

Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen?

Zur Verknüpfung „privater“ und „staatlicher“ Corporate Codes of Conduct

GUNTHER TEUBNER

I. Corporate Codes als Keimzellen transnationaler Unternehmensverfassungen?

Transnationale Unternehmen waren in den letzten Jahren in eine Reihe von Skandalen involviert, welche die Weltöffentlichkeit erschütterten. Ökologische Katastrophen wie Exxon Valdez, Shell in Nigeria, inhumane Arbeitsbedingungen, Kinderarbeit, die Verfolgung von gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern, die desaströse Preispolitik der Pharma-Unternehmen in der Aids-Krise in Südafrika, 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. Zugleich haben sie eine Fülle von politischen Initiativen zu ihrer Regulierung durch zwingende Rechtsnormen ausgelöst.¹ Doch der massive Widerstand transnationaler Unternehmen gegen nationalstaatliche und überstaatliche Regulierungen ebenso wie die Schwierigkeiten, über langwierige internationale Staatenvereinbarungen effektive Regulierungen zustande zu bringen, ließen viele der Initiativen scheitern.² Bemerkenswert ist jedoch ein Resultat dieses Scheiterns. Statt der angestrebten verbindlichen staatlichen Regulierungen breitete sich geradezu massenhaft eine andersartige Spezies von transnationalen Normierungen auf dem Globus aus – Corporate Codes of Conduct, „freiwillige“ Verhaltenscodices für transnationale Unternehmen.³

¹ Zum Zusammenhang von Skandalen und Regulierungsinitiativen *Walter Mattli und Ngaire Woods* (2009) „In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics“, in *Walter Mattli und Ngaire Woods* (Hrsg.) *The Politics of Global Regulation*, Princeton: Princeton University Press, 1–43.

² Zum Scheitern der Regulierungsversuche der UN *John Gerard Ruggie* (2007) „Business and Human Rights: The Evolving International Agenda“, 101 *American Journal of International Law*, 819–840.

³ Grundsätzlich zur Transnationalisierung der Unternehmensverfassung *Klaus Hopt* (2005) „Globalisierung der Corporate Governance“, in *Karl Hohmann, Peter Koslowski und*

Diese gibt es heute in vielfältigen Formen, vorherrschend sind jedoch zwei Grundvarianten. Auf der einen Seite formuliert die Staatenwelt – durch völkerrechtliche Vereinbarungen oder durch Normen internationaler Organisationen – Verhaltenscodizes für transnationale Unternehmen (kurz und ungenau: „staatliche“ Codes), in denen sie transnationalen Unternehmen allgemeine Leitlinien für Arbeitsbedingungen, Produktqualität, Umweltschutz, Verbraucherschutz und Menschenrechte empfiehlt. Hier sind besonders der UN Draft Code on Transnational Corporations, die UN Draft Norms on Business and Human Rights, die OECD Guidelines for Multinational Enterprises und die ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy zu nennen.⁴ 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 (NGOs) zahlreiche transnationale Unternehmen dazu, dass sie selbst „freiwillig“ Corporate Codes normieren, in denen sie öffentlichkeitswirksame Selbstverpflichtungserklärungen in den genannten Problembereichen abgeben und ihre interne Durchsetzung versprechen (wieder kurz und ungenau: „private“ Codes).⁵

Wie die Wirkungen dieser zwei Arten von Corporate Codes in den Bereichen Arbeit, Produkte, Umwelt und Menschenrechte einzuschätzen sind, bleibt ambivalent. In vielen Fällen bleiben die „staatlichen“ Corporate Codes folgenlose Empfehlungen. Und die Selbstverpflichtungen in den „privaten“ Codes sind häufig nur strategische Versuche, staatlicher Regulierung durch unverbindliche Absichtserklärungen zuvorzukommen, oder bloße Public-relations-Strategien ohne effektive Verhaltensänderung.⁶ Das war zu erwar-

Christoph Lütge (Hrsg.) *Wirtschaftsethik der Globalisierung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 81–102. Zur Entwicklung in Deutschland: *ders.* (2005) „Corporate Governance in Germany – Recent Developments in German Company Law and the Corporate Governance Code“, in *Michael Stathopoulos, Kostas Beys, Philippos Doris und Ioannis Karakostas* (Hrsg.) *Festschrift für Apostolos Georgiades*, München: Beck, 657–669.

⁴ Dazu im Detail *Sean D. Murphy* (2005) „Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level“, 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 389–431.

⁵ Dazu im Detail *Kenneth Abbott und Duncan Snidal* (2009) „Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit“, 42 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 501–571.

⁶ Zur Kritik der Corporate Codes *Tim Bartley* (2007) „Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions“, 113 *American Journal of Sociology*, 297–351, 327 f.; *Deborah Doane* (2005) „The Myth of CSR: The Problem with Assuming that Companies can Do Well While also Doing Good Is that Markets Really Don’t Work that Way“, *Stanford Social Innovation Review*, abrufbar unter: http://www.ssireview.org/articles/entry/the_myth_of_csr/; *Harry Arthurs* (2002) „Private Ordering and Workers’ Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation“, in *Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl und Karl Klare* (Hrsg.) *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Oxford: Oxford University Press, 471–488.

ten und regt heute niemanden mehr auf. Man registriert: Bloß symbolische Rechtssetzung gibt es jetzt also auch in der Welt des private ordering.⁷

Aufhorchen aber lassen empirische Studien, die in einigen Fällen nachweisen, dass die Codes reale Veränderungen herbeiführten, also die Arbeitsbedingungen verbesserten, den Umweltschutz steigerten und menschenrechtliche Standards durchsetzten.⁸ Aufhorchen lässt besonders, dass die Studien nicht nur die Erfolge dokumentieren, sondern soziale und rechtliche Bedingungen angeben, die erfüllt sein müssen, wenn die Codes erfolgreich sein sollen.⁹ Permanentes Monitoring durch NGOs oder bindende Verträge mit zivilgesellschaftlichen Zertifizierungsorganisationen dürften zu den wichtigsten Erfolgsbedingungen gehören.¹⁰

Was ist das Besondere an der Verflechtung privater und staatlicher Corporate Codes? Meine These ist: In diesem Zusammenspiel verwirklichen sich nicht nur Tendenzen einer Juridifizierung, sondern einer Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen. Die Corporate Codes bilden die Anfänge spezifisch transnationaler Unternehmensverfassungen – verstanden als Verfassungen im strengen Sinne. Wie andernorts näher ausgeführt liegt dem ein Verfassungsbegriff zugrunde, der sich nicht auf Fundamentalnormen des Nationalstaates beschränkt, sondern der voraussetzt, dass unter bestimmten historischen Bedingungen auch nicht-staatliche gesellschaftliche Ordnungen autonome Konstitutionalisierungsprozesse entwickeln.¹¹ Die weitergehende

⁷ Dass auch das wegen seiner Effizienz vielgepriesene private ordering am regulatorischen Trilemma leidet, zeigt *Gralf-Peter Calliess* (2009) „Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?“, in *Gralf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch und Peer Zumbansen* (Hrsg.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin De Gruyter, 465–479, 475 ff.

⁸ Vor allem *Martin Herberg* (2007) *Globalisierung und private Selbstregulierung: Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, Frankfurt: Campus; siehe auch die empirischen Beiträge in *Olaf Dilling, Martin Herberg und Gerd Winter* (Hrsg.) (2008) *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford: Hart.

⁹ *Richard Locke, Fei Quin und Alberto Brause* (2006) „Does Monitoring Improve Labour Standards? Lessons from Nike“, Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper 24. John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 37 f. geben als Bedingungen an: Unternehmensgröße, Häufigkeit der Qualitätskontrollen der Zentrale, Ausweitung des Codes auf Zulieferer und Vertrieb, Einflussstärke nationaler Rechtsinstitutionen.

¹⁰ Aber auch hier muss differenziert werden: *Annegret Flohr, Lothar Riethe, Sandra Schwindenhammer und Klaus Dieter Wolf* (2009) *The Role of Business in Global Governance. Corporations as Norm-entrepreneurs*, Basingstoke: Palgrave; *Michael A. Santoro* (2003) „Beyond Codes of Conduct and Monitoring: An Organizational Integrity Approach to Global Labour Practices“, 25 *Human Rights Quarterly*, 407–424.

¹¹ Zum Konzept des „societal constitutionalism“ in sozialtheoretischer Sicht: *David Sciulli* (1992) *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 21 ff.; *ders.* (2001) *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York: New York University Press, 131 ff.; *Gunther Teubner*

Annahme ist, dass sich im Prozess der Globalisierung die Positivierung von konstitutionellen Normen vom politischen System auf unterschiedliche gesellschaftliche Sektoren verlagert, die parallel zu politischen Verfassungsnormen zivilgesellschaftliche Verfassungsnormen erzeugen.¹²

Ich suche die These mit den folgenden Argumenten zu begründen, die zeigen sollen, dass die Corporate Codes Funktionen, Strukturen und Institutionen genuiner Verfassungen aufweisen:

1. Sofern die „staatlichen“ und „privaten“ Corporate Codes fundamentale Prinzipien einer Sozialordnung verrechtlichen und zugleich Regeln zu ihrer Selbstlimitierung aufstellen, erfüllen sie zentrale Verfassungsfunktionen.
2. In den Merkmalen doppelter Reflexivität und binärer Meta-Codierung bilden die Codes genuine Verfassungsstrukturen aus.
3. Als Verfassungsinstitutionen bilden die beiden Codes keine Hierarchie von staatlichem Verfassungsrecht und privatem Organisationsverfassungsrecht, sondern eine ultrazyklische Verknüpfung qualitativ unterschiedlicher Netzwerke konstitutioneller Normen.

II. Verfassungsfunktionen: Konstitutive und limitative Regeln

Die Corporate Codes nehmen an zwei gegenläufigen Konstitutionalisierungsschüben der Weltmärkte teil. In einer Weiterentwicklung von *Karl Polanyis* Ideen zur Transformation der Moderne kann man geradezu von einer Doppelbewegung eines transnationalen Konstitutionalismus sprechen.¹³ Auch in der unternehmensverfassungsrechtlichen Entwicklung wird die Expansion rein ökonomischer Orientierungen von Gegenbewegungen begleitet, die den „Schutzmantel der kulturspezifischen Institutionen“ rekonstruieren.

1. Konstituierung von Unternehmensautonomie

Den ersten Schub identifizieren neo-materialistische Kritiker eines „Neuen Konstitutionalismus“ ebenso wie ordoliberalen Verfechter einer Weltwirtschafts-

(2003) „Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie“, 63 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1–28.

¹² Zum transnationalen Konstitutionalismus *Neil Walker* (2002) „The Idea of Constitutional Pluralism“, 65 *Modern Law Review*, 317–359, 317 ff.; *Christian Walter* (2001) „Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law“, 44 *German Yearbook of International Law*, 170–201, 170 ff.; *Andreas Fischer-Lescano* (2005) *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück, 247 ff.

¹³ *Karl Polanyi* (1995 [1944]) *The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Frankfurt: Suhrkamp, 182 ff.

verfassung, natürlich mit diametral entgegengesetzten Bewertungen.¹⁴ Im Washington Consensus der letzten dreißig Jahre wurde dieser erste Konstitutionalisierungsschub der Weltmärkte politisch vorangetrieben. Er löste nicht nur einzelne politische Regulierungen aus, sondern die Normierung wirtschaftsverfassungsrechtlicher Prinzipien. Diese zielten darauf ab, global agierenden Unternehmen unbeschränkte Handlungsspielräume zu verschaffen, also Regierungsbeteiligungen an Unternehmen abzuschaffen, den Handelsprotektionismus zu bekämpfen und Wirtschaftsunternehmen von politischen Regulierungen zu befreien. So bildeten der Internationale Währungsfonds und die Weltbank Regimeverfassungen aus, deren Leitprinzip es ist, 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 Cono Sur (MERCOSUR) oder die Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) zielen auf eine konstitutionelle Absicherung der Freiheit des Welthandels und der Förderung von Direktinvestitionen. Die *lex mercatoria* hat oberhalb ihrer vertragsrechtlichen Normen eine Schicht von konstitutionellen Normen herausgebildet, die Eigentum, Vertragsfreiheit, Wettbewerb und Menschenrechte als transnational public policy weltweit positivieren. Internationale Standardisierungsorganisationen zielen darauf, nationale Standards dadurch weltweit zu vereinheitlichen, dass sie öffentlichrechtliche und private Rechtssetzung miteinander verbinden. Und integraler Bestandteil dieser Konstitutionalisierungstendenzen der globalen Ökonomie ist die corporate governance multinationaler Unternehmen, deren Prinzipien hohe Unternehmensautonomie, Kapitalmarktorientierung gesellschaftsrechtlicher Normen und die Etablierung des shareholder values sind.

Diese „neo-liberale“ Konstitutionalisierungswelle ist durch ihre konstitutive Funktion gekennzeichnet, also die Ausrichtung darauf, transnationalen Unternehmen hohe Autonomie zu verschaffen.¹⁵ Sie ist auf das Problem fixiert, dass der weltweiten Ausbreitung von Unternehmensaktivitäten die segmentäre Binnendifferenzierung der Welt in nationalstaatliche Einheiten im Wege steht. Verantwortlich dafür gemacht werden in erster Linie die Politik und das Recht der Nationalstaaten, deren „Produktionsregimes“ die Unternehmensregulierung auf den nationalen Rahmen beschränken.¹⁶ Der

¹⁴ Zum Neuen Konstitutionalismus *David Schneiderman* (2008) *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge: Cambridge University Press, 23 ff. Zur ordoliberalen Weltwirtschaftsverfassung *Peter Behrens* (2000) „Weltwirtschaftsverfassung“, 19 *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 5–27.

¹⁵ Zur neuen Unternehmensverfassung der global corporate governance *Larry Catá Backer* (2006) „The Autonomous Global Enterprise: On the Role of Organizational Law Beyond Asset Partitioning and Legal Personality“, 41 *Tulane Law Journal*, 101–131.

¹⁶ Zu unterschiedlichen Produktionsregimes als stabile Konfigurationen von Wirtschaft, Politik und Recht *Peter A. Hall und David Soskice* (Hrsg.) (2005) *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford: Oxford University Press.

Abbau solcher nationalstaatlicher Produktionsregimes ist vorrangiges Ziel. Die neu entstehenden globalen Unternehmensverfassungen zielen damit 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. Konstitutive Verfassungsnormen dieser Art dienen dazu, die Eigendynamik der Wirtschaftsunternehmen auf der globalen Ebene freizusetzen.

2. *Erzwungene Selbstbeschränkungen*

Auf die Dauer aber ist es nicht durchzuhalten, dass ein gesellschaftlicher Konstitutionalismus sich dermaßen einseitig „neo-liberal“ auf seine konstitutive Funktion beschränkt. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis die freigesetzten systemischen Energien neben ihren positiven Effekten solch negative Folgen auslösen, dass die hier auftretenden gesellschaftlichen Konflikte eine drastische Korrektur der globalen Konstitutionalisierung erzwingen. Denn der politisch durchgesetzte Wegfall nationaler Produktionsregimes hat zur Folge, dass in den globalen Funktionssystemen destruktive Dynamiken freigesetzt werden, in denen die einseitige Funktionsmaximierung eines gesellschaftlichen Sektors mit anderen gesellschaftlichen Dynamiken kollidiert.¹⁷ Die globalisierten Märkte und Unternehmen belasten nun, ohne durch nationalstaatliche Gegenprogramme ernsthaft behindert zu werden, sich selbst, die Gesellschaft und die Umwelt mit gravierenden „Folgeproblemen ihrer eigenen Ausdifferenzierung, Spezialisierung und Hochleistungsorientierung“.¹⁸ In solchen Prozessen eines „dynamischen Ungleichgewichts“ zwischen den gegenläufigen Entwicklungen von Autonomisierung und Limitierung der Eigendynamik von Teilsystemen ist dann der Umschlagpunkt erreicht. Jetzt ist eine Neuorientierung der Verfassungspolitik, mit der horizontale Freiheitsgefährdungen zu verhindern sind, unerlässlich.¹⁹ Im zweiten Konstitutionalisierungsschub ist statt der konstitutiven jetzt die limitative Funktion von Verfassungsnormen gefragt. Corporate Codes nehmen an dieser zweiten Konstitutionalisierungswelle teil, sofern sie Beschränkungen der Unternehmensaktivitäten im Namen einer öffentlichen Verantwortung der

¹⁷ Zu diesen Zusammenhängen empirisch und theoretisch vorzüglich *Wolfgang Streeck* (2009) *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford: Oxford University Press.

¹⁸ *Niklas Luhmann* (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 802.

¹⁹ *Ino Augsberg, Tobias Gostomzyk und Lars VIELLECHNER* (2009) *Denken in Netzwerken: Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie* Karl-Heinz Ladeurs, Tübingen: Mohr & Siebeck, 82 ff.; *Karl-Heinz Ladeur und Lars VIELLECHNER* (2008) „Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes“, 46 *Archiv des Völkerrechts*, 42–73.

Unternehmen normieren. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit den Mitteln des private ordering und staatlicher Verhaltensempfehlungen den Primat des shareholder values zugunsten einer stakeholder-Orientierung zu brechen und die limitativen Funktionen der Unternehmensverfassung in den Bereichen Arbeit, Produktqualität, Umwelt und Menschenrechte zu verwirklichen suchen.²⁰

III. Verfassungsstrukturen: Doppelte Reflexivität und binäre Meta-Codierung

Die transnationalen Corporate Codes erfüllen Verfassungsfunktionen im doppelten Sinne: Sie setzen konstitutive Regeln für die Autonomie transnationaler Unternehmen und – heute verstärkt – limitative Regeln gegen deren sozialschädliche Tendenzen. Bilden sie aber auch Verfassungsstrukturen im engeren Sinne aus? Dies bestreiten Verfassungsrechtler, die genuine Verfassungssphänomene nur im Nationalstaat anerkennen und entsprechend einem transnationalen und erst recht einem gesellschaftlichen Konstitutionalismus mit Skepsis begegnen.²¹ Was unter dem Titel Konstitutionalisierung in öffentlichen oder in privaten Ordnungen der Globalität laufe, sei nur eine teils völkerrechtliche teils privatautonome Juridifizierung gesellschaftlicher Bereiche, nicht aber eine Bildung von Verfassungen. Dem wird hier entgegengehalten: Als eigenständige Verfassungen sind die Corporate Codes dann zu kennzeichnen, wenn sie die verfassungstypischen Merkmale doppelter Reflexivität und binärer Meta-Codierung herausbilden.

1. Strukturelle Kopplung reflexiver Mechanismen

In der Tat würden die Codes keine Unternehmensverfassung begründen, wenn sie nur primäre Normen setzten, die Verhalten der Unternehmen in den Bereichen Arbeit, Umwelt und Menschenrechte regeln. Ebenso wäre es bloße Juridifizierung, wenn sie nur konfliktlösende Normen in unternehmensinternen Streitigkeiten produzierten oder nur regulative Normen zum

²⁰ Zur limitativen Verfassungsfunktion der Corporate Codes: *Abott und Snidal* (Fn. 5); *Peer Zumbansen* (2007) "Varieties of Capitalism and the Learning Firm: Corporate Governance and Labor in the Context of Contemporary Developments in European and German Company Law", 3 CLPE Law Research Institute Research Paper Series, 1–40; *Sol Picciotto* (2003) "Rights, Responsibilities and Regulation of International Business", 42 *Columbia Journal of Transnational Law*, 131–152, 139.

²¹ *Dieter Grimm* (2009) „Gesellschaftlicher Konstitutionalismus: Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?“, in *Matthias Herdegen, Hans Hugo Klein, Hans-Jürgen Papier und Rupert Scholz* (Hrsg.) *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, München: 67–81.

Erreichen unternehmenspolitischer Ziele. Kritisch wird es erst, wenn sie sekundären Normen vorschreiben, welche die Identifizierung, Setzung, Änderung, Kompetenz zum Erlass und zur Delegation von primären Normen betreffen.²² Die Corporate Codes weisen typisch eine Normenhierarchie von drei verschiedenen Ebenen auf, in der sich in der Tat das Zusammenspiel von primären und sekundären Normen beobachten lässt. Die obere Ebene enthält die Prinzipien der Unternehmensverfassung, die mittlere Ebene normiert Durchsetzung und Überwachung, die untere Ebene enthält die konkreten Verhaltensanweisungen.²³ Auf der oberen und mittleren Ebenen der Corporate Codes finden sich eine Fülle solcher sekundären Normen. Diese geraten in die Nähe von konstitutionellen Normen im strengen Sinne, da sie als höherrangige Meta-Normen eine Reflexivität des unternehmensinternen Rechts herstellen. Aber sekundäre Normen als solche machen noch keine Verfassung.

Erst der Doppelcharakter der Corporate Codes, der hier als *doppelte Reflexivität von Rechtsnormen und Sozialstrukturen* gekennzeichnet wird, verwandelt ihre sekundäre Normen in konstitutionelle Normen. Wenn das Recht über seine verhaltenssteuernde, streitschlichtende, regulierende und rahmensetzende Funktion hinaus eine tragende Rolle bei der Selbstkonstituierung einer Sozialordnung übernimmt, erzeugt es Verfassungsrecht. Eine Unternehmensverfassung im strengen Sinne entsteht nur dann, wenn eine strukturelle Kopplung besonderer Art zwischen Unternehmensorganisation und Recht zustande kommt.²⁴ Ausreichend ist noch nicht die Kopplung über primäre Normen, entscheidend ist die strukturelle Kopplung zweier reflexiver Prozesse. Transnationale Unternehmensverfassungen verkoppeln strukturell reflexive Prozesse in der Wirtschaftsorganisation mit reflexiven Rechtsprozessen, mit anderen Worten: sie verknüpfen fundamentale Rationalitätsprinzipien der Organisation mit sekundären Rechtsnormierungen.²⁵

Eine autonome, nicht-staatliche, nicht-politische, also im eigentlichen Sinne zivilgesellschaftliche Konstitutionalisierung findet in den Codes der transnationalen Unternehmen statt, weil sie reflexive Sozialprozesse, die das Ver-

²² Primäre und sekundäre Normen im Sinne von *Herbert L. A. Hart* (1961) *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 77 ff.

²³ *Herberg* (Fn. 8).

²⁴ Dies ist eine Generalisierung und Respezifizierung des systemtheoretischen Konzepts der politischen Verfassung, wie sie Luhmann entwickelt hat, *Niklas Luhmann* (1990) „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, 9 *Rechtshistorisches Journal*, 176–220.

²⁵ Näher zur Autokonstitutionalisierung privater Regimes *Teubner* (Fn. 11); *Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner* (2006) *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt: Suhrkamp, 53 ff. mit weiteren Nachweisen. Doppelte Reflexivität wird inzwischen auch als Kriterium für die laufende Konstitutionalisierung des global administrative law benutzt, *Kuo Ming-Sung* (2009) “Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism”, 10 *San Diego International Law Journal* 439–467.

hältnis der Unternehmen zu ihren Umwelten betreffen, dadurch juridifizieren, dass sie mit ihrerseits reflexiven Rechtsprozessen, also Normierungen der Normierungen verknüpft werden. Unter dieser Bedingung macht es Sinn, von Elementen einer genuinen Verfassung in den Corporate Codes transnationaler Unternehmen zu reden. Gemäß ihrer Funktion der autonomen Verrechtlichung von globalen Wirtschaftsorganisationen weisen die Codes dann auch die typischen Bestandteile einer Verfassung auf: Bestimmungen über die Einrichtung und Ausübung der organisatorischen Entscheidungsprozesse (Organisations- und Verfahrensregeln der Unternehmung) und Normierung der Systemgrenzen über individuelle Freiheiten und über gesellschaftliche Autonomien (Grundrechte von Individuen und Institutionen gegenüber dem Unternehmen).

Auf diese Bedingungen sind besonders die Normen der oberen Ebene der Corporate Codes ausgerichtet. Sie betreffen die fundamentalen Entscheidungsprozesse der transnationalen Unternehmen, die sich mit dem Verhältnis der Organisation zu ihren menschlichen und natürlichen Umwelten befassen, also insbesondere das Verhältnis zu den Arbeitnehmern, deren fundamentale Rechte von der Organisation respektiert werden. Die „Leitlinien“ auf der oberen Normenebene sind in der Tat genuine Verfassungsnormen der transnationalen Unternehmen. Ihrer Struktur nach sind sie nicht einfache Verhaltensnormen wie die Regeln und Standards auf der unteren Ebene, auch nicht nur sekundäre Verfahrensnormen wie die Regeln der mittleren Ebene, sondern explizit höherrangige Normen der Unternehmensverfassung, die als allgemeine Prinzipien formuliert sind und die einerseits als Startpunkte der unternehmensinternen Normgenerierung, andererseits als Maßstäbe der internen und externen Normenkontrolle dienen. Dieser reflexive Prozess erfordert gewisse institutionelle Vorkehrungen, besonders die Herausbildung von Verfahrensrollen, die für die Setzung, Modifizierung, Interpretation und Implementation der primären Normierungen zuständig sind. Es ist also besonders die Herausbildung der mittleren Unternehmensebene der internen Kontroll- und Implementationsorgane, die zwischen den abstrakten Unternehmensgrundsätzen und den konkreten Unternehmensentscheidungen vermittelt.²⁶ Die privaten Codes schaffen damit nicht nur autonomes Recht als private ordering, sie konstituieren zugleich eigenständig ihre konstitutionellen Grundlagen, ohne dass sie auf die normative Ermächtigung durch die staatlichen Codes angewiesen sind – sie bilden buchstäblich *Verfassungen ohne Staat*.

Mit einem gewissen Erstaunen registriert entsprechend der Verfassungsrechtler *Gerd Winter* die Ergebnisse eines von ihm geleiteten empirischen Forschungsprojekts über transnationale Corporate Codes:

²⁶ *Herberg* (Fn. 8).

“In some respects, the quasi-legal orders of world society themselves show constitutional characteristics. In addition to different social and ecological standards and to existing mechanisms of control and implementation, superior norms develop that define where the decision making power should be located, how violations should be handled, and how third parties should be included. By analogy to state constitutions, private regulations embody mechanisms of self-restraint to reduce intrusions on other actors and other domains. Is world society thus about to develop functional equivalents to the classical constitutional state, and will the latter gradually become marginal?”²⁷

2. Binäre Meta-Codierung der Unternehmensverfassung

Um der inneren Struktur solcher doppelten Reflexivität auf die Spur zu kommen, wird man an dieser Stelle über das bisherige Verständnis von Verfassungen als strukturellen Kopplungen von Recht und Sozialsystem noch hinausgehen müssen. Denn der Endpunkt einer solchen Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen ist dann erreicht, wenn sich eine eigenständige *binäre Meta-Codierung* herausbildet und wenn sich unternehmensinterne Prozesse explizit daran orientieren. Diese Meta-Codierung oszilliert zwischen den auf die Verfassung des Unternehmens bezogenen Werten „code-gerecht“/„code-widrig“.²⁸ Um eine Meta-Codierung handelt es sich deshalb, weil ein solcher Verfassungscode die bereits bestehende binäre Codierung der unternehmensinternen Rechtsnormen der zusätzlichen Prüfung, ob sie den unternehmensverfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen, unterwirft. Hier entsteht also die für alle Verfassungen – für politische Staatsverfassungen, für Sozialverfassungen oder Organisationsverfassungen – typische Hierarchie zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht. Dem Rechtscode (rechtmäßig/rechtswidrig) wird der Verfassungscode (verfassungsmäßig/verfassungswidrig) übergeordnet. Der Witz der Meta-Codierung aber liegt nun darin, dass sie nicht nur dem Rechtscode übergeordnet ist, sondern zugleich dem Wirtschaftscodex, dass sie also alle ökonomisch binär codierten Operationen der Unternehmung der Reflexion aussetzt, ob sie den Grund-

²⁷ Olaf Dilling, Martin Herberg und Gerd Winter (2008) “Introduction: Private Accountability in a Globalising World”, in Olaf Dilling, Martin Herberg und Gerd Winter (Hrsg.) Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions, Oxford: Hart, 1–14, 8.

²⁸ Eine terminologische Verwirrung ist an dieser Stelle beinahe unvermeidlich. „Code“ hat zwei unterschiedliche Bedeutungen. Die eine geht auf Codex und Kodifizierung zurück und erzeugt „Corporate Code of Conduct“, „Verhaltenskodex“ etc. Die andere ist binäre Codierung, also die Ausrichtung eines Handlungssystems auf eine „distinction directrice“, etwa Recht/Unrecht, moralisch/unmoralisch etc. In den corporate codes fließen beide Bedeutungen zusammen, müssen aber analytisch auseinandergehalten werden.

sätzen einer öffentlichen Verantwortung der Unternehmung entsprechen oder nicht.

Diese Meta-Codierung ist also ein Hybrid. Sie dient als fiktive Einheitsformel für zwei ganz unterschiedliche Verfassungskontrollen in der Unternehmung. Sie ist einerseits den rechtlichen, andererseits den ökonomischen Codierungen hierarchisch übergeordnet. Daher nimmt sie unterschiedliche Bedeutungen an, je nachdem, ob sie den ökonomischen Code oder den Rechtscode kontrolliert. In den wirtschaftlichen Zusammenhängen dient sie der Reflexion der gesellschaftlichen Verantwortung des Unternehmens und sucht nach Strategien für umweltverträgliches wirtschaftliches Handeln. Im Zusammenhang des unternehmensinternen Rechts führt sie die Trennung von einfachem Recht und Verfassungsrecht ein und kontrolliert einfache Rechtsakte daraufhin, ob sie den im Unternehmensverfassungsrecht festgelegten Werten und Prinzipien entspricht.

Obwohl der Verfassungscode sich vordergründig als Einheitsformel präsentiert, ist er je nach Handlungszusammenhang entweder wirtschaftlicher Meta-Code oder rechtlicher Meta-Code. Das hängt damit zusammen, dass die Unternehmensverfassung als strukturelle Kopplung zweier wechselseitig geschlossener Sozialsysteme, Ökonomie und Recht im Unternehmen, selbst kein einheitliches Sozialsystem bildet. Beide Systeme verschmelzen nicht in der Unternehmensverfassung, sondern bleiben ihrem jeweiligen Operationszusammenhang verhaftet. Das ist der Grund dafür, dass die Differenz codegerecht/code-widrig nur eine gemeinsame Dachformel für je unterschiedliche Sinnoperationen ist, die je nach Kontext unterschiedliche Bedeutungen annehmen. Die Meta-Codierung veranlasst den re-entry von Grundprinzipien der Wirtschaftsorganisation in das Recht als Verfassungsprinzipien und umgekehrt den re-entry von Recht in die Unternehmensorganisation.²⁹

IV. Verfassungsinstitutionen: Ultrazyklische Verknüpfung privater und staatlicher Corporate Codes

Lassen sich in dieser Weise Verfassungsfunktionen und -strukturen aufweisen, so bereitet es doch beträchtliche Schwierigkeiten, die institutionelle Struktur der Corporate Codes theoretisch genauer zu erfassen. Manche

²⁹ Dieser Zusammenhang von struktureller Kopplung und hybrider Meta-Codierung lässt sich deutlicher noch in den entwickelten politischen Verfassungen der Moderne beobachten. Auch dort wirkt die Differenz verfassungsmäßig/verfassungswidrig als binärer Metacode zweier ihrerseits binär codierter Systeme, des Rechts und der Politik, ohne dass aber über den Metacode die Verfassung zu einem einzigen System verschmelzen würde. Solche Meta-Codierungen tauchen (implizit oder explizit) dann auch im gesellschaftlichen Konstitutionalismus in den strukturellen Kopplungen des Rechts mit verschiedenen Sozialsystemen auf.

Autoren beschreiben sie als die „*new sovereignty*“ transnationaler Unternehmen und betonen damit deren uneingeschränkte Selbstregulierung.³⁰ Dies wird jedoch der eigentümlichen Verknüpfung der privaten Codes mit den öffentlichen Codes der Staatenwelt und den vielfältigen normativen Abhängigkeiten mit den Unternehmensumwelten nicht gerecht. Denn die heute relevanten Corporate Codes entstehen aus der konflikthafter Interaktion dreier Akteursgruppen – überstaatliche Institutionen, zivilgesellschaftliche Gruppen und transnationale Unternehmen – deren Beziehung zueinander aber ungeklärt ist.³¹

1. *Inversion nationalstaatlicher Hierarchien*

Diese Beziehung versuchen andere Autoren als „*governance triangles*“ zu modellieren.³² Dies aber ist ebenso wenig geeignet, die gesellschaftliche Einbettung der Codes zu erfassen. Das Modell suggeriert fälschlich, dass hier ein transnationales Äquivalent des staatlich organisierten neo-korporatistischen Dreiecks der europäischen Sozialstaaten entsteht. Dann erscheinen die Corporate Codes nur noch als globale Varianten der nationalstaatlichen Unternehmensverfassungen – Staatsbeteiligungen, Aufsichtsratmitbestimmung, betriebliche Mitbestimmung, Tarifautonomie – die aus der organisierten Kooperation von Staat, Kapital und Arbeit hervorgegangen sind.³³ Gegenüber den Unternehmensverfassungen der Nationalstaaten ist man hier jedoch mit einer ganz andersartigen Konstellation konfrontiert.

Auch das Modell der „*multi-level-governance*“ ist für das eigenartige Zusammenspiel der beiden transnationalen Code-Typen wenig passend.³⁴ Zwar lassen sich nationalstaatliche Unternehmensverfassungen durchaus als ein Mehrebenen-Arrangement von staatlichen Verfassungsnormen, gesetzlichen und richterrechtlichen Regeln und organisationsinternem private

³⁰ Diese Kennzeichnung dient dann auch gleich der Kritik, dass „self-policing“ nicht funktionieren kann, z.B. *Mahmood Monshipouri, Claude E. Jr. Welch und Evan T. Kennedy* (2003) „Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities“, 25 *Human Rights Quarterly*, 965–989, 989.

³¹ Die Trilateralität betont *Adelle Blackett* (2004) „Codes of Corporate Conduct and the Labour Regulatory State in Developing Countries“, in *John J. Kirton und Michael J. Trebilcock* (Hrsg.) *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot: Ashgate, 121–133, 129.

³² So *Abbott und Snidal* (Fn. 5), 512 ff.

³³ Zu dieser Parallele *Tonia Novitz und Phil Syrpis* (2006) „Assessing Legitimate Structures for the Making of Transnational Labour Law: The Durability of Corporatism“, 35 *Industrial Law Journal*, 367–394.

³⁴ Dazu *Sol Picciotto* (2008) „Constitutionalizing Multilevel Governance?“, 6 *International Journal of Constitutional Law*, 457–479; *Ian Bache und Matthew Flinders* (2004) „Themes and Issues in Multilevel Governance“, in *Ian Bache und Matthew Flinders* (Hrsg.) *Multi-level Governance*, Oxford: Oxford University Press, 1–14.

ordering verstehen. Auch bietet es ein angemessenes Modell für die neuartigen Formen des Regierens, die in der Europäischen Union und in der Welt-handelsorganisation entstehen. Aber seine Übertragung auf die globalen Unternehmensverfassungen ist verfehlt. Außer der nur formalen Ähnlichkeit, dass Rechtsregeln auf verschiedenen staatlichen und privaten Ebenen erlassen werden, weisen die Corporate Codes gerade nicht die Merkmale auf, die für „Multi-level-governance“ typisch sind. Weder sind die staatlichen Codes den privaten in einer Normenhierarchie übergeordnet, noch existieren hier quasi-föderale Beziehungen. Die andersartigen Bedingungen des Transnationalen ebenso wie die Resultate der ersten Konstitutionalisierungswelle, insbesondere die hochgetriebene Autonomie der transnationalen Unternehmen, haben gegenüber den nationalstaatlichen Unternehmensverfassungen die Beziehungen zwischen staatlichen und privaten Kollektivakteuren fundamental verändert. In den drastischen Worten eines Beobachters:

“Contract replaces law; networks of relationships replace a political community; interest replaces territory; the regulated becomes the regulator.”³⁵

In den nationalstaatlichen Unternehmensverfassungen Europas fand die Verknüpfung von staatlichen und privaten Normen bekanntlich in drei hierarchischen Formationen statt. Die Unternehmensverfassung beruhte auf dem klaren Primat des Staates in Form von verfassungsrechtlichen und einzelgesetzlichen Normierungen. Der Staat organisierte per Gesetz neokorporatistische Formen der Kooperation von Kapital, Arbeit und Staat durch Mitbestimmungsregeln im Aufsichtsrat, durch Entscheidungsrechte des Betriebsrats und durch die Normen des Tarifsystems. Das staatliche Privat- und Gesellschaftsrecht erließ Haftungsregeln und ordnete die Ausrichtung des Unternehmensinteresses auf verschiedene stakeholder-Interessen und das Gemeinwohl an. In den Problembereichen Arbeitsschutz, Produktqualität und Umweltschutz schrieb der Staat drastische Beschränkungen der Unternehmensaktivitäten vor. Die privaten Normierungen der Unternehmen dagegen waren staatlichem Recht klar untergeordnet; sie blieben auf die Autonomieräume begrenzt, die staatliche Normierungen ihnen ließen.

Diese nationalstaatliche Normenhierarchie lässt sich im Begriffspaar *hard law/soft law* fassen. Der Staat erlässt *hard law* im Gesellschaftsrecht, Mitbestimmungsrecht und Regulierungsrecht in Form von verbindlichen und sanktionsbewehrten Normen. Unternehmensinterne Normen sind dagegen nur eine Spielart von *soft law*, weil sie als Ausdruck der Privatautonomie nicht als genuine Rechtsnormen anerkannt sind, weil ihre Verbindlichkeit und Durchsetzung von staatlicher Anerkennung abhängt und weil sie der

³⁵ *Larry Catá Backer* (2008) “Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation”, 14 *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1–26, 26.

Kontrolle staatlicher Gerichte unterworfen sind, als deren Resultat sie häufig aufgehoben oder verändert werden.

Gegenüber dieser traditionellen Hierarchie sind nun in den transnationalen Codes einschneidende Veränderungen zu beobachten, die sich den traditionellen Kategorien nicht fügen. „Von den klassischen Rechtsbegriffen aus – wenn man zum Beispiel Recht als sanktionierten Befehl staatlicher Organe begreift – lässt sich die Veränderung der Art, wie Recht ist, was es ist, kaum fassen. Rechtsbegriffe der Rechtswissenschaft, die auf ein Entweder/Oder der Geltung zugeschnitten sind, eignen sich nicht dazu, subtile Verschiebungen in der Art, wie Recht seine Funktion erfüllt und als Sinn erlebt wird, aufzudecken.“³⁶ In den Codes ist geradezu eine *Inversion der Hierarchie* zwischen staatlichem Recht und private ordering zu beobachten. Eine dramatische Umkehrung findet besonders in der hard-law/soft-law-Qualität der staatlichen und der privaten Corporate Codes statt: *Jetzt weisen gerade die Staatsnormen nur noch die Qualität von „soft law“ auf, während das bloße private ordering der transnationalen Unternehmen zu neuen Formen des „hard law“ erstarkt.*

Die völkerrechtlichen Normen, die etwa die UNO in den Codes of Conduct für transnationale Unternehmen in Kraft gesetzt haben, sind nicht mit den verbindlichen Normen vergleichbar, wie sie nationalstaatliche Parlamente und Verfassungsgerichte für die Unternehmensverfassung erlassen. Zwar war ursprünglich in den „Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations“ von 2003 geplant, dass eine supranationale Regulierungsinstanz mit völkerrechtlich verbindlichen und sanktionsbewehrten Normen das Verhalten der transnationalen Unternehmen unmittelbar regelt.³⁷ Doch der massive Widerstand einflussreicher Nationalstaaten und der Interessenvertretungen der Unternehmen markierte die Wende. Die zuletzt verabschiedete Fassung enthielt nur noch „soft law“: unverbindliche Empfehlungen, deren Umsetzung nicht mit Rechtssanktionen erzwungen werden kann.³⁸

Die unternehmensinternen Codes wiederum sind zwar bloßes nicht-staatliches „private ordering“, aber sie sind geltendes Recht mit hoher Verbindlichkeit und effektiven Sanktionen. Ihren genuinen Rechtscharakter bestreitet zwar die Privatrechtsdogmatik immer noch vehement, da sie auf der staatlichen Ableitung normativer Geltungsansprüche besteht und private

³⁶ Niklas Luhmann (1987) Rechtssoziologie, Opladen: Westdeutscher Verlag, 341.

³⁷ U.N. Economic and Social Council [ECOSOC], Sub-Committee on the Promotion and Protection of Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights: Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12 (May 30, 2003).

³⁸ Dazu mit klugen Beobachtungen Larry Catá Backer (2005) „Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation’s Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law“, 37 Columbia Human Rights Law Review, 101–192.

ordering nicht als Recht anerkennt.³⁹ Und erst allmählich erstarken ökonomisch und soziologisch inspirierte Rechtskonzepte, die den privaten Normordnungen transnationaler Akteure Rechtscharakter zusprechen.⁴⁰ Die unternehmensinternen Codes sind für die Akteure unmittelbar verbindlich und sie sind mit wirksamen Sanktionen ausgestattet, die von eigens dafür eingerichteten compliance department vollzogen werden.⁴¹

Dadurch schotten sich die unternehmensinternen Organisationsregeln von den staatlichen Regelwerken ab. Im direkten Gegensatz zu der üblichen normhierarchischen Beziehung zwischen staatlichen und privaten Normen fungieren die staatlichen Codes nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Geltung der privaten Codes der transnationalen Unternehmen. Sie beziehen ihre Geltung aus einer eigenständigen Verbindung primärer und sekundärer Normen in der Welt des private ordering. Sie bilden ein nicht-staatliches geschlossenes System normativer Geltung, das selbst hierarchisch aufgebaut ist. Wie oben schon gesagt enthält die obere Ebene die Prinzipien der Unternehmensverfassung, die mittlere Ebene normiert Durchsetzung und Überwachung, die untere Ebene enthält die konkreten Verhaltensanweisungen. Ihre Geltungsgrundlage erzeugen sie also selbst in eigenen konstitutionellen Normierungen, die die unternehmensinternen Normen, die Verhalten nach dem Rechtscode beurteilen, selbst einem Verfahren unterwerfen, in dem sie nach dem Verfassungscode beurteilt werden.

2. Hyperzyklus und Ultrazyklus

Allerdings greift auch die Vorstellung der Inversion einer Hierarchie noch zu kurz. Zutreffend erfasst sie den klaren faktischen und normativen Primat der privaten vor den staatlichen Codes. Aber dieser Primat ist nicht hierarchischer Natur. Schon eher angemessen ist die Differenz zweier wechselseitig geschlossener Rechtsordnungen. Die staatlichen Normen werden nicht etwa den privaten Normen untergeordnet, vielmehr werden sie aus dem Inneren der Normsetzung in die Unternehmensumwelt verbannt. Die Vorstellung eines einheitlichen Rechtsraumes für staatliche und private Normierungen wird damit obsolet. Es entstehen zwei unabhängige Rechtsräume, ein

³⁹ Die traditionelle Doktrin des private ordering unterzieht einer scharfsinnigen Kritik Johannes Köndgen (2006) „Privatisierung des Rechts: Private Governance zwischen De-regulierung und Rekonstitutionalisierung“, 206 Archiv für die civilistische Praxis, 477–525, 479 ff.

⁴⁰ Köndgen (Fn. 39), 508 ff.; Graf-Peter Callies (2006) Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, Tübingen: Mohr Siebeck, 182 ff.; Erich Schanze (2005) „International Standards: Functions and Links to Law“, in Peter Nobel (Hrsg.) International Standards and the Law, Bern: Staempfli, 83–103; Gunther Teubner (1996) „Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus“, 15 Rechtshistorisches Journal, 255–290, 267 ff.

⁴¹ Herberg (Fn. 8).

autonomes privat geordnetes zwingendes Binnenrecht der Unternehmen und ein staatlich geregeltes Ensemble normativer Verhaltensempfehlungen.

Die genauere Bestimmung dieser wechselseitig geschlossenen Rechtsräume ist nicht einfach. Jedenfalls handelt es sich nicht um Systeme im strengen Sinne, die sich durch operative Schließung bilden. Ihre Schließung beruht gerade nicht auf der Unterschiedlichkeit ihrer Operationen, denn beide Code-Ordnungen werden durch Rechtsoperationen gebildet. Vielmehr entsteht ihre wechselseitige *strukturelle Schließung* durch strikte Geltungsbeschränkung auf den jeweiligen Bereich und durch ihre unterschiedliche Qualität als zwingende Normierung und bloße normative Empfehlung.⁴² Auf diese Weise bilden die privaten und die staatlichen Codes zwei wechselseitig gegeneinander geschlossene Rechtsordnungen, zwischen denen kein Geltungstransfer stattfindet.

Es wäre ein weiteres Missverständnis, die Grenzen zwischen privatem Code-Zentrum und staatlicher Code-Peripherie als Grenzen zwischen formalen Organisationen – transnationaler Wirtschaftsunternehmen einerseits und internationaler Organisationen andererseits – zu bestimmen. Vielmehr bilden sich beide Rechtsräume in der Form weitläufiger Normverflechtungen unterschiedlicher Kollektivakteure, was dann das gesamte Normengefüge als *Verhältnis zweier unterschiedlicher geschlossener Netzwerke* verstehen lässt. Auf der einen Seite haben die unternehmensinternen Codes längst die Grenzen der Einzelunternehmen überschritten. Sie gelten inzwischen auch für Unternehmensverflechtungen in Konzernen und über nationale Grenzen hinaus für Unternehmenszentralen und ihre Tochterunternehmen, die in vielen Fällen Tausende von Einzelunternehmen umfassen. Schließlich wurden unter dem Druck der Öffentlichkeit und zivilgesellschaftlicher Organisationen ihre Geltung auch noch über die Konzerngrenzen ausgedehnt. Über vertragliche Verpflichtungen binden die Konzerne sowohl ihre Zulieferunternehmen als auch die Absatzketten an die Standards ihrer Corporate Codes und benutzen den Vertragsmechanismus auch dazu, schlagkräftige Überwachungs- und Sanktionssysteme einzuführen.⁴³ Auf der anderen Seite finden sich Vernetzungen im Rechtsraum des soft law der Staaten-

⁴² In der Sprache der Systemtheorie: Binnendifferenzierungen des globalen Rechtssystems entstehen nicht etwa daraus, dass sich neuartige Rechtsoperationen bilden, die sich verketteten und damit eine operative Schließung erzeugen. Stattdessen entstehen unterschiedliche Rechtsordnungen durch strukturelle Schließungen der prinzipiell gleichartigen Rechtsoperationen über ganz unterschiedliche Grenzmarkierungen, etwa territorialer, funktionaler, jurisdiktionaler oder rechtsdogmatischer Art. Man muss also strikt zwischen unterschiedlichen Formen der Schließung unterscheiden, welche dann auch unterschiedliche Formen der Öffnung nach sich ziehen. Vorläufige Überlegungen dazu *Gunther Teubner* (1991) „L'ouvert s'appuie sur le fermé: Offene Fragen zur Offenheit geschlossener Systeme“, 31 *Sozialforschung*, 287–291.

⁴³ Dazu die aufschlussreiche Fallstudie zu GAP bei *Backer* (Fn. 35) 10 ff.

welt. Hier sind mannigfache Querverbindungen zwischen den Corporate Codes der ILO, der OECD, der UNO und der EU entstanden.⁴⁴

Das Verhältnis der beiden geschlossenen Code-Netzwerke zueinander schließlich fügt sich mit Sicherheit nicht mehr dem traditionellen Verhältnis von privaten und staatlichen Unternehmensverfassungsnormen. Häufig versucht man deshalb, dies Verhältnis zwischen beiden Code-Netzwerken seinerseits als ein einziges großes Netzwerk oder gar als Netzwerk der Netzwerke, als Meta-Netzwerk, zwischen staatlichen und privaten Akteuren zu verstehen.⁴⁵ Das ist nicht falsch, lässt aber gerade relevante Unterschiede verschwinden. Genauer erfasst man das Verhältnis der Netzwerke mit der Differenz von *Hyperzyklus* und *Ultrazyklus*.⁴⁶ Ein Hyperzyklus wird dann aufgebaut, wenn innerhalb eines geschlossenen Netzwerks Operationskreisläufe bestehen, die ihrerseits zirkulär miteinander verknüpft sind. Ein Ultrazyklus entsteht dagegen dann, wenn zwischen geschlossenen Netzwerken ein Kreislauf von wechselseitigen Irritationen aufgebaut wird. Innerhalb der privaten Corporate Codes sind die Vernetzungen hyperzyklischer Natur. Denn zwischen den zirkulären Rechtsoperationen, die innerhalb des Netzwerks verschiedener formaler Organisationen, also der TNCs, ihrer Zulieferer und ihrer Vertriebsorganisationen aneinander anschließen, werden interorganisatorische Direktanschlüsse aufgebaut. Das heißt, dass die Geltungsoperationen des private ordering über innerorganisatorisches Recht und über verbindliche interorganisatorische Verträge unmittelbar aneinander anschließen. Innerhalb dieses Netzes privater Rechtsoperationen wird die Geltung verbindlicher Normen transferiert und werden bei Normbrüchen Sanktionen angeordnet. So entsteht durch hyperzyklische Verknüpfungen der TNC-Codes und der anderer Wirtschaftsunternehmen ein geschlossener Geltungsraum des private ordering.

Gänzlich anders aber werden diese untereinander vernetzten privaten Codes mit den staatlichen Codes verknüpft. Für diese Art der Verknüpfung ist nicht das Modell des Hyperzyklus, sondern das des Ultrazyklus zutreffend. Zwar erfüllen auch die staatlichen Codes die Funktion, bestimmte, politisch erwünschte Aufgaben und Pflichten zu definieren und auf diesem Wege Grenzen zwischen erlaubten und nicht erlaubten Handlungen zu etablieren. Aber im Unterschied zu den firmen-eigenen Codices, die einen hohen Grad an Rechtsverbindlichkeit erzeugen, handelt es sich bei den staat-

⁴⁴ Dazu im Detail *Murphy* (Fn. 4).

⁴⁵ *Abott* und *Snidal* (Fn. 5), 525 f.

⁴⁶ Zu den Unterschieden zwischen beiden *Gunther Teubner* (1999) „Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Koevolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism“, 5 *Soziale Systeme*, 7–25, 12 ff.; *ders.* (1987) „Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese“, in *Hans Haferkamp und Michael Schmid* (Hrsg.) *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt: Suhrkamp, 89–128.

lichen Leitlinien nur um pure Verhaltensappelle und informelle Empfehlungen. Auch sie sind geltendes Recht, aber in einer paradoxen Form: geltendes Recht ohne Anspruch auf Verbindlichkeit und ohne Rechtssanktionen.⁴⁷ Das bedeutet, dass die privaten Codes, die sich als selbstreferentiell geschlossene Geltungskreisläufe präsentieren, nicht nur in ihrer Geltung von den staatlichen Codes völlig unabhängig sind, sondern auch, dass die staatlichen Codes in ihren Normierungen nicht einmal an die privaten Normierungen anschließen können. Sie nehmen, weil außerhalb des Geltungsbereichs, an der Einheit der unternehmensinternen Codes nicht teil. Sie können nur von außen appellieren, anregen, motivieren, nötigen, nicht aber Geltung anordnen oder Geltung aussetzen. Sie sind nur externe Irritationen für den inneren Geltungskreislauf der privaten Codes. Die Codes der Uno, der ILO, der OECD und der EU sind bloße Verfassungsimpulse, die – gewiss einflussreiche – internationale Organisationen in Richtung der transnationalen Unternehmen aussenden. Ob sie sich dort zu verbindlichen konstitutionellen Normen verdichten, wird aber nicht von Instanzen der Staatenwelt, sondern in den Binnenprozessen privater Organisationen entschieden.

3. *Lern-Pressionen: interne Änderungen aufgrund externen Zwangs*

Wenn sich nun unter bestimmten Bedingungen Wechselwirkungen zwischen den Codes einspielen, dann bildet sich ein Ultrazyklus, ein Perturbationskreislauf zwischen den staatlichen und den private Codes, heraus. In den üblichen Formulierungen der Vernetzung von privaten und staatlichen soft-law-regimes wird der fundamentale Unterschied, der zwischen dem Hyperzyklus der Geltungsoperationen des private ordering und dem Ultrazyklus von staatlichen und privaten Codes besteht, verdeckt. Das aber sollte nicht dazu verleiten, die Ultrazyklen als bloße Polit-Kosmetik abzutun, als bloßen Außenlärm der Staatenwelt, durch den sich die unternehmensinternen Codices nicht beeindrucken lassen. Ruggie betont dies besonders für den Global Compact:

“Activist groups and some mainstream NGOs fear that because the UNGC is not a code of conduct, with explicit performance standards and compliance monitoring, the Compact gives companies a free ride. But ... the Compact is a mechanism intended to engage companies in the promotion of UN goals, not to regulate them. Regulation is a perfectly valid objective, but it is not the only one that counts ...”⁴⁸

⁴⁷ Den paradoxen Charakter des soft law als geltendes Formalrecht betont auch *Orly Lobel* (2004) “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, 89 *Minnesota Law Review*, 342–470, 389.

⁴⁸ *John Gerald Ruggie* (2003) „Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection“, NYU IILJ Working Paper 2003/2, 23, n. 64.

Aber was zählt?

Worauf es ankommt, sind *Lern-Pressionen*, d.h. externe Zwänge zu lernender Anpassung, die auf die transnationalen Unternehmen ausgeübt werden. Beide Elemente müssen vorhanden sein, um ein Zusammenwirken der staatlichen und der privaten Codes zu ermöglichen: *Änderung kognitiver Strukturen und ein darauf gerichteter Zwang*. Andernfalls kommt es nicht zu ultrazyklischen Verknüpfungen und die staatlichen Codes bleiben folgenlose Außenimpulse. Hier macht sich die oben angesprochene spezielle Art der wechselseitigen Schließung der beiden Netzwerke bemerkbar. Sie erfordert eine ihrerseits spezielle Art der wechselseitigen Öffnung. „L'ouvert s'appuie sur le fermé“. Ein Geltungstransfer zwischen ihnen ist ausgeschlossen, stattdessen werden Lern-Pressionen, also andere Mechanismen der wechselseitigen Öffnung aufgebaut.

An dieser Stelle wird eine der wichtigsten Wandlungen der Rechtsstruktur sichtbar, die sich im Übergang zur Weltgesellschaft vollziehen. Luhmann hat diesen Wandel folgendermaßen gekennzeichnet:

„dass auf der Ebene der sich konsolidierenden Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des Erkennenden steuern, sondern dass umgekehrt das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme abgestützt werden müssen.“⁴⁹

Das bedeutet, dass im Verhältnis der beiden Code-Ordnungen nicht einfach im Medium des Rechts kommuniziert wird, also die Geltung normativer Erwartungen durch Rechtsoperationen von einem Code zu anderen transferiert wird. Stattdessen werden über nicht-rechtliche Medien – über Expertenwissen, über politische und gesellschaftliche Macht und über monetäre Anreize und Sanktionen – Lernprozesse der unternehmensinternen Rechts-codes angestoßen, ja geradezu erzwungen.⁵⁰ Kognitiver Primat heißt nicht etwa, dass die Corporate Codes ihre rechtsnormative Qualität verlieren und nur noch als kognitive Erwartungen fungieren. Denormativiert werden nur die Beziehungen zwischen ihnen de-normativiert, weil sie auf kognitive Mechanismen umstellen; die Codes selbst bleiben normative Ordnungen.

Worin besteht das erste Element der Lern-Pressionen – das kognitive Lernen? Die staatlichen Codes bilden für die privaten Codes nur „templates“,

⁴⁹ Niklas Luhmann (1975) „Die Weltgesellschaft“, in Niklas Luhmann (Hrsg.) Soziologische Aufklärung Band 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, Opladen: Westdeutscher Verlag, 51–71, 63.

⁵⁰ Eindringlich zu den hier involvierten Lernprozessen am Beispiel der europäischen Initiativen zur Unternehmensverantwortung Marc Amstutz und Vagios Karavas (2009) „Weltrecht: Ein Derridasches Monster“, in Graf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch und Peer Zumbansen (Hrsg.) Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin De Gruyter, 646–672, 655 ff.

Verhaltensmodelle, Prinzipien, best practices, Empfehlungen. Die ultrazyklische Verknüpfung beider Codes löst Lernprozesse aus, die gerade nicht als Geltungstransfers innerhalb einer autonomen Rechtsordnung stattfinden, sondern über die Grenzen autonomer Ordnungen hinweg verlaufen und deren Besonderheit darin bestehen, dass sich die beteiligten Ordnungen nicht zu einer einheitlichen Rechtsordnung mit gemeinsamen Rechtsoperationen zusammenschließen, sondern erst über komplizierte kognitive Prozesse an ihre eigenen Bedingungen adaptiert werden.⁵¹ Gerade ihre Trennung ermöglicht einen kognitiven Mehrwert, der immer dann erzeugt wird, wenn die Funken der Perturbation über die Grenzen zwischen den beteiligten Codes springen und dort zu normativen Innovationen führen können. Der Ultrazyklus beseitigt gerade nicht ihre Autonomie, um einen Kreislauf gleichartiger Rechtsakte aufzubauen, sondern nützt sie in einem Perturbationskreislauf zur Produktion jeweils neuen Normen, des hard law in den unternehmensinternen Codes und des soft law in den Codes der Staatenwelt.

Der besondere Lerneffekt besteht darin, dass die staatlichen Codes Normen ausbilden, an denen die Unternehmen ablesen können, welche gesellschaftlichen Erwartungen an sie gestellt werden, ohne dass sie diese eins zu eins übernehmen müssen. Die staatlichen Codes kompensieren den Tunnelblick, den die privaten Codes ausgebildet haben und provozieren eine Orientierung an einer transnational public policy. Hier geben die staatlichen Codes ähnliche konstitutionelle Lernanstöße wie die Normerwartungen, die Protestbewegungen und zivilgesellschaftlichen Organisationen an die ökologische Orientierung von Unternehmen stellen.

Worin besteht das zweite Element – der Zwang? Rechtssanktionen spielen in diesem Prozess der Lernpressionen keine entscheidende Rolle. Nicht Rechtssanktionen sind dafür verantwortlich, dass die Unternehmen die staatlichen Codes als Lernanstöße nehmen, um eigene Codes für ihre Sonderbedingungen zu entwickeln. Stattdessen wirken außerrechtliche Mechanismen. Zuallererst nötigen interorganisatorische Machtprozesse – einseitiger Druck und politischer Tausch – die Unternehmen dazu, ihre Codes zu entwickeln. Dass dieser Außendruck eine unabdingbare Bedingung dafür ist, dass Corporate Codes überhaupt eine Wirkung entfalten, kann nicht stark genug betont werden.⁵² Nach den bisherigen Erfahrungen haben die dazu erforderlichen Machtressourcen Nationalstaaten wie internationale Organisationen der Staatenwelt generiert, jedoch nur zu einem gewissen Ausmaß. Als sehr viel stärker haben sich bisher die Machtpressionen der Protestbewe-

⁵¹ *Murphy* (Fn. 4).

⁵² *Abbott und Snidal* (Fn. 5), 506 resümieren: "These norms are 'voluntary' in the sense that they are not legally required; however, firms often adhere because of pressure from NGOs, customer requirements, industry association rules, and other forces that render them mandatory in practice."

gungen, der NGOs, der Gewerkschaften, der Non-profit-Organisationen und der öffentlichen Meinung erwiesen. Den letzten Ausschlag geben häufig ökonomische Sanktionen: die Sensibilität der Verbraucher, von deren Kaufverhalten die Unternehmen abhängig sind, und die bestimmter Anlegergruppen, die mit ihrem Anlageverhalten auf die Unternehmen wirtschaftlichen Druck ausüben.⁵³ Ob nach der Finanzkrise die Staatenwelt eine effektive Führungsrolle im externen Druck auf die Unternehmen übernehmen werden, bleibt abzuwarten. Die neuesten Nachrichten stimmen da eher skeptisch.

Hinter der Metapher der „voluntary codes“ verbirgt sich also alles andere als Freiwilligkeit. Transnationale Unternehmen erlassen ihre Codes weder aus Einsicht in die Gemeinwohlanforderung noch aus Motiven der Unternehmensethik. „Freiwillig“ fügen sie sich nur, wenn von außen massive Lern-Pressionen ausgeübt werden. Der Lernprozess verläuft nicht im Rechtssystem von Code zu Code über Geltungstransfer, sondern erst auf Umwegen über andere Funktionssysteme. Es ist nicht hinreichend, dies so beschreiben, als werden hier Rechtssanktionen durch soziale Sanktionen ersetzt. Damit unterschlägt man die einschneidenden Konsequenzen, die solch umweghafte Lernpressionen haben. In den beschriebenen ultrazyklischen „Übersetzungsprozessen“ werden vielmehr Systemgrenzen überschritten, entsteht ein Perturbationskreislauf zwischen Rechtsakten, Pressionen politischer und gesellschaftlicher Macht, Erkenntnisoperationen von epistemic communities und ökonomischen Sanktionen. Die ursprünglichen Normgehalte werden drastisch verändert, wenn das soft law der staatlichen Codes „übersetzt“ wird in die Sprache des Expertenwissens, das Modelle entwirft und Monitoring organisiert, in die interorganisatorische Macht von politischen Verhandlungen zwischen internationalen Organisationen, NGOs und transnationalen Unternehmen, in die der Reputationsmechanismen der Öffentlichkeit und in die der monetären Anreize und Sanktionen – und wenn es schließlich in die Rechtssprache des hard law der unternehmensinternen Codes „rückübersetzt“ wird. Diese indirekte Art der Verknüpfung der beiden Codes macht deutlich, dass eine Autokonstitutionalisierung der Unternehmen nicht aufgrund intrinsischer Motive der Freiwilligkeit, aber auch nicht über die Sanktionsmechanismen des Rechts, sondern nur aufgrund umweghafter externer Lern-Pressionen zustande kommt.

⁵³ Eine detaillierte Analyse des Zusammenhangs von externem Druck und interner Unternehmensstruktur bei *Jennifer Howard-Grenville, Jennifer Nash und Cary Coglianese* (2008) „Constructing the License to Operate: Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions“, 30 *Law and Policy*, 73–107.

