

# Der ohnmächtige Staat

## Zwischen Selbstbehauptungsstrategien und Steuerungsillusionen Bemerkungen anlässlich der Finanzkrise

### The impotent state

#### Between self-assertion strategies and illusions of control Remarks concerning the financial crisis

David R. Wenger

translated by Gareth Norbury

#### Abstract

*Die gegenwärtige Weltwirtschaftskrise – ausgelöst durch eine geplatze Immobilienblase in den USA – veranschaulicht nicht nur die Risiken weltweiter Risikoverteilung – Verbriefung sowie internationaler Handel von Subprime-Krediten – und damit die Gefahr der Globalisierung undurchsichtiger Systeme aus komplexen Anlageprodukten (ein allein schon vertiefenswürdiges Thema für Systemtheoretiker); sie offenbart einmal mehr auch die begrenzten Möglichkeiten des Staates sowohl in präventiver Hinsicht als auch im Hinblick auf die noch andauernde Nachbearbeitung der Krise. Es sind gewissermaßen Grenzen des „Know-how“, Defizite an implizitem Wissen, welche der Staat in seinem Selbstbehauptungswillen nicht anerkennen darf; welche aber zwischen Funktionssystemen wie Politik, Recht, Wissenschaft und Wirtschaft schwer überwindliche Schranken bilden und die meisten Steuerungswünsche zur Utopie werden lassen. Dessen ungeachtet bleiben jedoch zahlreiche Problemlösungs-Erwartungen, denen sich der Staat seitens seiner Bürger ausgesetzt sieht und denen er – aus Schwäche – unaufhaltsam entgegenkommt.*

\*

Peter Sloterdijk hat unlängst in einem Gespräch unter Verweis auf eine Erkenntnis Margaret Thatchers erklärt, dass moderne Staaten letztlich „per se sozialistische Agen-

#### Abstract

*The present world economic crisis, triggered by the bursting of the real estate bubble in the USA, not only illustrates the risks of worldwide risk distribution – the securitisation and international trading of subprime loans – and thus the danger of the globalisation of opaque systems created from complex investment products (itself a topic worthy of further investigation by system theoreticians); it also once again reveals the limited powers of the state both as regards prevention and in the ongoing handling of the crisis. There are certain limits to know-how, deficits in implicit knowledge that the state, as a consequence of its desire to assert itself, is not able to recognise; these however form practically insuperable barriers between function systems such as politics, law, science and economics and mean that the desire for control becomes for the most part utopian in nature. Regardless of this, expectations are numerous that the state will provide solutions to problems: expectations that it regards as thrust upon it by its citizens and that it – out of weakness – inexorably accommodates.*

\*

Peter Sloterdijk recently explained, in a discussion referring to a perception of Margaret Thatcher, that modern states are ultimately “per se socialist agencies”.<sup>1</sup> The

turen“ seien.<sup>1</sup> Man könnte die seiner Aussage zugrunde liegende Beobachtung auch als eine Art „Kommunierungsneigung“ der Staaten festhalten. Diese hat freilich verschiedene Ursachen. Neben der von Cyril Northcote Parkinson für die Verwaltung festgestellten Expansion durch zunehmende Selbstbeschäftigung (etwa über ein sich selbst kontinuierlich professionalisierendes Controlling)<sup>2</sup> – ein Phänomen, welches Niklas Luhmann später mit seiner Theorie autopoietischer Systeme anschaulich beschrieben hat –,<sup>3</sup> gibt es in Korrelation auf Seiten der Bevölkerung immer auch eine relativ große Erwartungshaltung an die grundsätzliche Problemlösungskompetenz des Staates. Er kann, deshalb soll bzw. muss er.

Ferner gehört es gerade in Krisenzeiten zum Habitus verantwortungsbewusster Politiker und Behördenvertreter, sowohl an der Zuständigkeit als auch an der Fähigkeit des Staates (bzw. heute: der Staatengemeinschaft) zur effektiven Problembewältigung keine Zweifel aufkommen zu lassen. Als wäre alles primär eine Frage der richtigen Regulierung, und die Umsetzung, das „Greifen“ der Maßnahmen dann nur noch ein Kinderspiel. Das beschriebene Verhalten der Politiker und Behördenvorsteher kann als eine symbolische Manifestation, besser: Inszenierung grundsätzlicher Bewältigungsbereitschaft bezeichnet werden.<sup>4</sup>

underlying observation to his statement could also be interpreted as a kind of “communitisation tendency” of states. This obviously has different causes. Apart from the expansion of administrative agencies established by Cyril Northcote Parkinson through the burdens generated by their own activities, to a certain extent via their continuously professionalising controlling<sup>2</sup> (a phenomenon vividly described subsequently by Niklas Luhmann with his theory of autopoietic systems<sup>3</sup>), there still exists in correlation a relatively high expectation by the population regarding the fundamental problem-solving competence of the state. It can, therefore it should and/or must.

Furthermore, during times of crisis in particular, it is in the nature of politicians and officials who are aware of their responsibility to quash any doubt as to either the competence or the ability of the state (or, today, the community of states) to manage problems effectively, as if everything is primarily a question of correct regulation, with the implementation (“effectiveness”) of measures just child’s play. The above-depicted behaviour of politicians and senior officials can be better described as a symbolic manifestation: the staged appearance of their fundamental readiness to take remedial action.<sup>4</sup>

---

1 Fernsehsendung *Vis-à-Vis* mit Frank A. Meyer, SF 2, 12. Oktober 2008; vgl. auch die Abschwächung zum Staat als einer „semisozialistischen Agentur“ im Interview mit der NZZ vom 29./30. November 2008, S. 47.

2 Cyril Northcote Parkinson, *Parkinsons Gesetz und andere Untersuchungen über die Verwaltung* (übers. v. Richard Kaufmann), Düsseldorf 2005 (EA 1957).

3 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, S. 60 ff., 296 ff.

4 Siehe auch *Verf.*, *Negative Jurisprudenz. Rechtswirklichkeit als dialektischer Prozess zwischen Freiheit und Form*, Baden-Baden 2006, S. 50.

---

1 TV programme *Vis-à-Vis* with Frank A. Meyer, SF 2, 12 October 2008; see also the decline of the state into a “semi-socialistic agency” in an interview with the NZZ, 29/30 November 2008, p. 47.

2 Cyril Northcote Parkinson, *Parkinsons Gesetz und andere Untersuchungen über die Verwaltung* (trans. by Richard Kaufmann), Düsseldorf 2005 (originally published 1957).

3 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, p. 60 ff., 296 ff.

4 See also *Author*, *Negative Jurisprudenz. Rechtswirklichkeit als dialektischer Prozess zwischen Freiheit und Form*, Baden-Baden 2006, p. 50.

## I. Kontrollverlust

Diese hochgradig symbolische Geste resultiert daraus, dass die Nachfahren der Fürsten und Könige, welche im Nimbus der heiligen Ordnung an der Spitze der Gesellschaft standen, weiterhin das Vertrauen in ihre uneingeschränkte Schutz- und Schirmherrschaft bedienen müssen. Wir erinnern uns des lokalen Ritters, dem die Untertanen Abgaben entrichteten und der ihnen dafür Schutz vor fremden Mächten gewährte. Auch als bloße Lokalherrscher standen sie zugleich an der Spitze der Politik, des Rechts, der Religion (*cuius regio eius religio*), der Presse (Zensur) und oft auch der Wirtschaft.

Im Unterschied zu solch hierarchischen Strukturen „herrschen“ heute Heterarchien. Regierungen sitzen längst nicht mehr an der Schaltzentrale der Gesellschaft. Politik ist grundsätzlich nur noch ein System neben anderen in einer „Gesellschaft ohne Spitze und ohne Zentrum.“<sup>5</sup> Sie versucht allenfalls noch Fäden zu ziehen, an deren Ende sich aber – mit dem Segen des modernen Rechtsstaates – unzählige Systeme verselbständigen haben. „Ausdifferenzierung“ heißt bekanntlich das Paradigma der Moderne. Um den im zunehmenden Aufbau eigener, stets weiter spezifizierter Organisationsmuster begriffenen Systemrationalitäten auf der Spur zu bleiben, kommt der Staat – der immer noch unter der pauschalen Erwartung steht, vor Gefahren und Risiken auf allen Gebieten schützen zu müssen – nicht darum herum, sich weitere Ministerien zuzulegen, Fachleute, Experten einzustellen, welche den sich ungebremst entfaltenden Systemkomplexitäten ihrerseits mit (Binnen)Differenzierung begegnen.<sup>6</sup>

## I. Loss of control

This highly symbolic gesture derives from the fact that the descendants of the princes and kings who, in the nimbus of the sacred order, stood at the apex of society must now continue to serve this trust in their unrestricted patronage and protection. We remember the local knight whose subjects paid him taxes and who in return granted them protection from outside powers. As local lords, they were at the same time supreme as regards politics, law, religion (*cuius regio eius religio*), the press (censorship) and often the economy as well.

In contrast to such hierarchical structures, today it is heterarchies that “rule”. For some time now, governments have not been pulling the levers of society. Politics is basically just another system in a society “with neither head nor centre”<sup>5</sup> that at best still tries to pull strings at the end of which, however – with the blessing of the modern constitutional state – innumerable independent systems have developed. As is well known, differentiation is the paradigm of modernity. To be able to follow the system rationalities contained in organisational models that are increasingly both more specific and of its own making, the state – which has a generally expected duty to protect against dangers and risks in all areas – cannot avoid adding further ministries and employing specialists and experts who themselves then encounter ever-increasing system complexities with (internal) differentiation.<sup>6</sup>

---

5 Niklas Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981, S. 22.

6 Was letztlich auch eine politische Steuerung der Verwaltung (als Ganzes) erheblich erschwert. Lorenz Engi, *Politische Verwaltungssteuerung. Demokratisches Erfordernis und faktische Grenzen*, Zürich, Basel, Genf 2008, S. 37.

---

5 Niklas Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981, p. 22.

6 Which ultimately also makes the political control of the administration (as a whole) substantially more difficult. Lorenz Engi, *Politische Verwaltungssteuerung. Demokratisches Erfordernis und faktische Grenzen*, Zurich, Basel, Geneva 2008, p. 37.

Die Erwartung der Bürger nach Schutz durch den Staat findet ihren Gegenpart darin, dass diese ihm Gehorsam schulden, fordert er mit Thomas Hobbes doch bekanntlich *pro protectione oboedientia*.<sup>7</sup> Sie gehorchen ihm, seinen Gesetzen, primär dadurch, dass sie ihn durch ihre Steuern finanzieren und so gewissermaßen für ihn bürgen.<sup>8</sup> Der den Staat überhaupt erst legitimierende zentrale Zusammenhang von Schutz und Gehorsam wird gerade dort offenbar, wo der Staat ersteres nicht leistet. „Hört der Schutz auf, so hört auch der Staat selber auf und jede Gehorsamspflicht entfällt.“<sup>9</sup> Wenn der Staat selbst die grundlegendste polizeiliche Sicherheit seiner Bürger nicht gewähren, sich als solcher also gegen andere „indirekte Gewalten“ wie mafiöse Kräfte nicht behaupten kann, fehlt seinen Bürgern nicht selten die Einsicht, warum sie für ihn bürgen, ihn alimentieren sollten. Vielmehr suchen sie dann Zuflucht anderswo, erweisen denjenigen ihren finanziellen Gehorsam („pizzo“), welche ihre Sicherheit garantieren.<sup>10</sup>

The expectation of citizens that they will be protected by the state finds its counterpart in the fact that they owe it obedience: as Thomas Hobbes declared, it demands *pro protectione oboedientia*.<sup>7</sup> They obey the state and its laws primarily because they finance it through their taxes and so, to a certain extent, act as its guarantors.<sup>8</sup> The central relationship between protection and obedience, the fundamental legitimisation of the state, becomes clear where the state fails to protect. “Where protection ceases, the state also ceases and all obligations of obedience are invalidated.”<sup>9</sup> If the state itself does not guarantee its citizens the most basic forms of law and order and cannot assert itself as such against other “indirect powers” such as mafia-type forces, its citizens often ask why they should guarantee and support it. They then tend to seek refuge elsewhere, offering the latter financial obedience (the “pizzo”) to guarantee their security.<sup>10</sup>

7 Vgl. *Thomas Hobbes, Der Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (hrsg. v. Iring Fetscher), Frankfurt am Main 1984 (EA 1651), S. 544 (Schluss).

8 Die Entrichtung von Steuern und Gebühren hat das Erbringen von Naturalleistungen – wie Mastvieh, anderer Lebensmittel oder Frondienste im Mittelalter –, aber auch die persönliche Dienstpflicht in Feuerwehr oder Armee weitgehend abgelöst.

9 *Carl Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (hrsg. v. Günter Maschke), Stuttgart 1982 (EA 1938), S. 113

10 Ähnlich wie Staaten in zahlreichen Weltgegenden die Kontrolle regional an andere Kräfte verlieren, können diese den Staat mitunter auch auf dessen ganzem Territorium „übernehmen“. So geschehen anlässlich der Machtübernahme der Nationalsozialisten in Deutschland ab 1933. Gemäß *Jacob Taubes* (*Die Politische Theologie des Paulus*, 3. Aufl. München 2003, S. 96 f.) hat ihm Carl Schmitt erzählt, Mussolini selbst hätte an ihn, Schmitt, anlässlich eines Treffens in Rom appelliert, er möge den Staat vor der Partei retten.

7 See *Thomas Hobbes, Der Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates* (published by Iring Fetscher), Frankfurt am Main 1984 (originally published 1651), p. 544 (conclusion).

8 Payment of taxes and duties has largely replaced the making of payments in kind – such as fat stock, other food or the *corvée* in the Middle Ages – as well as duty in the fire service or army.

9 *Carl Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (pub. by Günter Maschke), Stuttgart 1982 (originally published 1938), p. 113

10 Similar to the loss of control of regions by states to other forces in many areas of the world, such forces will sometimes also “take over” from the state on its entire territory. This was the case with the seizure of power by the National Socialists in Germany from 1933. According to *Jacob Taubes* (*Die Politische Theologie des Paulus*, 3<sup>rd</sup> edition, Munich 2003, p. 96 f.), Carl Schmitt told him that Mussolini himself had appealed to Schmitt at a meeting in Rome that he wished to save the state from the party.

## II. Säkularisiertes Heil

Im Unterschied zu heute konnte sich die Obrigkeit früher bei Schicksalsschlägen auch auf das Funktionssystem Religion verlassen. Dieses stellte weitgehend akzeptierte, quasi allgemein gültige Kommunikationsformen (Nichtigkeit des Diesseits/Wichtigkeit des Jenseits) bereit, welche die Politik zu einem großen Teil aus der Verantwortung und einem entsprechenden Handlungszwang entließen. Diese Entlastungsfunktion der Religion ist heute für den Staat undenkbar geworden. Nicht dass sie privat nicht noch eine Rolle spielte. Der Staat jedoch darf sich als säkulare Einrichtung seinerseits nicht mehr auf sie berufen. In Kompensation jenes transzendentalen Defizits gerät er jedoch zur Projektionsfläche für irdische Utopien. Er ersetzt himmlische Erlösungsversprechen durch irdisch-materielle Lösungsmodelle etwa durch Umverteilung und sieht sich in der Pflicht, jenseitige Glaubensgewissheiten in diesseitige Garantien und Sicherheiten zu übersetzen.<sup>11</sup>

## II. Secularised salvation

In contrast to today's situation, in former times authority could also rely on the function system of religion to ward off the blows of fate. This offered generally accepted, practically universal forms of communication (insignificance of this life/importance of the afterlife) which largely absolved politics of responsibility and thus of any obligation to act. This absolution function of religion is today inconceivable for the state, although it still played a role in private matters. As a secular structure, however, the state may no longer invoke this. To compensate for this transcendental deficit, however, the state has become the surface onto which terrestrial utopias are projected. It replaces the promises of heavenly salvation with earthly and material salvation models, for example through redistribution measures, and regards itself as bound to translate the certainties of faith in the afterlife into guarantees and security in this world.<sup>11</sup>

---

11 Vgl. hierzu *Verf., Der gute Hirte als Verfassungsbild. Eine Recht-Fertigungs-Tragödie* mit Pierre Legendre, Michel Foucault und Carl Schmitt, Rg 8 (2006), S. 111 ff., 116 ff.; „Sie wollen den Himmel auf der Erde, den Himmel als Ergebnis von Handel und Industrie, der tatsächlich hier auf der Erde liegen soll, in Berlin, Paris oder New York, einen Himmel mit Badeeinrichtungen, Automobilen und Klubsesseln, dessen heiliges Buch der Fahrplan wäre.“ *Carl Schmitt*, Theodor Däublers „Nordlicht“. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes, Berlin 1991 (EA 1916), S. 59 f.; zur politischen Theologie Carl Schmitts grundlegend *Heinrich Meier*, Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie, Stuttgart, Weimar 1994, hier S. 24 ff., 43 f., 159 ff., 192 ff., 241 ff., 249 f.

---

11 See on this *Author*, *Der gute Hirte als Verfassungsbild. Eine Recht-Fertigungs-Tragödie* mit Pierre Legendre, Michel Foucault und Carl Schmitt, Rg 8 (2006), p. 111 ff., 116 ff.: “You want heaven on earth, heaven as a result of trade and industry, that should actually exist here on earth, in Berlin, Paris or New York, a heaven with bathing facilities, automobiles and lounge chairs, whose holy book would be the timetable.” *Carl Schmitt*, Theodor Däublers “Nordlicht”. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die Aktualität des Werkes, Berlin 1991 (originally published 1916), p. 59 f.; on the political theology of Carl Schmitt, the basic work is *Heinrich Meier*, *Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie*, Stuttgart, Weimar 1994, here p. 24 ff., 43 f., 159 ff., 192 ff., 241 ff., 249 f.

Dass der Staat dabei lediglich Götzenbildchen bzw. goldene Kälber, so genannte „eidoloi“ ins Werk setzen kann, scheint die unabschließbare Sisyphusarbeit an den zahllosen politisch-rechtlichen Baustellen vor Augen zu führen. Die berühmte Aussage Carl Schmitts, „alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre“ seien „säkularisierte theologische Begriffe“,<sup>12</sup> gewinnt vor diesem Hintergrund jedenfalls an Plausibilität. Auch die biblische Zusicherung, dass vor Gott alle Menschen gleich seien, wird zu einem Rechtsanspruch aufgewertet, den der moderne Staat antizipieren will.

Der Staat trägt die religiösen Kompensationslasten. Die mit Blick auf ihren idealistischen semantischen Überschuss, auf ihre unbegrenzbare Verheißungskraft letztlich uneinlösbaren Begriffe wie Freiheit, Gerechtigkeit, Gleichheit oder Sicherheit setzen den Staat unter einen permanenten Erwartungsdruck. Jede in Recht gebrachte Form von Freiheit, Gerechtigkeit, Gleichheit oder Sicherheit leidet gegenüber der Begriffsvorstellung immer an einem Verwirklichungsdefizit, das sich weder mit den Mitteln des Rechts noch mit anderen Instrumenten je beheben ließe.<sup>13</sup> Der Staat hat sich an seinem säkularen Erbe übernommen. Zumindest ist der Eindruck nicht falsch, dass er an seinen ungebrochen anwachsenden Aufgaben zu scheitern droht. Eine Reaktion hierauf kann auch in Gestalt der seit längerem in Gang gebrachten Auslagerung von Staatsaufgaben auf Private erkannt werden.<sup>14</sup>

The fact that the state can only offer graven images or golden calves, the so called „eidoloi“, shows its never-ending task of Sisyphus with regard to the innumerable areas for political and legal intervention. Carl Schmitt’s famous statement that “all the pertinent terms of modern political science” are “secularised theological terms”,<sup>12</sup> gains at all events plausibility against this background. The Biblical assurance that all men are equal before God becomes a legal right that the modern state wishes to anticipate.

The state bears the religious burdens of compensation. Ultimately irredeemable concepts such as freedom, justice, equality or security, with their idealistic and semantic excess and limitless promise, place a permanent burden of expectation on the state. Each form of freedom, justice, equality or security rendered into law will always suffer from an implementation deficit in relation to conceptions of the term that can never be remedied either by legal means or any other instrument.<sup>13</sup> The state has overreached itself with its secular inheritance. The impression at least is not wrong that it threatens to fail on account of its ever-increasing range of tasks. One reaction to this can be recognised in the long-underway outsourcing of state functions to the private sector.<sup>14</sup>

---

12 Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 7. Aufl. Berlin 1996 (EA 1922), S. 43

13 Ausführlich dazu *Verf.*, *Negative Jurisprudenz. Rechtsverwirklichung als dialektischer Prozess zwischen Freiheit und Form*, Baden-Baden 2006.

14 Vgl. zur Problematik im Übrigen auch *Andreas Abegg*, *Vom Contrat Social zum Gesellschaftsvertragsrecht*, *Ancilla Iuris (anci.ch)* 2008, S. 1 ff.

---

12 Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 7th edition, Berlin 1996 (originally published 1922), p. 43

13 A full treatment in *Author*, *Negative Jurisprudenz. Rechtsverwirklichung als dialektischer Prozess zwischen Freiheit und Form*, Baden-Baden 2006.

14 See also on the other aspects of the problem *Andreas Abegg*, *Vom Contrat Social zum Gesellschaftsvertragsrecht*, *Ancilla Iuris (anci.ch)* 2008, p. 1 ff.

### III. Staatsbilder

Wir sprachen von der Kommunisie-  
rungsneigung der Staaten. Freilich gibt es  
hier regionale bzw. kulturelle Unterschiede.  
Derweil in England und seinen amerikani-  
schen Kolonien der liberale Geist etwa eines  
John Locke jeder Form staatlicher Expansion  
– und gerade wenn sie der „Beglückung“  
der Einzelnen dienen soll – mit einer gehörigen  
Portion Misstrauen begegnet,<sup>15</sup> treffen  
im rousseauistisch geprägten Frankreich  
politische Maßnahmen zur Vergemeinschaftung  
und staatlichen Kontrolle auf eine ver-  
gleichsweise unkritische Gegenliebe.<sup>16</sup>

Nicht dass die angelsächsische Kultur  
gegenüber der romanischen ein weniger  
stark entwickeltes Gemeinschaftsgefühl zu  
beklagen hätte; wer den besonderen Indi-  
vidualismus und die Bedeutung der Privat-  
sphäre im frankophonen Sprachraum einer-  
seits und die überaus hemmungslose  
Befriedigung der Massenugierde – der  
ausgeprägten Meinungsäußerungs- und  
Pressefreiheit sei Dank – in England ander-  
erseits kennt,<sup>17</sup> schreckt vor allzu einfachen  
Verallgemeinerungen zurück. Doch führen  
auch diese Phänomene einen kulturellen  
Unterschied vor Augen, der letztlich mit der  
Einstellung gegenüber der Obrigkeit zu tun  
hat. So scheint diese in Frankreich, trotz der  
großen Revolution von unten, immer noch  
von einem Nimbus der Unantastbarkeit, fast  
des Heiligen, profitieren zu können; Öffent-  
lichkeit (nicht nur der Prominenz) über-  
haupt bisweilen peinlich genau konstruiert

### III. Images of the state

We have spoken of the communisation of  
the state. Certainly there are regional and/or  
cultural differences to be found. While in  
England and its American colonies the lib-  
eral mindset of a certain John Locke  
regarded all forms of state expansion – even  
where this was intended to “increase the  
happiness” of individuals – with a degree of  
mistrust<sup>15</sup>, political measures for collectivisation  
and state control met with compara-  
tively uncritical approval in the Rousseau-  
influenced France of the time.<sup>16</sup>

It was not that Anglo-Saxon culture had  
a less developed feeling of community than  
could be found in Romance countries; any-  
one with a knowledge of the special individ-  
ualism and the significance of the private  
sphere in the French-speaking countries, on  
the one hand, and the almost totally unre-  
strained satisfaction of mass curiosity  
(thanks to the wide-ranging freedom of  
expression and of the press) in England, on  
the other,<sup>17</sup> will refrain from over-simple  
generalisations. But these phenomena too  
indicate a cultural difference that in the long  
run has to do with attitudes to authority: in  
France, despite the great revolution from  
below, authority still appears to be able to  
benefit from an aura of inviolability, almost  
of holiness; being a public figure (not just a  
celebrity) means being designed and idea-

---

15 Vgl. nur *John Locke*, *Two Treatises of Government* (edited by Peter Laslett), second edition, Cambridge, New York e.a. 1967 (EA 1689).

16 Einschlägig hierfür *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social* (introd. par Florence Khodoss), Paris 1993 (EA 1762).

17 In Bezug auf das Persönlichkeitsrecht siehe nur *Stephan Balzasar*, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht. Eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Tübingen 2006.

---

15 See only *John Locke*, *Two Treatises of Government* (edited by Peter Laslett), second edition, Cambridge, New York e.a. 1967 (originally published 1689).

16 Relevant here *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social* (introd. par Florence Khodoss), Paris 1993 (originally published 1762).

17 As regards personal rights in law, see esp. *Stephan Balzasar*, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht. Eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Tübingen 2006.

und idealisiert zu sein, was sich nicht erst beim amtierenden Präsident beobachten lässt.

In England dagegen herrscht, was die Durchleuchtung des Staates und seiner Repräsentanten angeht, eine vergleichsweise unkontrollierte Hemmungslosigkeit vor, wobei ein mitunter reichlich derber britischer Humor bekanntlich auch davor nicht Halt macht, sich selbst der Lächerlichkeit preis zu geben. Nicht von Ungefähr stammen Geheimniszerstörer und vorprotestantische Bilderstürmer wie Duns Scotus und Wilhelm von Ockham (bekannt geworden als „doctor subtilis“ und „Rasiermesser“) von der Insel,<sup>18</sup> derweil Frankreich noch heute unter den Nachwirkungen katholischer Verzauberung steht. Selbst die Vernunft riecht im Geburtsland der Aufklärung, dem *pays des lumières*, nach Dogmatik.

Wo Gemeinschaftsanliegen wie in Frankreich oder auch Deutschland ihre Antworten regelmäßig in staatlichen oder zumindest in staatlich unterstützten Institutionen finden, tendiert die angelsächsische Tradition eher zum Prinzip der Selbstkontrolle; favorisiert daher Eigeninitiative und private Selbstorganisation.

#### IV. Die Eigenrationalität der Gesellschaft

Die grundlegende Skepsis, welche der Selbstorganisation manchenorts entgegengebracht wird, stützt sich auf die Vorstellung, dass staatliche „Vermittlung“ in Gestalt öffentlich-behördlicher Konfliktbewältigungsstrukturen grundsätzlich eine höhere Legitimität bzw. Rationalität für sich in Anspruch nehmen könne, als die zahlreichen Formen privater Selbstregelungs-

lised down to the last detail, an observable fact that is not limited to the current President.

In England on the other hand, as regards investigation of the state and its representatives, a comparatively uncontrolled lack of restraint prevails, whereby the sometimes rather crude British humour, as we know, sees nothing wrong in poking fun at itself. It is no coincidence that the demolishers of secrets and pre-Protestant iconoclasts such as Duns Scotus and William of Ockham (known respectively as the “doctor subtilis” and for the “razor”) hailed from the British Isles<sup>18</sup> while France still labours under the after-effects of the Catholic spell. Even reason smells of dogma in the *pays des lumières*, the native land of the Enlightenment.

Where, as in France or Germany, communal issues are regularly dealt with by national or at least state-sponsored institutions, the Anglo-Saxon tradition prefers the principle of self-control, therefore favouring self-initiatives and private self-organisation.

#### IV. The self-rationality of society

The fundamental scepticism with regard to self-organisation that exists in certain places is based on the notion that intercession by the state in the shape of public and official conflict management structures can in principle lay claim to a higher form of legitimacy or rationality than the numerous forms of private self-regulation arrangements. Such a prerogative assumes that,

---

18 Sie haben durch einen individualistischen Nominalismus die Auflösung der Universalien vorbereitet. Genauer Kurt Flasch, *Das philosophische Denken im Mittelalter. Von Augustin zu Machiavelli*, Stuttgart 1988, S. 427–459 (insbes. 458 f.) sowie *ders.*, *Kampfplätze der Philosophie. Große Kontroversen von Augustin bis Voltaire*, Frankfurt am Main 2008, S. 193–210.

---

18 Through an individualistic nominalism they prepared the way for the elimination of universals. For more detail see Kurt Flasch, *Das philosophische Denken im Mittelalter. Von Augustin zu Machiavelli*, Stuttgart 1988, p. 427–459 (esp. 458 f.) and *ibid.*, *Kampfplätze der Philosophie. Große Kontroversen von Augustin bis Voltaire*, Frankfurt am Main 2008, p. 193–210.



arrangements. Eine solche Prerogative des Staates unterstellt, dieser könne dank seines umfassenderen (Experten)Wissens Konfliktsituationen besser entscheiden, als es das der relational-experimentellen Ordnung eingeschriebene Sozialkapital einer liberalen Gesellschaft vermöchte.<sup>19</sup> Ein mittlerweile salonfähiges Misstrauen gegenüber dieser „Selbstorganisationsleistung des Privaten und der ‚Privatrechtsgesellschaft‘“ zieht es deshalb vor, den allzuständigen Staat und seine Ausgleichsleistung gegen jede Form von Benachteiligung in Stellung zu bringen.<sup>20</sup>

Ordnungspolitisch kann es jedoch vor bestimmten, in der Selbstorganisation eines liberalen Systems unvermeidlich auftretenden Anpassungszwängen keinen Schutz geben; man ignorierte sonst das gerade in der Wirtschaft „notwendige Moment der ‚kreativen Zerstörung‘ (Schumpeter)“.<sup>21</sup> (Ein Caveat in Klammern und aus aktuellem Anlass: Schumpeters Bonmot weist auf die Tatsache der Innovationsdynamik, welcher wir in einer sich ungebremst ausdifferenzierenden modernen Gesellschaft hilflos ausgeliefert sind und ist – um vorzugreifen – namentlich angesichts der akuten Finanzmarktkrise ausdrücklich nicht als Rechtferti-

owing to its more comprehensive (expert) knowledge, the state is better able to decide conflict situations than the social capital of a liberal society that is invested in the relational-experimental order.<sup>19</sup> A now accepted distrust of the self-organisation offered by the private sphere and the “private law society” therefore prefers to use the all-competent state and its compensatory effects against all forms of disadvantage.<sup>20</sup>

Regulatory policy however offers no protection against certain obligations to conform that inevitably arise in the self-organisation of a liberal system; one would otherwise be ignoring the “necessary moment of creative destruction” (Schumpeter) that is vital to the economy.<sup>21</sup> (A caveat in parentheses and as regards current events: Schumpeters *bon mot* relates to the fact of the dynamics of innovation to which we are helplessly prey in an indiscriminately differentiating modern society and which – to anticipate – must expressly not, particularly in view of the acute financial markets crisis, be understood as a justification for the

19 Karl-Heinz Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen 2004, S. 32 ff., 38 sowie hierzu grundlegend *ders.*, Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“, Tübingen 2006, passim; vgl. auch Ulrich R. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus, Berlin 1998, S. 22, 41.

20 Vgl. Ladeur, Kritik der Abwägung, S. 37 sowie Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 253 f.

21 Ladeur, Kritik der Abwägung, S. 37, 43 f.; vgl. *dens.*, Der Staat gegen die Gesellschaft, S. 261; zum Begriff der „kreativen Zerstörung“ Joseph A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, New York 1992 (EA 1942), S. 83.

19 Karl-Heinz Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen 2004, p. 32 ff., 38 and fundamental in this respect *ibid.*, Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“, Tübingen 2006, passim; see also Ulrich R. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus, Berlin 1998, p. 22, 41.

20 See Ladeur, Kritik der Abwägung, p. 37 and Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001, p. 253 f.

21 Ladeur, Kritik der Abwägung, p. 37, 43 f.; see *ibid.*, Der Staat gegen die Gesellschaft, p. 261; regarding the term “creative destruction”, see Joseph A. Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, New York 1992 (originally published 1942), p. 83.

gung des Bankencrashes zu verstehen. Banken stellen in einer Volkswirtschaft gerade nicht beliebig ersetzbare Akteure dar, sondern bilden für diese vielmehr eine *conditio sine qua non*, indem sie sie mit Zahlungsfähigkeit versorgen. Mehr dazu hinten).

Um das vor der Klammer Erläuterte abschließend noch einmal aufzunehmen: Da sich Rationalität nur im Konkreten, Alltäglichen, Spezifischen ereignet,<sup>22</sup> können alle Versuche, in ihrem (der Rationalität) Namen staatlich normiertes Gemeinwohl auf Kosten privater Selbstorganisation zu propagieren, nicht umhin, einerseits die praktischen Formen der Problembewältigung zu ignorieren und andererseits die Vernunft des im Expertenkreis geführten (wissenden) Diskurses überzubewerten.<sup>23</sup> Beides ist aus liberaler Sicht ausgesprochen fragwürdig. Friedrich A. von Hayek hat diese Entwicklung in seinem Werk denn auch wiederholt scharfsinnig analysiert und kritisiert.<sup>24</sup>

banking crash. Banks are not arbitrarily replaceable players in a political economy, but are rather a *conditio sine qua non* for it, supplying it with solvency. More on this below).

To return to and conclude the point made before the brackets: as rationality occurs only in the concrete, the ordinary, the specific,<sup>22</sup> all attempts to propagate state standardised public welfare at the expense of private self-organisation in the name of rationality will of necessity ignore the practical forms of problem management while overvaluing the reason of the (knowing) discourse held in expert circles.<sup>23</sup> Both of these prospects are, for liberals, extremely dubious. F.A. von Hayek also astutely analysed and criticised this development on repeated occasions in his work.<sup>24</sup>

22 Dazu ausführlich *Marcel Alexander Niggli*, *Menschliche Ordnung. Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Strafretheorie*, Basel, Genf, München 2000, S. 314 f., 320, 366 f.

23 *Ladueur*, *Kritik der Abwägung*, S. 43, 51; vgl. auch *Jack M. Balkin*, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, *The Yale Law Journal* Vol. 104 (1995), S. 1935 ff., 1947. *Ladueur*, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, S. 109 f. schreibt von „implizitem Wissen“, das sich permanent neu zusammensetzt, von dynamischen „Erfahrungswelten [...]“, die an die [praktischen] Beziehungsnetzwerke in der Gesellschaft gebunden sind und die sich nicht in vollem Umfang in den öffentlich organisierten ‚Wahrnehmungsfeldern‘ abbilden lassen.“ m.w.H.; vgl. auch *Helmut Willke*, *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2002, S. 168 ff., der mit Prusak Wissen als „local, sticky and contextual“ bezeichnet, aber bezüglich der Möglichkeit eines Explizierens jenes impliziten Wissens am Ende viel Optimismus aufbringt.

24 Siehe nur *Friedrich August von Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie* (hrsg. v. Viktor Vanberg, übers. v. Monika Streissler), Tübingen 2003, S. 16 f., 51, 53, 158 ff., 280, 446 f., 451 ff.

22 A full explanation in *Marcel Alexander Niggli*, *Menschliche Ordnung. Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Strafretheorie*, Basel, Geneva, Munich 2000, p. 314 f., 320, 366 f.

23 *Ladueur*, *Kritik der Abwägung*, p. 43, 51; see also *Jack M. Balkin*, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, *The Yale Law Journal* Vol. 104 (1995), p. 1935 ff., 1947. *Ladueur*, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, p. 109 f. writes of implicit knowledge that permanently takes on new forms, of dynamic experience worlds [...] that are linked to the [practical] networks of relationships in society and cannot be fully visualised in the publicly organised fields of perception. m.w.H.; see also *Helmut Willke*, *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2002, p. 168 ff., who together with Prusak categorises knowledge as “local, sticky and contextual”, but who ultimately shows considerable optimism with regard to the possibility of explaining such implicit knowledge.

24 See only *Friedrich August von Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie* (publ. by Viktor Vanberg, trans. Monika Streissler), Tübingen 2003, p. 16 f., 51, 53, 158 ff., 280, 446 f., 451 ff.

### V. Zur Unmöglichkeit der Krisenprävention

In einer liberalen ausdifferenzierten Gesellschaft wie der unseren entsteht in allen Nischen und an allen Ecken täglich neues Wissen. Innovationen in Wissenschaft und Wirtschaft sorgen sowohl für eine Veränderung bisheriger Organisationsmuster als auch für die Herausbildung neuer Systeme, die ihrerseits nach überraschenden Logiken funktionieren, ihre Umwelt irritieren und damit immer auch zahlreiche Unsicherheiten – sowohl Risiken als auch Chancen – für etliche Lebensbereiche bergen, deren tatsächliches Gesicht allerdings niemand vorhersehen kann.<sup>25</sup> Man kennt es nur, wenn sie sich realisieren; und selbst dann kennt man von ihnen nur diesen einen Auftritt, den zu verhindern es nunmehr ohnehin zu spät ist. In einer solchen Wirklichkeit haben es Konzepte staatlicher Prävention und entsprechende Vorsorgemaßnahmen schwer. Sie leiden grundsätzlich an ihrem Mangel an konkretem Wissen; sind also einerseits nötig wie andererseits unmöglich, um es paradox zu formulieren.<sup>26</sup>

So werden auch andere Steuerungsversuche, so genannte Anreizmaßnahmen, von den jeweils angereizten Systemen mitunter völlig anders gelesen als geplant. Man spricht dann von unbeabsichtigten Nebenwirkungen oder von „*effet pervers*“.<sup>27</sup> Zu erwarten, dass der Staat nun all dieses Wissen, diese Momentaninnovationen und ihre unmittelbaren Auswirkungen nur schon abschätzen, geschweige denn zuvorkom-

### V. On the impossibility of crisis prevention

In a liberally differentiated society like ours, new knowledge arises daily almost everywhere we look. Innovations in science and economics mean both a change in previous organisation models and the development of new systems that for their part function according to surprising logics, confuse their environment and thus always also entail numerous uncertainties – both risks and chances – for several areas of life, while it is impossible to predict what they will actually look like.<sup>25</sup> We only know them when they appear; and even then we are only aware of one instance, which is in any case now too late to prevent. In such a reality, concepts of state prevention and appropriate precautionary measures are of little use. Their fundamental flaw is their lack of concrete knowledge: they are thus, to phrase it in paradoxical terms, as necessary as they are impossible.<sup>26</sup>

Thus other control attempts, so-called incentive schemes, by the relevant incentivised systems sometimes turn out utterly differently from the way they are planned. We then speak of unintentional side effects, or the “*effet pervers*”.<sup>27</sup> To expect the state just to evaluate all this knowledge, these transitory innovations and their immediate effects, let alone to forestall to them, is completely illusory. But it is not only the state that is overburdened here. Every other insti-

25 Zum Ganzen *Willke, Dystopia*.

26 Ähnlich zum Problem der Folgenberücksichtigung bei juristischen Entscheidungen *Gunther Teubner, Folgenorientierung*, in: ders. (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden 1995, S. 9 ff., 12.

27 Zur Problematik grundsätzlich *Gunther Teubner, Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 13 (1984), S. 109 ff.

25 On this topic as a whole *Willke, Dystopia*.

26 Similarly, on the problem of the subsequent consideration of legal decisions, *Gunther Teubner, Folgenorientierung*, in: *ibid.* (pub.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden 1995, p. 9 ff., 12.

27 Regarding the basics of the problem *Gunther Teubner, Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 13 (1984), p. 109 ff.

mend abfedern könnte, ist völlig illusorisch. Aber nicht nur der Staat ist hier überfordert. Auch jede andere mit Fachwissen ausgestattete Institution, auf deren Erkenntnisse sich der Staat stützen will, steht vor unüberwindbaren Grenzen. Das Bewusstsein für die latenten Gefahren mag im jeweiligen Wirtschaftsbereich oder der Wissenschaft stärker vorhanden sein, aber deren konkrete Fratze kennt niemand.

Insofern sind alle Maßnahmen zur Gefahrenkontrolle diffus, kann man das konkrete Kontrollwissen zur Verhinderung der effektiven Gefahrenfolgen doch immer erst nach dem Eintritt der Unfälle haben (wenn überhaupt). Dann, wenn es also zu spät ist.<sup>28</sup> Denn auch Gefahren realisieren sich in der Zukunft nie mehr gleich, werden vielmehr durch die stete innere Umgestaltung der sie generierenden Systeme – welche auch ohne bewusste „Reflexion“ am entstandenen Schaden mit jeder Operation „klüger“ werden – beiläufig entschärft oder von den anderen, sich ihrerseits verändernden Systemen stets neu wahrgenommen, ereignen sich mithin in einem beständig neuen Umfeld. Was heute ein Unfall ist, kann morgen schon ein Segen sein.

tution with specialised knowledge on which the state wishes to draw is faced with insurmountable barriers. An awareness of the latent dangers may exist more strongly in a particular economic sector or branch of science, but no-one knows what they actually look like.

To that extent, all danger control measures are blurred, as the concrete control knowledge for the prevention of the actual consequences of the danger is in fact only available (if at all) once the incidents have occurred, i.e. once is too late.<sup>28</sup> Dangers never occur in the same form twice: rather, through the constant inner transformation of the systems generating them – which with each operation become more intelligent without any conscious “reflection” regarding the damage caused – they are incidentally mitigated or are constantly differently perceived by other systems, which are for their part continually changing, and therefore occur in consistently new surroundings. What is today held to be a misfortune may tomorrow be seen as a blessing.

---

28 Und wenn die Maßnahme, welche den Eintritt des Unfalls noch vor kurzem hätte verhindern können, nunmehr fatale Folgen zeitigen würde. So meint der Volkswirtschaftler *Martin Hellwig* bezüglich der Forderung nach einer Erhöhung des Eigenkapitals der gegenwärtig infolge der Finanzmarktkrise in Liquiditätsgpässen stekenden Banken: „Im Nachhinein Eigenkapitalanforderungen zu stellen, verschärft die Probleme noch. [...] Die Regulierung [Basel II über Eigenmittelvorschriften] trägt zur Abwärtsspirale bei. Wenn die Preise von Wertpapieren so stark fallen, dass die Verluste das überschüssige Eigenkapital der Bank auffressen, dann muss die Bank Wertpapiere verkaufen, um der Regulierung zu genügen. Dieser Verkauf verstärkt den Abwärtsdruck im System.“ NZZ vom 20./21. Dezember 2008, S. 29.

---

28 And if the measure which just before could have prevented the occurrence of the accident now proved fatal. Thus the political economist *Martin Hellwig* concerning the demand for an increase in the equity capital of the banks which are currently low on liquidity due to the financial markets crisis: “Imposing equity capital requirements after the event will intensify the problems. [...] The regulation [Basel II regarding capital resources regulations] contributes to the downward spiral. If the prices of securities fall so steeply that the losses consume the surplus equity capital of the bank, then the bank must sell securities to comply with the regulation. Such sales strengthen the downward pressure in the system.” NZZ, 20/21 December 2008, p. 29.

So können auch in schlechter Absicht unternommene Handlungen positive Effekte haben. Doch was ist schon gut, was böse. Hegel sprach von der „List der Vernunft“, welche „die Leidenschaften für sich wirken lässt [...]“.<sup>29</sup> Kontrolle ist da nur noch eine Metapher zur nachträglichen Artikulation von Bewältigungsbereitschaft – die nächste Krise kommt ohnehin auf anderen Wegen; dafür sorgen die unberechenbaren Innovationen einer sich stets verändernden Umwelt automatisch. So waren die geplatzten Blasen in der Vergangenheit etwa einer Tulpenmanie (1637), einem Südseetraum (1720), Dotcom-Phantasien (2000) oder jüngst einem Immobilienboom zu verdanken.<sup>30</sup> Und selbst im Mittelalter und der Antike wurde der scheinbar immer wieder gleiche Krieg oft durch kleine schlaue, meist zufällige Einfälle, Evolutionen im Kriegswerkzeug oder bei der Strategie, entschieden. Die Idee der Steuerung erweist sich in diesem Zusammenhang zusehends nur noch als symbolischer Zuständigkeitswille, derweil sich die vermeintlich gesteuerten Systeme nur noch selbst steuern können.<sup>31</sup>

Der Wunsch nach Koordination dieser Systeme wächst gewissermaßen proportional zu ihrer Verselbständigung, das Bedürfnis nach Regulierung von Innovation parallel zu deren Unwahrscheinlichkeit. Es ist dann zuweilen von hemmungslosem Wachstum, unkontrollierbarem Fortschritt, entsprechenden Risiken, sozialem Ungleichgewicht oder neuer Unübersichtlichkeit<sup>32</sup> und Orientierungslosigkeit die Rede, wenn

Thus actions taken with malevolent intent can also have positive effects: what is now good was once evil. Hegel spoke of the “cunning of reason”, “setting the passions to work for itself [...]”.<sup>29</sup> Control here simply stands for the belated articulation of the readiness to take remedial action – the next crisis will in any case arrive by other routes, a state of affairs automatically ensured by the incalculable innovations of a constantly changing environment. Thus the failures of the past include the tulip mania (1637), the South Seas bubble (1720), dotcom fantasies (2000) and recently the real estate boom.<sup>30</sup> And even in the Middle Ages and antiquity, wars, outwardly of the same appearance, were decided by small, smart, usually fortuitous ideas, tiny evolutions in the instruments of war or in strategy. The idea of control in this connection increasingly turns out to be a symbolic desire for competence, with the putatively controlled systems only being able to control themselves.<sup>31</sup>

The wish to co-ordinate these systems to a certain extent grows proportionally as they take on a life of their own, with the need to regulate innovation growing in parallel to its improbability. Talk may then be of unrestrained growth, uncontrollable progress, appropriate risks, social imbalance or new complexity<sup>32</sup> and disorientation when thoughts turn to the consequences of a continuous differentiation of society; such dif-

29 G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werke Bd. 12 (hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel), Frankfurt am Main 1986, S. 49.

30 Vgl. Charles P. Kindleberger, Manien, Paniken, Crashes. Die Geschichte der Finanzkrisen dieser Welt, Kulmbach 2001.

31 Vgl. etwa Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main, S. 336 ff.

32 Jürgen Habermas, Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V, Frankfurt am Main 1985.

29 G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werke Bd. 12 (pub. by Eva Moldenhauer and Karl Markus Michel), Frankfurt am Main 1986, p. 49.

30 See Charles P. Kindleberger, Manien, Paniken, Crashes. Die Geschichte der Finanzkrisen dieser Welt, Kulmbach 2001.

31 See Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main, p. 336 ff.

32 Jürgen Habermas, Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V, Frankfurt am Main 1985.

über die Folgen einer anhaltenden Ausdifferenzierung der Gesellschaft nachgedacht wird; einer Ausdifferenzierung, welche gemäß Luhmann durch innere Unterscheidung qua Selbstreferenz die weitere Verselbständigung und damit Trennung der verschiedenen Funktionssysteme vorantreibt, mit der Vervielfältigung ihrer gegenseitigen Irritationen jedoch und den Folgen des jeweiligen Un- bzw. Missverstehens ihre wechselseitigen Abhängigkeiten verstärkt.<sup>33</sup>

## VI. Auf dem Weg zu einer Finanzmarktverfassung?

### A. Die Krise

Aktuelles Anschauungsmaterial für die Unübersichtlichkeit der Prozesse in ausdifferenzierten Gesellschaften, sowohl für die Autonomie ihrer Systeme als auch für deren mitunter akuten Koordinationsbedarf, bietet anhand der Systeme Wirtschaft und Politik das Problemkonglomerat, welches sich derzeit um den Begriff der globalen Finanzkrise sammelt.

Der Ablauf der Krise lässt sich nach aktuellem Wissensstand wie folgt beschreiben: Am Anfang steht der Immobilienboom in den USA. Dieser wurde begünstigt durch den massiven Wertverlust des Dollars, der aufgrund der auch infolge des Irakkrieges dramatisch steigenden Staatsverschuldung zu verzeichnen war und die Sparer dazu anhielt, ihr Vermögen in inflationsresistente Sachwerte, v. a. Immobilien, zu investieren. Hierfür wiederum motivierte auch die Tiefzinspolitik der amerikanischen Notenbank, welche damit ihrerseits die Wirtschaft, nach den Anschlägen vom 11. September 2001,

differentiation, which according to Luhmann through its internal distinction *qua* self-reference promotes the ever-greater independence and thus separation of the different function systems, nevertheless, by multiplying the mutual confusions and the consequences of respective incomprehension or misunderstanding, reinforces their reciprocal dependencies.<sup>33</sup>

## VI. Are we on the way to a financial market constitution?

### A. The crisis

Current illustrative material for the complexity of the processes in differentiated societies, regarding both the autonomy of their systems and the sometimes acute necessity for their co-ordination, offers, on the basis of the economic and political systems, the group of problems that is at present collected around the concept of the global financial crisis.

The crisis, according to current knowledge, developed as follows. At the beginning was the real estate boom in the USA. This was helped by the massive loss in the value of the dollar, due to the dramatic rise in the national debt, in part owing to the Iraq war, which encouraged savers to invest their assets in inflation-resistant tangible assets, especially real estate. This was also motivated by the low interest rate policy of the American Federal Reserve, which for its part wished to prevent a recession in the economy following the attacks of 11 September

---

33 Vgl. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, S. 745, 789, 794 f. sowie *dens.*, Soziale Systeme, S. 576 f.; vgl. auch *dens.*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, Opladen 1987, S. 67 ff., 72 und *dens.*, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 3. Aufl. Berlin 1986 (EA 1965), S. 29.

---

33 See Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, p. 745, 789, 794 f. and *ibid.*, Soziale Systeme, p. 576 f.; see also *ibid.*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *ibid.*, Soziologische Aufklärung 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, Opladen 1987, p. 67 ff., 72 and *ibid.*, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 3<sup>rd</sup> edition Berlin 1986 (originally published 1965), p. 29.

vor einer Rezession bewahren wollte. Anlässlich der großen Nachfrage nach Eigenheimen stiegen die Immobilienpreise stetig an, was Investitionen zusätzlich attraktivierte. Der tiefe Leitzins ermunterte die Banken ihrerseits zur Gewährung günstiger Hypothekarkredite auch an „Subprime“-Kreditnehmer, also an Personen mit schlechter Bonität.

In – angesichts der ungebrochen steigenden Nachfrage – zunächst berechtigter Erwartung einer Fortsetzung jenes Immobilienbooms ließen sich mit den zu diesem Zweck verbrieften Hypothekenkrediten und deren Bündelung in neuen Anlageinstrumenten („Collateralized Debt Obligations“) auf dem globalen Kapitalmarkt hohe Renditen erzielen. Zumal in den USA waren hohe Renditen infolge des stark abnehmenden Dollarwertes ein „must“. Insofern hat die Investition in die fraglichen Papiere noch nichts mit Gier zu tun, sondern entspricht einer durchaus rationalen Verhaltensweise der Banken. Schließlich waren jene Papiere auch in Europa überaus begehrt. Als nun jedoch das Zinsniveau mit einer sich erholenden Wirtschaft ab 2005 wieder anstieg, verteuerten sich die variabel verzinsten Hypotheken, so dass unzählige Hausbesitzer in Zahlungsnot gerieten und die Banken deren Häuser übernehmen mussten. Mit diesem Überangebot an Immobilien begann deren Marktwert mehr und mehr einzubrechen, die Hypotheken und mit ihnen verbrieften Papiere waren nunmehr wertlos.

2001. Given the large demand for home ownership, real estate prices rose continuously, attracting further investment. The low prime rate also encouraged the banks to grant cheap mortgages to subprime borrowers, i.e. those with poor credit ratings.

The initial expectation of a continuation of the real estate boom, justified by the uninterrupted rise in demand, led to the issue of mortgage-backed securities and their bundling into new investment instruments (“Collateralized Debt Obligations“), bringing high returns on the global capital markets. Particularly in the USA, high yields were a must due to the precipitous fall in the value of the dollar. To this extent, investing in such dubious securities had nothing to do with greed, but was simply rational behaviour on the part of the banks. Finally, these securities were also in very high demand in Europe. When, however, interest rates began to rise again with the recovery in the economy from 2005, the variable interest payable on the mortgages increased, so that innumerable homeowners got into payment difficulties and their houses were repossessed by the banks. This excessive supply of real estate over demand resulted in a collapse in its market value, with the consequence that the mortgages and related securities became worthless.

## B. Selbstregulierung ...

Wenn nun im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Stützung des Bankensystems behauptet wird, die Politik habe die Banken gerettet,<sup>34</sup> so ist das unter systemtheoretischen Gesichtspunkten falsch. Das Geld stammte in den meisten Fällen zum überwiegenden Teil von den Zentralbanken und diese erfüllen ihren Stabilisierungsauftrag gegenüber den Geld- und Finanzmärkten ohne Weisungen seitens der Regierung. Sie sind aufgrund ihres autonomen juristischen Status von der Staatsverwaltung und entsprechenden Einflüssen unabhängig, stehen vielmehr jenseits der Politik im Zentrum des Wirtschaftssystems, indem sie dieses über die Geschäftsbanken mit Zahlungsfähigkeit versorgen.<sup>35 / 36</sup>

## B. Self-regulation...

Assertions that the measures taken in support of the banking system mean that the political system has saved the banks<sup>34</sup> are, using system-theoretical criteria, false. The money was in most cases predominantly issued by the central banks, which perform their stabilisation functions in relation to the money and financial markets without instructions from government. Their autonomous legal status makes them independent of the public administration and the corresponding influences: rather, they are located in the centre of the economic system, beyond politics, and ensure its solvency via the commercial banks.<sup>35 / 36</sup>

---

34 Angesichts zahlreicher wichtiger Geschäftspartner, welche sie mit Zahlungsfähigkeit versorgen, enormer Kundenguthaben und Hunderttausenden von Arbeitsplätzen weltweit erweisen sich Großbanken wie UBS oder Citigroup nach neuer – bemerkenswerter – Terminologie als „too big to fail“. Ordnungspolitische Gründe sowie die volkswirtschaftlichen Risiken sprechen deshalb für eine Redimensionierung solcher Institute. Von der Alternative einer Verstaatlichung ist aufgrund der erfahrungshalber voraussichtlichen Folgen für die Produktivität und Konkurrenzfähigkeit abzusehen. Eine größere Vorsicht der Wettbewerbsbehörden wäre jedenfalls bei Bankfusionen, namentlich auch bei den angeblich zugunsten einer Stabilisierung des Finanzsystems staatlich mitfinanzierten Übernahmen angeschlagener durch weniger angeschlagene Großbanken, angezeigt. Dazu *Niklaus Blattner*, Der Elefant im Konferenzraum, NZZ vom 17. 2. 2009, S. 23.

---

34 In view of the numerous important business partners to which they provide solvency, their enormous customer assets and their hundreds of thousands of employees worldwide, major banks such as UBS or Citigroup are deemed, in the remarkable modern phrase, as “too big to fail”. For reasons both of regulatory policy and economic risks there are therefore now calls for a redimensioning of such institutions. On the basis of experience, the alternative of nationalisation is to be avoided due to the consequences for productivity and competitiveness. Greater caution on the part of the competition authorities would nevertheless be required in the case of bank mergers, notably in the case of the state co-financing the takeover, supposedly in aid of the stabilisation of the financial system, of ailing major banks by those that are less affected. See *Niklaus Blattner*, Der Elefant im Konferenzraum, NZZ, 17. 02. 2009, p. 23.



Auch wenn in den vergangenen Wochen vorwiegend Politiker ihre Zuständigkeit reklamiert haben; das Beispiel zeigt, dass eigentlich nur das System selbst wiederum für seine Funktionsfähig sorgen kann. Das System Wirtschaft muss sich mit seinen eigenen Mitteln – Illiquidität durch Liquidität – kurieren lassen, was in der Tat vergleichbar ist mit dem Alkoholiker, der nur durch

Even if it has mainly been politicians who in the past weeks have protested their competence, the example shows that only the system itself can actually ensure its own functioning. The economic system must cure itself with its own means, i.e. curing illiquidity with liquidity, like an alcoholic who can only be placated with hard liquor.<sup>37</sup> Anyone who wishes to read into the financial commitment of states to the banks the proof of both the necessity and the success of political

35 Vgl. *Luhmann*, *Wirtschaft der Gesellschaft*, S. 117 f., 144 ff.; bezüglich der Aufgaben und der Unabhängigkeit der Schweizerischen Nationalbank vgl. Art. 5 Abs. 2 Ziff. a, b, e sowie Art. 6 und 9 Abs. 1 des Nationalbankgesetzes vom 3. Oktober 2003 (SR 951.11). Die schweizerische Großbank UBS beispielsweise kann ihre problematischen Immobilienpapiere an eine von der Nationalbank beherrschte Zweckgesellschaft (in Gestalt der jungen Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK); zu deren fraglicher Eignung für den vorgesehenen Zweck *Peter V. Kunz*, *Finanz und Wirtschaft* vom 6. 12. 2008, S. 20 sowie *ders.*, *Jusletter* vom 15. 12. 2008) auslagern (ähnliche Auslagerungsmodelle werden jetzt auch in der EU diskutiert, *NZZ* vom 10. 2. 2009, S. 17), wofür die Nationalbank der UBS einen Preis von 54 Milliarden Dollar (nach neuen Berechnungen nur noch rund 35 Mrd. \$) bezahlt. Lediglich 6 Mrd. (bzw. neu ca. 4 Mrd., vgl. *NZZ* vom 11. 2. 2009, S. 19, 21) Franken, welche die UBS selbst in die Zweckgesellschaft einschließen muss, bezieht sie von der Eidgenossenschaft, welche dafür bei UBS eine Pflichtwandelanleihe zeichnete (bundesrätliche Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008, SR 611.055) und von dieser bis zur spätestens in 30 Monaten erfolgenden Wandlung der Anleihe in UBS-Aktien einen jährlichen Zins von 12,5 %, rund 750 Millionen Franken, erhalten wird. (Die Eidgenossenschaft hofft indes, die Wandelanleihe schon vor Ablauf der Frist an andere Investoren veräußern zu können (*NZZ* vom 6. 12. 2008). Dieses unternehmerische Engagement des Bundes stützt die schweizerische Regierung (Bundesrat) faut de mieux auf – tatbestandsmäßig zweifelhaftes (so *Martin Lendi*, *SJZ* 2008, S. 597, Fn. 12) – Notverordnungsrecht aus den Art. 184 und 185, jeweils Abs. 3 der Bundesverfassung, was vom Parlament nachträglich gutgeheißen wurde (vgl. Bundesbeschluss, *BBl* 2008 9003 f.). *Andreas Lienhard* und *Agata Zielniewicz* (*NZZ* vom 16. 2. 2009, S. 8) empfehlen aus rechtsstaatlichen Gründen die Schaffung einer konkreteren gesetzlichen Grundlage.)

35 See *Luhmann*, *Wirtschaft der Gesellschaft*, p. 117 f., 144 ff.; as regards the functions and independence of the Swiss National Bank, see Art. 5 (2) a, b, e and Art. 6 and 9 (1) of the National Bank Law of 3 October 2003 (SR 951.11). The major Swiss bank UBS, for example, can offload its problematic real estate securities to a special-purpose vehicle controlled by the central bank (in the form of the newly-formed *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* (KkK); on the questionable suitability of this for its intended purpose see *Peter V. Kunz*, *Finanz und Wirtschaft*, 6. 12. 2008, p. 20 and *ibid.*, *Jusletter* of 15. 12. 2008) (similar bail-out models are now being discussed in the EU, see *NZZ*, 10. 2. 2009, p. 17), for which the National Bank pays UBS a price of around 54 billion dollars (now only some \$35 billion, according to the latest calculations). Only CHF 6 billion (now CHF 4 billion., see *NZZ*, 11. 2. 2009, p. 19, 21), to be paid by UBS into the special-purpose vehicle, will come from the Swiss state, which to this end has subscribed with UBS an obligatory convertible loan (Swiss Federal Council Regulation on the recapitalisation of UBS AG dated 15 October 2008, SR 611.055) and which will in return receive annual interest of 12.5%, approximately CHF 750 million, up to the conversion of the loan into UBS shares within a maximum period of 30 months. (The Swiss government meanwhile hopes to be able to dispose of the convertible loan to other investors before expiry of this term (*NZZ*, 6. 12. 2008). In the absence of a better solution, this business commitment by the state is being based by the Swiss government in the form of the Federal Council (dubiously, in the light of the facts – see *Martin Lendi*, *SJZ* 2008, p. 597, fn. 12) on the law of emergency decrees under Arts. 184 (3) and 185 (3) of the Federal Constitution, which was retrospectively approved by Parliament (see Federal Resolution, *BBl* 2008 9003 f.). For constitutional reasons, *Andreas Lienhard* and *Agata Zielniewicz* (*NZZ*, 16. 2. 2009, p. 8) recommend the creation of a more solid legal footing.)

Schnaps zu beruhigen ist.<sup>37</sup> Wer aber im finanziellen Engagement der Staaten zugunsten der Banken den Beweis sowohl für die Notwendigkeit als auch für das Gelingen einer politischen Intervention erblicken will, vermischt verschiedene Dinge. Erstens sind Zentralbanken, wie erwähnt, ein wesentlicher Bestandteil des Wirtschaftssystems und nicht der Politik. Dies gilt namentlich auch für die zur Hauptsache von der Schweizerischen Nationalbank finanzierte Auffanggesellschaft zwecks Auslagerung der momentan wertlosen Immobilienpapiere der UBS.<sup>38</sup> Und zweitens kann von

intervention, however, is confusing two different things. First, as mentioned, the central banks are a fundamental component of the economic and not the political system. This in particular holds for the rescue company largely financed by the Swiss central bank that is intended to buy up currently worthless real estate securities from UBS.<sup>38</sup> And, second, there can be no talk of a successful co-ordination of politics and economics if politics, instead of letting the economic system drag itself out of the morass, attempts via massive regulation to influence the functioning of the internal systems of the economy.

36 Wiewohl ursprünglich auch die Nationalbanken infolge des staatlichen Geldmonopols zum politischen System zählten und sich dessen Kriterien unterordneten, hat sich im Zuge der Ausdifferenzierung ein eigenes Geldwirtschaftssystem herausgebildet, gegenüber der Politik abgekoppelt und verselbständigt. Genauso wie Staaten, d.h. (je nach Kompetenz:) Regierungen, Parlamente, Verwaltungen als Zentren des politischen Systems gewissermaßen in letzter Instanz – nach Parteien, Lobbyisten, Verbänden, Umweltorganisationen etc. – darüber entscheiden, ob ein Projekt obsiegt oder unterliegt und welcher Seite des systemleitenden Codes Regierung/Opposition es mithin zuzuordnen ist, entscheiden auch Gerichte als Zentren des Rechtssystems – nach Interpretationsstreitigkeiten in der Lehre und unter Anwälten – ebenso quasi letztinstanzlich über die systemleitende Frage Recht/Nichtrecht, und schließlich die Zentralbanken als Zentren des Wirtschaftssystems – bereits vor den Geschäftsbanken, welche Kredite an die „Realwirtschaft“ weitergeben – über die systemleitende Frage (Geld) Haben/Nichthaben, mittels Regulierung der Geldmenge. Zentralbanken können sich freilich ihrerseits bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (der Bank der Zentralbanken), wenn nötig, Liquidität besorgen. Das wäre, wie wenn das Bundesgericht die Klärung der Frage Recht/Nichtrecht dem EGMR in Straßburg weiterreichen muss. Vgl. zu diesem Exkurs die systemtheoretischen Standardwerke *Luhmanns*: Die Politik der Gesellschaft (2000), Das Recht der Gesellschaft (1993), Die Wirtschaft der Gesellschaft (1988) (allesamt Frankfurt am Main).

37 In diesem Sinne auch *Martin Hellwig*, NZZ vom 20./21. Dezember 2008, S. 29.

38 Vgl. Fn. 35.

36 While, due to the state money monopoly, the central banks also originally formed part of the political system and subordinated themselves to its criteria, as differentiation unfolded, they developed their own financing system, uncoupled from politics and independent in nature. Just as states, i.e. (depending upon their area of competence) governments, parliaments or administrations as centres of the political system, acting to a certain extent as the last authority – after political parties, lobbyists, associations, environmental organisations, etc. have all had their say – decide whether a project will go ahead or not and to which side of the system-fundamental code of government/opposition it is therefore to be assigned, so the courts, as centres of the judicial system – following disputes of interpretation in doctrine and among lawyers – also decide, practically as the highest authority, on the system-fundamental question of right or non-right and, finally, the central banks, as centres of the economic system – before the commercial banks, which then funnel credits to the “real economy” – decide on the system-fundamental question (money) of credit or non-credit by regulating the money supply. Central banks can of course themselves obtain liquidity if necessary from the Bank for International Settlements (the bank of the central banks). An analogy would be the Federal Court submitting the question of right or non-right to the ECHR in Strasbourg for clarification. See on this excursus the system-theoretical standard works of *Luhmann*: Die Politik der Gesellschaft (2000), Das Recht der Gesellschaft (1993), Die Wirtschaft der Gesellschaft (1988) (all Frankfurt am Main).

37 In this sense see also *Martin Hellwig*, NZZ, 20/21 December 2008, p. 29.

38 See fn. 35.

einer erfolgreichen Koordination zwischen Politik und Wirtschaft dann keine Rede sein, wenn die Politik – anstatt das Wirtschaftssystem sich selbst aus dem Sumpf ziehen zu lassen – den Versuch unternimmt, über massive Regulierungen auf die innersystemischen Funktionsweisen der Wirtschaft Einfluss zu nehmen.

Allein entsprechende Drohungen der Politik haben bei der UBS dazu geführt, dass diese ihr Bonusreglement überarbeitet hat, um allfällige Fehlanreize zu korrigieren.<sup>39</sup> Ob und in welcher konkreten Form dies gelingen kann, dürfte die Bank aufgrund ihrer näheren Systemkenntnisse und des Fachwissens ihrer Mitarbeiter eher beurteilen können als die Politik bzw. die sie beratende staatliche Expertenverwaltung, welcher bei aller Sachkenntnis doch der unmittelbare Einblick auch in organisationspezifische „psychologische“ Mechanismen, die eigentliche Praxiserfahrung, abgeht.<sup>40</sup> Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA ist in diesem Fall selbstverständlich nicht angesprochen, ist doch auch sie gegenüber der Politik weisungsunabhängig und bildet vielmehr die sozusagen wissens- bzw. gewissensbasierte Selbstkontrolle des Bankensystems.<sup>41</sup>

Political threats alone have led UBS to revise its bonus rules in order to correct any misguided incentives.<sup>39</sup> The bank, on account of its greater knowledge of the system and the specialised knowledge of its staff, is in a better position to judge whether and in what actual form this might work than the politicians or the state expert apparatus advising them who, for all their expertise, nevertheless lack a direct view of the organisation-specific “psychological” mechanisms, i.e. actual practical experience.<sup>40</sup> FINMA, the Swiss financial market supervisory authority, is of course innocent in this case because it is also independent of political direction and actually embodies the so-to-speak knowledge- or ethics-based self-regulation of the banking system.<sup>41</sup>

---

39 Vgl. NZZ vom 18. 11. sowie 26. 11. 2008, S. 25. Desgleichen die zweite Schweizer Großbank Credit Suisse (CS), vgl. NZZ vom 19. 12. 2008, S. 19, 28.

40 Eine ausführliche systemtheoretische Aufarbeitung der Vorteile von Selbst- gegenüber Fremdregulierung anhand der Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten der schweizerischen Banken bietet *Andreas Abegg*, Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik, KritV 2006, S. 266 ff.

41 Vgl. Art. 21 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

---

39 See NZZ, 18. 11. and 26. 11. 2008, p. 25. Likewise the second major Swiss bank Credit Suisse (CS), see NZZ, 19. 12. 2008, p. 19, 28.

40 For a detailed system-theoretical treatment of the advantages of self-regulation as opposed to external regulation taking as an example the agreement on the duties of care of the Swiss banks, see *Andreas Abegg*, Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik, KritV 2006, p. 266 ff.

41 See Art. 21 of the Financial Market Supervision Law of 22 June 2007 (SR 956.1).

### C. ... versus *Fremdregulierung*

Letztlich könnte sich die erfolgte Selbstregulierung im Falle der UBS als feinere und im Hinblick auf die Funktionsweise des Banken- bzw. Personalbeschaffungssystems angemessenere Lösung erweisen als die deutsche Variante, wo finanzielle Unterstützung durch den Staat mit vergleichsweise engen Auflagen wie pauschalen Limiten für Managerlöhne, dem Verbot von Bonuszahlungen oder Dividendenausschüttungen an die Aktionäre gekoppelt wurden.<sup>42</sup> Nicht verwunderlich ist denn auch die auffallende Zurückhaltung der Banken gegenüber dem Angebot der deutschen Regierung. Dürfte es auf einem annähernd globalisierten Arbeitsmarkt doch nicht mehr ganz einfach sein, die besten Fachkräfte für derart regulierte Institute rekrutieren zu können.

Im Versuch, politisch unerwünschte Eigendynamiken des Systems wie hohe Managerlöhne oder risikoreiche Geschäfte durch harte Verbote zu eliminieren,<sup>43</sup> wird nicht eben zimperlich in die Wirtschaftsfreiheit jener Institute eingegriffen, was wahrscheinlich mit Wettbewerbsnachteilen zu bezahlen sein wird, womit die fraglichen Banken schließlich nur noch stärker in eine Abhängigkeit vom staatlichen Geldgeber getrieben werden.

### C. ... versus *external regulation*

In the long run, the self-regulation practised in the case of UBS may prove to be a more sophisticated and, as regards the functioning of the banking and recruitment systems, more appropriate solution than the German approach, whereby financial support from the state is linked to comparatively strict conditions such as overall limits on managerial salaries, prohibitions on bonus payments or dividend distributions to shareholders.<sup>42</sup> It is therefore no surprise that the banks are clearly reluctant to accept the offer from the German government. In an increasingly globalised job market, it may no longer prove so easy to recruit the best specialists to such regulated institutions.

By introducing strict prohibitions in an attempt to eliminate from the system politically undesirable self-dynamics such as high managerial salaries or high-risk trading,<sup>43</sup> the economic freedom of these institutions will be restricted with, as the probable outcome, competitive disadvantages that will only have the ultimate effect of driving the ailing banks to further dependence on state sources of finance.

---

42 Vgl. § 5 Abs. 2 Ziff. 4 a), c) sowie Ziff. 5 der Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV) vom 20. Oktober 2008 (eBAnz. 2008, AT123 V1); ähnliche Maßnahmen hat nun auch die neue Obama-Regierung in den USA verfügt. NZZ vom 5. 2. 2009, S. 19 mit Kritik S. 26.

43 Bezüglich risikoreicher Geschäfte lautet § 5 Abs. 2 Ziff. 1 derselben Verordnung wie folgt:

„Bei Stabilisierungsmaßnahmen nach § 7 des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes soll den Unternehmen insbesondere aufgegeben werden, 1. ihre Geschäftspolitik und deren Nachhaltigkeit zu überprüfen. Dabei kann der Fonds darauf hinwirken, dass mit besonderen Risiken [...] verbundene Geschäfte oder Geschäfte in bestimmten Produkten oder Märkten reduziert oder aufgegeben werden [...]“

---

42 See § 5 (2) 4 a), c) and 5 of the Financial Market Stabilisation Fund Order (FMStFV) of 20 October 2008 (eBAnz. 2008, AT123 V1); the new administration of Barack Obama has introduced similar measures in the USA. NZZ, 5. 2. 2009, p. 19 with critical comment on p. 26.

43 As regards high-risk businesses, § 5 (2) 1 of the Order provides: “In stabilisation measures pursuant to § 7 of the Financial Market Stabilisation Fund Law, 1) it is in particular the duty of enterprises to examine their business policies and their sustainability. The fund can then ensure that with particular risks [...] related businesses or business in certain products or markets are reduced or abandoned [...]“

Wer hat denn die sowohl formelle als auch fachlich-materielle Kompetenz, den Risikograd eines Geschäftes zu bestimmen? Es scheint, dass diese beiden vernünftigerweise zusammenfallenden Komponenten auseinander gerissen werden. Und wir fragen weiter: ab welcher Unsicherheitsstufe bezüglich der Risikobewertung eines Geschäftes soll dieses dennoch zulässig sein? Inwieweit sind Risiken überhaupt mess- bzw. vorhersehbar? Zumal in einer derart innovativen Branche, die in einem seinerseits dynamischen Umfeld operieren muss und deshalb permanent neue Geschäftsformen und Geschäftsinstrumente entwickelt, deren Risikobeurteilung stets auf Zukunftsvorhersagen angewiesen wäre, die sich grundsätzlich als schwierig, wenn nicht als überhaupt unmöglich herausgestellt haben.<sup>44</sup>

Wer kann sie leisten, die Zukunftsprognose, wer hat den richtigen Blick in die Zukunft? Etwa die staatlich besoldeten Überwacher, die primär Gründe für die Notwendigkeit ihrer Tätigkeit finden müssen? Eine bestimmte fingierte Entwicklung muss sich trotz überzeugender Wahr-Sager in Zukunft keinesfalls bewahrheiten. Mit der Aufspaltung der Kompetenzen wird den Bankfachleuten, welche auf ein langes Erfahrungswissen im Umgang mit hochdynamischen Märkten zurückgreifen können, nun auch ein normativ verstellter Blick über die Machbarkeit von Sicherheit zugemutet. In welche

Who then has the skills, both in terms of form and technical content, to determine the degree of risk involved in a business? It seems that these two elements (that would in reason overlap) are being torn apart. A further question: what is, for a business, the uncertainty threshold in terms of risk? To what extent can risks be even measured or foreseen? Particularly in such an innovative sector that has to operate in a dynamic environment and is therefore constantly developing new business forms and instruments, whose risk evaluation is always dependent on predicting the future, which is itself in principle difficult, if not impossible.<sup>44</sup>

Who can make such prognoses, who can see into the future? The state-appointed supervisors, for instance, who must first and foremost find grounds for the need for their activity? There is absolutely no reason for any imaginary development to come true in the future, despite the convincing pronouncements of fortune-tellers. With the fragmentation of competences, banking specialists, with their long experience of dealing with highly dynamic markets, are now also expected to make a judgment call on the achievability of security. How this tension will be released remains to be seen, as the experiment is still in progress.

---

44 „Banken entwickeln immer neue Geschäfte, und es gibt immer neue Risiken. Die Beurteilung der Risiken sowohl aus der Perspektive des Bankiers als auch aus der Sicht der Aufsichtsbehörden enthält immer ein Element des Ermessens.“ *Martin Hellwig*, NZZ vom 20./21. 12. 08, S. 29. Insofern ist die jüngst neu aufgelegte Forderung *Dirk Baeckers* berechtigt, die Banken sollen ihre Anlageinstrumente den Kunden nicht nach der Unterscheidung Sicherheit/Risiko, sondern nach der realistischeren Alternative Risiko/Gefahr anbieten. *Ders.*, Womit handeln Banken? Eine Untersuchung zur Risikoverarbeitung in der Wirtschaft. Mit einem Vorwort von Niklas Luhmann, Frankfurt am Main 2008 [EA 1991].

---

44 “Banks are always developing new businesses and there are always new risks. The evaluation of risks both from the perspective of the banker and by the supervisory authorities always contains an element of judgment.” *Martin Hellwig*, NZZ, 20/21. 12. 08, p. 29. This justifies the newly formulated demand of *Dirk Baecker* that the banks should offer their investment instruments to customers not on basis of the security/risk distinction, but on the more realistic alternative distinction of risk/danger. *Ibid.*, Womit handeln Banken? Eine Untersuchung zur Risikoverarbeitung in der Wirtschaft. Foreword by Niklas Luhmann, Frankfurt am Main 2008 [originally published 1991].

Richtung sich diese Spannung entladen wird, bleibt abzuwarten. Das Experiment läuft.

Die von der in Deutschland nunmehr installierten Fondseinrichtung beauftragten Funktionäre mögen hoch qualifizierte Fachleute sein, doch in erster Linie müssen sie ihre Tätigkeit, die neue Einrichtung, ihre mit jener verbundenen Kompetenzen rechtfertigen. Sind sie doch letztlich ein wesentlicher Teil der staatlichen Beruhigungsgestik. Und ihre Aufgabe lautet, die Beseitigung bzw. Reduzierung bestimmter für riskant befundener Geschäfte zu veranlassen. Zu diesem Zweck gilt es alle denkbar möglichen Gefahren im Zusammenhang mit alten und neuen Formen von Bankgeschäften und Anlageinstrumenten zu eruieren. Dass aus solch einer Überbetreuung, einem solchen Kontrolldenken heraus geradezu eine Lähmung jeder Risikobereitschaft resultieren kann, ist nicht von der Hand zu weisen.

Die innovationsfeindliche Bemutterung ihrer Tätigkeit dürfte einer flexiblen Geschäftspolitik der Banken jedenfalls eher hinderlich sein – und noch dazu ohne dass diese sich dafür auf jene versprochene Gegenleistung einer sicheren Beseitigung der Risiken verlassen könnten. Vielmehr ist dagegen eine Zunahme der Abhängigkeit jener gut betreuten Institute von ihrem Betreuer wahrscheinlich. Ihrer Konkurrenzfähigkeit scheint *prima vista* jedenfalls nicht geholfen.

An der geschilderten Situation wird noch einmal Luhmanns Feststellung offenbar, dass die Ausdifferenzierung der Systeme eine Steigerung sowohl ihrer Autonomie bzw. Verselbständigung (und damit ihrer Unkontrollierbarkeit) als auch ihrer gegenseitigen Angewiesenheit zur Folge hat. Ihre verständigungsorientierte Koordination erweist sich damit paradoxerweise als zugleich notwendig wie zunehmend illusorisch. Sie kann nur im bescheidenen Rahmen eines behutsamen Vorgehens mit Hilfe

The functionaries assigned by the fund structure that has now be introduced in Germany may well be highly qualified specialists, but they must primarily justify their activities, the new structure and their competences as linked to the structure. They are nevertheless ultimately a fundamental element of the state's calming gestures, with the task of arranging the eradication or reduction of business regarded as risky. For this purpose it is worth eliciting all conceivable possible dangers in relation to old and new forms of banking business and investment instruments. That such excessive supervision and controlling thought processes might well result in a paralysis of the willingness to take risks cannot be dismissed.

The nannying of their activities, with its hostility to innovation, may in fact have the effect of hindering flexible business policies on the part of the banks – yet without the banks being able to rely on the promised trade-off of safe eradication of risk. The far more likely outcome is an increase in the dependence of such carefully supervised institutions on their carers. This would not at first sight appear to be helpful as regards their competitiveness.

Luhmann's statement, that the differentiation of systems means that they both increase their autonomy and take on a greater life of their own (thus increasing their uncontrollability) while growing in mutual dependence, becomes manifest in this situation. Their dialogue-oriented coordination, paradoxically, proves thereby simultaneously necessary and increasingly illusory. Such co-ordination is only to a limited extent possible in the context of a cautious approach with the help of qualified

qualifizierter Intermediäre wie der Finanzmarktaufsicht geleistet werden. Der Rest ist Selbstdisziplinierung, womit explizit auch die Politik angesprochen bleibt.

### *VII.Fazit*

Es gilt also bei so genannten Staatsinterventionen zu unterscheiden, ob sich das Wirtschaftssystem – mittels eines finanziellen Engagements der Zentralbanken zugunsten der Liquidität der Geschäftsbanken einerseits und durch eine differenzierte Korrektur des alten Bonussystems durch die UBS andererseits – quasi selbst steuert, oder ob die Politik kraft inhaltlicher Vorgaben für die Geschäftstätigkeit der Banken – wie in Deutschland – in ein ihr fremdes System eingreift. Ersteres entspricht einem ordnungspolitisch disziplinierten Vorgehen, das die Systemgrenzen respektiert. Letzteres dagegen ist nichts anderes als eine gefährliche Anmaßung von Wissen (Hayek).<sup>45</sup> Im – trotz weitgehender Unkenntnis der genauen Mechanismen – groben Versuch, meist ebenso undurchsichtige Risiken zu beseitigen, läuft man Gefahr besonders unerwünschte Nebeneffekte zu erzielen, deren Folgen sich keineswegs als nebensächlich erweisen müssen.

intermediaries such as the financial market supervisory authority. The remainder is a question of self-discipline, which is explicitly also a concern of politics.

### *VII.Conclusion*

In the case of so-called state interventions it is thus worthwhile to differentiate whether the economic system – by means of a financial commitment by the central banks to support the liquidity of the commercial banks, on the one hand, and by a differentiated adjustment of the old bonus system by UBS on the other – is practically self-regulating, or whether politicians, by determining the business content of the banks' activity (as in Germany), are intervening in a system that is alien to them. The first model corresponds to a disciplined approach in terms of regulatory policy that respects system borders. The second on the other hand is nothing less than a dangerous "arrogance of knowledge" (Hayek).<sup>45</sup> In a crude attempt, despite a general unawareness of the exact mechanisms, to eliminate risks that are usually just as opaque, we run the risk of particularly undesirable side-effects, whose consequences may prove to have considerable effects.

---

45 Siehe die gleichnamige Aufsatzsammlung F. A. von Hayeks, Tübingen 1996 (erster Beitrag, S. 3–15).

---

45 See the essay collection of the same name by F. A. von Hayek, Tübingen 1996 (first art., p. 3–15).

Es gibt keine Alternative zur Einschränkung der Erwartungen gegenüber dem Staat. Ein Geisteswandel, der allen voran den Politikern zu wünschen ist. Sonst wird der Staat „aus Schwäche ‚total‘“, wie es Carl Schmitt formulierte.<sup>46</sup> Aus mangelnder Einsicht in die eigenen Grenzen unternimmt er nur einen weiteren unangemessenen Eingriff in ein ihm fremdes System, der neben der symbolischen Geste vor allem die Hilflosigkeit seines Urhebers zum Ausdruck bringt – im ungünstigsten Fall aber die Krise noch zusätzlich verstärkt.

There is no alternative to a restriction of expectations with regard to the state: a change of mindset, preferably from the politicians first of all. Otherwise the state will become “total as a result of its weakness”, as Carl Schmitt put it.<sup>46</sup> Out of ignorance of its own limits, the state is engaging in yet more inappropriate interference in an alien system which, apart from its symbolic gesture, serves mainly to illustrate the helplessness of its perpetrator – and in the worst cases exacerbates the crisis.

---

46 Er befürchtete nicht ohne Grund die „Politisierung des gesamten menschlichen Daseins“, welche aus der Demokratie droht. *Carl Schmitt, Legalität und Legitimität* (1932), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 4. Aufl. Berlin 2003, S. 263–350, 340. Und weiter: „Ein pluralistischer Parteienstaat wird nicht aus Stärke und Kraft, sondern aus Schwäche ‚total‘; er interveniert in alle Lebensgebiete, weil er die Ansprüche aller Interessenten erfüllen muss. Insbesondere muss er sich in das Gebiet der bisher staatsfreien Wirtschaft begeben, auch wenn er dort auf jede Leitung und politischen Einfluss verzichtet.“ Es werde „kein Staat auf den Anspruch, unter Verneinung und Beseitigung jedes Widerstandsrechtes zu herrschen, jemals verzichten, solange er, wäre es auch noch so schwach, als Staat überhaupt vorhanden ist. Es könnte sich sogar im Gegenteil bestätigen, was B. Constant gesagt hat, dass Schwäche und Mittelmässigkeit die Macht, die ihnen zufällt, krampfhafter und bösartiger gebrauchen, als eine echte Kraft, selbst wenn diese sich von ihrer Leidenschaft hinreissen lässt. Ein schwacher Staat sucht deshalb auch unterschiedslos nach Legalisierungen, Legitimierungen und Sanktionen und bedient sich ihrer, wie er sie findet.“ (342 f.). zum totalen Staat vgl. auch *Schmitt, Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl. Berlin 1996 (EA 1931), S. 78 f.

---

46 His fear of the “politicisation of the entire human existence”, as threatened by democracy, was not unfounded. *Carl Schmitt, Legalität und Legitimität* (1932), in: *ibid.*, *constitutional Legalität und Legitimität* (1932), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 4<sup>th</sup> edition, Berlin 2003, p. 263–350, 340. Further: “A pluralistic party state does not become *total* from strength and authority, but from weakness; it intervenes in all areas of life, because it has to meet the requirements of all interested parties. In particular it must enter the arena of the previously state-free economy, even if it waives all control and political influence there.” “Through the denial and removal of all rights to resist, no state will ever waive its claim to rule as long as it exists, even in weakened form, as a state. The converse could even be confirmed, as B. Constant has said, that weakness and mediocrity use the power given to them more desperately and maliciously than a genuine authority, even where the latter is carried away by its passion. A weak state therefore also looks indiscriminately for legalisations, legitimations and sanctions, using these as it finds them.” (342 f.). On the total state see also *Schmitt, Der Hüter der Verfassung*, 4<sup>th</sup> edition, Berlin 1996 (originally published 1931), p. 78 f.