etwa das Umweltaudit, das dem Betrieb seine Rationalisierungsmöglichkeiten vorhalten und für eine verlässliche Information der Kunden sorgen soll, durch Marktinformierung über Risiken, durch Bankenhaftung, durch Versicherungzwang etc. Das Recht steuert hier vermittelte als es bei dichter ordnungsrechtlicher Überwachung der Fall ist, es setzt Randbedingungen, schafft Anreize, errichtet Verhandlungspositionen und greift an strategischen Stellen statt flächendeckend ein.

Soweit es das *umverteilende Recht* angeht, fehlt es dem zivilgesellschaftlichen Ansatz bisher noch an theoretisch fundierten Konzepten. Gedacht wird an Spendenbereitschaft und ehrenamtliche Arbeit im Gemeinschaftsinteresse, weitergehend auch an leicht entlohnte Bürgerarbeit, an Job-sharing, an Einkommensverzichte zur Schaffung neuer Arbeitsplätze etc. Vieles ist hier auf Altruismus angewiesen – eine Basis, die einerseits, wie gesagt, für die Größe der Problematik eher schwach ist und sich andererseits auch noch selbst zerstört, denn gerade die Vorstellung einer (nur, aber immerhin) teilweisen Entlohnung ist prekär: Während Gratisarbeit immerhin durch soziale Anerkennung gestärkt wird, führt geldliche Entlohnung in die Kultur des Tausches und der Äquivalenz, in der Sub-Standards demotivierend wirken. Der externe Anreiz des Geldes verdrängt die intrinsische Motivation, da das Geld aber die Leistung nicht adäquat belohnt, bleibt auch die Leistung aus¹³.

Konsequenter Kommunitarismus hieße eigentlich Rückverlagerung der Sozialrisiken Arbeitslosigkeit, Krankheit und Alter in die Familie oder andere kleinere Gemeinschaften. Aber dieser Weg ist verbaut, weil die Individualisierung in der Moderne zu weit fortgeschritten ist, und er wäre auch nicht wünschenswert, weil die meisten Menschen sich veranlaßt sähen, wieder mehr Kinder zu zeugen, um für Notzeiten gesichert zu sein. Die Entsolidarisierung der Sozialrisiken würde also

¹¹ R. Smend, Burger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 309 ff.

¹² So weitgehend der Ansatz von A. Etzioni, The new golden rule, New York 1996.

¹³ S. am Beispiel der freiwilligen bzw. bezahlten Blutspende R. M. Titmuss, The gift relationship, New York 1971, S. 195 ff.

5. Strukturreformen aus einer neuen Wertschöpfungslehre

So bleibt nur, nach anderen Geldquellen für die Sozialleistungen zu suchen. Gegenwärtig wird für Steuern und Sozialbeiträge primär das Arbeitseinkommen herangezogen. Das ist in einer Gesellschaft, die neuen Wert durch Arbeit schafft, angemessen, ebenso wie es in der Agrargesellschaft, die neuen Wert aus dem Boden schöpft, angemessen war, Ordnungs- und Sozialleistungen (soweit sie denn vom Grundherren erbracht wurden) aus einem Anteil am bäuerlichen Bodenertrag abzuzweigen. Die Technik- und Wissengesellschaft wird demgegenüber eine neue Werttheorie ausbilden müssen, die ihrerseits Basis für die Bedienung der Sozialfonds wird. Wenn Technik und Wissen ermöglichen, daß eine Gesellschaft sich reproduziert, ohne daß alle arbeiten müssen, könnte auch der Geldmechanismus so eingestellt werden, daß nicht nur diejenigen die Soziallasten tragen, die arbeiten. Vielmehr muß das Einkommen aus dem arbeitslos geschaffenen Wert herangezogen werden. Denn der gesellschaftliche Charakter von Technik und Wissenschaft rechtfertigt es, das Einkommen hieraus in die gesellschaftliche Pflicht zu nehmen. Konkret heißt dies, daß der Weg in Richtung Technologiesteuer gehen müßte. Sie würde auch diejenigen Unternehmen verpflichten, die mit minimalem Arbeitskräfteeinsatz doch große Umsätze machen. Denkbar ist auch, die Mehrwertsteuer als geeignete Form anzusehen, weil sie auf jeden geschaffenen Wert, gleich ob er aus Arbeit oder Technik und Wissen stammt, bezogen wird. Die Beispiele der Staaten, die sich von der Einkommensteuer auf die Umsatzsteuer umorientieren, sprechen dafür. Auch hätte sie zugleich dämpfenden Effekt auf das Konsumwachstum, zumal, wenn der Steuersatz in geeigneter Weise variiert wird.

Demgegenüber scheint mir die Ökosteuer keine grundsätzliche Lösung zu sein, weil sie nicht auf Wertschöpfung, sondern auf Wertverbrauch fußt. Sie hat in der Gestalt von Sonderabgaben Sinn und dann den Status eines Regulierungsinstruments, das den Zweck der Ressourcenschonung verfolgt. Eine Basis für Sozialabgaben ist sie nicht, weil sie die Quelle, die sprudeln soll, gerade schließen will.

Steuern auf andere Quellen der Wertschöpfung als das Arbeitseinkommen können zugleich ein Strukturproblem der Umweltrisiken lösen helfen: Der Wachstumsdruck, der aus dem Ziel der Vollbeschäftigung resultiert, würde abnehmen, eben weil das Arbeitseinkommen entlastet würde¹⁴.

Das Potential der Zivilgesellschaft soll mit solchen Hinweisen auf Strukturgrenzen nicht geleugnet werden. Selbstregulierung und selbstorganisierte Umverteilung sind ein sicher noch nicht ausgeschöpftes Feld für weitere Ideen. Dies gilt gerade auch für das Recht, genauer die Umformung des einfachen Rechts von regulativen zu induzierenden, mittelbar wirkenden Formen¹⁵ und die Konstruktion verfassungsrechtlicher Anschlüsse¹⁶ wie insbesondere eine Aktivierung der Kategorie der verfassungsrechtlichen Grundpflicht¹⁷.

¹⁴ S. dazu G. Winter, Von der ökologischen Vorsorge zur ökonomischen Selbstbegrenzung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B37/94, S. 11 ff.

¹⁵ S. dazu Ladeur (Fn. 9), mit vielen Ideen.

¹⁶ S. dazu G. Frankenberger, Die Verfassung der Republik, Frankfurt 1997.

¹⁷ G. Winter, Alternativen im Prozeß administrativen Entscheidens. Zugleich ein Beitrag zu einer Grundpflicht ökologischer Verhältnismäßigkeit, Düsseldorf 1998.

Insgesamt ist die Palette der Reforminstrumente also beachtlich: Modernisierung des eingrenzenden und umverteilenden Rechts, neues Vertrauen auf die Zivilgesellschaft und Ansätze zu Strukturreformen vor allem im Bereich der Umverteilung.

IV. Globale Konkurrenz

Diese Reform scheint nun durch eine neue Erscheinung gefährdet, die unter dem Ausdruck *Globalisierung* zusammengefaßt wird. Die Dynamik der genannten gesellschaftlichen Wachstumsenergien macht nicht an der Grenze des Nationalstaats halt. Soweit sie im wesentlichen nationalstaatliche Ausdehnung besitzen, können sie in gewissem Maße gebunden werden, so daß die zerstörerische Dialektik gehemmt wird. Aber sie sprengen heute mehr denn je die nationalen Grenzen.

Das Kapital begnügt sich nicht mehr damit, von rechtlich und notfalls auch militärisch geschützter nationaler Basis aus die Rohstoffe der Welt auszubeuten, am eigenen Standort zu verarbeiten und die Produkte auf den ausländischen Märkten wieder abzusetzen, woraus Verschuldungszirkel und Abhängigkeiten zwischen reichen und armen Staaten entstehen. Vielmehr werden die großen Kapitale selbst anational und behandeln die Nationalstaaten als Standorte mehr oder weniger günstiger Verhältnisse, und zwar sowohl der faktischen Bedingungen wie des Ausbildungsstands der Arbeitskräfte, des Lohnniveaus etc., wie auch der rechtlichen Bedingungen. Gerade die rechtlichen Bedingungen werden zu strategischen Faktoren der Unternehmen und treten in Wettbewerb miteinander. Die EU hat vorgemacht, wie solche »regulatorische Konkurrenz« funktioniert. Der Import von Produkten ist frei, außer es gibt zwingende Erfordernisse bestimmter Schutzgüter, für die der Importstaat aber die Beweislast trägt. Im Prinzip muß der Importstaat also die Regelungen des Exportstaats anerkennen. Dies gilt für die Regelung der Anforderungen an die Produkte (z. B. Gesundheitsverträglichkeit) wie auch – obwohl dies selten deutlich herausgestellt wird – für die Anforderungen an die Produktion (z. B. Arbeitsschutz, Umweltschutz, Lohnniveau).

Regulatorische Konkurrenz bedeutet, daß schlechte Karten hat, wer Produkte und Produktion strengen Schutznormen unterwirft. Er wird nicht nur mit dem Widerstand seiner Industrie rechnen müssen, die eine Verteuerung ihrer Produkte befürchtet. Sondern er muß gewärtigen, daß seine Industrie die Produktion ins Ausland verlagert. Das ist allemal ein gutes Argument gegen Regulierung.

Während die Durchschlagskraft der regulatorischen Konkurrenz in der EU dadurch ziemlich weitgehend entschärft wird, daß die Anforderungen an Produkte und Produktion mehr und mehr durch EU-Sekundärrecht harmonisiert werden, ist dies auf internationaler Ebene anders, weil die Harmonisierung der Standards dem mühsamen Prozeß des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge unterworfen ist. Kompetenzen zur Sekundärrechtsetzung gibt es nur ansatzweise, z. B. im Rahmen der FAO und WHO (Codex Alimentarius Commission) und im Rahmen mancher Umweltübereinkommen. Andererseits hat die WTO, ähnlich wie früher die EU in der Cassis-Entscheidung des EuGH, einen kräftigen Schritt in Richtung regulatorische Konkurrenz gemacht, indem sie das Diskriminierungsverbot des Art. III GATT zu einem allgemeinen Verbot auch nicht-diskriminierender Produktregelungen (soweit sie nicht durch plausible Schutznormen gerechtfertigt sind) ausbaute¹⁸ und indem sie, klarer noch als dies bisher im EU-Recht ausgesprochen worden ist,

¹⁸ Durch das Abkommen über technische Handelsbarrieren von 1979, das Abkommen über sanitäre und

dem Importstaat eine Einflußchance auf die Produktionsstandards im Exportstaat versagte¹⁹.

527

Die Entwicklung zur regulatorischen Konkurrenz wird zwar durch die Dynamik des sich entnationalisierenden Kapitals gestützt, aber es ist zugleich *Recht*, das die Schleusen geöffnet hat. Dem eingrenzenden und umverteilenden Recht der Nationalstaaten ist auf höherer Ebene – zunächst der EU, dann der WTO – ein Schub freisetzenden Rechts übergestülpt worden. Bemerkenswerterweise geschah dies nicht nach breiter demokratischer Diskussion der beteiligten Völker, vielmehr waren die Parlamente allenfalls als Zustimmungsinstanzen post factum beteiligt, oder gar nicht, soweit nämlich unabhängige Organe der EU und WTO, nämlich der EuGH bzw. Panels und Appellate Bodies entschieden haben. Auf nationaler Ebene politisch mühsam erstrittene Schutznormen werden so auf höherer Ebene »unpolitisch« dereguliert. Zwar kann der Nationalstaat Schutznormen beibehalten oder neu erlassen, aber sein Spielraum wird stark beschränkt, denn er ist nun zur Rechtfertigung vor dem Prinzip des Freihandels gezwungen, er verliert seine Kompetenz, über Importregelungen die Produktionsbedingungen zu beeinflussen, und hat er gute Gründe zu vergleichsweise strenger Regulierung, riskiert er, daß das Kapital auswandert.

V. Auswege

Drei Wege aus dieser Situation sind in der Diskussion. Der eine ist der Weg zum *Weltstaat*, der in großem Umfang Kompetenzen zu harmonisierender Regelung im Hinblick auf Umweltschutz und Umverteilung erhält²⁰. Selbst wenn man dabei auf den Erfahrungen der EU aufbaut – Institutionalisierung als Rechtsgemeinschaft, Subsidiarität, Trennung von Grundsatznorm und technischer Regelung, Durchführungsrechtsetzung durch eine »Komitologie«, Koordinierung und Überwachung des Rechtsvollzugs –, erscheinen die Aufgaben doch so immens, daß diese Variante auf absehbare Zeit bestenfalls in einigen wenigen Sektoren effektiv werden kann. Zuviele Faktoren: Souveränitätsdenken, Organisierbarkeit, Legitimierbarkeit, Unterschiedlichkeit der Interessen und Kulturen wirken sich aus.

Eine andere Variante ist *Selbstregulierung*. Das Beispiel der lex mercatoria zeigt, daß das entnationalisierte Kapital sich sein eigenes Recht zu schaffen weiß. Allerdings ist solche Selbstregulierung bisher weitgehend auf das freisetzende Recht beschränkt. Grenzziehung und Umverteilung im öffentlichen Interesse ist ohne eine Eigenmotivation kaum zu erwarten. Deshalb richten sich entsprechende Initiativen von Seiten der gebündelten öffentlichen Interessen, insbesondere der für Menschenrechte und Umweltschutz eintretenden Verbände, weiterhin auf die Fortbildung von Völkerrecht zu weltstaatlichem Recht und eben nicht auf die Selbstregulierung²¹. Nur wo diese Interessenbündelungen sich ökonomischer Mechanismen bedienen können, stoßen sie Selbstregulierung an. Das entnationalisierte Kapital ist immerhin insoweit

phytosanitäre Maßnahmen von 1994 sowie die Streitschlichtungsjudikatur, zuletzt z. B. in der Entscheidung des Appellate Body in Sachen Hormone in Fleisch und Fleischprodukten, EuZW 1998, 157 ff.

19 Markstein auf diesem Weg ist die Panelentscheidung in Sachen Thunfischfang von Juni 1994, ILM 1994 S. 839 ff.

20 Zur Unausweichlichkeit einer solchen Entwicklung s. R. Knieper, Nationale Souveränität, 1991.

21 Dies mißversteht m. E. G. Teubner in seinem Beitrag »Global Pluralism in the World Society, in: ders. (Hrsg.), Global law without a state, Aldershot 1996, S. 3 ff. Der in dem Band enthaltene Beitrag von H. A. Bianchi, Globalization of human rights: the role of non-state actors, belegt, daß das klassische internationale Recht im Bereich Menschenrechte und Umweltschutz für die nationalen Öffentlichkeiten permeabel wird und zum weltstaatlichen Recht mutiert, aber nicht – jedenfalls nicht hinsichtlich Umweltrisiken –, daß es durch Selbstregulierung abgelöst wird.

verletzlich, als es sich nicht nur der Behinderung, sondern grundsätzlich auch der Protektion der Nationalstaaten entzogen hat. Es steht in staatlich nicht mehr unbedingt geschütztem Wettbewerb mit anderen um die Gunst des ebenso entnationalisierten und entgrenzten Konsums, der ständig gepflegt sein will und sich schon auf geringe Hinweise hin abwenden könnte. Dies ist der Grund – nicht Altruismus –, der multinationale Unternehmen wie Shell veranlaßt hat, die Plattform Brent Spar nicht zu versenken und bei der Ölförderung in Nigeria die Umwelt besser zu schonen. Gerade die weltweite Standardisierung der Produkte macht die Anbieter anfälliger für wechselhafte Kundenorientierungen. Ob ich bei Shell oder ESSO tanke, ist realiter vollkommen gleichgültig und deshalb stark vom Image abhängig. Daß dieses nicht angekratzt wird, treibt die Anbieter um, nicht so sehr der staatliche Eingriff oder gar das soziale und ökologische Bewußtsein des Leitungspersonals. Aber in Beziehung auf Umwelt- und Sozialrisiken ist auf den Konsum kaum dauerhaft Verlaß. Er läßt sich zu spontan ein, reagiert nur auf eklatante Fälle, ist leicht manipulierbar und sehr schnell vergeßlich. Deshalb ist noch eine dritte Lösung anzusprechen. Sie besteht in einer weltweiten *Regionalisierung* der Märkte und politischen Organisation. Sie ist bereits kräftig im Gang, in Europa, Amerika, Asien, weniger bisher in Afrika und den GUS-Staaten. Die Sozial- und Umweltmodelle dieser Blöcke werden unterschiedlich ausgebildet sein, und es wird darauf ankommen, den Austausch zwischen ihnen so zu organisieren, daß die Standards nicht nach unten nivelliert werden. Dies kann dadurch geschehen, daß die Öffnung der Märkte nicht als erster Schritt vollzogen (oder, da er bereits vollzogen ist, interpretiert) wird, sondern als eine Konzession, die im Tausch gegen Anforderungen an Produkte und Produktion gewährt wird²². Dann erscheinen Umwelt- und Sozialstandards nicht als Beschränkungen des freien Marktes, sondern als Primärziele, an denen sich der freie Markt bewähren muß. Das Recht, das dieses zu organisieren versteht, wäre weder freisetzendes noch eingrenzendes, sondern Nachhaltigkeit gestaltendes Recht, es wäre nicht nur Instrument, sondern zugleich Zweck in sich.

²² Näher dazu hinsichtlich der Umweltpolitik G. Winter, Das Umweltrecht der Europäischen Union unter dem Druck der globalen Konkurrenz, in: N. Reich, R. Heine-Mernik (Hrsg.), Umweltverfassung und nachhaltige Entwicklung in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997, S. 33 f., und hinsichtlich der Sozialpolitik W. Däubler, Sozialstandards im internationalen Wirtschaftsrecht, FS Trinkner, Heidelberg 1995, S. 475 ff.