

Gunther Teubner

**Den Schleier des Vertrags zerreißen?
Zur rechtlichen Verantwortung ökonomisch »effizienter«
Vertragsnetzwerke¹**

I.

Hybride Rationalität

»Den Schleier des Vertrags zerreißen« – ist das die Antwort, die das Privatrecht auf die Herausforderung durch neuartige organisatorische Arrangements »between market and hierarchy« geben sollte? Jahrzehntlang herrschte der Trend zu immer stärkerer wirtschaftlicher Konzentration vor (Chandler, 1977),

»... jedoch seit der Rezession zu Beginn der achtziger Jahre hat sich dieser Trend umgekehrt. Kapital wurde auf verschiedene Gesellschaftseinheiten verteilt, um effiziente Kapitalmärkte zu vervielfältigen. Manager von Großunternehmen zeigten ein wachsendes Interesse an Desintegration, indem sie über Franchising, Konzessionen oder Outsourcing Teile des Produktionsprozesses auf Subunternehmer auslagerten. Ähnliche Entwicklungen lassen sich im öffentlichen Sektor als ein Aspekt von Privatisierungsprozessen beobachten« (Collins, 1990b: 353).

Die jüngste Spezies, welche die sozio-ökonomische Evolution im Prozeß der vertikalen Desintegration hervorbrachte, hat viele Namen. »Hybride«, »Netzwerke«, »symbiotische Verträge«, »organisatorische Gemeinschaften«, »strategische Allianzen«, »vielköpfige Hydren« oder »goldene Handschellen« sind farbige Metaphern für unterschiedliche Aspekte dieser seltsamen quasikorporativen Einheiten, die ihre ökologische Nische in einem »dritten Bereich der Allokation«, einem Zwischenbereich zwischen Markt und Organisation, finden (Twaalhoven und Hattori, 1982; Imai, Nonoka und Takeuchi, 1985; Kaneko und Imai, 1987; Wolf, 1990: 106 ff.). Hybride treten gewöhnlich in vertraglicher Verkleidung auf: Just-in-time-Organisationen und andere Zulieferernetze; Franchising-Vertragssysteme und ähnliche Vertriebsorganisationen; EDV-Verträge als Resultat von »outsourcing«; Netzwerke des bargeldlosen Zahlungsverkehrs im Bankwesen; Subunternehmerverträge in der Bauindustrie; Netzwerke in den Bereichen Energie, Verkehr und Telekommunikation; strategische Allianzen gemeinsamer Forschung; Konsortialverträge zur Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Forschung.

Gerade ihre vertragsrechtliche Verfassung ist eine Herausforderung ersten Ranges für das Privatrecht des Sozialstaates. Denn gegenüber gesellschaftsrechtlich verfaßten

¹ Für wertvolle Mitarbeit und Kritik danke ich Martin Hohlweck, EUI Florenz.

Organisationen hat das soziale Privatrecht schon eine große Zahl von Schutznormen im Haftungsrecht, Arbeitsrecht und Unternehmensverfassungsrecht entwickelt, die das »corporate beast« zähmen sollen. Ob sich aber diese Normen auch zur Domestizierung vertraglicher Hybride eignen, ist problematisch. Wie verhalten sich die Hybride gegenüber sozialen Schutzgesetzen? Gesetzesumgehung oder Innovation – das ist hier die Frage, die sich einer kritischen Rechtsanalyse stellt. Sollte sich herausstellen, daß die Hybride »in Wirklichkeit« ausgewachsene hierarchische Organisationen sind, die lediglich von einem vertraglichen Schleier verdeckt werden, dann muß das Privatrecht diesen Schleier zerreißen. Hinter dem zerrissenen Schleier würde ihre ökonomische Realität sichtbar und die sozialen Schutzvorschriften kämen zu ihrem Recht.

Was aber sind die Maßstäbe einer solchen Kritik? Ein soziales Privatrecht wird häufig so verstanden, daß es Machtphänomenen in der Gesellschaft kritisch gegenübersteht und sich auf die Seite der Verbraucher, Arbeitnehmer und Kleinunternehmer schlägt (neuestens Wilhelmsson, 1992). Diese Standortbestimmung provoziert allerdings ihrerseits die unangenehme Frage, wie eine solche Kritik ihre Parteinahme für besondere gesellschaftliche Interessen mit ihren ursprünglichen universalistischen Ansprüchen vereinbaren kann. Glücklicherweise jedoch verfügen wir noch über ein anderes eher universalistisches Verständnis der Rechtskritik. Dieses Verständnis geht auf die klassische europäische Tradition des Kritizismus zurück, die ihre Aufgabe in der erkenntnistheoretischen Kritik der jeweils herrschenden Vernunft gesehen hat. Kants Kritik der reinen Vernunft wies entgegen der herrschenden spekulativen Metaphysik den Wahrheitsanspruch der philosophischen reinen Vernunft zurück und ersetzte ihn durch das Zusammenspiel von Kategorien »a priori« und empirischer Wahrnehmung (Kant, 1781). Jüngerer Datums ist die Kritik der instrumentellen Vernunft (Horkheimer, 1947) und die Kritik der funktionalistischen Vernunft (Habermas, 1981), die diese Tradition des klassischen Kritizismus weitergeführt haben. Auf dem engeren Feld des Vertragsrechts, in dem ökonomische Transaktionen juristisch rekonstruiert werden, stellt sich heute die sehr viel bescheidenere rechtliche Aufgabe: die Rechtskritik der ökonomischen Vernunft. Das Vertragsrecht weist den imperialistischen Anspruch der ökonomischen Rationalität auf juristische Gültigkeit zurück und ersetzt ihn durch das Zusammenspiel von rechtlich transformierten »policies« und einer autonomen »Episteme« des Rechts.

Was die hybriden Gebilde zwischen Vertrag und Organisation angeht, so kann das Vertragsrecht nicht einfach die ökonomische Deutung übernehmen, wonach das Recht diese Produkte des ökonomischen Evolutionsprozesses als »effizient« zu akzeptieren habe. Vielmehr muß das Vertragsrecht die Logik der Hybride nach eigenständigen Kriterien unter drei verschiedenen Aspekten erneut rekonstruieren: Ihre Effizienz muß einer juristischen Prüfung unterworfen werden, erstens unter der Leitentscheidung »Recht/Unrecht«; zweitens, nach der Maßgabe juristischer »policies«, die nichts anderes als die rechtliche Übersetzung politischer Entscheidungen einer demokratischen Gesetzgebung sind; drittens, nach den Maßstäben einer von »Effizienz« unterschiedenen »Gerechtigkeit«, die unter heutigen Bedingungen als rechtlicher Aus-

gleich zwischen konfligierenden Anforderungen verschiedener sozialer Teilsysteme zu verstehen ist (dazu Teubner, 1989: Kap. 147 f.).

Am Beispiel der Hybride möchte ich eine solche Rechtskritik der ökonomischen Rationalität versuchen. Ich werde mich auf die Rechtsprobleme der externen Haftung der Hybride, der Vertragsgerechtigkeit innerhalb hybrider Vereinbarungen und der »Unternehmens«verfassung der quasi-korporativen Vertragsorganisationen konzentrieren. Dabei werde ich Schritt für Schritt eine kumulative Abfolge von ökonomischen und juristischen Argumenten rekonstruieren.

Verbraucherschutz gegen Hybride?

In der Bauindustrie delegiert ein Unternehmer die Erstellung des Bauwerks an eine große Zahl spezialisierter Subunternehmer. Wenn Fragen deliktischer oder vertraglicher Haftung in einem solchen kooperativen Netzwerk auftreten, ist die Haftung durch den vertragsrechtlichen Charakter des Subunternehmernetzes begrenzt. Ist der Besteller berechtigt, in einer solchen »Vertragsgruppe« den Schleier des Vertrags zu zerreißen, wie er das im Fall eines Konzerns mit Hilfe der Konzernhaftungsregeln könnte? Es sind verschiedene konstruktive Möglichkeiten einer solchen Haftung denkbar, sei es eine »action directe«, eine Ausdehnung des Prinzips »respondeat superior« oder die stellvertretende Haftung eines Handelnden für die gesamte Organisation. Ähnliche Konstellationen finden sich im Zahlungsverkehr der Banken. Wenn in einer Kette von bargeldlosen Überweisungen einer der zahlreichen eingeschalteten Banken ein Fehler unterläuft, hat dann der Kunde einen vertraglichen, deliktischen oder quasivertraglichen Anspruch gegen diese Bank, obwohl keine unmittelbare vertragliche Verbindung zwischen ihm und der Bank besteht? Oder kann er die erste Bank in der Kette für jeden Fehler in Anspruch nehmen, der an einer beliebigen Stelle des Netzwerkes auftritt? Und wie sieht es aus, wenn der Fehler »systembedingt« war, so daß keine einzelne Bank verantwortlich gemacht werden kann, der Fehler also nur dem Abkommen zwischen den beteiligten Bankenverbänden zugerechnet werden kann – dieses Abkommen aber wiederum keinen gesellschaftsrechtlichen, sondern vertraglichen Charakter hat?

Vergleichbare Probleme treten in Franchising-Vertragssystemen auf. Dort betreffen sie die Verantwortlichkeit des zentralen Franchise-Gebers für das Verhalten eines einzelnen Franchise-Nehmers. Besonders schwierig sind Fälle zu behandeln, in denen ein zentrales »product policy committee« eine Rolle spielt, das aus allen Teilnehmern des Franchise-Systems besteht und ein quasi-gesellschaftsrechtliches Element in einem vertraglichen Netzwerk bildet. Wenn ein solches »product policy committee« eine kollektive Entscheidung trifft, die für die Kunden später verheerende Folgen hat, muß dann das gesamte vertragliche Netz kollektiv haftbar gemacht werden?

Arbeitnehmerschutz für halbautonome Unternehmer?

Zulieferer- und Vertriebs-Netzwerke bestehen aus einem zentralen Unternehmen, das von Satellitenunternehmen umgeben ist. Diese Satelliten-Unternehmer bleiben zwar

Eigentümer ihrer Unternehmen und behalten das Residualeinkommen, sind aber durch ein Netz sorgfältig ausgearbeiteter Verträge mit dem Zentralunternehmen in eine dicht geknüpfte Organisation verwoben. Können sich diese hablautonomen Unternehmer unter Hinweis auf ihre wirtschaftliche Abhängigkeit auf die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts berufen, wenn etwas schiefgeht? Bestehen zumindest Schutzvorschriften für den Abschluß solcher, ein Abhängigkeitsverhältnis begründender Verträge? Hat das Zentralunternehmen eine besondere Treuepflicht gegenüber seinen abhängigen Quasi-Arbeitnehmern? Gibt es einen Kündigungsschutz, um zumindest die »sunk investments« des Satelliten-Unternehmers zu schützen?

Eine andere Frage ist es, ob der Arbeitnehmerschutz auch im Verhältnis zwischen den Angestellten des Franchise-Nehmers und dem Franchise-Geber als dem Zentrum des ganzen Franchise-Systems gilt. Unter dem vertragsrechtlichen Franchising-Regime erscheint nur der Franchise-Nehmer als ihr Arbeitgeber. Folgerichtig wären nur die für Kleinbetriebe geltenden Schutzvorschriften anwendbar, und die Arbeitnehmer des Franchise-Nehmers wären der individuellen und kollektiven Rechte beraubt, die sie als Arbeitnehmer in einem Großunternehmen genießen würden. De facto handelt es sich aber bei einem Franchise-System um ein Großunternehmen. Ist es erforderlich, eine juristische Konstruktion zu schaffen, die dieser de-facto-Situation Rechnung trägt?

Vertragliche Netzwerke als Konzerne?

Just-in-time-Zulieferer-Netzwerke weisen alle strukturellen Merkmale eines Konzerns auf – bis auf eines: Das Abhängigkeitsverhältnis ist nicht gesellschaftsrechtlicher, sondern schuldrechtlicher Natur. Die Zulieferer sind rechtlich autonome Unternehmen, die von einem herrschenden Unternehmen kontrolliert werden. Das legt die Frage nahe, ob die Schutzvorschriften, die sich allmählich im Konzernrecht entwickelt haben, auch auf solche »schuldrechtlichen Konzerne«, in denen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, angewendet werden könnten. Hat das herrschende Unternehmen eine besondere Treuepflicht gegenüber seinen Quasi-Tochterunternehmen? Kann man das deutsche Recht der Konzernmitbestimmung anwenden, so daß die Arbeitnehmer der Satellitenunternehmen im Konzernbetriebsrat und im Aufsichtsrat des Zentralunternehmens vertreten wären?

II.

Ökonomisches Argument Nr. 1: Hybride steigern die vertragliche Flexibilität

In einer ersten Reaktion ordneten Ökonomen die Hybride schlicht in die klarschnittene Dichotomie Markt/Hierarchie ein (siehe Jarillo, 1988: 31). Sie verkündeten die »Flexibilisierung« starrer Hierarchien als den endgültigen Sieg ökonomischer Vernunft (EIRR, 1985; vgl. die Diskussion bei Streeck, 1987: 286 ff.). Vertragliche Flexibilität hieß die Parole. In einer durch Globalisierung der Märkte, extrem schnelle Marktveränderungen, erhöhten Wettbewerbsdruck und den Zusammenbruch staatlich-

regulatorischer Regime gekennzeichneten Zeit erschienen zentralisierte Großunternehmen nur noch als starr, sklerotisch und unbeweglich. Dezentralisierung, vertikale Desintegration und erhöhte vertragliche Beweglichkeit waren die neuen Taktiken, die auf Finanzierung, Technologie, Kundenbeziehungen, Arbeitsbeziehungen und gesellschaftsrechtliche Leitungsmacht angewendet wurden (Piore und Sabel, 1984; Strauss, 1984; Willmann, 1985). Ziel der neuen industriellen Strategie war Flexibilität als Wert an sich, »die allgemeine Fähigkeit von Unternehmen, sich selbst als unmittelbare Reaktion auf Veränderungen ihrer Umwelt zu reorganisieren« (Streeck, 1987: 290). Die neuen Hybride wurden hier nicht als eigenständige Erscheinung analysiert, sondern als ein bloßer Zwischenschritt auf dem Weg, die Starrheit hierarchischer Organisationen zugunsten marktlicher Beweglichkeit zu überwinden. Die rationale Wahl vertraglicher Formen setzte das Handeln der Unternehmensmitglieder der unmittelbaren Kontrolle durch den Markt aus. Die Vorzüge vertraglich verfaßter Arrangements wurden in folgenden Charakteristika gesehen: (1) Die hohen Anreize, die der Markt setzt, verglichen mit den niedrigen Anreizen innerhalb einer Hierarchie; (2) die hohe Anpassungsfähigkeit vertraglicher Arrangements in turbulenten Umwelten im Gegensatz zur Unbeweglichkeit bürokratischer Organisationen; (3) eine Art privater »Deregulierung von unten«, die der Starrheit staatlicher Regulierungen entgegenwirkte. Die normative Botschaft an Politiker und Juristen war eindeutig: Hände weg! Greift nicht in die neugewonnene vertragliche Beweglichkeit ein! Versucht nicht, uns in die altmodischen Strukturen hierarchischer Organisationen zurückzudrängen!

Juristische Kritik: Flexibilität ist ein Euphemismus für Umgehung

Auch Juristen ließen sich von der rigiden Dichotomie »Markt versus Hierarchie« gefangen nehmen. Den eigenständigen Charakter der Hybride nahmen sie nicht ernst. Hybriden wurden in das »Prokrustesbett herkömmlicher Rechtsinstitute« (Schanze, 1991: 68) gezwängt: entweder schuldrechtlicher Vertrag oder Gesellschaft. Tertium non datur. Der juristische Meinungsstreit widerspiegelt exakt die Dichotomie: Die herrschende Meinung behandelt diese Hybride als normale Vertragsbeziehungen; eine Minderheit erklärt sie zu De-facto-Organisationen. Kennzeichnend für die herrschende Meinung ist der tiefe Respekt vor der Privatautonomie. Sie akzeptiert die vertragliche Ausgestaltung hybrider Vereinbarungen zum Nennwert. Hybride Verträge sind, was sie sind: Verträge. So geraten ihre organisatorischen Züge völlig aus dem Blickfeld. Denn Hybride befinden sich genau im blinden Fleck der dogmatischen Unterscheidung Vertrag/Gesellschaft. Konfrontiert man die Dogmatik mit den von Hybriden aufgeworfenen Problemen, sind die Antworten entsprechend voraussagbar. Soll man in den Subunternehmensarrangements der Bauindustrie den Schleier des Vertrags zerreißen? Selbstverständlich nicht, denn die resultierende Komplexität von Mehrparteienverträgen würde die konstruktiven Fähigkeiten der Jurisprudenz überbeanspruchen (Hager, 1991: 111). Kommt eine Organisationshaftung für Vertriebsnetzwerke in analoger Anwendung des § 31 BGB in Betracht? Nein, das würde die etablierten Konturen gesellschaftsrechtlicher Haftung zerstören (Roth, 1989: 437). Arbeitnehmerschutz für die Satelliten eines Zentralun-

ternehmens? Natürlich nicht, das wäre *venire contra factum proprium*: Erst wollen sie *ex ante* die Vorteile unternehmerischer Unabhängigkeit einheimsen, und dann *ex post* den Schutz des Arbeitsrechts beanspruchen (Schanze, 1991: 72). Und kann der Schutz eines Satellitenunternehmens wie der Schutz eines Tochterunternehmens in einem Konzern ausgestaltet werden? Freilich wäre der Wortlaut des § 17 Abs. 1 AktG weit genug, um auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit, die nicht auf Beteiligungen, sondern auf reinen Vertragsbeziehungen beruht, abzudecken:

»Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.«

Aber Rechtsdogmatik setzt sich gegenüber Gesetzgebung allemal durch. Die dogmatische Dichotomie »Vertragsbeziehung versus Gesellschaft« ist stärker als der Buchstabe des Gesetzes. Gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes bestehen Rechtsprechung und herrschende Lehre darauf, daß die Abhängigkeit auf kapitalmäßiger Beteiligung beruhen muß (LG Düsseldorf, ZWiR 1981, 601 ff.; Sura, 1980: 54 ff.; K. Schmidt, 1980: 227 ff., 284 f.; Würdinger, 1973: § 17 Nr. 3; Scholz und Emmerich, 1988: Anhang, Rn. 45). Trotz des Widerstandes einer Mindermeinung (z. B. Dierdorf 1978: 127 ff.) war es bald vorherrschende Ansicht im Konzernrecht, daß § 17 AktG nicht auf die rein vertragliche Beherrschung eines Unternehmens angewendet werden kann.

Gelegentlich geriet allerdings die Rechtsprechung mit der starren Abgrenzung zwischen Vertrag und Organisation selbst in Schwierigkeiten, so zum Beispiel im bargeldlosen Überweisungsverkehr der Banken. Entgegen der herrschenden Lehre ließ sie die vermittelnde Bank in der Überweisungskette dem Kunden unmittelbar haften (BGH WM 1977, 1042; 1985, 1391). Obwohl die detaillierte Vereinbarung zwischen den Bankenverbänden die Außenhaftung gegenüber Kunden ausdrücklich ausgeschlossen hatte, zeigten die Richter wenig Respekt vor der Privatautonomie der Banken und erlaubten den Durchgriff durch den Schleier des Vertragsrechts. Allerdings, was als Problem »quasi-organisatorischer« Haftung als eine auf Sittenwidrigkeit (§ 826 BGB) gestützte Ausnahme von der strikten Unterscheidung Markt/Organisation begonnen hatte, wurde bald in ein Phänomen »quasi-vertraglicher« Haftung umgedeutet. Die Vertragsbeziehung der Banken untereinander wurde als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kunden interpretiert.

Noch dramatischer war die Entwicklung der Haftung im »grauen« Kapitalmarkt. Die Rechtsprechung schuf die Prospekthaftung nicht nur für die beteiligten Gesellschaften, sondern auch für deren herrschende Gesellschafter, Manager, Initiatoren und Gründer (BGHZ 79, 337, 340), und selbst für externe vertragliche Partner des Unternehmens wie Rechtsberater, Finanzexperten und Wirtschaftsprüfer (BGHZ 77, 172, 176; allgemein Assmann, 1985). In der Sache zog die Rechtsprechung das gesamte Netzwerk von »Satelliten« in einem Kapitalvertriebssystem für irreführende Informationen zur Verantwortung. Der herrschenden Lehre gelang es allerdings, diesen Durchbruch als eine auf den (pathologischen) grauen Kapitalmarkt beschränkte Ausnahmeerscheinung zu isolieren (Gernhuber, 1989: § 23 II 6 b). Nach der h. M. ist der Rechtsgrund der Prospekthaftung keineswegs die Beteiligung der Akteure an einer integrierten

Vertriebsorganisation, sondern die »persönliche Vertrauensbeziehung« der Anleger zu den individuellen Experten (BGHZ 79, 337, 341). In beiden Fällen wird im Ergebnis der blinde Fleck verschoben. Die Hybride, die die gesamte Unterscheidung Vertrag/Organisation in Frage stellen, werden als altbekannte Erscheinungen der Grauzone Vertrag/Delikt gezähmt.

Nur eine kleine Minderheit kritischer Juristen geht die Hybride frontal an: Hybride seien Instrumente der Gesetzesumgehung! Die Kritiker verweisen auf empirisches Beweismaterial, das den Verdacht stützt, Unternehmen entwickelten Strategien der Disaggregation, um deliktischer Haftung zu entgehen (Hansmann und Kraakman, 1991: 1881, 1913 ff.) oder um dem Arbeitnehmerschutz auszuweichen (Collins, 1990b: 360 ff.; vgl. ebenso Felstead, 1991: 53 f.; Schanze, 1991: 100; Hirte, 1992: 193 f.). Was Wirtschaftswissenschaftler euphemistisch »Flexibilität« nennen, stellt sich in der nüchternen Sprache der Juristen als Umgehung zwingender Vorschriften dar. Den Ökonomen werfen die Kritiker vor, eine solche Gesetzesumgehung als wirtschaftliche Flexibilität zu rechtfertigen. Der herrschenden Meinung unter den Juristen werfen sie vor, gegenüber der wirtschaftlichen Realität der Hybride blind zu sein, und beschuldigen sie, deren wahre Natur hinter einem gequälten Formalismus zu verbergen:

»... die formale Anerkennung verschiedener Rechtseinheiten in komplexen wirtschaftlichen Organisationen verbirgt, daß es sich in Wirklichkeit um eine Einheit produktiver Beziehungen handelt, die für Zwecke der Verantwortungszurechnung auch juristisch als Einheit behandelt werden sollte« (Collins, 1990a: 744).

Ökonomische Realität sei gewöhnlich eine straff aufgebaute Organisation mit hochintegrierten Informations-, Produktions-, Verteilungs- und Weisungsstrukturen (vgl. Martinek, 1987: 123 ff., 214 ff.; Dnes, 1991: 133 ff.; Felstead, 1991: 52). Nur weil der Hybrid in einzelne Kapitaleinheiten zerlegt werde, die durch Verträge verknüpft seien, fehle ihm die rechtliche Einheit. Das Resultat ist, wie Collins es nennt, das »capital boundary problem«: ein Auseinanderfallen der Vielfalt der Kapitaleinheiten einerseits und der Einheit des Entscheidungsprozesses andererseits:

»... indem das Unternehmen seine eigene Größe bestimmt, legt es auch die Grenzen seiner rechtlichen Verantwortung fest, was geradezu dazu einlädt, zwingendes Recht zu umgehen« (Collins, 1990a: 737).

Das Recht könne eine solche Umgehung zwingender Regeln durch bloßen Wechsel der Rechtsform nicht dulden. Es müsse diese Vereinbarungen als das behandeln, was sie in der »ökonomischen Wirklichkeit« seien: ausgewachsene organisatorische Gebilde, auf die die einschlägigen zwingenden Vorschriften anzuwenden seien.

Haftung der Organisation:

Da Hybride integrierte funktionelle wirtschaftliche Einheiten seien, die Dienstleistungen durch eine interne Arbeitsteilung vollbringen, müßten sie auch Haftungseinheiten sein. Aus diesem Grund vertritt Köndgen (1987: 143 ff.) die Ansicht, die erste Bank in der Kette der bargeldlosen Überweisung hafte voll für den gesamten Überweisungsvorgang (§ 278 BGB). Dies ist eine radikale Lösung, verglichen mit

dem »drittvertraglichen« Ansatz der Rechtsprechung. Sie behandelt Überweisungsnetzwerke als »integrierte funktionale Einheiten« (s. auch Koller, 1987), zentralisiert deren externe Haftung und maximiert den Verbraucherschutz um den Preis erheblicher höherer Transaktionskosten der Banken.

In vergleichbarer Weise müßten zentralisierte Franchising-Netzwerke ausdrücklich als ausgewachsene Gesellschaftsverträge behandelt werden und den zwingenden Vorschriften des Unternehmensrechts unterworfen werden. Martinek (1987: 23 ff.) schlägt vor, zentralisierte Franchisesysteme dem Gesellschaftsrecht zu unterwerfen. Er geht sogar so weit, die Anwendung des deutschen Konzernrechts auf besonders hoch zentralisierte Franchisesysteme zu fordern (S. 633 f.). Das Ergebnis wäre eine extrem weitreichende kollektive Haftung analog §§ 304, 311 AktG. Gesellschaftsrechtliche Haftungsregeln wären besonders für die Fälle geeignet, in denen »Franchising Committees« und andere schuldrechtliche verfaßte Beiräte als Quasi-Gesellschaftsorgane kollektive Entscheidungen für das gesamte Netzwerk treffen (für »Outsourcing« vgl. Hirte, 1992: 197 f.).

Unmittelbare Anwendung des Arbeitsrechts:

Da Hybride als Umgehung sozialrechtlicher Vorschriften erscheinen, wäre es willkürlich, der privaten Wahl der Rechtsform die Grenzziehung zwischen abhängigem Arbeitnehmer und unabhängigem Vertragspartner zu überlassen. Selbst überzeugte Verteidiger der hybriden Rationalität räumen ein, daß die vertragliche Form »gelegentlich mit der ausdrücklichen Absicht gewählt wurde, Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zu umgehen« (Schanze, 1991: 100). Collins fordert eindringlich, dieser Umgehung entgegenzuwirken:

»Die Rechtsprechung muß den Stier bei den Hörnern packen und klarstellen, daß die Grenzziehung letztlich nicht durch Verweis auf den ausdrücklichen oder impliziten Parteiwillen, sondern durch eine Rechtsentscheidung, die auf public policy verweist, vorgenommen werden muß« (Collins, 1990b: 377).

Es sei daher nicht akzeptabel, daß allein die Wahl der Hybridform die de-facto-Arbeitnehmer zentraler Rechte wie gesetzlicher Kündigungsfristen, Mutterschutz, Kündigungsschutz, Arbeitslosengeld, gesetzlicher Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, und dem Schutz im Konkurs und bei Übergang des Betriebes berauben könnte (S. 355). Die einzig richtige Antwort sei die »zwingende Auferlegung dieser Rechte unter Verweis auf objektive soziale und wirtschaftliche Kriterien, die so weit wie möglich den Einfluß der vom Arbeitgeber gewählten Rechtsform reduzieren« (S. 380). Diese Kriterien werden anhand eines zweidimensionalen Koordinatensystems formuliert, auf dessen einer Achse die Risikoallokation und auf deren anderer Achse der Grad bürokratischer Kontrolle abgebildet sind. So kann nach objektiven Kriterien zwischen dem »Markt« unabhängiger Vertragsbeziehungen und der »Organisation« von Arbeitsverhältnissen unterschieden werden, wobei im zweiten Fall der Schutz des Arbeitsrechts gewährt wird, unabhängig davon, welche rechtliche Form die Parteien gewählt haben.

Konzernrechtlicher Schutz des abhängigen Unternehmens und Konzernmitbestimmung in »Just-in-time«-Zuliefererverträgen:

Mit Hilfe ganz ähnlicher Gedankengänge entwickeln Nagel, Riess und Theis (1989, 1990) eine konzernrechtliche Konzeption von Just-in-time-Netzwerken. Sie vermeiden die formale Abgrenzung zwischen schuldrechtlichen Verträgen und Kapitalbeteiligungen als Basis der wirtschaftlichen Abhängigkeit, die die Grundlage für die Konzernierung bildet. Statt dessen weisen sie unmittelbar auf die strukturellen Besonderheiten von Just-in-time-Netzwerken, die sie zusammenfassend als »Systemzwang« kennzeichnen:

»Wesentliches Merkmal der neuen Produktions- und Logistikstrategie ist die ganzheitliche Betrachtung der gesamten Auftragsabwicklung in einer »logistischen Kette«, die alle Stufen vom Verbraucher über den Hersteller bis zum Zulieferer erfaßt. ... Die Wahrscheinlichkeit einflußkonformen Verhaltens der Unternehmensleitung des Zulieferers aufgrund der logistischen Systemzwänge ist genauso groß wie bei einer durch Mehrheitsbeteiligung vermittelten Einflußnahme auf ein Unternehmen« (Nagel, Riess und Theis, 1989: 1505, 1511).

Dieser Systemzwang verwandele das Geflecht von Just-in-time-Zuliefererverträgen in einen faktischen Konzern. Daher treffe das Zentralunternehmen eine Treupflicht gegenüber den Geschäftsinteressen seiner Satelliten und es sei zum Schadensersatz verpflichtet, wenn es diese Treupflicht verletze. Außerdem seien dann die zwingenden Regeln der Konzernmitbestimmung auf Just-in-time-Netzwerke anwendbar. Da solche Netzwerke selber faktische Konzerne seien, hätten die Arbeitnehmer der Satellitenunternehmen das Recht, Vertreter in den Konzernbetriebsrat und den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zu entsenden (§ 54 BetrVerfG, § 5 MitbestG, § 18 AktG).

III.

Ökonomisches Argument Nr. 2: Die Effizienz der Hybride beruht nicht auf Gesetzesumgehung, sondern auf deren niedrigen Transaktionskosten

Nach dieser ersten Runde von ökonomischem Argument und juristischer Kritik muß die ökonomische Position neu überdacht werden. Wenn Juristen zeigen können, daß ökonomische Flexibilität in der Sprache des Rechts Umgehung zwingender Vorschriften heißt, müssen Ökonomen die Effizienz der Hybride auf eine neue Basis stellen. Sie können zwar existierende Rechtsnormen als ineffizient kritisieren und sie auch direkt mit Hilfe von public-choice-Konzepten angreifen. Aber als loyale Bürger des demokratischen Gemeinwesens können sie schlecht die Umgehung dieser demokratisch legitimierten Vorschriften durch eine Untergrund-Strategie vertraglicher »Flexibilität« empfehlen. Wenn sich weiterhin das Recht als gar nicht so formalistisch herausstellt, wie es Ökonomen gewöhnlich erwarten, und die Rechtsprechung tatsächlich den Schleier des Vertragsrechts zerreißt, um der Gesetzesumgehung entgegenzuwirken, dann müssen ökonomische Argumente den zarten Schleier in einen eisernen Schild verwandeln, der die neuen vertraglichen Vereinbarungen in ihrem

eigenen Recht schützt. Genau dies geschieht in der berühmten »transaction costs revolution«.

Der »transaction cost approach« wurde von Anfang an als politisches Instrument eingesetzt. Spätestens seit dem Erscheinen von »Markets and Hierarchies« (Williamson, 1975) haben Ökonomen das Transaktionskosten-Argument erfolgreich benutzt, um die Argumente interventionistischer Juristen zurückzuweisen. Der Trick bei der Sache ist die Einführung einer neuen Unterscheidung – Umgehung versus Effizienz. »Umgehung« wird als fixe Idee der Juristen lächerlich gemacht. Es sei schlicht paranoides Verhalten, daß sie bei jedem innovativen vertraglichen Arrangement zwanghaft an opportunistische Akteure denken, die hierarchische Organisationen unter einem vertraglichen Regime verstecken, nur um Märkte zu monopolisieren und das Wettbewerbsrecht oder andere soziale Vorschriften zu umgehen. Das ist aber, so wird erklärt, eine reine Juristenfiktion. In der ökonomischen Realität wählen rational handelnde Akteure vertragliche Arrangements, nicht um Gesetze zu umgehen, sondern um Transaktionskosten zu minimieren. Rational handelnde Akteure berechnen und vergleichen die Transaktionskosten alternativer Rechtsinstitute: kurzfristige Verträge, langfristige Verträge, lose koordinierte Organisationen, einheitliche hierarchische Organisationen, Konzerne. Ihre Auswahl wird ausschließlich von dem neuen kategorischen Imperativ bestimmt: Minimiere Transaktionskosten (Williamson, 1985: passim). Sie wählen Hybride nur dann, wenn diese im Vergleich zu anderen Rechtsinstituten bei Planung, Prüfung, Vertragsschluß, Überwachung und Durchsetzung Kostenvorteile bieten. »Geeignete rechtliche Formen, die Planung und Durchführung von Transaktionen kostengünstiger gestalten würden, werden vom Standpunkt der Effizienz aus Gegenstand einer »optimization analysis« (Schanze, 1991: 89).

Juristische Kritik: Unterscheide zwischen legitimen und illegitimen Reduktionen von Transaktionskosten

Das Transaktionskostenargument versetzt dem Umgehungsargument nahezu den Todesstoß, wie sich besonders in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion zeigt. Unter dem Angriff ökonomischer Argumente, insbesondere des »transaction cost approach«, verliert die Anti-trust-Politik gegen vertikale Handelsbeschränkungen zunehmend an Plausibilität (vgl. Joerges, 1991: 344 f.). Der Verdacht unerlaubter Monopolisierung wird ersetzt durch das Lob der »positiven Gemeinwohleffekte von Vereinbarungen, die die Transaktionskosten atomistischen Handels einsparen« (Schanze, 1991: 89). Wie können Juristen dem widerstehen, insbesondere, wenn man ihnen sagt, die positive und normative Funktion des Privatrechts sei ökonomische Effizienz und Transaktionskostenminimierung? Wie können sie widerstehen, wenn ihnen in anderen Bereichen des Vertragsrecht gesagt wird, daß »effizienter Vertragsbruch« in Ordnung ist? Die Botschaft lautet: Man kann vertragliche Versprechen immer dann brechen, wenn der Vertragsbruch effizient ist, d. h. wenn der Schaden geringer ist als die Kosten der Leistung. Wie können sie widerstehen, wenn sie im Zusammenhang mit Regulierungen über deren »regulatorische Effizienz« und »optimale Sanktionen« belehrt werden? Die Botschaft lautet: Unternehmen sind nicht nur berechtigt, mehr

noch, sie sind juristisch dazu verpflichtet (!), staatliche Vorschriften zu verletzen, wenn »Rechtsverletzungen für das Unternehmen profitabel sind«, d. h. die Kosten der Sanktionen geringer sind als die Kosten der Rechtsbefolgung (Easterbrook und Fischel, 1982: 1168 Fn. 36, 1177 Fn. 57; 1985: 614 ff.).

Alles hängt von der juristischen Kritik der ökonomischen Vernunft ab. Wird Legalität durch Effizienz bestimmt (s. Posner, 1987)? Oder ist der juristische Diskurs autonom (Luhmann, 1987), auch in der Beurteilung ökonomisch effizienten Handelns? Konstruiert das Recht einen eigenständigen Erkenntnisapparat, der die Ansprüche ökonomischer Effizienz kritisch an rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Maßstäben mißt? Entscheidend scheint zu sein, die Geltungsansprüche ökonomischer Rationalität weder vollständig zurückzuweisen noch sie vollständig zu akzeptieren. Das Transaktionsargument sollte man weder als Ganzes verwerfen noch als Ganzes akzeptieren, sondern es mit einer neuen Unterscheidung innerhalb des Rechts konfrontieren – legitime versus illegitime Reduktionen von Transaktionskosten.

Es gibt keine eingebauten Grenzen der Legitimität in der Transaktionskostenökonomik. Im Gegenteil, der Transaktionskosten-Ansatz geht explizit von einer ungemein realistischen Anthropologie aus. Er rechnet mit dem opportunistischen Verhalten der Wirtschaftsakteure. Opportunismus aber heißt »self-interest seeking with guile«, auf Deutsch, sein Eigeninteresse mit Tücke zu verfolgen! (Williamson, 1981: 1545; 1985; vgl. auch Lindenberg und Vos, 1988: 562 ff.; zur Kritik Gordon, 1985: 568 ff.). Effizienzgewinne sind also jenseits von gut und böse. Moralisch, politisch und rechtlich sind sie schlicht neutral. Daher ist eine »Beobachtung zweiter Ebene« (von Förster, 1984; Luhmann, 1984) von Effizienzgewinnen erforderlich, die sie vom Standpunkt des Rechts aus prüfen würde. Wie schon oben angedeutet, arbeitet diese Beobachtung zweiter Ebene mit einer dreidimensionalen Optik (Teubner, 1989: 147 f.). Erstens muß jede Ersparnis von Transaktionskosten unter den *binären Code des Rechts* subsumiert werden: Legal oder illegal? Zweitens müssen Effizienzgewinne auf ihre Vereinbarkeit mit der »Politik des Gesetzes« (Steindorff, 1973) hin überprüft werden, d. h. mit den politischen Zielen einer demokratischen Gesetzgebung, die in geltendes Recht umgesetzt worden sind. Drittens kann das ökonomische Prinzip der Effizienz nicht selbst seine Legalität bestimmen. Eher ist es andersherum: Gerechtigkeit muß ökonomische Effizienz juristisch kontrollieren. Trotz des Verdikts Kelsens (Kelsen, 1960: 355 ff.) spielt die altmodische »Gerechtigkeit«, die Formel juristischer Selbstreflexion, auch und gerade in modernen Rechtssystemen eine entscheidende Rolle. Unter heutigen Bedingungen kann Gerechtigkeit nicht länger als ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia mediatrix*) im aristotelischen Sinne verstanden werden. Im modernen Sinne ist Gerechtigkeit zu verstehen als ein juristischer Ausgleich zwischen der internen Konsistenz des Rechts und den Anforderungen einer Vielfalt gesellschaftlicher Teilsysteme, eingeschlossen wirtschaftliche, aber auch politische, ökologische und lebensweltliche Kommunikation (zu diesem Verständnis von Gerechtigkeit s. Teubner, 1989: 147 f.; 1993a; vgl. auch Frey, 1989: 97 ff.; Preuß, 1989: 551; Wiethölter, 1989: 509 f.; Ladeur, 1992: 169; Blecher, 1991: 215 ff.).

Unsere Hybride können demnach im juristischen Diskurs nicht unkritisch als »effizient« akzeptiert werden. Transaktionskostensparnisse müssen Punkt für Punkt

einer eingehenden juristischen Prüfung unterworfen werden. Sind die jeweiligen Kosteneinsparungen legitim oder illegitim? Ersparnisse bei der Planung, bei Prüfung, Vertragsschluß und Überwachung werden ohne weiteres den Legitimitätstest bestehen. Maßnahmen zur Kostenreduktion bei der Durchsetzung können aber bereits problematisch sein. Nicht jedes »hostage taking« (Williamson, 1983: 519), das die Durchsetzungskosten reduziert, kann vom Recht akzeptiert werden, um andere hocheffektive Methoden »privater« Rechtsdurchsetzung gar nicht erst zu erwähnen. Kandidat für eine kritische juristische Durchleuchtung wäre erst recht die private Wahl von Organisationsformen. Hier werden Kostenvorteile durch fragwürdige Haftungsbeschränkungen erreicht, wie etwa beim Aufteilen von Franchiseorganisationen in eine Vielzahl von Einzelverträgen, bei der sich die gesellschaftsrechtliche Haftung in individuelle Haftung auflöst (dazu Teubner, 1990: 296 ff.). Ähnlich problematisch ist die Legitimität von vertraglichen Vereinbarungen, durch die interne Risiken auf außenstehende Dritte abgewälzt werden (Collins, 1990a: 774). Schließlich müssen Einsparungen bei den Arbeitskosten (Felstead, 1991: 53) vom Standpunkt des Arbeitsrechts aus erneut untersucht werden (Collins, 1990b: 377).

Wenn das Recht seine Reaktionsweisen verfeinert und die Hybride weder pauschal als effizient akzeptiert noch pauschal als Gesetzesumgehung ablehnt, sondern systematisch zwischen legitimen und illegitimen Reduktionen von Transaktionskosten unterscheidet, könnte es eine selektive Rechtspolitik gegenüber Netzwerken formulieren, die in der Lage ist, die »Zweischneidigkeit« von Netzwerken zu bewältigen. Auf der einen Seite würde diese Politik die »Bewegung hin zu relationalen Verträgen, mit größerer Betonung auf Sicherheit und Qualität« nicht behindern, sondern eher erleichtern. Auf der anderen Seite würde sie aber diejenigen Tendenzen in Netzwerken für illegal erklären, die »eine Rückkehr zu früheren Zeiten als Teil einer Kampagne zur Kürzung von Arbeitskosten, zum Abbau von Arbeitsplätzen, zu einer noch weiteren Beschränkung gewerkschaftlichen Einflusses« fördern (Powell, 1990: 321).

Auf diese Weise könnte das Recht als Selektionsmechanismus die »natürliche« Evolution effizienter Organisationsmuster korrigieren. Wenn es dem Recht gelingt, bestimmte Kostenersparnisse effektiv zu verbieten, wird es illegitime Effizienzgewinne ausfiltern und so indirekt die Entwicklung neuer Organisationsformen in eine andere Richtung lenken. »Transaction cost economics« können also nicht in toto in das Recht integriert werden, wie es einige Juristen und Wirtschaftswissenschaftler gerne hätten. Das Recht würde die Transaktionskostenökonomik nur insoweit integrieren, als sie mit seinem autonomen Apparat juristischer Konzepte, Normen, rechtspolitischer Entscheidungen und Rechtsprinzipien rekonstruierbar wäre. Praktisch bedeutete dies, daß Hybride, deren Effizienzvorteile auf illegitimen Transaktionskostenersparnissen beruhen, in dem Umfang verschwinden, in dem das Recht durchgesetzt wird. Leitprinzip muß aber dann sein, daß das Recht das Niveau sozialer Regulierung über die ganze Bandbreite möglicher Leitungsstrukturen – Verträge, Hybride, Gesellschaften, Konzerne – konstant hält. Nur unter dieser einschränkenden Bedingung würden »transaction cost economics« die wirtschaftliche Entwicklung in Richtung auf (legitime) effiziente hybride Arrangements vorantreiben.

IV.

Ökonomisches Argument Nr. 3: Hybride sind eine dritte Kategorie »zwischen« Vertrag und Organisation

Dieses ebengenannte Prinzip widerspricht freilich ökonomischer Intuition, die freie Entwicklung von Hybriden tunlichst nicht durch juristische Regulierungen zu behindern. »Die unkritische Anwendung von Normen des Verbraucher- und Minderheitenschutzes auf Situationen freiwilliger Symbiose kann allerdings, während sie dem einzelnen Kläger nur geringe Vorteile verschafft, die Gänse mit den goldenen Eiern schlachten« (Schanze, 1991: 98). Andererseits stimmt das Prinzip, das Niveau sozialer Regulierung konstant zu halten, durchaus mit den egalitären Tendenzen eines komparativen institutionellen Ansatzes im Geiste der »transaction cost economics« überein (Williamson, 1985; 1991).

Eine Lösung dieses Dilemmas besteht darin, die Einzigartigkeit der Hybride zu betonen, indem man die erstaunlichen Eigenschaften der Gänse mit den goldenen Eiern bewundernd herausstreicht. Tatsächlich lautet das zur Zeit anspruchsvollste Argument der Rechtsökonomik: Hybride sind eine dritte wirtschaftliche Kategorie »zwischen« Vertrag und Organisation (Schanze, 1991: 95 ff.). Hybride sind danach Erscheinungen *sui generis*, die sich sowohl von Vertrag als auch von Organisation durch eigenständige Koordinations- und Kontrollmechanismen unterscheiden (Williamson, 1991: 269, 280 f.). Die Besonderheit »symbiotischer Verträge« liegt dann darin, daß der eine Partner die Kontrollrechte völlig auf den anderen überträgt, aber Eigentum und Residualeinkommen behält. Symbiotische Verträge haben eigenständige Anreizmuster (»asymmetry of agency«) und Risikostrukturen (»sunk investments«). Wichtigste Konsequenz für das Recht sei, daß diese strukturellen Besonderheiten grundsätzlich die Anwendbarkeit sozialer Vorschriften, die für Verträge oder Organisationen entwickelt wurden, ausschließen sollen (Schanze, 1991: 95 ff.).

Jedoch widerspricht dieses Argument hybrider Eigenständigkeit einer im ökonomischen Denken tief verwurzelten Tradition, den Unterschied zwischen Vertrag und Organisation einzuebnen. Es widerspricht besonders dem Geist neuerer »theories of the firm«, die Begriffe wie Hierarchie, korporativer Akteur, Unternehmensgrenzen als »Fallen«, »Fehler« und »Fiktionen« zurückweisen und darauf zu bestehen, daß Unternehmen nichts anderes als Verträge sind. Im Unternehmen als einem Nexus von Verträgen seien die individuellen Ressourcenhhaber an einem Prozeß beteiligt, in dem die Vertragsbedingungen täglich neu ausgehandelt werden (Jensen und Meckling, 1976: 311; Easterbrook, 1989). Es gebe keine relevanten Unterschiede zwischen Verträgen und Organisationen; denn Organisationen seien lediglich eine Unterart von vertraglichen Vereinbarungen, durch die Zahlungsströme zügig passieren können (Grossmann und Hart, 1986).

Der radikalen neoklassischen Version zufolge unterscheiden sich Organisationen, wie es apodiktisch heißt, nicht »im geringsten Grad von normalen, auf dem Markt zwischen zwei Personen abgeschlossenen Verträgen« (Alchian und Demsetz, 1972: 777). Aber auch die eher gemäßigte institutionelle Variante hat ihre Schwierigkeiten

mit dem Argument der dritten Kategorie. Danach sind Verträge, Hybride, Organisationen zwar verschiedene Institutionen, aber doch aus dem gleichen Stoff gemacht – aus ökonomischen Transaktionen. Sie unterscheiden sich lediglich in den Leitungsstrukturen, die im wesentlichen dazu dienen sollen, opportunistisches Verhalten zu kontrollieren (Williamson, 1985; 1988). Ein Hybrid stellt entsprechend keine dritte Kategorie dar, sondern lediglich einen Punkt auf einer stufenlosen gleitenden Skala. An diesem Punkt sind einerseits wegen der Besonderheit der umgesetzten Güter («asset specificity») Marktkontrollen relativ schwach ausgebildet. Andererseits sind die Transaktionskosten einer vollintegrierten Organisation zu hoch. In jüngster Zeit sind zwar zusätzliche Tendenzen spürbar, vom Modell des Kontinuums zu einem Modell diskreter Strukturen überzugehen, doch ist auch hier die Idee einer mittleren Struktur »zwischen« Vertrag und Organisation beibehalten worden (Williamson, 1991: passim).

Um die Hybride gegen politisch-juristische Interventionen zu verteidigen, befindet sich nun die Rechtsökonomik in einer beinahe paradoxen Situation. Ökonomische Analyse sieht sich genötigt, auf nicht-ökonomische Konstrukte zurückzugreifen. Individualistisch gesonnene Ökonomen machen Anleihen bei kollektivistischen Rechtshistorikern (Gierke, 1914: 410 ff.), kommunitaristischen Rechtstheoretikern (Macneil, 1980) und strukturalistischen Organisationssoziologen (Powell, 1990), die je in ihrer Sprache relationale Netzwerke als eigenständige Institutionen analysiert haben und auf ihren fundamentalen Unterschieden gegenüber Verträgen und Organisationen bestanden haben. Die hybride Fusion von Ökonomie und Soziologie kulminiert in der Aussage: »Die rechtliche Symbiose kann mit der Logik des Tausches oder der Hierarchie nicht adäquat erklärt werden« (Schanze, 1991: 103). Es scheint, als erlebten wir den seltenen Fall einer sozio-ökonomischen Synthese.

Doch wenn wir zu der praktischen Frage vorstoßen, wie solche symbiotischen Verträge »konstitutionalisiert« (S. 96) werden können, oder welche »unabhängige Kriterien für das Innen- und Außenrecht dieser Kategorie« (S. 98) entwickelt werden müssen, sind wir in einer seltsamen Schleife plötzlich wieder am Ausgangspunkt unserer dialektischen Debatte gelandet. Das wird deutlich, wenn wir uns den konkreten Lösungen zuwenden, die für unsere Problembereiche vorgeschlagen werden.

Da ist erstens die Frage der Außenhaftung »symbiotischer Verträge«. Hierzu heißt es kategorisch, eine aus der Einheit des Netzwerkes abgeleitete rechtliche Haftung sei »schlicht nicht notwendig« (S. 98, Fn. 130). Arbeitsrechtlicher Schutz für den abhängigen Unternehmer wird mit dem Argument abgewehrt, »eine paternalistische Ausdehnung des Arbeitsrechts, das für klassische industrielle Organisationsformen entwickelt wurde, würde die produktive Spezialisierung des neuen Typs unterdrücken« (S. 101). Selbstverständlich ist auch die direkte oder analoge Anwendung des AGBG ebenfalls ausgeschlossen. Warum? Die Besonderheit von symbiotischen Verträgen ist, daß sie »durch gegenseitig vereinbarte (!) Asymmetrien« (S. 96) gekennzeichnet sind. Schließlich darf es keine Analogie zum Konzernrecht geben: In symbiotischen Verträgen gibt es »kein Problem« des Minderheitenschutzes, da »die Kompetenzverteilung von Anfang an vorhanden war, und die mögliche Abhängigkeit voll akzeptiert (!) wurde« (98). Außenwirkungen privater Vereinbarungen, ungleiche Verhandlungsposi-

sitionen, asymmetrische organisatorische Macht – alles kein Problem! Es scheint, als ob hundert Jahre Privatrechtsgeschichte spurlos an der dritten Kategorie der symbiotischen Verträge vorbeigegangen wären.

Juristische Kritik: In der Tat, Hybride produzieren Synergien »jenseits« von Vertrag und Organisation, besonders Synergien der Risikoverlagerung auf Dritte

Eine juristische Kritik der ökonomischen Vernunft muß in der Tat das Argument der »dritten Kategorie« ernst nehmen, aber es muß auch die Konsequenzen daraus ziehen. Kein Zweifel, die saubere Abgrenzung zwischen Markt und Hierarchie genügt nicht, um Hybride zu erfassen (Imai und Itami, 1984; Astley und Fombrun, 1987: 167 ff.; Jarillo, 1988; Powell, 1990). Es ist schlicht sinnlos, über die Frage zu streiten, ob Hybride als Verträge oder Organisationen einzuordnen sind, und daraus juristische Konsequenzen zu ziehen. Beide Positionen sind gleichzeitig richtig und falsch. Hybride versetzen ihre Mitglieder in eine »paradoxe Situation« und dies im Hinblick auf Kontrolle, Finanzierung und Eigentum (Felstead, 1991: 38). Der Grund dafür ist, daß durch die Entwicklung der Hybride die wirtschaftliche Praxis selbst die Unterscheidung zwischen Markt und Hierarchie dekonstruiert hat.

Das hat weitreichende Konsequenzen. Die neue Realität der Hybride,

»... a social world of semi-autonomous contracting cultures, governed by relations of cooperative organic solidarity and of pervasive hierarchical domination, is deeply upsetting to the core premises of our liberal social order« (Gordon, 1985: 575).

Und wir können die dritte Kategorie nicht erfassen, wenn wir nur die ökonomische Optik benutzen. Es reicht nicht hin, nur auf die Eigentümlichkeiten der Anreizstrukturen und der Risikoverteilung zu sehen. Mit vollem Recht betont zwar die Transaktionentheorie die »asset specificity«. Und mit vollem Recht betont die »agency theory« die wesentlichen »agent asymmetries«. Aber dennoch verfehlen beide die radikale Neuerung der Hybride – ihren Charakter als *polykorporative Akteure*.

Ich behaupte, daß nur eine Theorie der Zurechnung uns erlaubt, diese Besonderheit der Hybride wahrzunehmen. Denn für die Theorie der Zurechnung ist die Fähigkeit zu handeln nicht einfach eine »natürliche« Eigenschaft individueller menschlicher Wesen (z. B. Kelley, 1967). Handlungsfähigkeit besitzen nicht nur natürliche Personen. Götter, Orakel, Körperschaften und Individuen haben alle im Prinzip das gleiche Recht zu handeln. Denn Handlungsfähigkeit ist das Produkt eines sozialen Zurechnungsprozesses. Für die Theorie der Zurechnung ist die Zurechnung von Ereignissen zu handelnden Einheiten gesellschaftlich variabel. Das Thema Zurechnung unterliegt – wie wir von Foucault (1974: 27) lernen könnten – extremen sozialen und historischen Variationen. Animismus ist eine, Kollektivismus eine andere, Individualismus eine dritte Variation des gleichen Themas. In dieser Sicht ist die Fähigkeit zu handeln kein ontologisches oder natürliches Privileg individueller Akteure. Ein komplexer sozialer Mechanismus, den wir »Zurechnung« nennen, entscheidet über die Konstruktion von »Personen« als handelnden Einheiten und die Zuschreibung kommunikativer Ereignisse zu diesen sozialen Konstruktionen genannten »Personen«. Die »juristische Person« ist eine der größten kulturellen Errungenschaften des juristischen Diskurses

und hat die Schöpfung neuer sozialer Realitäten aus kommunikativen Fiktionen heraus in ungeahnter Weise erleichtert (Einzelheiten bei Teubner, 1987b: 64 ff.). Natürlich werden Ökonomen dem Recht in dieser Hinsicht nicht folgen. Sie werden auf die Theorie der Zurechnung nicht hören. Die Treue zum methodologischen Individualismus hindert sie daran, die ökonomische Realität korporativer Akteure anzuerkennen, und verlangt, daß diese in ein Geflecht individueller Verträge aufgelöst werden. Das trägt ihnen freilich die harsche Kritik von Herbert Simon, dem Klassiker der Organisationstheorie, ein:

»Die Versuche der neuen institutionellen Ökonomie, das Verhalten von Organisationen ausschließlich mit Begriffen wie »agency«, asymmetrische Information, Transaktionskosten, Opportunismus und anderen Konzepten der neoklassischen Theorie zu erfassen, ignorieren entscheidende organisatorische Mechanismen wie Autorität, Identifizierung und Koordination, und weisen daher eine schwerwiegende Lücke auf« (Simon, 1991: 43).

Die ökonomische Theorie sieht nicht, daß korporative Akteure eigene Präferenzen bilden, die sich gerade nicht auf individuelle Präferenzen oder deren Aggregation zurückführen lassen. Korporative Akteure schaffen ihre eigenen constraints, indem sie ein der Organisation eigenes Modell der Außenwelt konstruieren. Korporative Akteure treffen kollektive Entscheidungen, die im Verhältnis zu individuellen Entscheidungen emergente Eigenschaften aufweisen. Korporative Akteure haben Rechte und Pflichten, die sich über die Lebenszeit ihrer individuellen Mitglieder hinaus erstrecken. Sie sind die eigentlichen »principals« in der »principal-agent relation« – und nicht die Anteilseigner, wie es der »agency theory« entsprechen würde (zum Konzept des korporativen Akteurs Luhmann, 1984: 270 ff.; Teubner, 1987a: 113 ff.; 1987b: 64 ff.; Knyphausen, 1988: 120 ff.; Hutter, 1989: 90 ff; Ladeur, 1989; 1992: 186 ff.; Robb, 1989; Vardaro, 1990). Aber das sind natürlich alles, wie uns die Ökonomie stets wieder erklärt, lediglich »Fallen«, »Fehler« und »Fiktionen«.

Um so mehr, wenn es um Hybride geht. Ich behaupte, daß die entscheidende Innovation der Hybride eine eigenartige Doppelzurechnung von Handlungen ist. Ein und dasselbe Ereignis wird gleichzeitig einer natürlichen Person und einem korporativen Akteur zugerechnet (s. Teubner, 1990: 309 f.). In Verträgen und Organisationen ist die Zurechnung einfach. In einem Vertrag, selbst in einem Dauerschuldverhältnis, werden Handlungen selbstverständlich immer einer der Vertragsparteien zugerechnet – niemals dem Vertrag als solchem. Von einem personifizierten Vertrag hat man im Recht noch nicht gehört (mit einer Ausnahme: 1801 wurde in der deutschen Grafschaft Castell die Ehe per Gesetz zu einer juristischen Person erklärt, dazu Ebel, 1978: 638). In der Organisation hingegen werden Handlungen ebenso selbstverständlich der »juristischen Person« zugerechnet, die von den natürlichen Personen, ihren »Organen«, nur vertreten wird. Netzwerke lassen sich aber mit dieser Zurechnungsdichotomie nicht erfassen. Die Handlung eines Netzwerkes entwickelt sich als ein neuer, elementarer Handlungstyp aus der sozialen Doppelzurechnung von Handlungen. Jedes kommunikative Ereignis im Netzwerk wird sowohl einer der beiden autonomen Parteien des Vertrages und gleichzeitig der gesamten Organisation zugerechnet. Die duale Beschaffenheit des elementaren Handlungstyps wird in der Struktur des Netzwerkes wiederholt. Jede Handlung des Hybrids muß gleichzeitig den

normativen Anforderungen sowohl des Vertrages zwischen den individuellen Akteuren als auch denen des korporativen Akteurs, des Netzwerkes als solchem, genügen. In diesem nicht-metaphorischen Sinn sind Hybride polykorporative Akteure. Konsequenz ist eine bemerkenswerte Selbstregulierung des Netzwerkes, die auf der zweifachen Orientierung jeder Handlung basiert (Scharpf, 1993). Wir finden hier die Erklärung für das »profit sharing« zwischen dem Netzwerk selbst und seinen Knoten. Ökonomisch ausgedrückt sind alle Transaktionen sowohl auf den Profit des Netzwerkes als auch auf den des individuellen Akteurs ausgerichtet. Diese doppelte Ausrichtung wirkt als »constraint«, da alle Transaktionen den doppelten Test bestehen müssen. Gleichzeitig wirkt sie als »incentive«, da Vorteile für das Netzwerk immer mit individuellen Vorteilen verknüpft sind. Durch geschickt entworfene Anreize und Sanktionen versuchen die individuellen Vertragsklauseln sicherzustellen, daß die doppelte Ausrichtung auch tatsächlich die Motive der Akteure beeinflusst. Der springende Punkt bei Franchising, etwa im Vergleich mit der Absatzorganisation eines integrierten Unternehmens, liegt, selbst wenn dieses Anreizprogramme aufweist, in dem »residual claim« des Franchisenehmers (eine besonders anschauliche Studie auf empirischer Grundlage gibt Norton, 1988). Infolge eingesparter Überwachungskosten ist dieser regelmäßig höher als vergleichbare Anreize in Absatzsystemen integrierter Firmen (s. Rubin, 1978; Brickley und Dark, 1987: 411 ff.; Dnes, 1988, 1991). Ökonomen analysieren diese zweifache Ausrichtung in Begriffen wie »principal-agent incentives« und »information incentives« (Norton, 1988: 202 ff.; s. auch Klein und Saft, 1985; Mathewson und Winter, 1985).

Aus dieser Perspektive lassen sich gegenüber den verschiedenen Theorien, die unterschiedliche Aspekte der Hybride herausgestellt haben, weitere Eigenschaften der Hybride aufzeigen.

Nach Macneil (1980) sind Hybride relationale Verträge. Damit betont man die Aspekte der Dauer, Komplexität, sozialen Eingebundenheit und Kooperation. Das alles ist zutreffend gesehen. Aber man muß hinzufügen, daß in Fällen besonders enger Kooperation der relationale Vertrag selber eine Eigenständigkeit entwickelt, die ihn ähnlich der »Gruppe« des Personengesellschaftsrechts zu einem personifizierten Gefüge, zu einem quasi-korporativen Akteur macht. Ohne daß das Recht die technische Konstruktion einer juristischen Person einsetzen müßte, entwickelt der Hybrid ein Eigeninteresse, eigene Präferenzen, constraints und Weltkonstruktionen. Der Vertragszweck verselbständigt sich tendenziell zu einer Zurechnungseinheit für Handlungen, Rechte und Pflichten. Er bestimmt zunehmend die individuellen Handlungen der Vertragspartner. Jedoch lassen all diese Tendenzen zur Personifizierung des Netzwerkes die Eigenschaft der Vertragsparteien als autonome Akteure unberührt. Schanze (1991) definiert symbiotische Verträge, wie wir bereits gesehen haben, durch die Kombination der völligen Übergabe der Kontrolle in einer »principal-agent relation« mit der Zurückbehaltung von Eigentum und Residualinkommen (ähnlich Hadfield, 1990: 991; Felstead, 1991: 38). In der Tat, dies ist richtig beobachtet – aber auf wen wird die Kontrolle übertragen? Auf den zentralen Manager, das zentrale Unternehmen, oder das Netzwerk selber? Zumindest juristisch macht es einen großen Unterschied, wen wir zum »principal« erklären. Dies entscheidet über die Reichweite

von Treupflichten und die Definition des Organisationsinteresses. In unserer Sicht ist der »principal« nicht einer der beteiligten individuellen Akteure, sondern die soziale und juristische Realfiktion des korporativen Akteurs. Das »Netzwerk« selber ist der »principal«. Sowohl die Satelliten, das Zentralunternehmen als auch das Management sind seine »agents«, die sich alle seinem Organisationsinteresse unterordnen und ihm gegenüber rechtliche Treupflichten haben.

Nach Williamson (1991: 278 f.) zeichnen sich Hybride dadurch aus, daß sie zwei unterschiedliche Reaktionen auf Umweltstörungen miteinander kombinieren: die Reaktion »Autonomie« unabhängig kalkulierender Individuen und die Reaktion »Koooperation« der formalen Organisation. Hybride verfügten damit über die Fähigkeit von »semi-strong adaptations of both kinds« (281). Das mache sie verwundbar, wenn die äußeren Störungen häufig auftraten, so daß »der hybride Modus leicht die Überlebensfähigkeit verlieren könnte, wenn die Häufigkeit von Störungen ein hohes Niveau erreicht« (291). So weit, so gut. Zieht man aber zusätzlich die doppelte Zurechnung ins Kalkül ein, dann erscheint das genaue Gegenteil eher plausibel. Die doppelte Zurechnung produziert einen synergetischen Effekt bei ihrer Anpassung an Umweltstörungen, der ihnen sowohl gegenüber Verträgen als auch gegenüber Organisationen einen Vorteil verschafft. Die Ursache ist darin zu sehen, daß das Verhältnis von Markt und Organisation in seiner konkreten Mischung nicht festgelegt ist. Es kann sich nach strategischen Gesichtspunkten ändern. Im Fall äußerer Störungen kann das Management des Netzwerks entscheiden – und kann diese Entscheidung auch wieder abändern –, ob das Netzwerk als Ganzes »kooperierend« reagiert oder ob die Knoten »autonom« reagieren. Voraussetzung dafür ist natürlich, daß das Vertragswerk der Netzwerkzentrale entsprechende Kompetenzen einräumt. Im Gegensatz zu sowohl Verträgen als auch Organisationen, die jeweils über nur einen Stabilisierungsmechanismus verfügen, kennzeichnet diese Struktur das Netzwerk als ein »multi-stabiles System« (Pausenberger, 1975: 2243).

Collins (1990a: 737) hat die Divergenz zwischen der organisierten Handlungseinheit und der Vielfalt der Kapitaleinheiten als »Problem der Kapitalgrenzen« identifiziert. Hier liegt tatsächlich das zentrale Problem der Hybride. Allerdings muß es sich nicht stets um eine Umgehungsstrategie handeln, welche die eigentliche Realität der zentralisierten Organisation verbirgt. Stattdessen wird es möglich, Hybride in ihrer eigenen Logik zu verstehen und entsprechende rechtliche Regulierungen zu entwerfen, ohne dabei die Intensität des regulatorischen Zugriffs zu lockern.

Macaulay (1991) schließlich hat quasi-politische Aspekte in privaten Vertragsverhältnissen aufgedeckt. Er definiert Hybride als auf Hierarchie und Macht beruhende »private governments«. Die Theorie der Zurechnung würde dem ein weiteres Element der »Politisierung« hinzufügen. Manche Hybride entwickeln intern trotz ihrer bloß vertraglichen Verfaßtheit ein politisches Handlungszentrum von Macht und Kontrolle, eine Art inneres politisches System der privaten Organisation, das durch organisationsinterne Handlungskollektivierung nicht nur interne Machtbeziehungen zentralisiert, sondern auch neuartige Umweltbeziehungen des Netzwerkes ermöglicht.

Sowohl Collins als auch Macaulay öffnen uns die Augen für die »dunkle Seite«

der Hybride (Gordon, 1985: 570). Mit den wohlthätigen Aspekten hybrider Vereinbarungen beschäftigt sich inzwischen eine fast schon unübersehbare Literatur über Netzwerke: mit ihrer Flexibilität, ihren effizienten Marktkontrollen, ihren niedrigen Transaktionskosten, ihren effektiven Überwachungssystemen, ihren Kontrollen des opportunistischen Verhaltens der Satelliten, ihrem innovativen Verhalten, ihren Synergien (vgl. MacMillan und Farmer, 1979: 277; Kaneko und Imai, 1987; Jarillo, 1988; Lorenzoni, 1990; Powell, 1990). All dies ist in der Tat ihrer raffinierten Verbindung vertraglicher und organisatorischer Elemente zuzuschreiben. Aber abgesehen von einigen wenigen Autoren (Collins, 1990a; 1990b; Felstead, 1991; Joerges, 1991; Macaulay, 1991; Sciarra, 1991) spricht niemand von den internen Machtverhältnissen, von der Ausbeutung des opportunistischen Verhaltens der internen Mitglieder durch das Zentralunternehmen selbst, von der Handlungskollektivierung ohne entsprechende kollektive Verantwortlichkeit, von der Verlagerung von Risiken auf dritte Parteien, von den gekünstelten vertraglichen Beschränkungen der Verantwortlichkeit und von den Synergien der Risiken für andere Leute. Diese Schmutzarbeit scheint man den Juristen zu überlassen, die an dieser Stelle überraschend wenig Hilfsangebote von der Ökonomie bekommen.

Um nur ein Beispiel zu geben, wie Hybride Risiken für andere Leute schaffen: Empirische Studien auf dem Gebiet der Produktsicherheit konnten zeigen, daß in formalen Organisationen, die die Entscheidungsgewalt auf Profitzentren und Satellitenunternehmen delegieren, »bei einem technologisch komplizierten Produkt kaum bemerkbare Gefahren gerade erst durch das Zusammenwirken von Subsystemen« entstehen. Diese Studien machen den hohen Grad an Arbeitsteilung und die weitgehende Dezentralisierung der Kontrollen, die sich typischerweise bei Hybriden finden, für die entstehenden Risiken verantwortlich. Beides führt die Unternehmen in die »Versuchung, das ganze Produkt für sicher zu halten, wenn nur jedes Subsystem sicher ist« (Eads und Reuter, 1983: 95). Trotz der Einflußmöglichkeiten der Netzwerkzentrale schaffen gerade die für seine Effizienz verantwortlichen dezentralen Charakteristika des Netzwerks externe Risiken, die letztlich in dem schwer lösbaren Problem der Koordination zwischen den Profitzentren bestehen.

Ähnliche Gefahren entstehen bei ökologischen Problemen. Gerade lose koordinierte Netzwerke wirtschaftlicher Akteure sind einer der Zusammenhänge, für den Probleme der Multi-Kausalität typisch sind. Umweltschäden sind häufig nicht nur das Resultat paralleler Handlungen von unabhängigen Marktakteuren, sondern gerade das synergetische Resultat unterschiedlicher Handlungen der Knoten eines Netzwerkes (dazu Teubner, 1993b).

In beiden Fällen ist entgegen dem strikten Verdikt der Rechtsökonomik, wonach eine aus der Einheit des Netzwerkes abgeleitete strukturelle Haftung »schlicht nicht notwendig« sei (Schanze, 1991: 98, Fn. 130), die Notwendigkeit, eine kollektive Haftung einzuführen, offensichtlich. Im Fall der Produktsicherheit braucht man eine »Organisationspflicht« des Zentrums des Netzwerkes, um die komplexen Beziehungen zwischen den Subsystemen zu koordinieren und so diesen kaum wahrnehmbaren Gefahren zu begegnen. Die Frage, wie wir diese Pflicht dogmatisch einzuordnen haben – deliktisch, vertraglich, quasi-vertraglich, quasi-gesellschaftsrechtlich – ist dagegen

zweitrangig. Im Fall der ökologischen Probleme muß das Recht die individuelle kausale Zurechnung durch einen kollektiven Beitrag ersetzen, um der synergetischen Gefahren Herr zu werden (s. Teubner, 1993b). Wiederum ist die Frage, wie dieses Kollektiv juristisch zu qualifizieren ist, zweitrangig. Es kann sich um die gesamtschuldnerische Haftung deliktischer Schuldner handeln oder um einen obligatorischen Risiko-Pool – die berühmte ökologische »Bubble« industrieller Luftverschmutzer –, der durch Gesetz erzwungen wird. Das Kollektiv haftet zunächst als Ganzes, und die individuellen Risikobeiträge werden dann intern ausgeglichen.

V.

Das neue Recht der organisatorischen Verträge

Um die Ausgangsfrage wieder aufzuwerfen: es sollte deutlich geworden sein, daß es nicht mehr bloß darum geht, »den Schleier des Vertrages zu zerreißen« und die Hybride den Rechtsregulierungen der gesellschaftsrechtlich verfaßten Organisationen zu unterstellen. Vielmehr heißt die langfristige Aufgabe, das Vertragsrecht so weiterzuentwickeln, daß es die Sonderprobleme der Hybride bewältigen kann. Ein solches eigenständiges Recht der organisatorischen Verträge stünde nicht im luftleeren Raum. Es kann an drei traditionelle dogmatische Konzepte, welche die zeitliche, soziale und sachliche Dimension betreffen, anknüpfen und versuchen, ihre rechtlichen Konsequenzen zu kombinieren: Dauerschuldverhältnisse, Vertragsbindungen und gesellschaftsähnliche Vertragsverhältnisse. Das Konzept der Dauerschuldverhältnisse betont – etwas einseitig – die zeitliche Dimension. Hybride sind sicherlich durch zeitliche Dauer und Intensität gekennzeichnet. Die wichtigsten rechtlichen Konsequenzen sind die Auferlegung intensiver Treupflichten und rechtliche Regeln zum Schutz gegen unzulässige Beendigung des Vertrages (Esser und Schmidt, 1993: § 15114; Gernhuber, 1989: §§ 16 ff.). Im Gegensatz dazu konzentriert sich das Konzept der Vertragsverbindungen auf die soziale Dimension. Es bringt die Vielheit der Akteure, die nicht durch gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen verbunden sind, zur Sprache. Die rechtliche Konsequenz ist die teilweise oder vollständige Durchbrechung der Relativität des Vertrages und die Schaffung einer rechtlichen Bindung zwischen ihnen, unabhängig vom ausdrücklich erklärten Willen der Parteien. Dies kann mit Hilfe von ergänzender Vertragsauslegung, den Regeln der Geschäftsgrundlage, oder der schärferen *actio directa* oder *exceptio directa* geschehen (Gernhuber, 1989: § 31 I). Gerade in jüngster Zeit läßt sich ein dogmatisches Interesse an Vertragsverbindungen im Hinblick auf Netzwerkverträge feststellen (Möschel, 1986; Adams und Brownword, 1990: 25 ff.); Teubner, 1990). Das Konzept der gesellschaftsähnlichen Verträge betont schließlich die sachliche Dimension. Was ist Substanz der Vereinbarung? Ist ihr rechtlicher Zweck Austausch oder Kooperation? Oder beides? (s. Esser und Schmidt, 1993: § 12113; M. Wolf, in: Soergel, 1986: § 305 Rn. 22). Die rechtlichen Konsequenzen sind Regeln für eine interne Verfassung des Hybrids: Arbeitsteilung, Vertretung des rudimentären korporativen Akteurs, Verteilung von Gewinnen und Verlusten. Und, ebenso wichtig,

hier wäre die *sedes materiae* für Regeln der individuellen und kollektiven Haftung zu finden.

In diesen drei Konzepten kann man den Kern eines noch zu entwickelnden Rechts der »Vertragsorganisation« finden. Sie würden hybride Formen als »dritte Kategorie« jenseits von Vertrag und Organisation behandeln, die besondere, »netzwerk-adäquate« Schutznormen erfordert. Wenn deren Besonderheit in der Einheit einer Organisation mit dezentralisierten Handlungseinheiten liegt, wären die folgenden rechtlichen Leitprinzipien für unsere drei Problemfelder angemessen:

Externe Haftung der Netzwerke:

Eine externe Haftung des Netzwerks sollte vom Recht vorgesehen werden. Allerdings sollte diese Haftung nicht in der Form der einheitlichen kollektiven Haftung des Gesellschaftsrechts, sondern als eine kombinierte, dezentralisierte und gleichzeitige Haftung von Netzwerk und von tatsächlich betroffenen Knoten. Verglichen mit der Haftung gesellschaftsrechtlich verfaßter Gebilde würde dies die relative Re-Individualisierung der kollektiven Haftung widerspiegeln. Erhöhte synergetische Risiken müßten jedoch durch eine verschärfte Haftung des Netzwerks ausgeglichen werden. In diesen Fällen würde der Schutz externer Gläubiger infolge der erhöhten Risiken das Schutzniveau von Verträgen und Organisationen übertreffen (Einzelheiten bei Teubner, 1990: 311 f.).

Minderheitenschutz für Mitglieder des Netzwerkes:

Ebenso sollte ein Minderheitenschutz im Netzwerk rechtlich gewährleistet sein. Ein solcher interner Schutz sollte jedoch nicht entsprechend dem Abhängigkeitsmodell des Arbeitsrechts ausgeformt werden, sondern sollte der »relativen Autonomie« dezentralisierter Handlungseinheiten entsprechen. Neue Schutzvorschriften sind notwendig, die die Autonomie, den Status und die Reziprozität der Handlungseinheiten im Netzwerk garantieren (Einzelheiten bei Joerges, 1991: 329 ff.; Joseph, 1991: 473 ff.; Sciarra, 1991: 258 ff.).

Kollektive Interessenvertretung in Netzwerken:

Schließlich sollten auch Formen kollektiver Interessenvertretung vom Recht garantiert werden. Wiederum sollte dies nicht entsprechend der einheitlichen Form kollektiver Vertretung des Gesellschafts- und Mitbestimmungsrechts geschehen, sondern über ein Gegenmachtzentrum, das statt eines starren Kompetenzkatalogs über flexible vertragliche Mechanismen als rechtlichen Instrumenten für Legitimation und Kontrolle verfügt (dazu Teubner, 1989: 181 ff.).

Solche Prinzipien einer künftigen Rechtsverfassung von Vertragsorganisationen mögen spekulativ erscheinen. Sie können sich jedoch auf einen heute diskutierten Begriff des organisierten Kapitalismus berufen, der auf tieferliegende strukturelle Gründe für das Wachstum der Hybride hinweisen.

»Ein Wirtschaftssystem, dessen Einheiten Viel-Produkt-Unternehmen und Viel-Markt-Unternehmen sind, ist qualitativ unterschieden von dem Modell der klassischen mikroökonomischen Theorie oder von Theorien über Monopole und Oligopole, die sich stets auf einzelne Märkte konzentrieren. Die heutige Wirtschaft baut nicht auf Transaktionen zwischen Ein-Produkt-Unternehmen, sondern auf Transaktionen zwischen einzelnen Profitzentren auf, die ihrerseits in größere Unternehmen eingebettet sind.« (Eccles und White, 1986: 211; ähnlich Mayntz, 1992: 19).

Wenn das zutrifft, dann erscheint auch die Vermutung plausibel, daß in Zukunft das Recht der Vertragsorganisation gegenüber dem reinen Vertragsrecht und gegenüber dem reinen Gesellschaftsrecht an relativem Gewicht gewinnt.

Literatur

- ADAMS, John N. und BROWNSWORD, Roger (1990) »Privity and the Concept of a Network Contract,« 10 *Legal Studies* 12–37.
- ALCHIAN, Armen A. und DEMSETZ, Harold (1972) »Production, Information Costs, and Economic Organization,« 62 *American Economic Review* 777–795.
- ASSMANN, Heinz-Dieter (1985) *Prospekthaftung*. Köln: Heymanns.
- ASTLEY, Graham W. und FOMBRUN, Charles J. (1987) »Organizational Communities: An Ecological Perspective,« 5 *Research in the Sociology of Organizations* 163–185.
- BLECHER, Michael (1991) *Zu einer Ethik der Selbstreferenz oder: Theorie als Compassion: Möglichkeiten einer Kritischen Theorie der Selbstreferenz von Gesellschaft und Recht*. Berlin: Duncker und Humblot.
- BRICKLEY, James A. und DARK, Frederick H. (1987) »The Choice of the Organizational Form: The Case of Franchising,« 18 *Journal of Financial Economics* 401–420.
- CHANDLER, Alfred D. (1977) *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*. Cambridge: Belknap Press.
- COLLINS, Hugh (1990a) »Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Interaction,« 53 *Modern Law Review* 731–744.
- COLLINS, Hugh (1990b) »Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws,« 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 353–380.
- DIERDORF, Josef (1978) *Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage*. Köln: Heymanns.
- DNES, Antony W. (1988) »The Business Function of Franchising,« 1 *Business Studies* 33.
- DNES, Antony W. (1991) »The Economic Analysis of Franchising and its Regulation,« in C. Joerges (Hg.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos. 133–142.
- EADS, George und REUTER, Peter (1983) *Designing Safer Products: Corporate Responses to Product Liability Law and Regulation*. Santa Monica California: Rand.
- EASTERBROOK, Frank H. (1989) »The Corporate Contract,« 89 *Columbia Law Review* 1416–1448.

- EASTERBROOK, Frank H. und FISCHER, Daniel R. (1982) »Antitrust Suits by Targets of Tender Offers,« 80 *Michigan Law Review* 1155–1178.
- EASTERBROOK, Frank H. und FISCHER, Daniel R. (1985) »Limited Liability and the Corporation,« 52 *University of Chicago Law Review* 89–117.
- EBEL, Friedrich (1978) »Die Ehe als juristische Person: Bemerkungen zu einer halbvergessenen Idylle,« 25 *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 637–642.
- ECCLES, Robert G. und WHITE, Harrison C. (1986) »Firm and Market Interfaces of Profit Center Control,« in S. Lindenberg, J. S. Coleman und S. Nowak (Hg.), *Approaches to Social Theory*. New York: Russell Sage Foundation. 203–220.
- EIRR, (1985) »European Industrial Relations Conference,« 138 *European Industrial Relations Review* 24–27.
- ESSER, Josef und Eike SCHMIDT (1993) *Schuldrecht. Band I: Allgemeiner Teil*. 7. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller.
- FELSTEAD, Alan (1991) »The Social Organization of the Franchise: A Case of »Control-led Self-Employment«,« 5 *Work, Employment & Society* 37–57.
- FÖRSTER, Heinz von (1984) *Sicht und Einsicht*. Braunschweig: Vieweg.
- FOUCAULT, Michel (1974) *Die Ordnung der Dinge: Eine Archäologie der Humanwissenschaften*. Frankfurt: Suhrkamp.
- FREY, Reiner (1989) *Vom Subjekt zur Selbstreferenz: Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*. Berlin: Duncker und Humblot.
- GERNHUBER, Joachim (1989) *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr und Siebeck.
- GIERKE, Otto von (1914) »Dauernde Schuldverhältnisse,« 64 *Jherings Jahrbücher* 355.
- GORDON, Robert (1985) »Macaulay, Macneil, and the Discovery of Power in Contract Law,« *Wisconsin Law Review* 565–579.
- GROSSMAN, Sanford J. und HART, Oliver (1986) »The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration,« 94 *Journal of Political Economy* 691–719.
- HABERMAS, Jürgen (1981) *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- HADFIELD, Gillian K. (1990) »Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts,« 42 *Stanford Law Review* 927–991.
- HAGER, Günter (1991) »Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten« in: H.-L. Weyers (Hg.) *Die Verflechtung von Verträgen: Planung und Risikoverteilung bei Großprojekten*, Baden-Baden: Nomos. 65–113.
- HANSMANN, Henry und KRAAKMAN, Reinier (1991) »Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts,« 100 *The Yale Law Journal* 1879–1934.
- HIRTE, Heribert (1992) »Gesellschaftsrechtliche Fragen des »Outsourcing«,« *Computer und Recht* 193–198.
- HORKHEIMER, Max (1947) *The Eclipse of Reason*. New York: Oxford University Press.
- HUTTER, Michael (1989) *Die Produktion von Recht: Eine selbstreferentielle Theorie*

- der Wirtschaft angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts. Tübingen: Mohr und Siebeck.
- IMAI, Ken-ichi und ITAMI, Hiroyuki (1984) »Interpenetration of Organization and Market: Japan's Firm and Market in Comparison with the U.S.« 2 *International Journal of Industrial Organization* 285–310.
- IMAI, Ken-ichi, NONAKA, I. und TAKEUCHI, H. (1985) »Managing New Product Development: How Japanese Companies Learn and Unlearn«, in K. B. Clark, R. H. Hayes und C. Lorenz (Hg.) *The Uneasy Alliance*. New York: Harper und Row.
- JARILLO, J. Carlos (1988) »On Strategic Networks«, 9 *Strategic Management Journal* 31–41.
- JENSEN, Michael und MECKLING, William H. (1976) »Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure«, 3 *Journal of Financial Economics* 306–360.
- JOERGES, Christian (1991) »Status und Kontrakt im Franchise-Recht«, 10 *Die Aktiengesellschaft* 325–352.
- JOSEPH, Robert T. (1991) »Do Franchisors Owe a Duty of Competence?«, 46 *Business Lawyer* 471–505.
- KANEKO, Joseph und IMAI, Ken-ichi (1987) »A Network View of the Firm«, 1st *Hitotsubashi-Stanford Conference*.
- KANT, Immanuel (1781) *Kritik der reinen Vernunft*. 2. Aufl. 1787, Riga: Hartknoch; Neudruck 1956, Hamburg: Meiner.
- KELLEY, Harold H. (1967) »Attribution Theory in Social Psychology«, in D. Levim (Hg.), *Nebraska Symposium on Motivation*. Lincoln, Neb.: University of Nebraska Press.
- KELSEN, Hans (1960) »Das Problem der Gerechtigkeit«, in H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Deuticke. 335–444.
- KLEIN, Benjamin und SAFT, Lester F. (1985) »The Law and Economics of Franchise Tying Contracts«, 28 *Journal of Law and Economics* 345–361.
- KNYPHAUSEN, Dodo zu (1988) *Unternehmungen als evolutionsfähige Systeme: Überlegungen zu einem evolutionären Konzept für die Organisationstheorie*. Herrsching: Kirsch.
- KÖNDGEN, Johannes (1987) »Bankhaftung – Strukturen und Tendenzen«, in J. Köndgen (Hg.), *Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht*. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum. 133–158.
- KOLLER, Ingo (1987) »Grundstrukturen des Bankhaftungsrechtes unter besonderer Berücksichtigung des Zahlungsverkehrs«, in J. Köndgen (Hg.), *Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht*. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum. 21–34.
- LADEUR, Karl-Heinz (1989) »Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens«, *Festschrift für Helmut Ridder*. Neuwied: Luchterhand. 179–191.
- LADEUR, Karl-Heinz (1992) *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*. Berlin: Duncker und Humblot.
- LINDENBERG, Siegwart und VOS, Henk de (1988) »The Limits of Solidarity: Relational Contracting in Perspective and Some Criticism of Traditional Sociology«

- 141 *Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics* 558–569.
- LORENZONI, Gianni (1990) *L'architettura di sviluppo delle imprese minore: Costelazioni e piccoli gruppi*. Bologna: Mulino.
- LUHMANN, Niklas (1984) *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, Niklas (1987) »Closure and Openness: On Reality in the World of Law.« in G. Teubner (Hg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter. 335–348.
- MACAULAY, Stewart (1991) »Long-Term Continuing Relations: The American Experience Regulating Dealerships and Franchises.« in C. Joerges (Hg.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos. 179–238.
- MACMILLAN, Keith und FARMER, David (1979) »Redefining the Boundaries of the Firm.« 27 *The Journal of Industrial Economics* 277–285.
- MACNEIL, Ian R. (1980) *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven: Yale University Press.
- MARTINEK, Michael (1987) *Franchising: Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen*. Heidelberg: Decker und Schenk.
- MATHEWSON, G. Frank und WINTER, Ralph A. (1985) »The Economics of Franchise Contracts.« 28 *Journal of Law and Economics* 503–526.
- MAYNTZ, Renate, Hg. (1992) »Interessenverbände und Gemeinwohl: Die Verbändestudie der Bertelsmann Stiftung.« *Verbände zwischen Mitgliederinteressen und Gemeinwohl*. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung. 11–35.
- MÖSCHEL, Wernhard (1986) »Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs.« 186 *Archiv für die civilistische Praxis* 211–236.
- NAGEL, Bernhard, RIESS, Birgit und THEIS, Gisela (1989) »Der faktische Just-in-Time-Konzern: Unternehmensübergreifende Rationalisierungskonzepte und Konzernrecht am Beispiel der Automobilindustrie.« 42 *Der Betrieb* 1505–1511.
- NAGEL, Bernhard, RIESS, Birgit und THEIS, Gisela, Hg. (1990) *Just-in-Time-Strategien: Arbeitsbeziehungen, Gestaltungspotentiale, Mitbestimmung*. Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.
- NORTON, Seth W. (1988) »An Empirical Look at Franchising as an Organizational Form.« *The Journal of Business* 197–218.
- PAUSENBERGER, Ehrenfried (1975) »Konzerne« in E. Grochla und W. Wittmann (Hg.) *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, 4. Aufl. Stuttgart: Poeschel. 2234–2249.
- PIORE, Michael J. und SABEL, Charles F. (1984) *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*. New York: Basic Books.
- POSNER, Richard A. (1987) »The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1982–1987.« 100 *Harvard Law Review* 761–780.
- POWELL, Walter W. (1990) »Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization.« 12 *Research in Organizational Behavior* 295–336.
- PREUSS, Ulrich K. (1989) »Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and

- Communicative Rationality.« in C. Joerges und D. Trubek (Hg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos. 525–555.
- ROBB, Fenton F. (1989) »The Application of Autopoiesis to Social Organizations: A Comment on John Mingers« »An Introduction to Autopoiesis: Implications and Applications.« 2 *Systems Practice* 343–348.
- ROTH, Herbert (1989) »Anmerkung zu OLG Karlsruhe.« *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 435–436.
- RUBIN, Paul H. (1978) »The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract.« 21 *Journal of Law and Economics* 223–233.
- SCHANZE, Erich (1991) »Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation.« in C. Joerges (Hg.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos. 67–103.
- SCHARPF, Fritz W. (1993) »Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts.« 32 *Politische Vierteljahresschrift* 621–634.
- SCHMIDT, Karsten (1980) »»Unternehmen« und »Abhängigkeit«: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht.« 9 *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 277–288.
- SCHOLZ, Franz und EMMERICH, Volker (1988) *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 7. Aufl. Köln: Schmidt.
- SCIARRA, Silvana (1991) »Franchising and Contract of Employment: Notes on a Still Impossible Assimilation.« in C. Joerges (Hg.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos. 239–266.
- SIMON, Herbert A. (1991) »Organizations and Markets« in: 5 *Journal of Economic Perspectives* 25–44.
- SOERGEL, Hans Th. (1986) *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen: Kohlhammer-Kommentar*. Stuttgart: Kohlhammer.
- STEINDORFF, Ernst (1973) »Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht« in: *Festschrift für Karl Larenz*. München: Beck. 217–244.
- STRAUSS, George (1984) »Industrial Relations: Times of Change.« 23 *Industrial Relations* 1–15.
- STREECK, Wolfgang (1987) »The Uncertainties of Management in the Management of Uncertainty: Employers, Labour Relations and Industrial Adjustment in the 1980s.« 1 *Work, Employment and Society* 281–308.
- SURA, Achim (1980) *Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktiengesetz: Eine Neuorientierung zu den Grundlagen des Rechts der verbundenen Unternehmen*. Konstanz: Universitätsverlag.
- TEUBNER, Gunther (1987a) »Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese« in: H. Haferkamp & M. Schmid (Hg.) *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp. 89–128.
- TEUBNER, Gunther (1987b) »Unternehmenskorporatismus: New Industrial Policy

- und das »Wesen« der Juristischen Person« in: 2 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 61–85.
- TEUBNER, Gunther (1989) *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp.
- TEUBNER, Gunther (1990) »«Verbund«, »Verband« oder »Verkehr«? Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen« 154 *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 295–324.
- TEUBNER, Gunther (1993a) »De collisione discursuum: Communicative Rationalities and the Law.« 14 *Cardozo Law Review* (im Erscheinen).
- TEUBNER, Gunther (1993b) »The Invisible Cupola: From Causal to Collective Attribution in Ecological Liability.« in G. Teubner (Hg.), *Ecological Responsibility of Enterprises*. Belhaven: London (im Erscheinen).
- TWAALHOVEN, F. und HATTORI, T. (1982) *The Supporting Role of Small Japanese Enterprises*. Schiphol: Indivers Research.
- VARDARO, Gaetano (1990) »Before and Beyond the Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations.« in D. Sugarman und G. Teubner (Hg.), *Regulating Corporate Groups in Europe*. Baden-Baden: Nomos. 217–251.
- WIETHÖLTER, Rudolf (1989) »Proceduralization of the Category of Law.« in C. Joerges und D. Trubek (Hg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos. 501–510.
- WILHELMSSON, Thomas (1992) *Critical Studies in Private Law*. Dordrecht: Kluwer.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1975) *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Free Press.
- WILLIAMSON, Oliver (1981) »The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes.« 19 *Journal of Economic Literature* 1537–1568.
- WILLIAMSON, Oliver (1983) »Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange«, 73 *American Economic Review* 519.
- WILLIAMSON, Oliver (1985) *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1988) »The Logic of Economic Organization.« 4 *Journal of Law, Economics and Organization* 65–93.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1991) »Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives.« 36 *Administrative Science Quarterly* 269–296.
- WILLMAN, Paul (1985) »The Implications of Process and Product Innovations for Labour Relations.« *Paper presented to the EXRC Workshop on New Technology*.
- WOLF, Gottfried (1990) »Gestalten von Komplexität durch Netzwerk-Management«. in K. Kratky und F. Wallner (Hg.) *Grundprinzipien der Selbstorganisation* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 103–126.
- WÜRDINGER, Hans (1973) *Aktien- und Konzernrecht*. Karlsruhe: Müller.